

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. IV | n. 15 | Setembro 2014

#15

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 IV, número 15, setembro 2014

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabete Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Karla Pluchiennik M. Tesseroli – Luiz Fernando de Queiroz
– Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Qualis C – Capes

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – www.livrariabonijuris.com.br

Preço de exemplar impresso: **R\$ 120,00** ou cotação do dia

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
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes
Marcelo Gomes Sodré, Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, 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

Patrocínio

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná
Garante – Serviços de Apoio Ltda.
Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.

Apoio Institucional

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil
Esmap – Escola da Magistratura do Paraná
Instituto Euclides da Cunha
Instituto Ciência e Fé

EDITORIAL

- 09 **Por uma Política de Consumidores no Brasil na Perspectiva de um Observador Externo**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 11 **A Coisa Julgada no Litisconsórcio Facultativo Unitário. O Exemplo de Ações Coletivas e Individuais no Campo da Saúde**
ADA PELLEGRINI GRINOVER
- 19 ***Overbooking* Imobiliário e os Direitos do Consumidor na Aquisição de Imóveis**
PLÍNIO LACERDA MARTINS
PAULA CRISTIANE PINTO RAMADA
FABIO DE OLIVEIRA VARGAS
- 43 **Los Servicios Públicos Esenciales en España**
M^a DEL PILAR MOLERO MARTÍN-SALAS
M^a NIEVES PACHECO JIMÉNEZ
- 73 **O Abuso do Poder Financeiro Praticado Contra Interditados Titulares de Holerites: A Exploração Via Crédito Consignado**
GERALDO DE FARIA MARTINS DA COSTA
MARIA APARECIDA RODRIGUES JABOUR
- 83 **Superendividamento: O Mal da Pós-Modernidade**
ROBERTO SENISE LISBOA
RAFAEL PERCOVICH CISNEROS
- 99 **Contratos Celebrados à Distância e Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial – Da Transposição da Diretiva para o Ordenamento Jurídico Português**
MARISA DINIS
- 127 **Portugal e os Julgados de Paz**
DULCE NASCIMENTO
- 155 **A Mediação nos Conflitos de Consumo em Portugal**
CÁTIA MARQUES CEBOLA

- 167 **O Fenômeno do Superendividamento: Uma Resposta ao Desamparo na Sociedade Moderna**
ALEXANDRE CHINI
DIÓGENES FARIA DE CARVALHO
- 177 **O Superendividamento do Consumidor Brasileiro: Aspectos Jurídicos e Sociais**
AGOSTINHO OLI KOPPE PEREIRA
CLEIDE CALGARO
WILIAM NILTON VARELA
- 201 **Análisis de la Aplicación Práctica de los Principios Procesales al SAC del Derecho Español**
BELÉN IBOLEÓN SALMERÓN
GUSTAVO GACÍA-VILLANOVA ZURITA
- 225 **A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico na Itália**
LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ

LEGISLAÇÃO

- 251 **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa às Viagens Organizadas e aos Serviços Combinados de Viagem**

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 271 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Rogério Medeiros
- 279 **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**
Relatora: Nancy Andrighi
- 286 **Ementário**
Julgados do STJ, do TJ/PR, do TJ/MG, do TJ/DF e do TJ/RS

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 291 **Despacho do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)**
Relator: A. Tizzano
- 298 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Sétima Secção)**
Relator: Granja Fonseca

EDITORIAL

Por uma Política de Consumidores no Brasil na Perspectiva de um Observador Externo

O Brasil só elevou a proteção dos consumidores a política de Estado em 15 de março de 2013, como homenagem aos seus nacionais em plena efeméride do Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

E o Brasil foi, registre-se, pioneiro em tantos domínios, mormente no que tange a esse monumento jurídico que é o seu *Código de Defesa do Consumidor*.

De resto, para quem, como nós, participou da elaboração do CDC nos anos terminais de 80 e no começo de 90 do século transacto, soava sempre estranho que jamais se tivesse arvorado a política de Estado a promoção dos interesses e a proteção dos direitos do consumidor.

Entretanto, até à consecução desse objetivo decorreram cerca de 23 anos após a auspiciosa promulgação do Código! Os pontos mais marcantes de tão magno propósito ali se exprimem, como se tem por curial.

Em um tal congenho se define, emblematicamente, como diretrizes do denominado Plano Nacional de Consumo e Cidadania, três eixos nucleares (enquanto suporte de segmentos de atuação, de intervenção, de concretização no terreno), que se perfilam como segue:

- 1º – prevenção e redução ou atenuação do número de conflitos;
- 2º – regulação e fiscalização; e
- 3º – fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

É patente que um plano assim concebido, se criteriosamente executado, logrará as metas a que se propõe, reconstruindo-se um edifício que, nas soluções de continuidade de que foi dando mostras, carecia de um esforço de reabilitação para reunir adequadas condições de habitabilidade susceptíveis de albergar a contento todos os que integram a comunidade nacional e os que de forma acidental ou permanente encontrem no Brasil, pátria de acolhimento dócil e terno, seguro abrigo.

Em complemento, seja-nos lícito sugerir, enquanto observador oriundo de paragens outras, um alienígena, afinal, que regressa sempre aos seus lugares de eleição, os domínios essenciais em que tais políticas se deveriam exprimir no imediato:

1. Reforço da disciplina de Direito do Consumidor nas universidades, contrariando, porém, a tendência para a sua inserção no currículo como disciplina optativa;
2. Peculiares exigências neste particular nas Escolas Superiores da Magistratura, Ministério Público e Advocacia, de forma a habilitar os juristas a um pleno exercício

do seu múnus funcional, em obediência ao ordenamento e sem prejuízo da específica tutela da posição jurídica do consumidor;

3. Inserção da Educação e Formação para o Consumo nos currículos escolares no ensino fundamental como no ensino médio, se não mesmo no ensino superior;

4. Desencadeamento de campanhas adequadas de informação para o consumo nos meios de comunicação social de forma regular e maciça;

5. Reforço dos meios e incremento dos Procons estaduais e municipais para que a informação e a mediação dos conflitos se opere de forma ajustada às necessidades;

6. Reforço dos Juizados Especiais com seções vocacionadas à litigiosidade de consumo, onde tal se justifique, para que os conflitos que amiúde ocorrem se dirimam de forma célere, segura e graciosa, contrariando-se a tendência, face ao volume processual desmesurado que em tantos domínios se observa, para um alongamento no tempo da resolução dos litígios, com manifestas desvantagens para os consumidores e sua estabilidade emocional;

7. Monitorização do acesso da generalidade dos consumidores, em particular dos hipossuficientes e vulneráveis, como dos hipervulneráveis, a produtos e serviços essenciais – da dieta alimentar à água, à energia, aos transportes públicos e ao mais havido por essencial;

8. Acesso dos consumidores à sociedade digital com peculiar tutela no domínio do comércio eletrónico;

9. Acesso dos consumidores a um sistema de consumo sustentável;

10. Efetivo controle dos serviços prestados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras, como forma de obstar ao fenómeno erosivo do superendividamento que dissolve as próprias bases tanto da sociedade como das famílias.

O contributo que em cada uma das páginas da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* se vem prestando, ao longo de quatro anos de sucessivas edições, concorre deveras para que uma tal política se afirme de forma inconcussa tanto no Brasil como na outra riba do Atlântico, onde, afinal, nos postamos, e em que se registou estranhamente uma manifesta quebra em plena crise económica e financeira, quando mais instante seria a necessidade de intervir em favor sobretudo dos desvalidos da fortuna, muitos dos quais oriundos das classes médias que soçobraram, entretanto, pela austeridade implacavelmente imposta, de forma cruenta a roçar a indignidade, pelas instituições internacionais intervenientes (FMI, União Europeia, BCE).

Coimbra e Villa Cortez, agosto de 2014

Mário Frota

Presidente do Conselho Diretor

A COISA JULGADA NO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO UNITÁRIO

O EXEMPLO DE AÇÕES COLETIVAS E INDIVIDUAIS NO CAMPO DA SAÚDE

ADA PELLEGRINI GRINOVER*

Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidade de São Paulo (1970)

Professora titular de Direito Processual Penal
da Universidade de São Paulo

EXCEROTOS

“As ações coletivas, por terem objeto indivisível e porque os efeitos da sentença atuam erga omnes (embora com algumas exceções), veiculam pretensões também coletivas, relativas à tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, inserindo-se nas ideias de universalidade e igualdade de tratamento próprias do controle jurisdicional de políticas públicas, em geral, e no campo da saúde, em especial”

“O cotidiano dos tribunais demonstra que, no embate entre ações individuais e ações coletivas, no campo da saúde, as primeiras – pelas quais se fazem valer direitos subjetivos e que não se destinam a traçar políticas de saúde – incidem de forma volumosa sobre os recursos destinados ao acesso universal e igualitário à saúde, embora por vezes possam ter efeito benéfico sobre as políticas públicas de saúde (side effect)”

“Todos os esforços devem ser empreendidos na coletivização de demandas individuais, podendo ser utilizadas para tanto diversas técnicas, previstas de lege ferenda, mas perfeitamente utilizáveis pelo juiz brasileiro mesmo antes de sua introdução no ordenamento processual, em face dos amplos poderes que já lhe são atribuídos em matéria de processos coletivos (a defining function do juiz)”

*** Outras qualificações da autora**

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (1958). Professora do Curso de Mestrado e Doutorado da USP e do Curso de Mestrado da FDV. Coordenadora dos Cursos Pós-graduação “lato sensu” da Rede LFG (cursos pela TV on line e pela Internet). Diretora dos Cursos de Extensão da Escola Paulista de Direito. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Vice-Presidente da International Association of Procedural Law e do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão, Itália. Agraciada com o prêmio da Fundação Redenti (Bolonha, Itália) em 2007. Titular do escritório – Escritório de Advocacia APG Empreendimentos Jurídicos. 2008: homenagem da USP por ter defendido a primeira tese oficial de doutorado na Faculdade de Direito. 1988: Prêmio Woman of the year for Brazil do American Biographical Institute.

1. A universalidade do direito à saúde

A partir da Constituição de 1988, o direito à saúde assumiu no Brasil clara característica universal. Acompanhando os ideais e as diretrizes da OMS, a instituição do Sistema Único de Saúde garante a todos, independentemente de qualquer contribuição, o acesso à saúde, o que significa, também, que o maior número possível de pessoas possa se valer das benesses da estrutura estatal de saúde com o mesmo dispêndio de recursos.

A universalidade traz ínsita em si a ideia de igualdade: as políticas públicas de saúde devem beneficiar a todos os que se encontram na mesma situação, sobretudo de fato, de maneira idêntica. Daí o surgimento da complexa estrutura estatal – abrangendo os três níveis do Estado federal brasileiro – destinada a propiciar o acesso universal e igualitário à saúde.

No entanto, a universalidade e o acesso igualitário à saúde pública brasileira, generosamente previstos na Constituição, constituem um plano ambicioso e difícil de cumprir, seja por conta da escassez de recursos, seja por conta de políticas mal conduzidas que abrem espaço para a omissão. O Judiciário, então, é chamado a agir.

2. Os protagonistas das políticas públicas

As políticas públicas, em geral, e a de saúde, em particular, têm hoje como protagonistas os três poderes do Estado: o Legislativo, por intermédio de leis que fixam a política pública; o Executivo, incumbido de programas e ações que a implementam; e o Judiciário, que exerce o controle sobre a atuação do Legislativo e do Executivo. Aliás, já escrevemos que a *judicial review*, no campo das políticas públicas, nada mais representa do que um controle de constitucionalidade, no sentido de verificar se a política pública é adequada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fixados no art. 3º da Constituição, e aos direitos fundamentais prestacionais enumerados no art. 6º, implementando-a em caso de omissão ou corrigindo-a em caso de inadequação.

3. O direito subjetivo à saúde

Os direitos fundamentais prestacionais, entretanto, não podem ser usufruídos exclusivamente no plano coletivo. A cada indivíduo também é assegurado o acesso ao Judiciário para fazer valer seu direito subjetivo à

saúde. O princípio do acesso à Justiça, insculpido no inc. XXXV do art. 5º da Constituição, assegura-o quer ao indivíduo, quer à coletividade. Nada impede, portanto, que o indivíduo peça ao Judiciário, em ações individuais, o fornecimento de um medicamento, uma internação hospitalar, uma cirurgia no exterior. E é justamente por isso que, em todos os campos, mas mais exacerbadamente no da saúde, podem ser encontrados diversos tipos de ações, que chamaremos coletivas, individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais.

4. Ações coletivas, individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais

As ações coletivas, por terem objeto indivisível e porque os efeitos da sentença atuam *erga omnes* (embora com algumas exceções), veiculam pretensões também coletivas, relativas à tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, inserindo-se nas ideias de universalidade e igualdade de tratamento próprias do controle jurisdicional de políticas públicas, em geral, e no campo da saúde, em especial.

Exemplo típico deste caso é o pedido que se formule em ação civil pública para que a Anvisa aprove um novo medicamento e o SUS passe a distribuí-lo gratuitamente; ou para que cláusulas contratuais de um determinado plano de saúde sejam alteradas. Aqui, a sentença favorável beneficiará a todos.

No outro extremo, encontramos as ações tipicamente individuais, em que a pretensão também é individual, veiculando um direito subjetivo. São os exemplos dados no inciso 3 deste estudo, em que se pede o fornecimento de um medicamento, a internação hospitalar, a cirurgia no exterior. Aqui, os efeitos da sentença só colherão as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros.

Mas existe também um plano intermediário, em que a ação é ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade.

Assim, se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, afirma ter direito a uma prótese importada, que está excluída do seu plano de saúde, pedindo a revisão de uma cláusula contratual, de duas uma: ou o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, e estará tratando a ação como individual; ou determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos. Neste segundo caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos.

E há ainda uma outra hipótese, de ações que denominamos pseudoindividuais, porque o pedido, embora baseado num direito subjetivo, na verdade só pode beneficiar a todos. Trata-se de casos em que a relação de direito material, jurídica ou de fato, é unitária, e só pode ser resolvida de maneira igual para todos. Se se tratasse de litisconsórcio, estaríamos perante o litisconsórcio unitário, de natureza facultativa.

Clássico é o exemplo, no processo individual, do pedido de anulação de assembleia, em que qualquer acionista pode ajuizar a demanda; mas, tratando-se de relação jurídica de direito material unitária, a assembleia será anulada para todos ou validada para todos. Neste caso, entendemos que a coisa julgada deve atuar *erga omnes* (como já sustentava Chiovenda, seguido por Barbosa

Moreira), seja em caso de procedência ou de improcedência, e isto em função da unitariedade da relação de direito material. Talvez se possa invocar aqui uma nova espécie de substituição processual, em que o autor é substituto processual em relação a todos os demais acionistas.

No campo da saúde, o exemplo de ação pseudoindividual é aquela em que o autor, invocando o direito a um remédio que não é distribuído pelo SUS, pede que passe ele a integrar a lista de medicamentos acessíveis gratuitamente. Aqui, o pedido é só pseudoindividual, porque seu acolhimento beneficiará necessariamente a todos e o tratamento dado à ação não poderá ser o de uma ação individual, mas deverá necessariamente ser o de uma ação coletiva, com coisa julgada *erga omnes*.

O esforço do Judiciário deve ser no sentido de converter ações individuais em ações coletivas para o atendimento não apenas de um indivíduo mas de todos

5. Coletivização das ações individuais

Quando o Judiciário é chamado a agir, em matéria de políticas públicas, deve fazê-lo esforçando-se ao máximo para cumprir o desenho constitucional, que exige um acesso à saúde pública universal e igualitário.

Claro que não pode furtar-se a dar resposta às pretensões individuais, baseadas em direitos subjetivos, veiculadas por ações meramente individuais. Mas, nesse caso, deve ter bem presente os efeitos que sua decisão acarretará para a política pública de saúde, que ficará depauperada de recursos destinados a todos e quebrará o princípio de igualdade de acesso à saúde. Somente aquele

que chegar ao Judiciário será beneficiado, prejudicando todos os demais, que se encontram na mesma situação e que não buscaram a proteção judicial de seu direito subjetivo. Antes de decidir, o juiz deverá estar assessorado por especialistas isentos, que o orientem a respeito da real necessidade de acesso a um medicamento – que pode ter seu similar na lista do SUS –, da preferência na obtenção de uma internação, numa viagem ao exterior em busca de um tratamento de efeitos ainda duvidosos. A chamada “justiça de misericórdia” não pode ser distribuída ao léu, sem qualquer embasamento em fatos concretos e bem analisados. Isto porque as ações individuais incidem diretamente sobre a política pública de saúde, universal e igualitária, retirando recursos a ela destinados, embora se reconheça que por vezes a reiteração de diversas ações individuais – por exemplo, para obter um medicamento ainda não distribuído pelo SUS – possa ter efeitos positivos sobre a política pública, que passa a contemplá-lo (como aconteceu com o coquetel para tratamento da AID e com medicamento mais adequado e com menores efeitos colaterais para os diabéticos).

O maior esforço do Judiciário, porém, deve ser no sentido de converter, sempre que possível, ações individuais em ações coletivas, para atendimento não apenas de um indivíduo mas de todos, em observância ao princípio da universalidade e igualdade no acesso à saúde.

Para tanto, duas técnicas, não excludentes, podem ser utilizadas: havendo diversas ações individuais versando sobre o mesmo direito individual homogêneo, o juiz deverá notificar os legitimados às ações coletivas (principalmente MP, defensoria e associações) para ajuizarem ação coletiva na qual os autores individuais poderão atuar como assistentes litisconsorciais. Ou, mais radicalmente ainda, converter *ex officio* uma ação individual em ação coletiva quando se trate de ação individual com efeitos coletivos ou, com maior razão ainda, de ação pseudoindividual (ver *supra*, n. 4). No caso de conversão, evidentemente o contraditório será reaberto e os autores das ações individuais necessariamente figurarão na demanda como assistentes litisconsorciais. E a coisa julgada atuará necessariamente *erga omnes* “pro et contra”, por se tratar de pretensões indivisíveis, unitárias no plano do direito material. Trata-se da melhor solução dada modernamente para os casos de litisconsórcio facultativo unitário, como no caso de anulação ou convalidação de assembleia societária.

Outro ponto a ser observado é a preferência de tramitação da ação coletiva em relação às individuais, bem como a suspensão destas enquanto tramita a ação coletiva.

As referidas técnicas de coletivização estão previstas tanto no anteprojeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas, ainda em debate antes de sua apresentação ao Congresso Nacional, quanto no substitutivo ao projeto de CPC aprovado no Senado, apresentado pelo relator Paulo Teixeira na Câmara dos Deputados. Mas entendemos que podem ser imediatamente aplicadas, em face dos poderes especiais atribuídos ao juiz nas demandas coletivas.

6. Conclusões

O cotidiano dos tribunais demonstra que, no embate entre ações individuais e ações coletivas, no campo da saúde, as primeiras – pelas quais se fazem valer direitos subjetivos e que não se destinam a traçar políticas de saúde – incidem de forma volumosa sobre os recursos destinados ao acesso universal e igualitário à saúde, embora por vezes possam ter efeito benéfico sobre as políticas públicas de saúde (*side effect*).

O instrumento adequado para o controle jurisdicional de políticas públicas em geral, e de saúde em particular, é constituído pelas ações coletivas, de objeto indivisível tanto quanto o é a política pública, em face de sua característica de universalidade.

Maiores cuidados tem que tomar o juiz, ao atender ao pedido individual de proteção ao direito subjetivo à saúde, não podendo distribuir uma “justiça de misericórdia” divorciada da análise ponderada dos fatos e do pleno conhecimento dos reflexos de sua decisão sobre a política pública universal e igualitária. Para tanto, não pode decidir sem ser assessorado por especialistas isentos.

Todos os esforços devem ser empreendidos na coletivização de demandas individuais, podendo ser utilizadas para tanto diversas técnicas, previstas *de lege ferenda*, mas perfeitamente utilizáveis pelo juiz brasileiro mesmo antes de sua introdução no ordenamento processual, em face dos amplos poderes que já lhe são atribuídos em matéria de processos coletivos (a *defining function* do juiz). Eis aqui a grande novidade do CPC: transformar coisas julgadas individuais em coisa julgada coletiva. Melhor fora se o CPC tivesse dado o mesmo tratamento ao litisconsórcio facultativo unitário, a que infelizmente pouco se dedicou. E melhor ainda se tivesse inovado no instituto da substituição processual, pela qual se pode facilmente superar o problema da extensão da coisa julgada aos substituídos, titulares da mesma relação material unitária.

OVERBOOKING IMOBILIÁRIO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS

PLÍNIO LACERDA MARTINS*

Mestre em Direito pela UGF

PAULA CRISTIANE PINTO RAMADA**

Mestre em Direito pela Unipac – MG

FABIO DE OLIVEIRA VARGAS***

Mestre em Direito

RESUMO

O presente ensaio possui como escopo analisar os abusos praticados no mercado imobiliário em flagrante desrespeito à norma consumerista, consignando ainda os direitos dos consumidores na aquisição de imóveis, além de uma análise doutrinária e jurisprudencial, tendo como enfoque o projeto de lei no Senado de atualização do Código do Consumidor envolvendo o assunto em comento.

ABSTRACT

This essay has the scope to analyze the abuses in the real estate market that operate in disregard of the consumerist laws, consigning yet the rights of consumers in the purchase of real estate, as well as a doctrinal and jurisprudential analysis, with the focus on the bill involving the issue that amends the consumer's code.

* Outras qualificações do autor

Professor da UFJF e Universo-JF. Diretor Secretário Geral Adjunto do Brasilco. 2º Vice-presidente do MPCon. Promotor de Justiça – MG.

** Outras qualificações da autora

Especialista em Direito do Consumidor. Professora de Direito do Consumidor. Advogada associada ao Brasilcon.

*** Outras qualificações do autor

Coordenador do Curso de Direito da Universo-JF. Especialista em Direito Empresarial. Professor efetivo do Instituto Federal do SUDESTEMG. Vice-coordenador do Curso Técnico de Transações Imobiliárias do IF SUDESTEMG. Advogado.

1. Introdução

Na sociedade contemporânea, em razão de inúmeros negócios jurídicos praticados, abrem-se caminhos para uma nova modernidade, denominada nas palavras de Urlick Becker de *modernidade reflexiva*, traduzindo a ideia de que muitas modernidades são possíveis. Beck ilustra que na fase da *modernização reflexiva*, marcada pelos processos concomitantes da globalização e da busca de contextos de ação mais tradicionais, altera-se o equilíbrio entre tradição e modernidade. No mercado imobiliário o fenômeno da modernidade reflexiva também se impõe com a novidade do projeto *Minha casa minha vida* do Governo Federal¹.

O direito do consumidor à moradia cada vez mais está sendo afrontado pelas inúmeras práticas abusivas no mercado imobiliário. Quem não se recorda da prática abusiva efetuada pelo agente financeiro, que condicionava a concessão de financiamento imobiliário à aquisição de seguro indicado pelo agente no contrato de mútuo? O STJ chegou a efetivar enunciado a respeito afirmando: “É necessária a contratação do seguro habitacional no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro ou com seguradora indicada por este, exigência que configura *venda casada*, vedada pelo art. 39, I, do CDC”². Nesse sentido, foi editada a Súmula 473 do STJ, que dispõe: “O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada”.

Ainda hoje, o mercado imobiliário conta com inúmeras práticas abusivas efetivadas pelo fornecedor de serviços imobiliários. Basta verificar no boleto de cobrança de um imóvel administrado por uma imobiliária o repasse do valor do boleto bancário, de obrigação da imobiliária, repassado para o consumidor.

O DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça) chegou a editar norma técnica repudiando esta prática³. Contudo, ela é usual no mercado imobiliário, mesmo após a edição da norma do BACEN que traduz:

“Art. 1º A cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço.”⁴

Em Belo Horizonte, a Câmara Municipal elaborou o projeto de lei 1.576/2011⁵, denominado *overbooking imobiliário*, com o intuito de coibir as

práticas abusivas no mercado imobiliário. O termo *overbooking* faz referência a fato semelhante na aviação civil, com a venda de passagens aéreas além da capacidade dos voos. Assim também ocorre na construção civil onde a venda de imóveis é feita em grande escala, mas não se consegue entregar no prazo acordado.

Pelo projeto, empresas que não entregarem os empreendimentos dentro do prazo previsto no contrato não conseguirão novos alvarás de construção para novas obras. Com isso, a concessão do alvará ficará condicionada à obtenção, por parte do empreendedor, do Certificado de Baixa de Construção e Habite-se de obras anteriormente licenciadas.

2. Direito do consumidor no mercado imobiliário

Já é pacífica na doutrina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações que envolvam, especialmente, compra e venda de imóveis, promessa de compra e venda e os de cessão de direitos do promitente comprador⁶.

Ada Pellegrini Grinover leciona que o Código de Defesa do Consumidor tem fundamento constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que impõe ao Estado promover a defesa do consumidor na forma lei. Ensina, ainda, que as normas do direito do consumidor são de ordem pública e de interesse social, o que equivale a dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial⁷.

O art. 2º do CDC conceitua o consumidor como *toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final*; logo, o conceito de consumidor foi exclusivamente de caráter econômico, pois somente aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço para sua própria necessidade, e não como forma de incrementar a atividade empresarial, pode ser considerado consumidor.

No âmbito do Mercosul, consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como um fim em uma relação de consumo ou em função da mesma. Também serão considerados consumidores ou usuários aqueles que em função de uma eventual relação de consumo receberem ou utilizarem gratuitamente produtos ou serviços como amostra grátis. Equiparam-se, também, aos consumidores as demais pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais⁸.

A título de ilustração, a lei do consumidor da Argentina (ley 24.240) adotou a definição objetiva. Seus arts. 1º e 2º “admitem consumidores como sendo pessoas físicas ou jurídicas que contratam a título onerosos, para seu consumo final ou benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social”⁹.

Outro protagonista na relação de consumo é o fornecedor conceituado no artigo 3º do CDC, caracterizado pela detenção da atividade econômica, destacando a lei consumerista os fornecedores de serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários.

Rodrigo Toscano leciona que o CDC não se preocupou em inserir no conceito de fornecedor a figura do incorporador, sendo que a preocupação foi a de trazer um conceito abrangente, capaz de abarcar todos aqueles que proporcionem oferta no mercado de consumo.

Portanto, a figura do incorporador está ali compreendida, não podendo ser analisado isoladamente como um corretor ou como mandatário, ou gestor de negócios apenas, sendo o propulsor do investimento imobiliário.

Toscano ainda ilustra que a lei de incorporação imobiliária, no art. 29, afirma que o incorporador pode ser “pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetue a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno”, objetivando a vinculação destas unidades autônomas em edificações a serem construídas, o “que não afasta da noção de fornecedor contida no art. 3º do CDC”¹⁰.

Portanto, de acordo com o conceito do art. 3º do CDC, conclui-se que para ser considerado fornecedor devem ser observadas duas características indispensáveis: atividade e remuneração, ou melhor dizendo, fornecedor será a pessoa física ou jurídica que desenvolve no mercado de consumo uma atividade econômica.

O Código de Defesa do Consumidor elenca no artigo 6º os direitos básicos do consumidor, ou seja, “aqueles que irão servir de base na orientação e instrumentalização das relações de consumo”, na lição de Leonardo Garcia¹¹.

Destaca-se ainda que o CDC considera como direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, III e IV).

O direito do
consumidor à
moradia cada vez
mais está sendo
afrontado pelas
inúmeras práticas
abusivas no
mercado imobiliário

Com o Código de Defesa do Consumidor, passou o promitente comprador na aquisição de imóveis a ter os seus direitos básicos assegurados por um regramento de proteção a favor da parte frágil no mercado imobiliário, uma lei de ordem pública reconhecendo a vulnerabilidade do comprador em face das práticas comerciais e publicidades usuais dos negociadores imobiliários, antes assegurada pelo código civil e leis esparsas.

Por fim, registra-se que a própria jurisprudência vem reconhecendo a aplicação do CDC nos negócios mobiliários, conforme o aresto do STJ da relatoria da ministra Nancy Andrighi, envolvendo interpretação favorável ao consumidor¹²:

“Ementa Civil. Recurso especial. Contrato de compra e venda de imóvel regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Referência à área do imóvel. Diferença entre a área referida e a área real do bem inferior a um vigésimo (5%) da extensão total enunciada. Caracterização como venda por corpo certo. Isenção da responsabilidade do vendedor. Impossibilidade. Interpretação favorável ao consumidor. Venda por medida. Má-fé. Abuso do poder econômico. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva. – A referência à área do imóvel nos contratos de compra e venda de imóvel adquiridos na planta regidos pelo CDC não pode ser considerada simplesmente enunciativa, ainda que a diferença encontrada entre a área mencionada no contrato e a área real não exceda um vigésimo (5%) da extensão total anunciada, devendo a venda, nessa hipótese, ser caracterizada sempre como por medida, de modo a possibilitar ao consumidor o complemento da área, o abatimento proporcional do preço ou a rescisão do contrato. – A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual.”

3. Práticas abusivas no mercado imobiliário

As práticas abusivas, nas palavras do professor Herman Benjamin, “nem sempre se mostram enganosas, mas às vezes corriam alta dose de imoralidade econômica e opressão”¹³. As práticas inseridas no mercado de consumo de produtos ou serviços afetam o consumidor, já considerado pelo código parte vulnerável¹⁴ e hipossuficiente.

Maria Zanardo expõe que práticas abusivas são técnicas, meios, de que o fornecedor se utiliza para comercializar, vender, oferecer o seu produto ao consumidor potencial, atingindo a quem se pretende transformar em

destinatário final: o consumidor-adquirente. Pela sistemática adotada pelo CDC, a expressão práticas comerciais abrange desde a oferta do produto até as cobranças de dívidas. Estende-se, pois, da pré-venda à pós-venda¹⁵.

O rol previsto no art. 39 do CDC, como é cediço, não é *numerus clausus*, estabelecendo hipóteses exemplificativas de práticas abusivas. Conforme ensina Leonardo Garcia, a noção de atos abusivos tem relação com a teoria do abuso do direito, logo são ilícitos, segundo o art. 187¹⁶ do CC¹⁷.

Bruno Miragem privilegia a caracterização da abusividade não tanto por sua aproximação subjetiva com a figura de abuso de direito, mas por sua vinculação com o princípio da boa-fé objetiva, que informa as relações contratuais no Direito do Consumidor.

O descumprimento por parte de incorporadoras para a entrega do imóvel, sob o manto da cláusula de tolerância, é fato considerado como regra no mercado de consumo, ou seja; é pactuada a entrega do imóvel em determinada data, tolerando o consumidor o retardo desta.

As construtoras, no momento da assinatura do contrato, impõem ao consumidor a cláusula de tolerância de 180 dias, que antes era um prazo de 90 dias, depois passou para 120 e atualmente é de 180 dias. O prazo de tolerância seria aplicado somente em casos fortuitos externos, que seriam alheios à atividade da empresa.

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes recorda que a doutrina da violação positiva do contrato (positive *Vertragsverletzung*), envolta pelos casos de descumprimento contratual, ganhou relevância na reforma do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB de 2001/2002), na linha das discussões do direito das obrigações no âmbito das diretrizes comunitárias¹⁸.

Com efeito, leciona Sergio Henrique:

*“a ênfase no BGB na violação dos deveres (Pflichtverletzung) como sistematizador do descumprimento contratual, espécie do gênero perturbações da prestação, trouxe, ao lado das formas clássicas de descumprimento dos deveres primários de prestação tais como a impossibilidade de cumprimento da prestação (Unmöglichkeit), que tateará as futuras discussões sobre a inadimplência, imprevisibilidade e inviabilidade superveniente da capacidade de pagamento; a mora, qualificada como descumprimento na forma, modo e tempo convencionados da prestação e o cumprimento imperfeito (Schlechtleistung) –, a quebra dos deveres de proteção (Schutzpflichten) ou, mais propriamente, deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.”*¹⁹

Conclui o magistrado mineiro, citando Judith Martins-Costa, com a multifacetada relação obrigacional hodierna, apontando os deveres principais

ou primários de prestação (*v.g.*: obrigação de entregar uma mercadoria), que são secundados pelos deveres de prestação acidentais, meramente acessórios (*v.g.*: dever de embalar a mercadoria) ou de prestação autônoma (*v.g.*: indenização pela não entrega da mercadoria), ao lado de outros deveres igualmente essenciais, que a autora denomina de instrumentais (também conhecidos como de comportamento, anexos, secundários, acessórios e laterais e, na Alemanha, *Nebenpflichten*), entre os quais estão os deveres de proteção, que preferimos sinalizar como deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva²⁰.

Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei 178/2011²¹, que altera a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a fim de disciplinar o prazo de entrega de imóveis ofertados no mercado de consumo, estabelecendo:

“Art. 1º – Acrescenta-se o art. 48 à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964:

Art. 48º A – É nula de pleno direito a cláusula ou disposição contratual que, por qualquer forma, instituir tolerância para o atraso na entrega do imóvel ou outra forma de mitigação dos efeitos da mora do fornecedor.

§ 1º – A mora na entrega do imóvel sujeitará o fornecedor ao pagamento de multa ao consumidor lesado, no valor correspondente a 2% (dois por cento) do valor do contrato.

§ 2º – A multa será atualizada monetariamente e acrescida de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, até a data de sua efetiva satisfação.”

Apensado ao projeto 178/2011, há o projeto de lei 1.390/2011, visando limitar o prazo de entrega do imóvel adquirido antes do término da obra:

“Art. 1º Esta lei disciplina as regras sobre o limite máximo de tempo de atraso permitido para o fornecedor entregar imóvel adquirido pelo consumidor antes do término da obra.

Art. 2º É permitido um prazo máximo de 90 (noventa) dias de atraso a contar da data pactuada em contrato para a entrega de imóvel adquirido antes do término da obra.

Art. 3º Se o fornecedor não cumprir o limite imposto no art. 2º desta lei, fica obrigado a arcar com todos os encargos mensais relativos ao imóvel em construção, inclusive impostos, até a data efetiva da entrega das chaves do mesmo para uso do consumidor.

Parágrafo único. Se o consumidor já houver quitado o imóvel não entregue no prazo mencionado no art. 2º desta lei, fica o fornecedor obrigado a pagar-lhe o valor correspondente a 1% (um por cento) do valor de aquisição do imóvel por mês de atraso na entrega do mesmo.

Art. 4º Aplicam-se ao fornecedor que não cumprir as determinações desta lei, além das sanções aqui estabelecidas, as sanções penais e administrativas dispostas na Lei nº 8.078.”²²

A jurisprudência vem assim manifestando-se a respeito do tempo. Conforme aresto do STJ:

“Ação de indenização. Atraso na entrega do imóvel. Termo que contém cláusula dispensando a construtora de qualquer ressarcimento. Não prevalência da cláusula. CDC, Art. 51, I. Não prevalência de cláusula imposta em Termo de Entrega de unidade imobiliária isentando a construtora de qualquer ressarcimento pelo expressivo atraso na conclusão da unidade, quando o adquirente, desde antes, insurgindo-se contra tal condicionante para a sua imissão na posse, já notificara a ré para ressalvar seu direito à indenização pelo fato.”²³

Foi inclusive assinado termo de ajustamento de conduta entre o Ministério Público de São Paulo e a Secovi-SP, envolvendo cláusulas contratuais sobre o prazo estimado de obra e o prazo de tolerância nos contratos de compra e venda de unidades autônomas em prédios em construção ou a construir.

Muito embora o Tac possa ser menos vantajoso, vale à pena lembrar que o Decreto 2.181/97 no art. 6, § 1º, dispõe que “a celebração de termo de ajustamento de conduta não impede que outro, desde que mais vantajoso para o consumidor, seja lavrado por quaisquer das pessoas jurídicas de direito público integrantes do SNDC”.

Os promotores e procuradores de justiça especializados na defesa do consumidor, através da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor – MPCon, editaram a Recomendação MPCon 04/2013, no sentido de reconhecer a abusividade do prazo de “tolerância”, de carência, ou qualquer outro termo utilizado como sinônimo previsto em cláusula contratual, para conceder aos fornecedores a permissão de prorrogação da conclusão da obra e entrega do imóvel além da data contratada²⁴.

Outra prática abusiva no mercado imobiliário, no que tange à venda de imóveis, refere-se à dimensão. A grande discussão é se se trata de venda *ad mensuram* ou venda *ad corpus*.

O Código Civil em vigor trata sobre o assunto no artigo 500, que dispõe:

“Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer

Fornecedor será a pessoa física ou jurídica que desenvolve no mercado de consumo uma atividade econômica

dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.”

A jurisprudência manifesta-se, conforme relatoria da ministra Nancy Andrighi²⁵, no seguinte sentido:

“Recurso especial. Contrato de compra e venda de imóvel regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Referência à área do imóvel. Diferença entre a área referida e a área real do bem inferior a um vigésimo (5%) da extensão total enunciada. Caracterização como venda por corpo certo. Isenção da responsabilidade do vendedor. Impossibilidade. Interpretação favorável ao consumidor. Venda por medida. Má-fé. Abuso do poder econômico. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva. A referência à área do imóvel nos contratos de compra e venda de imóvel adquiridos na planta regidos pelo CDC não pode ser considerada simplesmente enunciativa, ainda que a diferença encontrada entre a área mencionada no contrato e a área real não exceda um vigésimo (5%) da extensão total anunciada, devendo a venda, nessa hipótese, ser caracterizada sempre como por medida, de modo a possibilitar ao consumidor o complemento da área, o abatimento proporcional do preço ou a rescisão do contrato. A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual.”

Em outro aresto do STJ, o ministro Luis Salomão assim se manifestou:

“Ação ex empto. Natureza da venda. Incidência das Súmulas 5 e 7. Discrepância da área que excede a um vigésimo. Interpretação a contrario sensu do § único do Art. 1.136/CC16. Impossibilidade. Reconhecendo o Tribunal a quo que ao negócio jurídico entabulado pelas partes fora irrelevante a extensão da área do imóvel, caracterizando, com efeito, a venda ad corpus, a pretensão recursal encontra óbice nas Súmulas 5 e 7. 3. Ademais, a presunção contida no § único, do art. 1.136/CC16, de que a referência à área de imóvel vendido é meramente enunciativa se a discrepância não ultrapassar 5%, não conduz à conclusão, a contrario sensu, de que se ultrapassado esse percentual, tratar-se-ia de venda ad mensuram.”²⁶

Outra arbitrariedade constatada pelas construtoras diz respeito ao inadimplemento contratual por parte destas. O contrato de adesão firmado entre a construtora e o consumidor dispõe de cláusulas que impõem o cumprimento bilateral.

Lamentavelmente, é fato notório na nossa sociedade a ocorrência de descumprimento do dever jurídico por parte da construtora ou mesmo por parte da incorporadora: a omissão dos registros obrigatórios juntos aos órgãos públicos competentes.

É relevante destacar que na oferta ao consumidor o fornecedor imobiliário não informa que o imóvel está em situação irregular, acreditando que durante a obra a situação será normalizada.

Como exemplo, o fato da ausência de arquivamento de memorial descritivo da obra junto ao cartório de registro de imóvel dá ensejo à rescisão contratual, conforme ilustra a ministra Nancy em seu voto, declarando como indevida a retenção de percentual de parcelas pagas, ainda que a título de compensação, quando há o inadimplemento da incorporadora. Assim reza o aresto:

“Rescisão contratual por inadimplência parcial da ré. Falta de arquivamento de memorial descritivo das especificações da obra no cartório de imóveis. Superveniente supressão da formalidade do art. 32 da Lei nº 4.591/64 que dispõe sobre incorporações imobiliárias. Retenção de 20% das parcelas pagas devidas a título de despesas de comercialização do imóvel, administração e propaganda. Ilegalidade. Embargos acolhidos com efeitos modificativos. É indevida a retenção de percentual das parcelas pagas, ainda que a título de compensação pelas despesas cartorárias, e de publicidade, quando há reconhecimento de inadimplemento da incorporadora, para o qual não contribuiu o consumidor.”²⁷

Também é comum a criatividade do fornecedor imobiliário ao oferecer ao consumidor no distrato da compra e venda a devolução dos valores mediante carta de crédito para aquisição de outro imóvel. Nesse sentido o ministro Hélio Quaglia Barbosa do STJ assim se pronunciou:

“Recurso especial. Código de Defesa do Consumidor. Compra e venda de imóvel. Distrato. Devolução dos valores na forma de carta de crédito. Utilização para a aquisição de outro imóvel na mesma construtora. Art. 53, caput, C/C art. 51, II, do CDC. Recurso não conhecido.”

Ao dispor o contrato que a devolução dos referidos valores ao adquirente se daria por meio de duas cartas de crédito, vinculadas à aquisição de um outro imóvel da mesma construtora, isso significa, efetivamente, que não haverá devolução alguma, permanecendo o consumidor-adquirente submetido à construtora, visto que, o único caminho para não perder as prestações já pagas, será o de adquirir uma outra unidade imobiliária da recorrente.”²⁸

Finalizando, rescindido o contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento da construtora/incorporadora, devem as

parcelas pagas ser restituídas somente ao término da obra, como dispõe a cláusula contratual? Esta indagação é comum nos órgãos de proteção de defesa do consumidor, quando o consumidor indignado representa contra o fornecedor.

Trata-se de mais uma abusividade praticada em detrimento do consumidor. O ministro Luis Felipe Salomão apresentou no STJ a problemática, afirmando: “A questão a ser dirimida no REsp está em saber se, rescindido o contrato de promessa de compra e venda de imóvel celebrado diretamente com a construtora/incorporadora, as parcelas pagas devem ser restituídas de imediato, proclamando-se a nulidade da cláusula que determina a devolução de tais parcelas somente ao término da obra”. Conclui, *in verbis*:

*“A Turma entendeu que é abusiva, por ofensa ao art. 51, II e IV, do CDC, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas somente ao término da obra, haja vista que poderá o promitente vendedor, uma vez mais, revender o imóvel a terceiros e, a um só tempo, auferir vantagem com os valores retidos.”*²⁹

No mesmo sentido, a ministra Nancy assim proclamou em relação ao distrato de promessa de compra e venda com a devolução dos valores sem a correção:

*“É inaceitável transação que contrarie os princípios básicos do direito e as disposições legais vigentes. Não se admite como válido o distrato de promessa de compra e venda segundo o qual o promissário comprador recebe a devolução das parcelas pagas sem correção monetária. A correção monetária é um mero fator de atualização do valor aquisitivo da moeda. Não confere um plus ao valor da dívida, razão pela qual, não pode fazer às vezes da multa compensatória, não estipulada.”*³⁰

Contudo, o Tribunal da Cidadania mantém o equilíbrio em relação à interpretação da cláusula de decaimento prevista no art. 53, impedindo o abuso por parte do consumidor inadimplente, dispondo sobre a possibilidade de retenção de parte do percentual das parcelas pagas:

“Promessa. Compra e venda. Rescisão. Retenção. Trata-se de ação movida pelo recorrente contra empresa construtora, objetivando a rescisão do contrato de promessa de compra e venda e o recebimento da totalidade das parcelas pagas, devido à desistência da aquisição de imóvel em empreendimento residencial promovido pela ré. A partir do julgamento do REsp 59.870-SP, DJ 7/2/2000, posicionou-se este Superior Tribunal no sentido de ser possível ao consumidor adquirente de imóvel propor o desfazimento da compra em face de impossibilidade sua no adimplemento das prestações. Também ficou definido como razoável um

percentual de 25% das parcelas pagas pelo comprador para o ressarcimento das despesas administrativas, propaganda, corretagem, depreciação imobiliária (de imóvel novo para usado), desgaste pelo uso, impostos, recolocação no mercado etc. alusivas à unidade residencial³¹.

Imóvel. Aquisição. Desistência. Cooperativa. Retenção. Cuida-se de recurso em que é vindicado o direito à retenção parcial de 30% das parcelas pagas na compra de unidade residencial vendida ao autor pela cooperativa recorrente, bem como seja o momento da devolução o do término do empreendimento. O Min. Relator aduziu que foi reconhecido o direito do autor de desistir da aquisição, que o percentual de retenção de 10%, tida a cláusula que prevê percentual maior como abusiva, ajusta-se à orientação deste Superior Tribunal para o caso específico de cooperativas, entidades que realizam empreendimentos de cunho social, com público alvo diferenciado e custos administrativos sabidamente inferiores ao de uma construtora comercial, tais como corretagem, propaganda etc., motivo pelo qual se tem mitigada a parcela retida. Ela, usualmente, é de 25% na hipótese de empreendimentos com caráter lucrativo e de 10% em caso de cooperativas. Destacou o Min. Relator que, o autor não chegou a ocupar a unidade habitacional, o que, obviamente, levaria a uma retenção bem maior e/ou à indenização pelo período de uso do imóvel. Quanto à época da restituição, se de imediato ou ao cabo da obra, a par de incidir em reexame fático e contratual reflexo, a questão está superada pelo tempo decorrido desde o ajuizamento da ação porque ou a construção já terminou, ou, se não terminou, a inadimplência da cooperativa com o atraso não poderia servir de empecilho ao direito do desistente³².

Imóvel. Devolução. Fruição. Os recorridos firmaram com a construtora recorrente o compromisso de compra e venda de um imóvel. Após seis anos de habitação, devolveram-no espontaneamente e pleitearam a resolução do contrato com a restituição das quantias pagas. Anote-se que, após a devolução, a construtora vendeu o imóvel a terceiro. Discute-se, nesta sede, a indenização pelo período de fruição. Primeiro, cabe dizer que não há óbice em admitir o REsp que se refira ao CCI/2002 em lides vinculadas ao CC/1916 quando é patente a similitude entre os dispositivos atuais e revogados citados (no caso, o art. 475 do novo código e o art. 1.092, parágrafo único, do antigo). Quanto ao mais, a jurisprudência deste Superior Tribunal admite que se retenha, além da multa contratual, um valor pela fruição do imóvel. Todavia, o montante varia em cada hipótese: ele não pode

A responsabilidade pelos vícios de construção dos imóveis adquiridos por mutuários é solidária entre a empresa pública federal e a construtora

implicar a perda total do valor pago pelo consumidor, pois isso violaria o art. 53 do CDC. No caso, dadas as peculiaridades, mostra-se correta a retenção de 20% a título de despesas administrativas, somada a outros 30% referentes à indenização da fruição, de modo que a retenção total não ultrapasse 50% do valor pago. Dessa forma, renovado o julgamento, esse entendimento foi adotado pela maioria dos componentes da Turma, enquanto o voto divergente remetia a apuração do montante à liquidação por artigos.

Rescisão. Promessa. Compra e venda. Mora. Promissário. No caso, a desistência dos recorrentes adquirentes de imóvel ocorreu após a entrega da unidade, fazendo uso dela por considerável tempo. Assim, a Turma, seguindo orientação da Segunda Seção, determinou o direito de retenção pelos recorridos do valor de 25% do que foi pago pelo recorrente, descontados os valores de tributos, condomínio e consectários porventura vencidos e não pagos no período da ocupação ilegítima, bem como do valor locatício do imóvel, desde o momento em que descumprida a obrigação até o dia da reintegração de posse, tudo a ser apurado em liquidação. As benfeitorias já foram pagas pelos recorridos. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e lhe deu parcial provimento.”³³

4. O programa do governo federal “Minha Casa Minha Vida”

O programa do Governo Federal *Minha Casa Minha Vida* foi criado pela Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, atualizada pela Lei 12.424/2011, tendo por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais para o cidadão de baixa renda³⁴.

O Decreto 6.962/2009 regulamentou a Lei 11.977/2009; contudo, foi ele revogado pelo Decreto 7.499/2001, tendo sido alterado recentemente pelo Decreto 7.825/2012.

O PMCMV facilitou a aquisição de moradias para o cidadão, com juros mais baixos e subsídios do Governo Federal, incluindo isenções e reduções de despesas cartorárias, bem como a inclusão no programa de municípios com menos de 50 mil habitantes, entre outras vantagens.

No entanto, inúmeros abusos vêm sendo praticados no mercado imobiliário envolvendo o programa do governo em detrimento do consumidor vulnerável, como por exemplo cobranças indevidas, atraso na entrega da construção, vícios de qualidade nas obras, cobrança de serviços exclusivos dos agentes financeiros e até publicidade enganosa.

Recentemente foi divulgado pela mídia que na cidade de São Paulo a publicidade veiculada pela construtora e as simulações de financiamento feitas por ela eram do programa *Minha casa minha vida*. Todavia, após o pagamento das prestações para a construtora, o financiamento não se enquadrava no referido programa, configurando assim publicidade enganosa. *Uma família que comprou um imóvel ainda na planta pela construtora por R\$ 150 mil. Quando o imóvel ficou pronto, a Caixa Econômica Federal avaliou em R\$ 175 mil.* Nesse, caso a dívida desse imóvel não poderia ser financiada com as condições mais favoráveis do *Minha casa minha vida* em razão do valor imóvel ter ultrapassado o valor máximo na época estabelecido pelo decreto. Isto causou para o consumidor uma onerosidade excessiva, considerando que a diferença entre a taxa de juros do programa e as de mercado *é de assustar*: a parcela, que seria por volta de R\$ 730, R\$ 750, vai para uma mensalidade de R\$ 1.300,00 a R\$ 1.400,00³⁵.

Destarte, restou demonstrado, neste caso, que o consumidor foi induzido em erro pela publicidade veiculada, sendo certo que, se houve uma falha na informação, isto significa falha gerencial, que deve ser suportada pelo fornecedor, sob pena de responder pelo crime de publicidade enganosa na forma do art. 67 do CDC.

Também há cláusulas contratuais, contidas no contrato de adesão do programa *Minha casa minha vida*, que vêm sendo discutidas no âmbito da Justiça com objetivo de coibir abusos.

A Defensoria Pública da União ajuizou ação civil pública em face da Caixa Econômica Federal para declarar a abusividade e nulidade da cláusula contratual do contrato de adesão ao programa, que responsabiliza apenas as construtoras por danos nos imóveis financiados pela empresa pública.

A defensoria entende que a responsabilidade pelos vícios de construção dos imóveis adquiridos por mutuários é solidária entre a empresa pública federal e a construtora, asseverando que *a Caixa não pode se eximir de uma responsabilidade que decorre da promoção do empreendimento, transferindo-a a terceiro. É ela quem escolhe a construtora e negocia o imóvel diretamente com o beneficiário, atuando, inclusive, como anuente*³⁶.

O tema da responsabilidade solidária entre o agente financiador e o fornecedor do produto/serviço não é inédito na jurisprudência, tendo sido alvo de aresto pelo STJ, que reconheceu a legitimidade da CEF como parte legítima para responder solidariamente com a construtora por vícios existentes em imóvel destinado à população de baixa renda, construído com recursos do Sistema Financeiro da Habitação³⁷.

Nesse sentido, o projeto de lei do Senado de atualização do CDC em relação ao crédito (PLS 281), dispõe quanto à solidariedade:

“Art. 34. O fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos, intermediários ou representantes autônomos.

Parágrafo único. Para fins de aplicação das normas de proteção do consumidor, equipara-se a fornecedor o intermediário que, de qualquer forma, contribuir para o fornecimento de crédito.”

Assim, não obstante a elasticidade do poder público em tomar medidas em prol de assegurar ao cidadão consumidor o direito à moradia, através inclusive de programas de governo, constata-se que o Código de Defesa do Consumidor é o instrumento adequado para a coibição dos abusos no mercado de consumo.

5. O projeto de atualização do código do consumidor e o mercado imobiliário

O projeto de lei no Senado (PLS 283) de atualização do CDC, que disciplina o comércio eletrônico e o crédito ao consumidor (dispondo sobre a prevenção do superendividamento), visa assegurar direitos do consumidor de boa-fé para o acesso ao crédito e garante mecanismos ao consumidor nos contratos eletrônicos.

Dispõe o projeto de lei 283/2012, relativo ao crédito, que o fornecedor e o intermediário devem, previamente à contratação, esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor e a modalidade do crédito, assim como as consequências, conforme texto *in verbis*:

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

*I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;”*³⁸

Verifica-se neste dispositivo a positivação de deveres contratuais anexos ao fornecedor, isto é, o dever de assistência e o dever de aconselhamento, estabelecendo penalidade ao fornecedor pela não observância da norma³⁹.

Em relação à publicidade da oferta, o mesmo projeto de lei coíbe práticas usuais no mercado de consumo, utilizadas pelos fornecedores para atrair o consumidor para um produto, tais como: *Juros Zero*, ou mesmo o *slogan*

financie o seu veículo em 36 vezes sem juros. Dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 30:

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

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

*II – fazer referencia a crédito ‘sem juros’, ‘gratuito’, ‘sem acréscimo’, com ‘taxa zero’ ou expressão de sentido ou entendimento semelhante;”*⁴⁰

O chamado *juros no pé*, que são juros cobrados ao consumidor durante o período de construção do imóvel, é outra prática abusiva, pois nesse período “não há capital da construtora mutuado ao promitente comprador, tampouco utilização do imóvel prometido”. A jurisprudência já rejeitava esse tipo de prática, interpretando como abusiva a cobrança de juros compensatórios durante o período de construção do imóvel prometido a venda⁴¹. A portaria 3, de 15 de março de 2001, do Ministério da Justiça tem o mesmo entendimento⁴².

Não obstante a mudança de entendimento jurisprudencial, o projeto consagra como abusiva a incidência de juros antes da entrega das chaves⁴³:

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

V – estabeleçam, no contrato de compra e venda de imóvel, a incidência de juros antes da entrega das chaves:

Outro fato relevante é a solidariedade do intermediário, responsabilizando, neste caso, a pessoa que intermediou junto ao fornecedor todo o negócio jurídico, dando mais segurança à relação jurídica de consumo.

Conforme afirmado anteriormente, o projeto de lei do Senado dispõe sobre a solidariedade abrangendo questões que a jurisprudência vem admitindo no caso concreto, como o exemplo acima citado envolvendo o agente financeiro e a construtora por vícios na construção de imóvel popular.

Em recente aresto do STJ, o Tribunal da Cidadania concluiu que os papéis desenvolvidos em parceria pela construtora e pelo agente financeiro poderão levar à vinculação de ambos ao *negócio da aquisição da casa própria*,

podendo ensejar a responsabilidade solidária, sendo possível, em tese, identificar hipóteses em que haja culpa *in eligendo* do agente financiador na escolha da construtora e do terreno, na elaboração e acompanhamento do projeto, entre outras. Assim, quando realiza atividade distinta daquela própria de agente financeiro possuindo legitimidade para responder por vícios de construção, justificando a sua integração ao polo passivo da relação processual⁴⁴.

Assim dispunha o anteprojeto apresentado pela comissão de juristas do Senado, incluindo a figura do intermediário como responsável solidário, no art. 34 do CDC:

“Art. 34. O fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos, intermediários ou representantes autônomos.

*Parágrafo Único. Para fins de aplicação das normas de proteção do consumidor, equipara-se a fornecedor o intermediário que, de qualquer forma, contribuir para o fornecimento de crédito.”*⁴⁵

O PLS 283/2012 consigna a figura do intermediário na qualidade de fornecedor, assegurando assim o consumidor na obtenção dos seus direitos⁴⁶.

6. Conclusão

Com o aquecimento do mercado econômico e com a facilitação do crédito, aumentou a aquisição de bens imóveis⁴⁷ na planta bem como o crescimento de práticas abusivas no ramo imobiliário, como, por exemplo, o atraso da entrega do bem adquirido pelo consumidor.

Em decorrência da grande oferta no mercado de consumo, o legislador busca assegurar direitos e deveres tanto para os consumidores quanto para os fornecedores. Os direitos do consumidor devem ser respeitados em qualquer fase da negociação, seja na fase pré ou pós-contratual, seja na oferta, publicidade de anúncios de imóveis ou mesmo no contrato, razão do dirigismo estatal imposto através do Código de Defesa do Consumidor para o restabelecimento do justo equilíbrio no mercado imobiliário.

O projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor no Congresso Nacional busca, entre outros direitos, a positivação dos deveres anexos ao contrato, já consignados em forma de princípios na norma consumerista, como forma de coibição dos abusos praticados no mercado de consumo imobiliário, facilitando assim o direito do consumidor.

Notas

¹ Ulrich Beck. *Modernização reflexiva*: política, tradição estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 148.

² Resp. 969.129-MG. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 9/12/2009. Informativo n. 419, período de 7 a 11 de dezembro de 2009.

³ Norma Técnica 777/2005, editada em 05 de dezembro de 2005, atendendo consulta formulada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro envolvendo a cobrança e boleto pelo fornecedor SKY Brasil Serviços Limitada.

⁴ Art. 1º da Resolução 3.518 do Banco Central do Brasil que disciplina a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

⁵ Projeto de lei 1.576 /2011. Acesso em 25/10/2011: <http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/projetos-de-lei-e-outras-proposicoes>.

⁶ Em relação à aplicabilidade do CDC nos contratos de administração e locação de imóveis o DPDC editou a Nota Técnica 185/2006. O STJ também concluiu que o Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de administração imobiliária. Resp 509304. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. 3ª Turma. Julg. 16/05/2013.

⁷ Ada Pellegrini Grinover e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 2004, p. 22-4.

⁸ SANDOVAL, Carlos Molina. *Derecho del consumo*. 1a. ed. Córdoba: Advocatus, 2008, p. 13.

⁹ MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36.

¹⁰ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação imobiliária a luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*, 2011, p. 63.

¹² Resp 436853 / DF – 2002/0056031-0 Relator – Ministra NANCY ANDRIGHI – TERCEIRA TURMA Data do Julg 04/05/2006.

¹³ Antonio Herman Benjamin, *Manual de direito do consumidor*, 2007, p. 216.

¹⁴ O inciso I do art. 4º reconhece o consumidor como vulnerável. Significa que o consumidor é a parte mais fraca na relação jurídica de consumo. Essa fraqueza decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de ordem econômica. Luis Antônio Rizzato Nunes. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios, 2009, p. 129.

¹⁵ Maria Zanardo *apud* Plínio Lacerda Martins. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*, 2006, p. 95.

¹⁶ Art. 187. CC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁷ Leonardo Garcia. *Direito do consumidor*, 2011, p. 274.

¹⁸ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. De Kant a Jobs: reflexões sobre a liberdade de contratar na pós-modernidade. *Revista Amagis Jurídica*. Ano IV – Número 7 – jan./jun. Belo Horizonte: Associação dos Magistrados Mineiros, 2012, p. 207. Disponível em http://www.amagis.com.br/home/images/stories/site/Fevereiro2013/amagis_7_final.pdf. Acesso em 25/06/2013.

¹⁹ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. *Op. cit.*, p. 207-8.

²⁰ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. *Op. cit.*, p. 208.

²¹ Projeto de Lei 178/2011 aguardando deliberação na Comissão de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491233>. Acesso em 21/06/2013.

²² Projeto de lei 1.390/2011. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=502759>. Acesso em 21/06/2013.

²³ REsp 197622/DF-1998/0090333-0 Relator Ministro Aldir Passarinho. Data do Julg. 04/04/2006. Data Pub. DJ. 02/05/2006. Outro aresto do STJ decidiu que o atraso de três anos na entrega do imóvel não configura dano moral: Relator Massami Uyeda. REsp. 1.129.881.

²⁴ Recomendação MPCon 04/2013, lavrada e publicada na sessão da 1ª Reunião dos órgãos e entidades civis integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, realizado em Brasília, nos dias 06 e 07 de março de 2013, encaminhando a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (Senacon) para divulgação no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

²⁵ REsp 436853/DF – 2002/0056031-0 Relator Ministra Nancy Andrichi – 3ª Turma Data do Julg. 04/05/2006.

²⁶ REsp 618824 / MG – Relator Luis Felipe Salomão. Julg. 01/12/2009. Nesse sentido também o aresto Resp. 326.125 Relatora Isabel Gallotti. julgado em 04/10/2011, DJe 13/10/2011.

²⁷ EDcl no REsp 225136 / AM – 1999/0068277-7. Relator Ministra Nancy Andrichi. 3ª Turma. Julgamento 18/12/2000 – Data da Publicação 23/04/2001.

²⁸ REsp 437607 / PR – 2002/0061089-9 Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa 4ª Turma Julg15/05/2007.

²⁹ REsp 877.980-SC. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3/8/2010.

Precedentes citados: REsp 633.793-SC, DJ 27/6/2005; REsp 745.079-RJ, DJ 10/12/2007, e REsp 110.528-MG, DJ 1º/2/1999.

³⁰ REsp 331346 / MG – 2001/0081689-7 – Relatora Ministra Nancy Andrichi – 3ª Turma. Data do Julgamento 15/10/2001. Data da Publicação 19/11/2001.

³¹ REsp. 332.947-MG. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 24/10/2006. Precedentes citados: REsp 196.311-MG, DJ 19/8/2002, e REsp 723.034-MG, DJ 12/6/2006.

³² REsp 280.261-DF. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/9/2007. Precedentes citados: AgRg no Ag 387.392-SP, DJ 29/10/2001, e REsp 437.151-DF, DJ 28/3/2005.

³³ REsp 331.923-RJ Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009. Precedente citado: REsp 474.388-SP, DJ 8/10/2008.

³⁴ Reza o art. 1 da lei 11.977/2009: Art. 1º O Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) e compreende os seguintes subprogramas:...

³⁵ Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/03/minha-casa-minha-vida-tem-que-ser-garantido-mesmo-com-valorizacao.html>, acesso em 07/11/2012.

³⁶ Disponível em http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9178:acp-visa-coibir-abuso-em-contratos-do-programa-minha-casa-minha-vida&catid=79:noticias4&Itemid=220, acesso em 07/11/2012.

³⁷ A decisão é da Quarta Turma do STJ, ao julgar recurso da Caixa em ação movida por mutuário de Santa Catarina. O STJ considerou que a Caixa responde tanto quanto a construtora pelos defeitos apresentados nos empreendimentos de natureza popular, pois, além de liberar recursos financeiros, fiscaliza e colabora na execução dos projetos. O ministro destacou que, ao celebrar um contrato de financiamento com a Caixa, o consumidor acredita numa garantia entre a construtora e o órgão financiador, e essa legítima expectativa deve ser tutelada. REsp 738.071 julg em 09.08.2011.

³⁸ PLS 283/2012. Disponível em: <http://brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/a1f170d24b1918166696a03adf6aa56e.pdf>. Acesso em 04/07/2013.

³⁹ Art. 54-C O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo, no art. 52 e no art. 54-B, acarreta a inexigibilidade ou a redução dos juros, encargos ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

⁴⁰ PLS 282/2012. *Op. cit.*

⁴¹ REsp 670.177/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/9/2010. Contudo, em junho de 2012 esse entendimento foi alterado pela Segunda Seção no julgamento dos embargos de divergência (EREsp 670.177).

⁴² Portaria nº 3 15/03/2001, item 14. Estabelece como abusiva a incidência de juros antes da entrega das chaves no contrato de venda e compra de imóvel.

⁴³ PLS 283/2012. *Op. cit.*

⁴⁴ REsp 1.163.228-AM, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 9/10/2012. Contudo há aresto no próprio STJ que afirma que a mera circunstância de o contrato de financiamento ser celebrado durante a construção ou no mesmo instrumento do contrato de compra e venda firmado com o vendedor não implica a responsabilidade do agente financeiro pela solidez e perfeição da obra. Isso porque não se cuida de cadeia de fornecedores a ensejar solidariedade, uma vez que as obrigações de construir e de fornecer os recursos para a obra são substancialmente distintas, guardam autonomia, sendo sujeitas a disciplina legal e contratual própria. A instituição financeira só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo nas épocas e condições acordadas, tendo por contrapartida a cobrança dos encargos também estipulados no contrato. Com efeito, figurando ela apenas como financiadora, em sentido estrito, não tem responsabilidade sobre a perfeição do trabalho realizado pela construtora escolhida pelo mutuário, não responde pela exatidão dos cálculos e projetos nem, muito menos, pela execução dos serviços desenvolvidos por profissionais não contratados nem remunerados pelo agente financeiro. O acórdão afirma ainda que a previsão contratual e regulamentar de fiscalização da obra pelo agente financeiro é no sentido de que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de financiamento, cujo imóvel lhe é dado em garantia hipotecária. Se constatar a existência de fraude, ou seja, que os recursos não estão sendo integralmente empregados na obra, poderá rescindir o contrato de financiamento. Conclui o aresto que em relação à construtora, o agente financeiro tem o direito e não o dever de fiscalizar. Dessa forma, figurando como mero agente financeiro em sentido estrito, não possui legitimidade passiva *ad causam* para responder por eventual defeito de construção da obra financiada. REsp 897.045-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 9/10/2012.

⁴⁵ Disponível em: http://www.mp.pa.gov.br/upload/Proposta_Comissao_de_Juristas_do_Senado_Superendividamento.pdf. Acesso em 04/07/2013

⁴⁶ PLS 283/2012. O estabelece: Art. 54-B Além das informações obrigatórias previstas no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, no fornecimento de crédito e na venda a prazo, o fornecedor *ou intermediário* deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, na oferta e por meio do contrato, sobre... Idem no art. 54-C. Sem prejuízo do disposto no art. 46, no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor *ou intermediário* devem, entre outras condutas... (destacamos).

⁴⁷ O Código Civil conceitua bens imóveis no art. 79. “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. O código civil utilizou a expressão imóvel no sentido mais amplo, acrescentando no conceito, o solo e tudo o mais que lhe for incorporado, diferente do Código Civil de 1916 Na mesma forma, o Código Defesa do Consumidor estabelece o bem imóvel como sendo um produto na forma do § 1º do art. 3º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Referências

- AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ALMEIDA, Washington Carlos de. *Direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: Teoria geral e negócios imobiliários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva: Política, tradição estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz e LIMA, Clarissa Costa de. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudo de casos. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 71. São Paulo: RT. Julho a setembro, 2009.
- BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação imobiliária a luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CATALAM, Marcos. *O CDC e sua aplicação nos negócios imobiliários*. Curitiba: IESDE Brasil, 2009.
- Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover ... [Et. al.]. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. De Kant a Jobs: reflexões sobre a liberdade de contratar na pós-modernidade. *Revista Amagis Jurídica*. Ano IV. Número 7. jan./jun. Belo Horizonte: Associação dos Magistrados Mineiros. 2012. Disponível http://www.amagis.com.br/home/images/stories/site/Fevereiro2013/amagis_7_final.pdf. Acesso em 25/06/2013.
- FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: Código comentado*. 7. ed. Nitóroi: Impetus, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 2004.
- LIMA, Clarissa Costa de. Medidas preventivas frente ao superendividamento dos consumidores na União Europeia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 19, n. 76, p. 208-238, out.-dez. 2010.

_____. O Cartão de Crédito e o Risco de Superendividamento: uma análise da recente regulamentação da indústria de cartão de crédito no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 239-259, jan.-mar. 2012.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 19, n. 75, p. 09-42, jul.-set. 2010.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Anteprojeto de Lei dispondo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidor pessoas físicas de boa-fé. *Revista de Direito do Consumidor*, a. 19, n. 73, p. 345-367, jan.-mar. 2010.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*: conceitos e noções básicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PLS 281/2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112481&tp=1>. Acesso em 04/07/2013.

PLS 283/2012 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. Acesso em 04/07/2013.

Proposta de Anteprojeto pela Comissão de Juristas do Senado relativo ao Superendividamento. Disponível em: http://www.mp.pa.gov.br/upload/Proposta_Comissao_de_Juristas_do_Senado_Superendividamento.pdf. Acesso em 04/07/2013.

SANDOVAL, Carlos Molina. *Derecho de consumo*. 1a. ed. Córdoba: Advocatus, 2008.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. A ineficácia da hipoteca que onera imóvel financiado pelo sistema financeiro da habitação em relação ao consumidor-adquirente. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.10, n. 37, (jan./mar. 2001), p.157-196.

STIGLITZ, Gabriel. O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 01, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOMASETTI JR., Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 2 / Pág. 52 – Doutrina – maio a ago.1992.

LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES EN ESPAÑA

M^A DEL PILAR MOLERO MARTÍN-SALAS
Profesora Dra. Derecho Constitucional. UCLM

M^A NIEVES PACHECO JIMÉNEZ
Profesora Dra. Derecho Civil. UCLM

EXCERTOS

“El servicio público debe prestarse atendiendo al interés general, sin fines partidistas”

“Puede entenderse el servicio público como la actividad por la que, mediante una organización ad hoc, la Administración Pública realiza de forma regular y continua la prestación de una utilidad singular a los ciudadanos, que satisface también una necesidad general que se considera esencial para el funcionamiento de la sociedad”

“En España muchos de los servicios públicos estatales y locales han conservado durante mucho tiempo unas estructuras tradicionales y arcaicas motivadas por la estatalización y el monopolio, lo que ha contribuido a patentes deficiências”

“Hay que distinguir los servicios públicos esenciales de los servicios de interés general o servicios universales. Los primeros son los analizados hasta el momento, cuya titularidad es siempre pública; y los segundos son de titularidad privada, pero que no se podrán prestar si no es con una licencia o autorización pública”

“El servicio público se debe desarrollar de forma ininterrumpida (bien continua, bien en los días y horarios previstos), de acuerdo con la naturaleza de la prestación”

“La gratuidad del servicio público sólo será aplicable cuando se derive de la naturaleza del servicio en cuestión o venga impuesto por una norma constitucional o legislación específica; fuera de esos supuestos el coste total o parcial del servicio puede ser recuperado por la Administración y el concesionario a través de las tarifas correspondientes”

I. Introducción

En España el servicio público surgió a mediados del siglo XIX bajo unas determinadas circunstancias sociales, económicas y políticas. Concretamente, la sociedad rural decimonónica, con pocos recursos y escaso desarrollo de infraestructuras, necesitaba una técnica jurídica que permitiera el acceso de sus ciudadanos a servicios básicos de agua, gas, electricidad, saneamiento, transporte, etc. Para ello el Estado desarrolló el Derecho administrativo estatal y el Derecho administrativo local, estableciendo unas normas jurídicas que preveían para determinadas actividades un régimen jurídico distinto al de Derecho común. Esta intervención y los avances tecnológicos e industriales contribuyeron a la creación del “servicio público” y a la consecución de una sociedad más urbana, igualitaria y con mayor esperanza de vida¹.

Con carácter general puede entenderse el servicio público como la actividad por la que, mediante una organización *ad hoc*, la Administración Pública realiza de forma regular y continua la prestación de una utilidad singular a los ciudadanos, que satisface también una necesidad general que se considera esencial para el funcionamiento de la sociedad². Si bien, se trata de un concepto que no ha permanecido estático³, sino que desde mediados del siglo XX ha evolucionado gracias a los constantes cambios económicos, sociales, políticos y culturales. A ello ha contribuido la Unión Europea, que ha dejado de lado la tradicional concepción de servicio público para reorganizarlo en base a las ideas de concurrencia y competencia⁴. Las premisas de libertad de comercio de productos y mercancías, la libertad de establecimiento y prestación de servicios, la libertad de movimiento de capitales y la libertad laboral (en definitiva, la globalización⁵), han desencadenado la ruptura de monopolios comerciales que no se encuentren vinculados a una actividad de interés general, conllevando la modificación de la regulación de los grandes servicios públicos⁶.

La doctrina del servicio público parte de la asunción por la Administración del control de ciertos sectores de actividad mediante un acto formal, tanto si ella misma se hace cargo directamente de su gestión, como si se la concede a una empresa privada⁷.

Sin embargo, desde hace unos años es patente una crisis de esta doctrina, a consecuencia de varios factores: la paulatina expansión de las Comunidades Europeas, la progresiva implantación del mercado único basado en la libre competencia, y los continuos avances tecnológicos⁸. De ahí que actualmente

sea más acertado el concepto de “servicio universal”, entendido como servicio de calidad a un precio asequible para todos, para cuya efectiva satisfacción las leyes reguladoras de los sectores liberalizados deben imponer a todos los operadores por igual unas concretas obligaciones de servicio público, encargándose la Administración de hacerlas cumplir y, en su caso, ejerciendo su potestad sancionadora⁹. Como observa GARCÍA DE ENTERRÍA, “lo que había de esencial en la vieja doctrina del servicio público permanece así, sin variaciones apreciables, en el nuevo contexto de las actividades liberalizadas”¹⁰.

Lo que es indiscutible es que la existencia y el correcto funcionamiento de los servicios públicos constituyen una constante demanda de los ciudadanos. Así, estos deben ver satisfecho su acceso a servicios públicos –con la debida protección como consumidores y usuarios- que obedezcan a los principios de servicio universal, continuidad, calidad e igualdad.

II. El servicio público en la constitución española

En el artículo 38 de la Constitución española¹¹ se reconocen dos de los pilares básicos de la que se ha denominado la “Constitución económica”, esto es, la libertad de empresa y la economía de mercado, cuya principal finalidad es la de controlar la acción económica del Estado. Sin embargo, dicho reconocimiento no impide que también se establezcan límites a dicha libertad, como la planificación (prevista por el propio artículo 38 CE) o la iniciativa económica pública (también reconocida en la norma suprema en el artículo 128 CE).

Dicha “Constitución económica” se completa, por tanto, con otras previsiones constitucionales encaminadas a limitar los derechos privados y a permitir la intervención estatal, siempre en aras del interés público, al que está subordinada toda la riqueza del país, como establece el apartado primero del artículo 128 CE.

Es el apartado segundo del citado artículo el que concreta la mencionada intervención estatal, estableciéndose que: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Todo ello nos indica que, aunque se reconoce la libertad de empresa y la economía de mercado, también se habilita al legislador para que excluya

del sector privado aquellas actividades económicas que considere esenciales para la sociedad. Existe, por tanto, una reserva de ley en cuanto a determinar cuáles son esas actividades concretas¹².

Tratándose el presente estudio de la reserva al sector público de recursos y servicios esenciales, es trascendental acuñar una definición de “servicio público esencial”¹³. Sin embargo, no es ésta una tarea fácil (de hecho, ni en la propia Constitución se observa un concepto estricto), pues han sido varios los intentos por determinar tal noción, no llegando a una definición homogénea por su íntima relación con el contexto social y económico del momento, y por tanto en constante evolución, como ya mencionamos unos párrafos más arriba¹⁴. Así las cosas, no nos resta más que ofrecer una serie de elementos caracterizadores que, sumados, nos aproximen al significado adecuado de dicho concepto.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 (STC 26/1981) se pronuncia sobre el concepto de servicio esencial, pero en relación con el derecho de huelga. Pues bien, aunque no se trate de dos conceptos idénticos, esta sentencia observa como “esenciales” las “actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de una comunidad”, siendo la actividad industrial o mercantil relacionada con prestaciones vitales una actividad que es esencial en el sentido del 128.2 CE a efectos de reserva. En definitiva, una prestación vital o necesaria para la vida de una comunidad, indispensable para el funcionamiento de la sociedad –con los rasgos y características propios de las circunstancias tecnológicas de nuestra época–, sería una actividad esencial a efectos del art. 128.2 CE¹⁵. Se trataría, pues, de actividades materiales o técnicas consistentes en la prestación¹⁶ de servicios finales para satisfacer las demandas y necesidades de la sociedad, esto es, en aras a la consecución de un interés general.

El servicio público debe sujetarse a los principios de legalidad, continuidad, movilidad o adaptabilidad al progreso tecnológico, igualdad y gratuidad (en ciertos casos). Así: 1) Corresponde al poder legislativo el reconocimiento de una actividad como de interés esencial dotando los créditos necesarios para su satisfacción mediante la creación de un servicio público. 2) El servicio público se debe desarrollar de forma ininterrumpida (bien continua, bien en los días y horarios previstos), de acuerdo con la naturaleza de la prestación. 3) Quien presta el servicio público está obligado a incorporar a la prestación los adelantos técnicos que se vayan produciendo. 4) El servicio público debe prestarse atendiendo al interés general, sin fines partidistas. 5) El usuario del servicio público debe ser tratado de forma igualitaria, prohibiéndose

todo trato discriminatorio (aunque eso no implica un trato uniforme ya que serán lícitas las diferencias en función de la situación de determinados colectivos). 6) La gratuidad del servicio público sólo será aplicable cuando se derive de la naturaleza del servicio en cuestión o venga impuesto por una norma constitucional o legislación específica; fuera de esos supuestos el coste total o parcial del servicio puede ser recuperado por la Administración y el concesionario a través de las tarifas correspondientes¹⁷.

Entendida la reserva como atribución de titularidad sobre un servicio esencial, en nuestra Constitución no cabe ninguna clase de reserva al Estado de recursos o servicios distintos de los esenciales. Así, las actividades económicas de prestación, regular y continua¹⁸ que, por su carácter de esencial para la comunidad, y con el límite de la garantía constitucional de la libertad de empresa y la economía de mercado, son sustraídas de la titularidad de los particulares¹⁹.

No obstante, esa idea de reserva no es incompatible con el hecho de que la gestión de la actividad sea entregada a particulares mediante técnicas concesionales; siendo ésta la interpretación que debe prevalecer del art. 128.2 CE²⁰. Es más, la liberalización de ciertos sectores no es óbice para que la actividad siga estando regulada en garantía del interés público, siempre bajo el principio de proporcionalidad y criterios objetivos²¹.

Continúa el art. 128.2 CE con una matización a esta reserva: “especialmente en caso de monopolio”, esto es, en aquellos supuestos en los que falte la competencia económica y no existan bienes sustitutos viables. El caso de monopolio no es un supuesto adicional, sino uno especial dentro del más genérico de servicios esenciales²².

Como ya mencionamos anteriormente, el propio art. 128.2 CE establece la exigencia de ley (estatal o autonómica²³) para efectuar la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. En este punto cabe destacar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia del 2 de diciembre de 1983 (STC 111/1983): “La expresión mediante ley que utiliza el mencionado precepto, además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Leyes sentido formal”.

Y no debe obviarse que la libertad del legislador de reservar servicios al sector público se encuentra limitada por los derechos fundamentales, cuyo

contenido esencial debe ser respetado siempre, correspondiendo al Tribunal Constitucional controlar su observancia.

Es cierto que en los últimos años, y debido a la globalización económica y la libre competencia, se aprecia una tendencia a reducir el sector público y abandonar su antigua concepción, fomentando la privatización apoyándose en el argumento de la preocupación por la mejora del funcionamiento de los servicios públicos²⁴. En España muchos de los servicios públicos estatales y locales han conservado durante mucho tiempo unas estructuras tradicionales y arcaicas motivadas por la estatalización y el monopolio, lo que ha contribuido a patentes deficiencias. El continuo cambio social lleva consigo la modificación de la gestión de los servicios públicos, abandonado su carácter monopolístico y excluyente propugnado por el art. 128.2 CE²⁵.

El último inciso del art. 128.2 CE, que posibilita “*la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*”, supone que, permaneciendo la titularidad de aquéllas en manos de sus propietarios, su gestión y actividad es dirigida por un órgano de naturaleza pública que participa en la toma de decisiones o sustituye totalmente a los órganos normales de decisión²⁶. La dificultad práctica procede de la exigencia de que dicha intervención se haga mediante ley, lo que conllevaría la necesidad de una ley singular para cada supuesto. Para solventar este problema, y aunque existen detractores de esta interpretación, hay que traer a colación de nuevo la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983 (STC 111/1983), que reconoció la posibilidad de que en esta materia de intervención de empresas juegue no sólo la ley singular, sino también la ley general e incluso el decreto-ley²⁷.

III. Régimen jurídico del servicio público²⁸

El régimen jurídico básico del servicio público se configura del siguiente modo:

1. Sujetos intervinientes

a) La Administración, que es titular del servicio, responsable de su correcta prestación, y de establecer el régimen de gestión.

b) Contratista, que existirá cuando la Administración no lo gestiona directamente, y será al que se adjudique dicha gestión. Existen varios mecanismos de adjudicación, el más común y tradicional la concesión.

c) Usuario, que es la persona que utiliza el servicio público esencial.

2. Objeto

Es la prestación concreta en la que se basa cada uno de los servicios públicos, y que siempre supondrá una utilidad singular para cada usuario.

3. Derechos y obligaciones generales de las partes

a) La Administración cuenta con diversas potestades como titular del servicio: la potestad reglamentaria para regular la gestión y el uso, la potestad de inspeccionar y controlar, la potestad sancionadora y la potestad tarifaria.

En cuanto a su principal obligación, como ya se apuntara anteriormente, será la de prestar el servicio de manera regular y continuada, adaptándose al proceso tecnológico, y respetando los principios de universalidad, no discriminación y suficiencia financiera (deben establecerse precios adecuados que permitan el acceso al servicio, entendiéndose que el cobro del mismo no está destinado a la obtención de beneficios)

b) Respecto al usuario, parece claro que tiene derecho al uso y utilización del servicio cuando éste ya ha sido creado, con independencia de los posibles límites o requisitos que se establezcan para su uso, dependiendo de la prestación concreta. ¿Pero existe un derecho a que se establezcan dichos servicios? La Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBR), en su artículo 18, apartado c, sí considera un derecho subjetivo el poder exigir un servicio público que sea de competencia municipal y se considere obligatorio.

Respecto a sus principales obligaciones, se resumen básicamente en el respeto por los requisitos o límites establecidos para el uso del servicio, y el pago, en su caso, del precio establecido para el mismo.

IV. Servicio público esencial y servicio de interés general

Hay que distinguir los servicios públicos esenciales de los servicios de interés general o servicios universales. Los primeros son los analizados hasta el momento, cuya titularidad es siempre pública; y los segundos son de titularidad privada, pero que no se podrán prestar si no es con una licencia o autorización pública. El Tribunal Constitucional en su sentencia 185/1995, indicó que servicios de interés general son aquellos “servicios objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar”. Se trata de actividades de titularidad privada, pero esenciales para el adecuado funcionamiento de la sociedad, y por ello

la Administración no puede mantenerse al margen o desentenderse de las mismas.

Según COSCULLUELA, “servicios económicos de interés general son, en conclusión, las actividades privadas que son calificadas como tales por el legislador, teniendo en cuenta su carácter esencial para el funcionamiento del sistema económico, sin convertirlas en servicios públicos, pero sometiéndolas al poder regulador de la Administración Pública, para imponer las condiciones esenciales de su desarrollo, velar por el cumplimiento de las obligaciones del servicio público que se imponen a las empresas operadoras del sector”²⁹.

En cuanto a los derechos y obligaciones, son similares a los establecidos por el régimen jurídico clásico del servicio público, si bien pueden realizarse algunas matizaciones:

- La empresa privada que ofrece el servicio también debe actualizarse tecnológicamente, si bien se ha considerado que cuando un servicio ha sido ofrecido tradicionalmente por una misma empresa, con una serie de instalaciones propias (por ejemplo a través de redes de telefonía), no se exige que las nuevas empresas que empiezan a operar en el mercado creen nuevamente instalaciones, sino que se ha considerado que pueden usar las ya existentes. En estos casos el legislador ha obligado al operador tradicional a que permita a los otros operadores el uso de dichas instalaciones (en el caso de la telefonía) y a mantener la nacionalización de la red, permitiendo el acceso a la misma de otros operadores (es el caso de la red ferroviaria).

- El precio del servicio debe ser asequible, aunque con un margen suficiente para permitir la competencia empresarial, si bien la Administración puede regular dicho precio.

- Además de la protección general del usuario, se establecen mecanismos específicos para la protección del consumidor.

- La titularidad sigue siendo de la empresa privada, si bien la Administración controla toda la actividad.

V. Análisis de servicios públicos esenciales y de servicios de interés general

Actualmente encontramos numerosos servicios que han sido considerados por el legislador, bien servicios públicos, al estilo tradicional y cuya titularidad sigue siendo estatal, bien servicios de interés general que, aunque controlados por la Administración pública, son de titularidad privada.

Para el análisis de los diversos servicios, al menos de los más importantes (pues abarcar todos ellos resulta materialmente imposible en este trabajo), podemos clasificarlos esencialmente en cuatro categorías: 1. Educativos y asistenciales (educación, sanidad y asistencia social). 2. Transporte (transporte de viajeros y mercancías por carretera, transporte aéreo y transporte ferroviario). 3. Comunicaciones (telecomunicaciones, servicio postal, teléfono, y radio y televisión públicas). 4. Otros servicios (energía eléctrica, abastecimiento y depuración de agua, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y gas).

V. 1. Educativos y asistenciales

a) Educación

El derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de la CE es considerado un derecho fundamental, que se predica de todas las personas, ya sean nacionales o extranjeras, sin que sea necesario que estos últimos tengan una situación regular en España para poder ejercerlo, estableciéndolo así nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre.

La reciente LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, conocida como la LOMCE, incorpora algunas novedades destacables, si bien, en lo que aquí interesa, la propia Exposición de Motivos de la ley reconoce que la educación es un elemento determinante del bienestar social.

Como indudable servicio público, la CE confiere a la educación un objetivo concreto en el apartado segundo del citado artículo 27, “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Pero además, el apartado cuarto, plasma de manera clara el aspecto más prestacional del derecho, imponiendo que la educación básica será obligatoria y gratuita, de tal forma que no es suficiente con el respeto por parte de la Administración, sino que debe asegurar el acceso de todos a la misma.

El legislador, sin olvidar su carácter público y prestacional, y el objetivo esencial que debe cumplir, ha ido regulando la educación a través de diversas leyes, la última de ellas la citada LOMCE. Actualmente el sistema educativo en España se puede clasificar de la siguiente forma:

- Educación infantil, desde los 0 a los 6 años. No es obligatoria, pero sí gratuita en la segunda etapa, de los 3 a los 6 años.
- Educación primaria, desde los 6 a los 12 años. Es obligatoria y gratuita.

- Educación secundaria, desde los 12 a los 16. Es obligatoria y gratuita.
- Bachillerato, de los 16 a los 18 años. No es obligatoria pero sí gratuita.
- Enseñanza universitaria. No es obligatoria ni gratuita.

De manera paralela también se ofrecen ciclos de formación profesional, concretamente tres ciclos: básico, grado medio y grado superior. Estos pueden cursarse por alumnos de secundaria mayores de 15 años. Una de las novedades al respecto es que la ley exige que el ciclo básico será de oferta obligatoria y gratuito.

En cuanto a la educación universitaria, se regula de manera más concreta por la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que ya en su artículo primero establece que “la Universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio”

b) Sanidad

Sin duda la acción de la Administración en materia sanitaria es amplísima, y se caracteriza por “la gran amplitud y complejidad de las cuestiones que comprende y por la presencia de un material normativo en verdad ingente y muy difícilmente abaricable”³⁰.

En cuanto a las previsiones constitucionales al respecto, cabe destacar los siguientes artículos: art. 41, que establece el mandato hacia el legislador para que mantenga un régimen público de Seguridad Social; art. 43, en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud; arts. 49, 50 y 51, que se refieren a la protección de la salud de determinados colectivos tales como los disminuidos, la tercera edad y los consumidores.

La legislación básica la encontramos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, que ya en su artículo 1.1 establece que la citada ley “tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocida en el artículo 43.1 y concordantes de la Constitución”, por tanto, la protección de la salud pública como servicio público esencial.

Actualmente la asistencia sanitaria se considera un servicio público, gratuito y universal, del que pueden disfrutar todos los españoles y extranjeros con situación regular en España. En el caso de extranjeros, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras sus diversas reformas, especialmente la operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, y teniendo en cuenta la interpretación

El servicio público debe sujetarse a los principios de legalidad, continuidad, movilidad o adaptabilidad al progreso tecnológico, igualdad y gratuidad

ofrecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, establece que también se pueden beneficiar del sistema sanitario español, aquellos extranjeros que carezcan de situación regular en España si son menores, mujeres embarazadas, o se trata de situaciones de urgencia.

c) Asistencia social

A lo largo de todo el texto constitucional encontramos preceptos que son auténticos mandatos al legislador, que le obligan a actuar en lo que tiene que ver con la garantía de la asistencia y la protección social. Partiendo de la configuración del Estado como social y democrático de derecho, son diversos los artículos al respecto tales como el 1.1 CE, que configura la igualdad como uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico; el 10.1 CE, que reconoce la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; el 9.2 CE, que impone al poder público la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas; o los artículos 39 a 52 CE, donde se reconocen los denominados derechos sociales y con los que se trata de proteger socialmente a determinados colectivos o determinadas situaciones, tales como la familia, la infancia, la cultura o la vivienda. También es importante señalar que el artículo 148.1.20.a) CE establece que la asistencia social puede ser asumida por las Comunidades Autónomas, y en virtud de dicho precepto, todos los estatutos han asumido dicha competencia como propia.

Dar una definición de asistencia social no resulta fácil, pues se trata de un concepto que ha evolucionado mucho con el paso del tiempo y la llegada de nuevas circunstancias. Como afirman algunos autores, “nos encontramos ante una noción dinámica y de contornos difusos”³¹. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, distingue la asistencia social que pueda ser interna a la Seguridad Social y la asistencia social externa, observando que “es una exigencia del Estado Social de Derecho que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del Sistema de Seguridad Social pueden acceder a otros beneficios o ayudas”. Si bien, también el Tribunal Constitucional advierte que dicho poder de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, en cuanto a constituir esta asistencia social externa, no debe invadir competencias estatales, y a la inversa.

La normativa autonómica al respecto es diversa, aunque encontramos elementos comunes a todas ellas, y que caracterizan a la asistencia social como servicio público esencial. Dicha asistencia se ha establecido a dos niveles: los servicios sociales más básicos, que se destinan al ámbito más

social y familiar, y cuya competencia suele atribuirse a las entidades locales, y los servicios sociales más especializados, que se establecen según el tipo de necesidad y dirigidos a grupos concretos de personas, y cuya competencia se encomienda, generalmente, a la Administración autonómica. En todo caso se han establecido servicios prestacionales como la asistencia domiciliaria, servicios socio-educativos, de asesoramiento...

El sistema de servicios sociales en la actualidad puede resumirse como “un conjunto coordinado de recursos, equipamientos, proyectos, programas y prestaciones, tanto de titularidad pública como privada, cuya finalidad es favorecer la integración social y el bienestar de las personas y asegurar su derecho a vivir dignamente mediante la cobertura de sus necesidades personales y sociales”³².

V.2. Servicios de transporte

a) Transporte de viajeros y mercancías por carretera

El transporte regular de viajeros por carretera se regula por la Ley 16/1987, de 30 de julio, siendo dicha norma modificada posteriormente por la Ley 9/2013, de 4 de julio. En lo que aquí interesa cabe destacar que dicho transporte se sigue considerando un servicio público, cuyo titular continua siendo la Administración pública, aunque la gestión de dicho transporte ha tenido que adaptarse al Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, cuya principal finalidad es la de reforzar el carácter contractual de la relación entre la Administración y el gestor del servicio.

En cambio, cuando se trata del transporte discrecional de viajeros o de mercancías, no será la Administración pública la titular del servicio, sino empresas privadas a las que se exige autorización previa para poder prestarlo. En estos casos, la citada ley, también incorpora las previsiones establecidas por el Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, con el objetivo principal de seguir manteniendo el máximo rigor en las condiciones de acceso al mercado de transporte, y dotar de una mayor capacidad de autogestión a las empresas que intervienen en dicho mercado.

b) Transporte aéreo

“La liberalización del transporte aéreo con la finalidad de abrir el sector al libre juego de la competencia ha sido llevada a cabo en el seno de la Unión Europea de forma gradual o progresiva”³³. Los primeros pasos se dieron a través de la Directiva 1987/601 y de la Decisión del Consejo 1987/602.

Pocos años después continúa con los Reglamentos 2342 y 2343/1990. Las últimas medidas se aprueban a través de diversos reglamentos: el 2407/1992 7 del Consejo, 2408/1992 8 del Consejo, 2409/1992 9 del Consejo, y 95/1993 10 del Consejo.

Dicha liberalización del sector permite la libertad de actuación para los diferentes estados de la Unión Europea, si bien se exige a las compañías la posesión del certificado de operador aéreo y la licencia de transporte aéreo.

El último paquete de medidas aprobado permite eliminar las dificultades existentes y se consigue un auténtico mercado competitivo. Se modifica el sistema de concesión de licencias, eliminando las políticas monopolísticas que todavía existían en algunos estados. Aunque se ha avanzado mucho, se sigue trabajando para corregir los diversos problemas que sigue planteando el sistema, principalmente por la congestión de los aeropuertos y del espacio aéreo.

Por último tener en cuenta, que dichas políticas liberalizadoras se implantan sin perjuicio de que los Estados decidan imponer rutas de servicio público, para asegurar la comunicación entre determinados lugares³⁴.

En cuanto al transporte regular de viajeros extracomunitarios, se sigue aplicando la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea, que lo considera un servicio público, aunque sometido al régimen de concesión.

c) Transporte ferroviario

Considerado tradicionalmente el servicio público por excelencia, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, suprime su carácter público para convertirlo en servicio de interés general. La liberalización del sector se produce para dar cumplimiento a las Directivas comunitarias del año 2001, que establecen que dicho sector debe estar liberalizado en toda Europa a partir del 2008.

Atendiendo a la propia Exposición de Motivos de dicha ley, “la Directiva 2001/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001 modificó la Directiva 95/18/CE en el sentido de generalizar los principios de concesión de licencias a todas las empresas activas en el sector con objeto de garantizar a éstas un trato justo, transparente y no discriminatorio”; “la Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructuras ferroviarias, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, pretende garantizar a las empresas ferroviarias el acceso a la infraestructura en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias y garantizar la seguridad en la prestación de los servicios de transporte ferroviario”; “la Directiva 2001/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa a la interoperabilidad

del sistema ferroviario transeuropeo convencional, pretende fijar las condiciones que deben cumplirse para lograr, en el territorio comunitario, la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional. Dichas condiciones se refieren al proyecto, a la construcción, a la puesta en servicio, a la rehabilitación, a la renovación, a la explotación y al mantenimiento de los elementos de dicho sistema que entren en servicio después de la fecha de entrada en vigor de la referida Directiva, así como a las cualificaciones profesionales y a las condiciones de salud y de seguridad del personal que contribuye a su explotación”.

En definitiva, y según la meritada Exposición de Motivos, “los ejes sobre los que gira la reforma son la separación de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios y la progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia”.

V.3. Servicio de comunicaciones

a) Telecomunicaciones

El sector telecomunicaciones, entendido como un servicio básico, ha evolucionado de unos mercados fuertemente intervenidos regulatoriamente hacia un marco de mayor desregulación basado en la intervención correctora “a posteriori”³⁵, acabando con el monopolio tradicional y posibilitando la competencia³⁶.

En este ámbito tan dinámico, caracterizado por la constante evolución tecnológica, es trascendental el cumplimiento de unos principios básicos, a saber: consistencia en la regulación, garantía de la cohesión social y regional, accesibilidad universal de los servicios, racionalización en el uso de los recursos escasos, interoperabilidad entre redes y servicios, protección de los derechos de los usuarios y garantía de las obligaciones de servicio público y servicio universal, entre otros³⁷.

En España, hasta hace relativamente poco, la práctica totalidad de los servicios de telecomunicaciones eran servicios públicos prestados en régimen de monopolio al amparo de sucesivos contratos concesionales³⁸. Fue el RD-Ley de 7 de junio de 1996, de Liberalización de las Telecomunicaciones, el que constituyó un paso fundamental para la liberalización de este mercado.

La Ley 11/1998, de 24 de abril, observa en su propia Exposición de Motivos que “el sector de las telecomunicaciones fue considerado históricamente uno de los ejemplos clásicos del denominado monopolio natural. Esta consideración sufrió la primera quiebra en el ámbito comunitario, como consecuencia de la publicación, en 1987, del Libro verde sobre el desarrollo

del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones”. En éste “se proponía una ruptura parcial de dicho monopolio y una separación entre los servicios de telecomunicaciones que, hasta entonces, se ofrecían, todos ellos, asociados entre sí, al servicio telefónico y a su red. Esta separación permitió comenzar a distinguir entre redes y servicios básicos y otras redes, equipamientos y servicios. Dentro de esta segunda categoría, podría, en algunos casos, actuarse en régimen de libre concurrencia. Establecía el libro verde, asimismo, una serie de principios y criterios para la liberalización de los servicios de telecomunicaciones en los países de la Unión Europea en años sucesivos”.

Ese mismo año se aprobó en España la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que supuso el primer marco jurídico básico de rango legal aplicable al sector de las telecomunicaciones y el inicio del proceso liberalizador en nuestro país. Sin embargo, esta ley quedó desfasada en poco tiempo, siendo necesario reformarla en profundidad a través de: Ley 32/1992, de 3 de diciembre; y Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Posteriormente, y en cumplimiento de varias Directivas comunitarias reguladoras de las comunicaciones electrónicas³⁹, que profundizan en los principios de libre competencia, protección de los derechos de los usuarios, mínima intervención de la Administración en el sector, respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores, y supervisión administrativa de ciertos aspectos (servicio público, dominio público y defensa de la competencia), se aprobó la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Ésta derogó la Ley 11/1998, excepto sus disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima, y sus disposiciones transitorias sexta, séptima y duodécima. No obstante, se reconoce a la ley del 98 haber instaurado un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y en el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, abriendo el sector a la libre competencia entre operadores, y redundando consecuentemente en una mayor capacidad de elección por los usuarios.

La Ley 32/2003, como señala su propia Exposición de Motivos, “se dirige a regular exclusivamente el sector de las telecomunicaciones⁴⁰, en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.21.ª de la Constitución”, respetando los principios establecidos por la normativa europea. Concretamente, y siguiendo dicha Exposición de Motivos, “en relación con la garantía de los derechos de los usuarios, la ley recoge la ampliación de las prestaciones, que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos

los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal”. Asimismo, “se incluye el acceso funcional a Internet, ya incorporado anticipadamente por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permitan un mayor control del gasto por los usuarios. Además, se amplía el catálogo de derechos de los consumidores que sean personas físicas y usuarios reconocidos con rango legal”.

b) Servicio postal

Se considera uno de los servicios públicos clásicos, si bien el proceso liberalizador del sector comienza con la ya derogada Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

El artículo 1 de la citada ley establece que se quiere garantizar la prestación del servicio postal, pero también un ámbito de libre competencia en el sector, por lo que empiezan a considerarse un servicio de interés general.

Actualmente existen diversas normativas relativas al servicio postal, siendo la ley vigente al respecto la Ley 43/2010, de 30 de noviembre, de Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal.

Con la citada ley se transpone la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero, con la finalidad de garantizar a los ciudadanos un servicio postal universal se amplía cobertura territorial y elevada calidad y eficacia, reiterándose que los servicios postales son un servicio de interés general.

La ley configura, de acuerdo con la Directiva que transpone, tres áreas bien definidas de servicios postales. De una parte, como corazón del sistema, el servicio postal universal, cuyo alcance material y exigencias formales se fijan el título III y que se encomienda en régimen de obligaciones de servicio público al operador público Correos y Telégrafos, S. A. De otra, los servicios que cayendo bajo el alcance material del servicio postal universal se prestan en condiciones de libre mercado ajenas a las obligaciones de servicio público que se le imponen al prestador del servicio postal universal. Para la prestación de estos servicios es necesario disponer de la correspondiente autorización administrativa singular.

Finalmente, aquellos servicios postales distintos de los servicios postales tradicionales, pueden ser prestados con una mera declaración responsable

La existencia
y el correcto
funcionamiento de
dichos servicios,
en sus diversas
modalidades
constituyen una
constante demanda
de los ciudadanos

de respeto a los requisitos esenciales que son la condición de posibilidad de funcionamiento del nuevo modelo postal español. Entre estos requisitos, junto con la protección de derechos fundamentales como el secreto en las comunicaciones postales, se incluyen el respeto a las normas que protegen los derechos de los trabajadores y los usuarios y los ordenamientos en materia tributaria o de inmigración.

Como vemos, el operador elegido para ofrecer el servicio postal universal ha sido Correos y Telégrafos, S.A., si bien “los cambios que se están produciendo en el entorno no puede pasar desapercibidos para el operador público español, que debe adaptarse con urgencia a las nuevas demandas del mercado postal. Por ello es necesario que profundice en el proceso de cambio [...] prestar un servicio postal de calidad en todo el territorio a precio asequible y competir en el mercado postal en igualdad de condiciones que el resto de operadores”⁴¹.

c) Teléfono

La Ley 12/1997, de 24 de abril, liberaliza el sector de la telefonía, terminando con uno de los monopolios más tradicionales en cuanto a la prestación de servicios. Dicha liberalización se concreta aún más con la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre.

La telefonía empieza a considerarse un servicio de interés general, que puede ser prestado por aquellas empresas que obtengan una licencia operativa. Además, aunque las redes siguen siendo de la Compañía Telefónica, se le obliga a permitir el uso de las mismas a otros operadores del sector.

A pesar de la liberalización, el artículo 21 mantiene que los operadores están sometidos a una serie de obligaciones de servicio público tales como: que los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija; que la conexión debe permitir realizar comunicaciones de voz, fax y datos, a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet; que la conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo; que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados; que se ponga a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de teléfonos públicos de pago, al menos un servicio de información general sobre números de abonados; que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago u otros puntos de acceso público a la telefonía vocal en todo el territorio nacional; y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de

emergencia desde los teléfonos públicos de pago sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles. El Gobierno también podrá imponer otras obligaciones de servicio público por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil, así como por razones de cohesión territorial, para la extensión de otros nuevos servicios y tecnologías, especialmente referidos a sanidad, educación, acción social y cultura, etc.

d) Radio y televisión públicas⁴²

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido en su sentencia 12/1982, de 31 de marzo, que “la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador”, y ello en base al interés general que aquélla supone. Así, la radio y la televisión proporcionan al público prestaciones útiles, además de configurarse como medios adecuados para satisfacer el derecho a la información. Pero ha de añadirse que, en virtud del art. 128.2 CE (“especialmente en caso de monopolio”), aquéllas emplean las ondas hertzianas, un bien de dominio público⁴³.

La Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, enumera en su Preámbulo las funciones (v. gr., información, participación ciudadana, libre formación de la opinión pública, difusión de la cultura) que realizan la radio y la televisión, coligiéndose el servicio tan importante y necesario que prestan a la comunidad. De ahí su configuración como “servicios esenciales”.

A través de la Ley 25/1994, de 12 de julio, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva.

Posteriormente, la Ley 22/1999, de 7 de junio, modifica la Ley 25/1994, sustituyendo en el articulado toda alusión a las “entidades que prestan servicio público de televisión” por una más general a los “operadores de televisión”, evitando la referencia al carácter de servicio público. Con ello se produce una ampliación objetiva del ámbito de aplicación ya que desde la entrada en vigor de la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, existen en España servicios de televisión que no tienen la consideración de servicio público, pero a los que la Directiva europea no excusa del cumplimiento de las obligaciones impuestas en ella, por lo que no podían ser excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

Por su parte, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal (que deroga la ley de 1980), contempla en su Exposición de Motivos que “La actividad de los medios de comunicación de titularidad pública ha de regirse por un criterio de servicio público, lo que delimita su organización y financiación, los controles a los que quedan sujetos, así como los contenidos de sus emisiones y las garantías del derecho de acceso”. “El fin de la presente Ley es, por una parte, dotar a la radio y a la televisión de titularidad estatal de un régimen jurídico que garantice su independencia, neutralidad y objetividad y que establezca estructuras organizativas y un modelo de financiación que les permita cumplir su tarea de servicio público con eficacia, calidad y reconocimiento público. Por otra, refuerza la intervención del Parlamento y prevé la supervisión de su actividad por una autoridad audiovisual independiente”. Además, en su artículo 2 concibe el servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado, que tendrá por objetivo alcanzar una cobertura universal (entendiendo por tal la mayor cobertura posible dentro del territorio nacional), como “un servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas que tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio y televisión con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros y destinadas a satisfacer necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad española; difundir su identidad y diversidad culturales; impulsar la sociedad de la información; promover el pluralismo, la participación y los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos”.

V.4. Otros servicios esenciales

Como ya hemos señalado anteriormente, este artículo no pretende ser exhaustivo con los distintos servicios públicos esenciales y de interés general. De ahí que en este apartado hayamos seleccionado una serie de ellos, en base a su importancia práctica y cotidiana.

a) Energía eléctrica

La trascendencia social y económica del sector energético ha justificado una intensa intervención administrativa⁴⁴. De ello se hizo eco la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional, en la que se acordó la nacionalización de la red de alta tensión, consolidándose el proceso de publicación del sector. No obstante, las críticas de las compañías eléctricas privadas hacia el modelo de administración del sistema eléctrico instaurado por esta ley motivaron unas novedades

organizativas, que facilitaban una separación de las funciones de regulación y de gestión del sistema, y promovían la participación de empresas privadas en los entes de regulación y de gestión⁴⁵, en la ley que se promulgó diez años más tarde: la Ley 40/1994, de 30 diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. A pesar de dichas críticas, el intervencionismo público no disminuyó, siendo reflejo de ello las funciones que se encomendaban a la Administración General del Estado, a saber: planificación eléctrica, establecimiento mediante tarifa del precio de prestación del servicio, ejercicio de las funciones de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, explotación unificada de dicho Sistema, intervención en los procedimientos para la autorización de instalaciones, ordenación unificada de la distribución y establecimiento de requisitos mínimos de calidad y seguridad del suministro.

Merece un análisis más detallado la Ley 54/1997, de 27 de noviembre (ya derogada), de Sector Eléctrico, que consideraba que “el suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad”, entendiendo que “el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural”.

Esta ley tiene como fin básico establecer la regulación del sector eléctrico, garantizando el suministro eléctrico, la calidad de dicho suministro y que éste se realice al menor coste posible; sin olvidar la protección del medioambiente. Sin embargo, a diferencia de regulaciones anteriores, esta ley se caracteriza por entender que garantizar dichos objetivos requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. Es decir, no se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico.

En definitiva, se abandona la noción de servicio público, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. De este modo, la explotación del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal y sus funciones son asumidas por sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema; mientras que la planificación estatal quedaría restringida a las instalaciones de transporte, buscando así su adecuación a la planificación urbanística y a la ordenación del territorio.

Actualmente, la Ley 17/2007, de 4 de julio, modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

b) Abastecimiento y depuración de aguas⁴⁶

“La actividad consistente en el suministro de agua potable a quienes integran las poblaciones ha sido considerada, tradicionalmente por nuestro Derecho, como un servicio público, cuya responsabilidad corre a cargo de los Municipios”⁴⁷.

Aunque existen otros antecedentes normativos interesantes, cabe destacar que ya la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, señalaba en su art. 11, que “corresponde a la Administración municipal conocer, con arreglo a las leyes orgánicas (...) del abastecimiento de aguas a las poblaciones, en lo tocante a la construcción de las obras o a la concesión de las mismas a empresas particulares”⁴⁸. Actualmente el dominio público hidráulico y uso del agua está regulado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que refunde diversas normas al respecto, entre las que podemos destacar la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Es la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la que reconoce a los Municipios la competencia en materia de “suministro de agua y recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales” (art. 25.2.1). Por tanto, los Municipios, por sí o asociados, deben prestar, en todo caso, los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado, y en los de población superior a 5.000 habitantes, además, el de tratamiento de residuos (art. 26.1.a) y b). La propia ley declara la reserva en favor de las Entidades locales de los servicios esenciales de «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos» (art. 86.3).

Ya la Ley de Aguas de 1985, en su art. 57, establece que todo uso privativo de las aguas requiere concesión administrativa. Si tenemos en cuenta lo previsto en el vigente Texto Refundido antes mencionado, para el otorgamiento de las concesiones se observará el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente (art. 60.1), y a falta de dicho orden de preferencia, el establecido en el art. 60.3, que atribuye preferencia absoluta el abastecimiento de las poblaciones.

En cuanto a las concesiones, la normativa ofrece varias posibilidades: bien que el concesionario sea la propia Corporación titular del servicio público (o una empresa municipal, de particular importancia en ese ámbito, como determinó la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1987), o cuando afecta a varios municipios, pueda serlo una Mancomunidad, un consorcio u otra entidad semejante.

c) Recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos

La finalidad perseguida con el tratamiento de residuos ha ido cambiando y evolucionando con el paso del tiempo. Así, lo que en un principio respondía a meros motivos sanitarios y de higiene, poco a poco se va convirtiendo en una auténtica necesidad, principalmente por el aumento en la cantidad y toxicidad de dichos residuos. “En las últimas décadas las normas internacionales y comunitarias sobre residuos han evolucionado desde una visión esencialmente economicista y de control de riesgos hacia una perspectiva preventiva y de reducción del volumen producido”⁴⁹.

La normativa al respecto es bastante compleja ya que, además de existir normas que regulan las diversas actividades de gestión, también hay normas especiales para residuos específicos⁵⁰.

La última ley estatal publicada al respecto es la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Con ella se pretende trasponer la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, y modificar la normativa interna existente al respecto, esencialmente en lo que respecta a la antigua ley de residuos, la Ley 10/1998, de 21

de abril, consiguiendo, por tanto, la actualización del régimen jurídico de la producción y gestión de residuos a la luz de la experiencia adquirida, de las lagunas detectadas, y de la evolución y modernización de la política de residuos.

Esta nueva normativa incorpora el listado europeo de residuos, distinguiéndose entre residuo doméstico, comercial e industrial, al objeto de clarificar las competencias de gestión para los distintos tipos de residuos. La planificación de la gestión de los residuos es un instrumento esencial de la política de residuos. Por ello esta Ley desarrolla planes a nivel nacional, autonómico y local: el Plan Nacional marco de Gestión de Residuos define la estrategia general de gestión de residuos así como los objetivos mínimos, las Comunidades Autónomas elaborarán sus respectivos planes autonómicos de gestión de residuos, y se posibilita a las Entidades Locales para que realicen, por separado o de forma conjunta, programas de gestión de residuos.

El artículo 12 de la mencionada ley establece las diversas competencias al respecto, concretamente el 12.3 comprende las competencias nacionales a través del Ministerio del Medio Ambiente, el 12.4 se refiere a las competencias de las de las Comunidades Autónomas, y el 12.5.a) es el que establece que

Lo que es
indiscutible es
que la existencia
y el correcto
funcionamiento
de los servicios
públicos
constituyen una
constante demanda
de los ciudadanos

corresponde a las Entidades Locales, o a las Diputaciones Forales cuando proceda, como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las Comunidades Autónomas y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor. La prestación de este servicio corresponde a los municipios que podrán llevarla a cabo de forma independiente o asociada.

d) Gas

El suministro de gas se ha configurado tradicionalmente como servicio público, cuyas competencias básicas, en un primer momento, correspondían a las Corporaciones Locales. Así, las Leyes Municipales de 1870 y 1877 atribuyeron a los municipios las competencias privativas en materia de alumbrado, sin especificar si en vías públicas o en demaniales particulares. Normativas posteriores declararon la competencia exclusiva de los Ayuntamientos para el alumbrado y el suministro de luz, calor y fuerza motriz; configurándose el servicio del gas de carácter municipal con monopolio. Sin embargo, a partir del Decreto de 27 de enero de 1956 (primer Reglamento del servicio público de suministro de gas), se observa un sucesivo desapoderamiento de las competencias municipales en esta materia, confirmándose en el Reglamento aprobado por Decreto 2803/73, de 27 de noviembre, que atribuye al Estado, a través del Ministerio de Industria y Energía, las competencias esenciales en la regulación del sector y para las concesiones de suministro y autorización de las instalaciones, sin perjuicio de las competencias municipales por razón de licencias de obra, ocupación de terrenos municipales, de apertura de instalaciones, etc.

El sector del gas se regula por la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos⁵¹. Con ella se trata de avanzar en la liberalización del sector y de recoger los avances en esta industria. Dicha ley, según su propia Exposición de Motivos, “tiene por objeto renovar, integrar y homogeneizar la distinta normativa legal vigente en materia de hidrocarburos; se pretende, por tanto, conseguir una regulación más abierta, en la que los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia”. Asimismo, señala que “esta regulación debe permitir, además, que la libre iniciativa empresarial amplíe su campo de actuación”.

Pero esta ley supone cierta novedad: se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público, aunque se mantiene la consideración

de actividades de interés general. Como establece su propia Exposición de Motivos, “a diferencia del sector eléctrico, cuyos suministros son considerados de carácter esencial, los de hidrocarburos tienen una especial importancia para el desenvolvimiento de la vida económica”, debiendo “el Estado velar por su seguridad y continuidad”, lo que “justifica las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad”.

VI. Conclusión

A pesar de la patente crisis de la tradicional doctrina de los servicios públicos motivada por factores propios de una sociedad globalizada y avanzada tecnológicamente, es indiscutible que la existencia y el correcto funcionamiento de dichos servicios, en sus diversas modalidades (educativa, asistencial, de transporte, de comunicaciones, de energía eléctrica, de hidrocarburos, de abastecimiento de agua, etc.) constituyen una constante demanda de los ciudadanos, con un acceso igualitario a ellos, con la debida protección como consumidores y usuarios, y con las garantías de universalidad, continuidad y calidad. De ahí que la Administración Pública, o las empresas privadas a través de técnicas concesionales, deban satisfacer adecuadamente, y en aras de las necesidades generales básicas para el correcto desarrollo de la sociedad, dicha demanda.

Notas

¹ MATÉS BARCO, J.M.: “Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador”, en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XI, 2008, pp. 196 y 197.

² COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 24ª edición, Civitas, 2013, p. 591.

³ Las primeras reflexiones doctrinales sobre el concepto de servicio público se encuentran en la obra de HAURIOU, que lo calificó como “fruto tardío de la civilización” y lo definió como “servicio técnico prestado al público de forma regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública por una organización pública no lucrativa”. (HAURIOU, M.: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8ª edición, Sirey, 1914, pp. 13 y 14).

Posteriormente, DUGUIT definió el servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente si no es por la intervención de la fuerza gubernamental”. (DUGUIT, L.: *Traité de Droit constitutionnel*, tomo II, 3ª edición, 1928, p. 4).

⁴ MATÉS BARCO, J.M., *op. cit.*, p. 202.

⁵ El uso del término globalización se empieza a utilizar en los años sesenta del siglo pasado como un prisma que reflejaba la complejidad e independencia del sistema capitalista mundial.

Resulta de interés el documento publicado por la OCDE en 1996 bajo el título *Globalisation: What Challenges and Opportunities for governments?* Éste, entre otros aspectos, planteaba la necesidad de realizar un análisis riguroso del impacto que tiene la globalización sobre las políticas nacionales e internacionales y la recomposición de relaciones entre los diversos actores que intervienen en el proceso de políticas públicas, destacando que el objetivo final es proteger y fortalecer la democracia. (ÁBALOS MECO, J.L.: *Descentralización, financiación y servicios públicos. Fortalecimiento de la ciudadanía y cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 86).

⁶ MATÉS BARCO, J.M., *op. cit.*, p. 202.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13ª edición, Civitas, 2013, p. 71.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

A este nuevo esquema responden las siguientes leyes: Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, de 13 de julio (derogada por Ley 43/2010, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, de 30 de diciembre); Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre; Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, de 17 de noviembre; Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *op. cit.*, p. 72.

¹¹ Nos referimos a la de 1978. En adelante, CE.

¹² Existen en la doctrina diversidad de opiniones en cuanto a si la reserva de ley debe exigirse siempre que se trate de servicios públicos, o solo cuando estos son prestados por el sector público, y no si es prestado por empresas privadas. Aunque se trata de un tema interesante, no podemos profundizar en el mismo; sirva como ejemplo COSCULLUELA MONTANER, L., *op. cit.*, p. 593, que opina que la reserva de ley debe existir siempre.

¹³ Algún autor se muestra reticente a la denominación de “servicio público esencial”, pues los servicios públicos son servicios esenciales, aunque no todos éstos son servicios públicos. (MEILÁN GIL, J.L.: “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 9, 2005, p. 531).

¹⁴ Para algunos autores esta falta de concreción supone un aspecto positivo ya que un concepto demasiado estricto podría suponer la drástica reducción de la técnica del servicio público y dejar fuera actividades de utilidad general. (CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988, p. 96).

¹⁵ MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M.: “Sinopsis del artículo 128 de la Constitución Española”, en www.congreso.es, diciembre 2003; actualizada por MORET, V., junio 2011.

¹⁶ Aunque también puede tratarse de actividades de limitación (v. gr., telecomunicaciones, televisión, radio, etc.). (ÁBALOS MECO, J.L., *op. cit.*, p. 90).

¹⁷ PARADA VÁZQUEZ, J.R.: “Los servicios públicos en España”, en ARISMENDI, A.; CABALLERO ORTIZ, J.; *et al*: *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. 2, 2003, pp. 1854 y 1855.

¹⁸ MEILÁN GIL, J.L., *op. cit.*, p. 532.

¹⁹ MEILÁN GIL, J.L., *op. cit.*, p. 531.

²⁰ MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., *op. cit.*

²¹ En sentido similar, *vid.* ÁBALOS MECO, J.L., *op. cit.*, p. 89.

²² MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., *op. cit.*

²³ No obstante, el límite de la legitimidad constitucional de una ley autonómica que reserve un servicio esencial para su Comunidad Autónoma se encontrará en el respeto de la igualdad de derechos y obligaciones de todo en todo el territorio español; esto es, no podrá modificar sustancialmente las condiciones básicas en que la misma actividad es ejercida por el resto de los españoles. (CHINCHILLA MARÍN, C., *op. cit.*, p. 91).

²⁴ MATÉS BARCO, J.M., *op. cit.*, p. 189.

²⁵ MATÉS BARCO, J.M., *op. cit.*, pp. 189 y 190.

²⁶ MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., *op. cit.*

²⁷ MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., *op. cit.*

²⁸ Lo que exponemos en un repaso sucinto de dicho régimen, si bien pueden consultarse numerosas obras al respecto. A título de ejemplo, COSCULLUELA MONTANER, L., *op. cit.*, p. 595 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *op. cit.*, vols. I y II.

²⁹ COSCULLUELA MONTANER, L., *op. cit.*, p. 605.

³⁰ PEMÁN GAVÍN, J.M. Y CIERCO SEIRA, C.: “Lección 10. La sanidad y la salud pública”, en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VII Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009, p. 301.

³¹ Es el caso de DE PALMA DE TESO, A.: “Lección 11. La asistencia social”, en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VII Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009, p. 335.

³² DE PALMA DE TESO, A., *op. cit.*, p. 342.

³³ PETIT LAVALL, M.V.: “El acceso al mercado del transporte aéreo en el ámbito europeo”, en GUERRERO LEBRÓN, M.J. (coord.) *et al: Cuestiones actuales del Derecho aéreo*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 13.

³⁴ Puede leerse al respecto el estudio realizado por RODRÍGUEZ PLANAS, en el que analiza esta cuestión desde el caso concreto del aeropuerto de Menorca. Se trata de un trabajo bastante interesante y muy descriptivo, con el que no solo se conoce la realidad de dicho aeropuerto, sino la situación general que se produce en España respecto a estas rutas que se imponen como servicio público. (RODRÍGUEZ PLANAS, M.: *Estudio de la obligación del servicio público en el transporte aéreo de Menorca*, Fundació Universitària del Bages, octubre, 2013).

³⁵ CALVO DÍAZ, G.: “El nuevo marco comunitario”, en VILLAR URÍBARRI, J.M. *et al: La nueva regulación de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet*, Aranzadi, 2003, p. 21.

³⁶ No obstante, esta competencia ha encontrado ciertos obstáculos: escasez de ciertos recursos, problemas en las condiciones de acceso, fragmentación tecnológica y geográfica de los mercados, garantía de los objetivos de interés público, etc. (CALVO DÍAZ, G., *op. cit.*, pp. 21 y 22)

³⁷ CALVO DÍAZ, G., *op. cit.*, pp. 23 y 24.

³⁸ El art. 2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones establecía: “Conforme a lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, y en los términos de

la presente Ley, las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público...”.

³⁹ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁴⁰ Excluyendo expresamente de su regulación los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios. Igualmente se excluye de su regulación la prestación de servicios sobre las redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales a través de dichas redes. Estos últimos son objeto de regulación en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

⁴¹ GUARNIDO RUEDA, A.; JAÉN GARCÍA, M. y AMATE FORTES, M.: *La desregularización y privatización de las empresas públicas: el caso de las telecomunicaciones en España*, Editorial Universidad de Almería, 2007, p. 174.

⁴² Aunque en España la radiodifusión se sigue considerando un servicio público, el Libro Blanco de la Comisión Europea lo considera servicio de interés general.

⁴³ CHINCHILLA MARÍN, C., *op. cit.*, pp. 98 y 99.

⁴⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R.: *Administración Pública y Electricidad*, Civitas, 1997, p. 17.

⁴⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 88.

⁴⁶ Aunque en España se sigue considerando un servicio público, el Libro Blanco de la Comisión Europea lo considera un servicio de interés general.

⁴⁷ MESTRE DELGADO, J.F.: “Lección 12. Abastecimiento de agua a poblaciones”, en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VII Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009, p. 362.

⁴⁸ Otros antecedentes los encontramos, por ejemplo, en la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que reservaba a los Ayuntamientos, «formar los reglamentos para el régimen y distribución de las aguas en el interior de las poblaciones con sujeción a las disposiciones generales administrativas» (art. 171); la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, que imponía a los Municipios la «obligación de proporcionar un sistema de abastecimiento de aguas de bebida que cumpla un mínimo de condiciones sanitarias» (Base XXVII); y la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955,

que declaraba de la competencia municipal la «salubridad e higiene; aguas potables y depuración, y aprovechamiento de las residuales, fuentes, abrevaderos, lavaderos y alcantarillados; piscinas y baños públicos» (art. 101), siendo obligatorio en todos los municipios el «surtido de agua potable en fuentes públicas, abrevaderos y lavaderos» (art. 102), y en los de población superior a 5.000 habitantes el «abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y baños públicos» (art. 103), pudiendo ser municipalizados con monopolio los «servicios de abastecimiento de agua» (art. 166).

⁴⁹ PIZARRO NEVADO, R.: «Lección 13. La recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos», en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al, op. cit.*, p. 385.

⁵⁰ Aunque no está totalmente actualizada, pues faltaría la última de las leyes aprobadas respecto a residuos, la mencionada en el texto Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, puede resultar interesante la clasificación ofrecida por PIZARRO NAVARRO, ya que realiza un recorrido por toda la normativa internacional, nacional e incluso autonómica respecto a la materia. (PIZARRO NEVADO, R., *op. cit.*, p. 388 y ss.)

⁵¹ La Ley 12/2007, de 2 de julio, modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

Referências

ÁBALOS MECO, J.L.: *Descentralización, financiación y servicios públicos. Fortalecimiento de la ciudadanía y cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R.: *Administración Pública y Electricidad*, Civitas, 1997.

CALVO DÍAZ, G.: «El nuevo marco comunitario», en VILLAR URÍBARRI, J.M. *et al: La nueva regulación de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet*, Aranzadi, 2003.

CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 24ª edición, Civitas, 2013.

DE PALMA DE TESO, A.: «Lección 11. La asistencia social», en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VII Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009.

DUGUIT, L.: *Traité de Droit constitutionnel*, tomo II, 3º edición, 1928.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13ª edición, Civitas, 2013.

GUARNIDO RUEDA, A.; JAÉN GARCÍA, M. y AMATE FORTES, M.: *La desregularización y privatización de las empresas públicas: el caso de las telecomunicaciones en España*, Editorial Universidad de Almería, 2007.

HAURIU, M.: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8ª edición, Sirey, 1914.

MATÉS BARCO, J.M.: «Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador», en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XI, 2008.

MEILÁN GIL, J.L.: “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 9, 2005.

MESTRE DELGADO, J.F.: “Lección 12. Abastecimiento de agua a poblaciones”, en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VII Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009.

MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M.: “Sinopsis del artículo 128 de la Constitución Española”, en www.congreso.es, diciembre 2003; actualizada por MORET, V., junio 2011.

PARADA VÁZQUEZ, J.R.: “Los servicios públicos en España”, en ARISMENDI, A.; CABALLERO ORTIZ, J.; *et al: El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. 2, 2003.

PEMÁN GAVÍN, J.M. Y CIERCO SEIRA, C.: “Lección 10. La sanidad y la salud pública”, en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VII Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009.

PETIT LAVALL, M.V.: “El acceso al mercado del transporte aéreo en el ámbito europeo”, en GUERRERO LEBRÓN, M.J. (coord.) *et al: Cuestiones actuales del Derecho aéreo*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.

PIZARRO NEVADO, R.: “Lección 13. La recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos”, en CANO CAMPOS, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VII Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ PLANAS, M.: *Estudio de la obligación del servicio público en el transporte aéreo de Menorca*, Fundació Universitària del Bages, octubre, 2013.

O ABUSO DO PODER FINANCEIRO PRATICADO CONTRA INTERDITADOS TITULARES DE HOLERITES: A EXPLORAÇÃO VIA CRÉDITO CONSIGNADO

GERALDO DE FARIA MARTINS DA COSTA

Procurador de Justiça – Minas Gerais

Master en Droit – Université Montpellier I – France

MARIA APARECIDA RODRIGUES JABOUR

Coordenadora da Assessoria Técnico-Jurídica junto
às Procuradorias de Justiça Cíveis e Criminais PGJ-MG

Especialista em Direito Privado

RESUMO

Trata-se de uma análise crítica da prática comercial bancária de exploração do crédito consignado. Com base em lei iníqua, casas bancárias emprestam até mesmo aos interditados civilmente, desde que possuidores de holerites. Emprestando sem risco e sem pudor aos trabalhadores, aposentados e pensionistas, mesmo que já excessivamente endividados. Não se importam com o problema do superendividamento e da exclusão social.

RESUMÉ

Il s'agit d'une approche critique de la pratique bancaire de exploitation de la convention de prélèvement (crédito consignado). Sur la base d'une loi injuste, des banques prêtent aux civilement incapables si bien que surendettés, à condition d'être porteurs d'un bulletin de paie.

1. Introdução: casos judiciais concretos de empréstimos financeiros concedidos a pessoas interditadas

Em nossa atuação profissional nos últimos meses, observamos certo número de recursos que tramitam ou que tramitaram no Tribunal de Justiça de Minas Gerais discutindo o problema dos empréstimos bancários fornecidos a pessoas interditadas civilmente, sem a assistência ou a representação de curadores. Os casos judiciais referem-se a pretensões de nulidade e/ou suspensão de cobranças de prestações.

No primeiro momento, nos aproximaremos de um caso que mostra bem como o sistema jurídico brasileiro carece de atualização legislativa que institucionalize a luta contra o superendividamento. Em seguida, salientaremos que a lei do crédito consignado é tanto iníqua quanto inconstitucional. Por fim, proporemos uma conclusão caracterizada pela insistência.

2. Empréstimo financeiro outorgado a uma senhora alcoólatra, interditada e superendividada

Dentre os casos julgados, propomos uma visão mais próxima do Acórdão proferido no Agravo de Instrumento 1.0223.11.025.381-0/001, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que litigavam a civilmente incapaz senhora R.C.L.A.P de um lado, e, de outro lado, Banco Santander S/A e Banco Bonsucesso S/A.

Em 12 de setembro de 2011, a senhora R.C.L.A.P. firmou com o Banco Santander Brasil S/A um contrato de mútuo no valor de R\$ 74.041,27 a ser pago em 60 parcelas mensais no valor de R\$ 2.000,00.

Todavia, segundo os autos, a senhora R.C.L.A.P., por ser “alcoólatra, usuária de drogas ilícitas, portadora de transtorno mental CID-10F10 e incapacitada de reger sua própria pessoa e seus rendimentos, era interditada desde 12/09/2008, e o negócio foi realizado sem anuência de sua curadora legal”.

Por isso, ela propôs ação de nulidade com pedido de antecipação de tutela para suspender o desconto das prestações realizado em sua folha de pagamento.

O juiz *a quo* indeferiu a antecipação de tutela argumentando que seria necessária a instrução processual para comprovar a incapacidade da agravante “no momento da celebração do contrato”. Contra esta decisão foi interposto o agravo de instrumento.

O processo recebeu o parecer da Procuradoria de Justiça, que opinou pelo provimento do agravo, pois, além de constar nos autos cópia da decisão que decreta a curatela provisória de R.C.L.A.P., havia provas de que, no momento da transação, ela se encontrava em situação de superendividamento.

Salientou o procurador de justiça em seu parecer que, no documento denominado “informações de inadimplência ou mora de SPC”, contendo informações de ampla acessibilidade dos bancos e profissionais do sistema financeiro, “contam-se 14 dívidas abertas da senhora, todas anteriores ao *crédito consignado*”. Além disso, salientou o *parquet*, consta nos autos prova de que, no dia 21 de novembro de 2011, foi julgado procedente o pedido de interdição, declarando-a absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Nos autos do mencionado agravo de instrumento há uma cópia da peça de contestação feita pelo Banco Bonsucesso. Este alega que “não há contratação via termo de adesão, mas relação cambial decorrente de operação de crédito mediante pagamento por consignação em folha representada por cédula de crédito bancário emitida em 22/09/2008 pela autora (a interditada) em favor do Banco”.

A instituição bancária chega a insinuar que o Código Civil não se aplica à espécie: “a distinção está em que, enquanto na hipótese de contrato a disciplina legal fica a cargo do Código Civil brasileiro, no título de crédito, que possui natureza distinta, a regência é a da Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004, que dentre outras matérias, disciplinou a emissão de cédula de crédito bancário, com a finalidade de instrumentalizar operação de crédito de qualquer modalidade (art. 26)”.

Percebe-se que a utilização desse argumento por parte do banco representa uma tentativa de burlar a aplicação do Código Civil, que proclama a nulidade de contrato firmado por pessoa absolutamente incapaz, nulidade esta não suprável, conforme as regras do artigo 166, I, combinado com os artigos 3º, II, e 168.

Em resumo, o juízo *a quo* considerou “não cabalmente comprovada a incapacidade” da referida senhora. Em grau de recurso, os julgadores *ad quem* nem mesmo se impressionaram com a quantidade excessiva de dívidas que oprimiam a jurisdicionada, e negaram provimento ao recurso.

A respeito da situação de excessivo endividamento vivenciada pela interditada, o Ministério Público argumentou naqueles autos:

“o empréstimo foi realizado mesmo diante das informações de inadimplência ou mora de SPC e/ou SPCCheque de fls. 44-45; e neste documento que contém

informações de ampla acessibilidade dos bancos e profissionais do sistema financeiro, contam-se 14 dívidas em aberto da Sra. R. C.L.A.P, todas anteriores ao crédito consignado de fls. 55. Nítida está a má-fé do agente econômico, interessado nos rendimentos da pensionista, induzida a endividar-se mais ainda por intermédio do iníquo crédito consignado.”

Ao argumento o acórdão respondeu de forma precipitada. A decisão colegiada afirmou que parece “contraditório sustentar-se a má-fé do agente econômico por este aspecto, uma vez que, ao conceder crédito para alguém em estágio de superendividamento, é o próprio agente econômico quem assume os riscos da transação, aumentando a probabilidade de não ver seu crédito satisfeito em razão da hipossuficiência da outra parte”.

Este entendimento está equivocado porque a Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que “dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento”, concede ao detentor do capital financeiro o poder de emprestar sem risco de inadimplência. Ou seja, os bancos podem exercer um *capitalismo financeiro a risco zero*, pois, nos termos do artigo 1º, os trabalhadores, os aposentados e os pensionistas “poderão autorizar de forma *irrevogável e irretroatável* o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos” (grifamos).

Não se pode desconhecer que as ciências matemáticas aplicadas à administração bancária não cessam de se desenvolver desde a baixa Idade Média com suas técnicas de escrituração e contabilidade.

Os mercados financeiros são estudados profundamente pelos profissionais dos bancos à luz da matemática financeira. Para isso, são utilizados sofisticados cálculos atuariais, e as teorias da probabilidade, da estatística e do cálculo diferencial são cientificamente desenvolvidas para esse permanente acompanhamento.

Esclarece a doutrina que a indústria bancária sabe “estimar qual será a perda esperada em uma carteira de empréstimos feitos a milhares ou milhões de devedores. Com base nessa estimativa, o que se faz é ‘ratear’ o custo projetado dessa perda de crédito entre todos aqueles que irão tomar empréstimos, e isso é feito mediante a inclusão no cálculo da taxa final de juros cobrada do tomador de uma parcela destinada a cobrir o risco de crédito” (OLIVEIRA, 2009, p. 372).

A lei injusta não traz nada sobre o dever do profissional da banca informar e aconselhar o tomador, no momento da oferta ou concessão do empréstimo

Não podemos nos iludir: a calculabilidade e a previsibilidade são assuntos dominados pelos profissionais – a inadimplência é totalmente levada em conta pela banca.

Uma pessoa interdita por alcoolismo e superendividada não teria direito à suspensão do pagamento das prestações de dívida bancária? (dívida? posto que nula!) Não teria ela direito a renegociação e ao reescalonamento das *nulas* dívidas?

3. A iníqua lei do crédito consignado: afronta ao artigo 192 da Constituição da República

No Direito francês, conforme anotam os professores Jean Calais-Auloy e Henri Temple, são realizadas as chamadas *conventions de prélèvement* (CALAIS-AULOY et TEMPLE, 2010, p. 418). Frequentemente os fornecedores de crédito demandam aos seus devedores uma garantia assentada sobre os salários desses últimos. Os mestres advertem que o sistema é perigoso ao tomador, mesmo considerando que este pode emitir uma contraordem ao banqueiro, proibindo-o de pagar ou transferir as somas comprometidas (provenientes da *domiciliation* ou da *convention de prélèvement*), isto porque a informação sobre o desconto (*prélèvement*), na prática, ou não é fornecida ou é fornecida tardiamente.

No direito brasileiro, como dito, a lei iníqua do crédito consignado estabeleceu uma supergarantia, mais forte do que uma garantia real hipotecária, a favor da banca. Segundo observa a doutrina, “a referida lei foi a forma engendradora para os bancos não só fugirem da restrição à penhora sobre salários e pensões, prevista no artigo 649, incisos IV e VII, do Código de Processo Civil, mas ficarem até em melhor condição para autossatisfação de seus créditos” (OLIVEIRA, 2006, p. 225).

A desequilibrada Lei 10.829/03, em afronta ao texto do artigo 192 da Constituição da República (este dispositivo constitucional determina que o Sistema Financeiro Nacional seja estruturado “de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da comunidade”), fortaleceu ainda mais a posição contratual da parte mais forte da relação de crédito. E não trouxe nenhuma linha sobre a obrigação da instituição financeira informar ou aconselhar. Em resumo, não há nada na iníqua lei sobre a obrigação do fornecedor de crédito agir de boa-fé. Ora, a luta contra o superendividamento constitui-se atualmente em tema de solidariedade social imperativa .

O texto do § 2º do artigo 2º da Lei 10.820/03, além de ser obscuro, dá a falsa ideia de que o legislador preocupa-se com o destino do trabalhador endividado:

“§ 2º No momento da contratação da operação, a autorização para a efetivação dos descontos permitidos nesta Lei observará, para cada mutuário, os seguintes limites:

I – a soma dos descontos referidos no art. 1º desta Lei não poderá exceder a trinta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento; e

II – o total das consignações voluntárias, incluindo as referidas no art. 1º, não poderá exceder a quarenta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento.”

Qual é o percentual máximo que pode incidir sobre a renda do trabalhador? 30%? 40%? São permitidos vários descontos em folha de pagamento desde que não ultrapasse 30%? Como controlar esse teórico ou ilusório limite?

Qual a sanção prevista para aquele que comprometer ou aceitar o comprometimento de mais de 30% da renda do trabalhador? – Nenhuma!

A lei silencia porque a sua única intenção é a de fortalecer e enriquecer ainda mais a banca. O legislador não teve o menor cuidado com o trabalhador ou consumidor. A Lei 10.820/03, assinada e promulgada por ex-ministros de Estado, paradoxalmente todos ex-líderes sindicais, não traz nenhuma linha sobre a proteção do trabalhador, do aposentado, do pensionista.

A lei injusta não traz nada sobre o dever do profissional da banca informar e aconselhar o tomador, no momento da oferta ou concessão do empréstimo.

4. Conclusão: insistimos na construção do quadro jurídico da solidariedade social imperativa através da luta contra o superendividamento

Dos milhares de servidores ou trabalhadores explorados, com base na iníqua lei de crédito consignado, poucos são os que se socorrem do Judiciário. Uns conseguem respostas relativamente favoráveis. Outros, como no caso analisado, sentem a nulidade triunfar. O acesso à justiça é muitas vezes mais caro do que o interesse em jogo. O custo da demanda, a morosidade do sistema justiça, os recursos processuais infundáveis favorecem a banca. Esta nem se importa que o trabalhador seja uma pessoa interditada. O que lhe importa é que ele seja o titular de um holerite.

Se, no direito comparado, a *convention de prélèvement* é dotada de revogabilidade, no direito pátrio o regime iníquo do crédito consignado é marcado pelas cláusulas legais da *irretratabilidade* e da *irrevogabilidade*.

Ao fortalecer ainda mais a posição social de quem já é muito forte, a lei do consignado obstrui o desejado “desenvolvimento equilibrado do país”, em afronta ao artigo 192 da Constituição da República.

Essas disposições da lei do consignado garantem um estupendo, desmesurado, estratosférico ganho à banca. Mas qual o custo social? Segundo o Banco Central do Brasil, somente as dívidas com bancos representam quase a metade da renda anual das famílias brasileiras .

Precisamos mudar esse quadro. Ao arsenal de regras preventivas vigentes no nosso direito (obrigação de informar adequadamente, obrigação de aconselhar, etc.) e de regras curativas (obrigação de renegociar), precisamos experimentar outras soluções.

Voltamos a insistir: o enfrentamento do problema social do superendividamento exige a adoção de técnicas jurídicas protetoras específicas e mais preventivas, chamadas regras de crédito responsável ou civilizado, como ofertas de crédito obrigatoriamente por escrito, prazos de reflexão, a instituição da interdependência entre o contrato de crédito e o de venda, acompanhadas de sanções civis rigorosas.

Mais ainda. A nossa sociedade precisa discutir e adotar medidas legislativas de solidariedade social imperativa: a proibição da oferta publicitária para o crédito ao consumo , a moratória de dívidas de consumo, a instituição do direito à remissão de dívidas e a fixação de um *minimum vital*.

Notas

¹ São exemplos não exaustivos: a) Agravo 1.0024.11.054.030-9/001 de Belo Horizonte, o acórdão anulou a sentença para possibilitar a aplicação do artigo 181 do Código Civil, segundo o qual “ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”; b) Apelação 1.0024.09.669.080-5/001 de Belo Horizonte, o acórdão deu provimento à apelação interposta por Semi Bou Darghan em face do apelado Banco Pine S/A; c) Apelação 1.0024.07.781.761-7/001 de Belo Horizonte, sendo apelante Banco Santander S/A e apelado o curatelado Afranio Dayrell: o acórdão negou provimento argumentando que “não há comprovação do destino conferido á quantia”; d) Agravo 1.0024.12.072.580-9/001, sendo agravante Therezinha de Almeida Lima representada pela curadora Juliana de Almeida Lima, agravado Banco Matone S/A, resultado do acórdão: “declararam de ofício a nulidade do negócio jurídico”; e) Agravo 1.0024.10.272.791-4/001, sendo agravante Antonio Marques de Almeida representado pelo curador Jaci ribeiro Almeida, agravado Crefisa S/A, o acórdão deu parcial provimento “só para dar

assistência judiciária gratuita”; f) Apelação 1.0024.09.710.411-1/001, sendo apelante Banco do Brasil S/A, apelado Antonio Marques de Almeida interditado, o acórdão negou provimento ao recurso do banco, afirmando que “ao apelante, por ação própria, cabe reaver do apelado o objeto do contrato de mútuo declarado nulo (CC, 884)”; g) Apelação 0024.09.638711-3/002, sendo apelante Banco BMG S/A, apelado Semi Bou Dargaham, o acórdão negou provimento para manter a sentença que declara a nulidade de contratos de mútuo por incapacidade absoluta do mutuário e julgou ser incabível o pedido de restituição dos valores creditados em sua conta corrente diante a ausência de reconvenção.

² Trecho de parecer do Ministério Público no Agravo de Instrumento 1.0223.11.025.381-0/001.

³ A rotação do crédito e a velocidade de sua reciclagem são rapidíssimas. Desde a segunda metade dos anos 1980, com a abertura dos mercados financeiros mundiais, a indústria bancária possui inúmeras possibilidades de aplicar fundos com prazos breves de imobilização e com taxas bastante variáveis, tais como aplicações em obrigações ou em *swaps* (COSTA, 2002, p. 68-69). O professor Aguiar Jr. também registra a “crescente participação dos bancos no mercado de títulos, com *swaps*, contratos de futuro, contratos de opções, etc., a abrir novas perspectivas para as entidades bancárias”, e observa a “expansão dos bancos múltiplos” acompanhada da “tendência de incorporar ao mesmo grupo empresas seguradoras, administradoras de cartão de crédito, de arrendamento mercantil e outras” (AGUIAR JR, 2009, p. 3).

⁴ A informação ao consumidor sobre o custo efetivo do crédito está no centro da diretiva europeia sobre crédito aos consumidores (*Directive 2008/48/CE du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs*). A diretiva tem a finalidade de assegurar a livre circulação das ofertas de crédito e de permitir aos consumidores a escolha com conhecimento de causa entre ofertas comparáveis, pois padronizadas. Neste aspecto, o legislador comunitário se inspirou no modelo Francês das ofertas-tipos de crédito (LUTZ, 2009, p. 2955-2958). A propósito das ofertas-tipo de crédito, cf. nosso COSTA, 2002.

⁵ Nesse sentido, cf. nosso COSTA, 2006, p. 230-254.

⁶ Sobre a obrigação de aconselhar, veja o nosso artigo “O direito do consumidor endividado e a técnica do prazo de reflexão” (COSTA, 2002, p. 258-272).

⁷ As taxas de juros estão fixadas em torno de 35% ao ano.

⁸ Sem levar em conta os dados do endividamento dos consumidores no varejo (Cf. o jornal *O Globo*, de terça feira, 25/06/2013, p. 28).

⁹ Não seria desejável? Não se deve controlar a publicidade de medicamentos, de produtos infantis, de bebidas alcoólicas, de cigarros?

Referências

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Prefácio à obra de OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3.

CALAIS-AULOY, Jean et TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, 8e. éd. Paris: Dalloz, 2010.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento – A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: RT, 2002.

_____. O direito do consumidor endividado e a técnica do prazo de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, jul.set./ 2002, n. 43, p. 258-272.

_____. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela L. (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 230-254.

LUTZ, Paul. *Taux débiteur et TAEG dans la directive européenne sur le crédit aux consommateurs*, Paris: Recueil Dalloz, 2009, n. 44, p. 2955-2958.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0024.11.054.030-9/001. 12ª Câmara Cível. Relator: Saldanha da Fonseca. Julgamento em 27/07/2011. Publicação em 05/08/2011. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação 1.0024.09.669.080-5/001. 18ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Arnaldo Maciel. Julgamento em 31/01/2012. Publicação em 03/02/2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação 1.0024.07.781.761-7/001. 18ª Câmara Cível. Relator: Desembargador João Cancio. Julgamento em 09/10/2012. Publicação em 15/10/2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo 1.0024.12.072.580-9/001. 18ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Mota e Silva. Julgamento em 17/07/2012. Publicação em 20/07/2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo 1.0024.10.272.791-4/001. 15ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Maurílio Gabriel. Julgamento em 31/05/2012. Publicação em 12/06/2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação 1.0024.09.710.411-1/001. 12ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Saldanha da Fonseca. Julgamento em 10/10/2012. Publicação em 22/10/2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação 1.0024.09.638711-3/002. 18ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Arnaldo Maciel. Julgamento em 19/04/2011. Publicação em 11/05/2011. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0223.11.025381-0/001. 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José Marcos Vieira. Julgamento em 12/12/2012. Publicação em 19/12/2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. Lei do empréstimo consignado e sua inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 172, p. 225-228, out./dez. 2006, p. 225.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha; POILLOT, Élise; VINCELLES, Carole Aubert de; BRUNAUX, Geoffray; *Les contrats de consommation – Règles communes*, Paris: LGDJ, 2012.

SUPERENDIVIDAMENTO: O MAL DA PÓS-MODERNIDADE

ROBERTO SENISE LISBOA*

Livre-docente em Direito Civil pela USP

RAFAEL PERCOVICH CISNEROS**

Professor de Direito Civil das FMU

EXCERTOS

“Quando estudamos a disposição humana para o consumo, devemos destacar que esta prática – do consumo – lhe é inerente, caracterizando-se pela procura de recursos materiais ou simbólicos que favoreçam a sua existência saudável e da sociedade como um todo”

“Quando as pessoas são induzidas a adquirir bens e serviços além de suas possibilidades, ficam em situações econômicas muitas vezes difíceis, estando expostas a toda sorte de humilhações, discriminações e exclusões”

“O superendividamento diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma permanente e estrutural, de efetuar o pagamento de suas obrigações creditícias”

“É importante que o leitor tome consciência de que as causas socioeconômicas geradoras de situações jurídicas obviamente têm a ver com um liame que existe entre o superendividamento e o desenvolvimento desmedido do crédito aos particulares”

*** Outras qualificações do autor**

Professor de Direito Internacional da PUCSP. Professor Emérito de Direito Civil e Coordenador do Curso de Direito das FMU. Promotor de Justiça do Consumidor em São Paulo.

**** Outras qualificações do autor**

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação das FMU. Advogado.

Prolegômenos

O presente artigo não tem por finalidade ser um guia de procedimentos para evitar e/ou controlar o superendividamento (*superendeudamento*) no Brasil e no mundo. Nossa intenção é analisar desde a perspectiva prática e jurídica: como o Estado, mediante a elaboração de políticas públicas adequadas, o fortalecimento de instituições já existentes como o Ministério Público e os Procons, preocupadas e atuantes na defesa dos consumidores, pode chegar a uma minimização do problema do superendividamento no Brasil.

O conhecimento não é patrimônio de nenhum povo, é patrimônio da humanidade. Mas quem é o povo? Se este questionamento é feito desde o ponto de vista analítico, é de supor que todo mundo sabe quem é o povo; é um típico discurso de legitimação que tranquiliza em vez de criar transparência. Mas se este questionamento é feito de forma direta, inicia-se uma série de questionamentos paralelos: Quem é o povo? As pessoas que vivem de fato em um país? As pessoas que vivem legalmente no país? Os titulares dos direitos de nacionalidade? Os titulares de direitos civis? Os titulares dos direitos eleitorais ativos e passivos? Apenas os adultos? Apenas os membros de determinados grupos sociais étnicos, religiosos ou sociais? Complicou? Acreditamos que sim.

Para este estudo delimitaremos o conceito de povo aos consumidores, principalmente àqueles endividados. Assim, para efeitos do estudo do superendividamento temos que considerar o consumidor tanto na definição concreta como na abstrata, na medida em que a proteção deste abarca tanto o identificado como o identificável.

Nos países chamados desenvolvidos, discute-se há décadas o problema do superendividamento, que recebe, inclusive, tutela legislativa. Tratar sobre este tema na atualidade aparentemente não é novidade. Mesmo assim, é imprescindível o fortalecimento no estudo e na discussão do tema. Vários são os apelos da doutrina que apontam o surgimento e a consolidação do problema no mundo, a necessidade de estudo e da aplicação de políticas públicas para seu tratamento, mas aparentemente essas vozes, já não tão isoladas, ainda não encontram eco nos responsáveis pelas legislações, principalmente nos países chamados emergentes.

Para este estudo faz-se necessária uma inter-relação de conhecimentos de natureza sociológica, ética, psicológica, econômica e jurídica, bem como uma interpretação cultural e antropológica da região onde surge o problema do

superendividamento. Isso nos leva a concluir que o velho adágio “cada caso é um caso” aplica-se com uma luva ao problema das dívidas dos consumidores para cada espaço sociopolítico e cultural.

O superendividamento é um problema – infelizmente – das sociedades do mundo contemporâneo. A globalização, as novas tecnologias, a facilidade na obtenção de crédito e o aumento desmedido do consumo contribuem inevitavelmente para sua generalização. O fenômeno do crescimento das dívidas não atinge unicamente aos consumidores, sejam estes identificados ou identificáveis; atinge as empresas e por via oblíqua as nações e suas economias. Para confirmar esta afirmação basta ler os jornais e constatar a crise econômica dos diversos países do velho ou novo mundo. Ninguém pode negar que o superendividamento é um problema social. O superendividamento não escolhe idade, cor ou classe social. Não é um fenômeno apenas jurídico, mas afeta aspectos sociais e psicológicos das pessoas. Como dito anteriormente, a maioria das economias do mundo tem como base a expansão do crédito, na procura de atingir não somente os setores mais abastados da sociedade, mas, também, aqueles denominados menos favorecidos e, conseqüentemente, com menor conhecimento do que é denominado consumo responsável.

A disponibilização de linhas de crédito especiais e diferenciadas, como elemento principal na aquisição de bens e serviços, une-se à necessidade – imposta pela maioria – de ser inserido na cultura do consumismo; encontra as duas faces do comércio: por um lado o comerciante, detentor do poder econômico e possuidor de recursos publicitários agressivos e formadores de opinião, e no anverso da moeda o consumidor, vulnerável, impulsionado pela falácia de que o consumo aumentará seu bem-estar e de sua família, sendo induzido a efetuar compras parceladas, precipitando-se na compra de bens e serviços desnecessários e geralmente incompatíveis com sua realidade econômica.

Neste ponto, quando estudamos a disposição humana para o consumo, devemos destacar que esta prática – do consumo – lhe é inerente, caracterizando-se pela procura de recursos materiais ou simbólicos que favoreçam a sua existência saudável e da sociedade como um todo. Assim, a necessidade de consumo, sendo natural, converte-se numa experiência quase incontrolável, impulsionada por desejos criados pelo próprio sistema social, pelo marketing e pelo consumismo estabelecido na sociedade, que precisa das inclinações consumistas desenfreadas dos indivíduos para poder se manter e prosperar economicamente.

Bauman esclarece: “De maneira distinta do consumo, que é basicamente característica de uma ocupação de seres humanos como indivíduos, o consumismo é um atributo da sociedade”. Assim sendo, o fenômeno do consumismo deve ser entendido como a atividade de se adquirir bens e serviços indiscriminadamente, sobre a influência de agentes externos que conduzem de forma compulsiva o direcionamento de consumo (desnecessário) dos indivíduos, padronizado de acordo com parâmetros sociais intrínsecos, em especial atendendo ao ataque agressivo da publicidade mediática e esnobe.

A mecânica consumista encontra-se associada ao processo econômico de contínua oferta. Para dizer o óbvio, a cultura de consumo é uma cultura capitalista, e são as sociedades capitalistas as que apresentam a maior quantidade de disposições consumistas entre seu povo. Não pretendemos criticar de maneira alguma as bases moralistas dos dispositivos alucinantes, embelezadores e alienantes do consumismo, operados de maneira magistral pela publicidade mediática; mais bem, apresentar como ocorre o incentivo artificial ao consumismo desenfreado por produtos e serviços, muitas vezes desnecessários, cuja consequência lógica é o superendividamento dos consumidores.

Uma parcela grande da sociedade questiona por que o superendividado merece uma proteção especial. Esta dúvida é aceitável vindo de uma pessoa leiga em direito e desconhecadora da história da formação dos tratados internacionais, principalmente aqueles que tratam sobre direitos humanos. Estes tratados norteiam e tutelam, principalmente, a garantia e preservação da dignidade do ser humano. Quando as pessoas são induzidas a adquirir bens e serviços além de suas possibilidades, ficam em situações econômicas muitas vezes difíceis, estando expostas a toda sorte de humilhações, discriminações e exclusões.

A proteção e tutela do superendividado é uma obrigação dos Estados – e isto porque todos têm o direito de resgatar sua capacidade econômica e ser reinseridos no mercado de consumo – bem como uma proteção da economia das nações. Sem consumo não há rotatividade de capital. O superendividamento excessivo pode levar a um desequilíbrio nas relações comerciais e provocar, como já provocou em alguns países europeus, crises mundiais de proporções inimagináveis numa economia de mercado onde não há mais fronteiras convencionais. A responsabilidade pelo fortalecimento da economia mundial não é unicamente dos Estados, é tarefa dos consumidores e principalmente dos fornecedores, para evitar que seus parceiros contratuais, geralmente hipossuficientes e vulneráveis, sejam maniatados pelas garras do superendividamento.

Os países europeus que iniciaram uma resposta legislativa à problemática do superendividamento foram a Dinamarca em 1984 e a França em 1989. Este modelo vem se incrementando ano a ano, tanto na Comunidade Europeia como na América. No Brasil, infelizmente, esta tutela legislativa não está acompanhando o avanço mundial na velocidade que deveria, existindo unicamente propostas legislativas para a modernização e atualização da norma protetiva do consumidor, mas pelo menos o assunto está em discussão, sendo um bom início.

Qual é a definição de superendividamento?

“O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio” (Prevenção e Tratamento do Superendividamento).

Assim, o superendividamento diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma permanente e estrutural, de efetuar o pagamento de suas obrigações creditícias. Existe quem diga que mesmo quando o consumidor consegue pagar suas obrigações com dificuldade, deve ele ser considerado superendividado. Respeitamos a posição, mas, temos que considerá-la uma postura que extrapola os limites de convivência num sistema capitalista como o nosso.

Para efeitos meramente didáticos, podemos mencionar que o instituto da falência está para a insolvência como a recuperação de empresas (antiga concordata) está para o superendividamento. Na atualidade as empresas possuem um meio de recuperar-se, através da anistia de tributos, multas decorrentes destes, chegando até mesmo a fazer depósitos de dinheiro nas contas das empresas, como no caso dos bancos ou companhias aéreas. Mas, quando se trata de consumidor, só lhe resta entregar seu patrimônio penhorável aos credores, sendo inclusive privado da totalidade de seu salário (prática usual, mesmo proibida pela legislação), tendo que recorrer ao judiciário para evitar esta prática extorsiva de alguns credores.

É importante que o leitor tome consciência de que as causas socioeconômicas geradoras de situações jurídicas obviamente têm a ver com um liame que existe entre o superendividamento e o desenvolvimento desmedido do crédito aos particulares, mas isso não é a única causa. Para melhor entender devemos diferenciar dois tipos de superendividados. Há os superendividados ativos, que são aqueles consumidores que assumem dívidas sem estar em condições de apreciar o seu custo real, isto é, iludidos

pela facilidade do crédito e a pressão social do consumismo, acabam, inconscientemente, com dificuldades para efetuar o pagamento de suas obrigações.

A outra categoria a ser considerada é aquela em que o consumidor, por motivos de repercussão familiar e social, faz uso do crédito de forma sensata, mas, por algum infortúnio da vida, tem que desviar de seu orçamento familiar aquilo que já teria destinado para o pagamento de suas dívidas, perturbando seu equilíbrio financeiro, privando-lhe dos recursos necessários para enfrentar seus compromissos. Em ambos os casos, pode-se verificar que o endividamento financeiro e bancário é frequentemente o fator predominante.

Não incluímos nesta subdivisão aqueles consumidores que se utilizam do crédito de forma irresponsável com o intuito de adquirir bens e serviços tendo ciência que sua capacidade econômica não lhe permite este tipo de prática de consumo. Poder-se-ia dizer que estes consumidores devem ser tutelados e equiparados aos superendividados ativos por carecerem de uma educação econômica financeira, e que a responsabilidade deve ser compartilhada com aqueles que outorgaram o

crédito. Mesmo sendo uma diferença sutil, ante a subjetividade da definição preferimos não incluí-los, visto que entendemos que a irresponsabilidade não pode ser comparada com a ignorância ou falta de educação econômica orçamentária. E não há que dar facilidades para que se habituem a este tipo de práticas em detrimento do mercado econômico e da sociedade como um todo, porque seremos nós os que teremos que pagar a fatura desta prática irresponsável.

Após definir o que é superendividamento e suas categorias, podemos adentrar no seu estudo. Endividar-se faz parte da sociedade de consumo, é uma parte importante da economia e da liberdade de consumir dos povos. A concessão de crédito e a compra são coisas boas, sua utilização responsável e a proibição do abuso por parte dos fornecedores de produtos e serviços é regulada pela legislação da maioria dos países do globo.

O superendividamento é uma crise da sociedade que se inicia na família e pode atingi-la como um todo. Afirmamos isto porque quando um cidadão é acometido pelo drama das dívidas ele fica exposto a uma exclusão social e econômica, sendo inclusive privado da possibilidade de conseguir novo posto de trabalho. A inclusão do nome de um cidadão nos bancos de dados de

O superendividamento
não escolhe idade,
cor ou classe social.
Não é um fenômeno
apenas jurídico, mas
afeta aspectos sociais
e psicológicos
das pessoas

inadimplentes cria uma situação atípica, visto que, mesmo sendo moral e legalmente proibida a discriminação no âmbito laboral, por causa de dívidas contraídas e não pagas, na vida real a negativa de trabalho é prática ainda utilizada pelos empregadores.

Vejam, o cidadão, por motivos diversos, é atingido pelo superendividamento, não tem dinheiro para pagar suas contas e não pode conseguir outro emprego para poder solucionar seu problema financeiro por estar endividado e seu nome incluído na base de dados dos inadimplentes. Esta situação só leva à sua exclusão social e à diminuição da produtividade da sociedade. A prevenção do efeito nefasto produzido pelo consumismo e pelo acesso desmedido ao crédito é a melhor forma de evitar outra catástrofe econômica mundial.

Como dito anteriormente, para evitar esta situação os países europeus e da América do Norte, criaram uma série de inovações legislativas, muitas delas utilizando por analogia a figura da concordata comercial, especialmente um processo extrajudicial específico, a conciliação, por ser este um procedimento administrativo e amigável de renegociação e parcelamento das dívidas para pessoas naturais não profissionais (consumidores), permitindo a aproximação dos consumidores com a realidade econômica dos fornecedores de produtos e serviços, promovendo uma igualdade de condições no momento da negociação.

No Brasil, encontra-se em discussão no Senado da República o projeto de lei nº 283, que tem por intuito alterar o Código de Defesa do Consumidor para disciplinar o crédito ao consumidor e o superendividamento. A juíza Clarissa Costa de Lima, presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) destacou a importância da prevenção prevista pelo PLS 283/12, que traz medidas de educação financeira, de crédito responsável, de informação e de educação. “O consumidor não é responsável sozinho pelo endividamento excessivo. O princípio do crédito responsável é necessário e evitará mais casos de superindividamento”, afirmou.

Para o diretor da Serasa Experian, Silvânio Covas, a avaliação do risco de crédito é fundamental para que este seja consciente e seguro. Segundo ele, a inadimplência não é um fenômeno novo, nem exclusivo dos brasileiros: “O Brasil tem que aprender a lidar com o crédito, pois, atualmente, segundo o Banco Central, a proporção entre o volume de crédito e o Produto Interno Bruto (PIB) é de 51%, índice que tende a aumentar daqui para frente. Os Estados Unidos, por exemplo, têm uma relação crédito/PIB de 193%; o Canadá, 120%; e o Japão, 172%.”

O projeto de lei tenta criar um vínculo de solidariedade entre os fornecedores de crédito e os consumidores, bem como uma maior transparência nas transações comerciais, principalmente aquelas que envolvem disponibilidade de crédito para os consumidores. Esclarece ainda sobre a nulidade de algumas cláusulas contratuais, sobretudo aquelas que restringem os direitos dos consumidores, idosos e hipervulneráveis. Garante a preservação de parte da remuneração do consumidor que represente o “mínimo indispensável”, especialmente quando se trate de pagamento debitados diretamente na folha de pagamento ou conta corrente. E, por último, estabelece disposições que instrumentalizam ações para evitar o superendividamento do consumidor.

Esta proposta legislativa tenta criar consciência nos fornecedores e consumidores sobre os princípios de boa-fé, fornecendo importantes instrumentos para realizar, de forma eficiente, o *mandamus* constitucional de proteção do consumidor. Acreditamos na necessidade da criação de um modelo mundial na proteção do consumidor endividado. Alguns doutrinadores opinam por uma penalização das práticas atentatórias às regras específicas de proteção dos consumidores. Sinceramente, somos contra qualquer tipo de exagero quanto ao uso da medida por ser drástica e não ter resultados práticos.

Imaginemos uma instituição financeira onde o sistema, que é programado para debitar automaticamente as dívidas contraídas pelos correntistas, acaba retirando a totalidade dos proventos adquiridos mensalmente pelo consumidor. Esta situação, ainda que pareça irreal, é corriqueira. Voltemos a nosso exemplo, a pessoa, consumidor, ante esta situação desesperada, se dirige à instituição financeira e requer uma solução ao problema. O gerente da conta, mui gentilmente, após analisar a situação e vendo a pessoa desesperada, lhe aumenta a linha de crédito, assim, a pessoa, de forma ilusória pode continuar com sua vida.

No mês seguinte, nosso amigo consumidor retorna ao Banco e fala com o mesmo gerente. Este procura por um recurso e oferece ao consumidor uma solução para todos os seus problemas; um empréstimo pessoal para saldar todas as suas dívidas, assim, nosso amigo só ficará com uma dívida e não com várias. Aparentemente esta solução é benéfica para todas as partes, mas, junto com este empréstimo pessoal, a instituição oferece ao consumidor outras linhas de crédito para que possa continuar adquirindo bens e serviços. Esta oferta irresponsável de crédito fará com que nosso personagem retorne à instituição em alguns meses para tentar outra linha de financiamento, visto

que não conseguirá honrar seus compromissos e seu salário outra vez será integralmente retido pela instituição para pagar as contas. Assim, ele estará inserido no mundo dos superendividados.

Agora, levando em consideração nossa mítica história, quem seria responsável por esta situação: a gerente da instituição, que muitas vezes tem que cumprir “metas de venda de produtos financeiros” ou o consumidor?

Será que o Estado deve abrir um processo-crime na procura de uma condenação do gerente da instituição? Será que ele deve ser condenado a cumprir alguma medida pedagógica disciplinar por fazer seu trabalho? Este servidor unicamente está cumprindo seu trabalho, ele tem metas a serem desenvolvidas e impostas pela instituição e pelo próprio sistema financeiro nacional e mundial. Na hipótese de uma condenação, será que continuará trabalhando na instituição? Mesmo que continue trabalhando, que aconteça de ser reincidente (afinal, ele terá que continuar cumprindo seu trabalho), será que aqueles que defendem a criminalização aceitariam que uma pessoa seja privada de sua liberdade por cumprir seu trabalho?

Porque não criar comissões de superendividamento, dirigidas pelo Ministério Público e/ou pelo Procon, para promover a conciliação? Estas comissões poderiam estabelecer ou elaborar um plano de pagamento de dívidas, podendo sugerir reescalonamento, remissão da dívida, redução da taxa de juros, multas e outros encargos contratuais embutidos na totalidade da dívida e, não havendo conciliação, a comissão poderia recomendar medidas a serem analisadas pelo magistrado da execução, sempre avaliando as condições do superendividado para se estabelecer se o consumidor agiu de boa-fé. Outra medida pode ser a comunicação das instituições financeiras para que as concessões de crédito estejam supeditadas à análise da condição financeira do solicitante, algo que aparentemente é feito, mas que, ante o aumento e a gravidade do problema, parece existir algo errado na sua concretização e execução.

O Estado poderia criar mecanismos para estabelecer que os cidadãos não possam comprometer mais do que 30% de seus rendimentos mensais líquidos, sendo as instituições financeiras e lojistas em geral responsáveis caso seus clientes comprometam valores superiores aos estabelecidos. Para isso teriam que ser criados bancos de dados de quase inadimplentes. Será que o Cadastro Positivo é uma solução? Pensamos que não.

Analisemos agora nossas próprias soluções. Conforme dito, não acreditamos na criminalização das práticas mencionadas anteriormente, não podemos aceitar que uma pessoa seja sancionada por fazer seu trabalho, seria,

como mínimo, um paradoxo ético jurídico. Por outro lado, estabelecer uma restrição do comprometimento de até 30% do salário da pessoa seria um ato discriminatório, pois o crédito e as melhores condições de pagamento estariam à disposição daqueles segmentos da sociedade que ganham acima de três salários mínimos. A criação de bancos de dados de quase inadimplentes seria, como mínimo, discriminatório e inconstitucional, visto que excluiria um alto percentual da população do acesso ao crédito, levando o mercado financeiro ao colapso ante a impossibilidade da circulação de mercadorias, ou pelo menos o deixaria muito lento, acarretando um estancamento da economia nacional e mundial.

Imaginemos outra situação mítica, um cidadão recém-casado que ganha dois salários mínimos quer comprar móveis para seu apartamento alugado, mas só pode, segundo nosso próprio exemplo, dispor de 30% de seus proventos. Será que conseguirá adquirir os bens? Imaginemos que sim. Quando sua mulher engravidar, muito provavelmente ainda estará pagando os móveis, só que agora ele precisa de adquirir o básico para o novo herdeiro, mas seu salário só permite a compra a crédito. Será que consegue adquirir outra linha de financiamento? Isto não estaria discriminando e restringindo a liberdade individual de nosso casal imaginário? Qual a solução ao problema destas pessoas? São pessoas esforçadas, trabalhadoras, conscientes e conhecedoras de sua realidade, com uma educação financeira aparentemente básica. Será que lhes vamos dizer “amigos, vocês não podem ter filhos até que terminem de pagar os móveis”?

A proteção
e tutela do
superendividado
é uma obrigação
dos Estados

Por outro lado, as instituições financeiras e lojistas em geral são o motor da economia nacional e mundial. Restringir o endividamento das pessoas limitando-o em até 30% não é vantajoso para ninguém.

Com estes exemplos percebemos que estamos entrando num problema filosófico e ético, em que necessariamente teremos que decidir guiar-nos por alguma das correntes existentes. Caso pensemos que nossa vida e nossa liberdade são um presente de Deus, e que todos os indivíduos podem fazer ou deixar de fazer aquilo que considerem certo desde que não prejudiquem aos demais, e que se essa ação só prejudica a quem a está desenvolvendo, como por exemplo se pensamos que o Estado não pode intervir se um cidadão quer se endividar, visto que o único prejudicado será ele próprio, então estaremos acompanhando o pensamento de John Stuart Mill, que em seu

livro “Liberdade” desenvolve os limites do poder que pode ser exercido pelo Estado e pela sociedade sobre o indivíduo.

Caso nos acompanhem na escolha de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e de respeito, então deverão concordar que Immanuel Kant e seu pensamento é o modelo a seguir. Kant afirma que a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade. Ele afirma, ao contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fim em si mesmas. Quando abordamos temas de consumismo e superendividamento não podemos deixar fora conceitos como maximização do bem-estar (adquirimos bens e serviços para nos sentir melhor) ou valorização da virtude (aquele que vende quer que nos sintamos incluídos na sociedade), mas estes não respeitam a liberdade humana. Pensando em Kant, devemos associar justiça e moralidade a liberdade. O que consideramos liberdade de mercado ou escolha do consumidor não é a verdadeira liberdade, porque envolve simplesmente a satisfação de desejos que não escolhemos.

Após a publicação da obra “La Societé de consommation”, de Jean Baudrillard, em 1970, a grande maioria dos autores passou a utilizar o conceito de sociedade de consumo para analisar o problema social, político e cultural do consumismo, em que as necessidades não produzem o consumo, o consumo é que produz as necessidades. Nesta obra o autor menciona que os objetos têm um valor de signo, que sua posse confere *status*, assim, os bens e serviços não são concebidos como objetos que viabilizam a satisfação de necessidades e desejos, mas como indicativos que possibilitam identidade e enquadramento em determinado grupo social, passando o consumo e a aquisição de dívidas a ser uma espécie de engrenagem e matriz da convivência social. Mas devemos ser honestos e manifestar que o consumo não é o vilão desta história; o problema é a exclusão como consequência da desigualdade social e econômica existente em nossos países, onde as pessoas se veem obrigadas a consumir artigos não para a satisfação pessoal, mas para ser incluídas num ambiente cruel e exigente.

Esta relação desigualdade/exclusão é tratada com muita propriedade por Zygmunt Bauman, na obra “Globalização: As consequências humanas”. Ele acredita que a sociedade de consumo aprofundou as desigualdades sociais, e que a capacidade de consumir ou não será o modo de avaliar se somos consumidores experientes e aptos a ser integrados na sociedade ou consumidores falhos ou fracassados, aqueles sem condições de fazer parte da roda da economia. Para estes, a exclusão social acontece de fato.

Diversos acontecimentos históricos, desde a depressão de 1929 até as mudanças da pós-crise das décadas de 1970 e 90, permitiram o renascimento do modelo do endividamento, principalmente na América do Norte. O aumento da capacidade produtiva, acompanhada pelo aumento da demanda, deu lugar à diminuição da poupança viabilizando o endividamento. A nova estratégia do capitalismo tem como base a dependência do consumo, a facilitação do crédito e a internacionalização do capital, isso acompanhado de uma prática agressiva de marketing deu lugar ao aumento da demanda de produtos e serviços, muitos deles produzidos unicamente para o reconhecimento dos indivíduos numa sociedade de plástico, onde os valores morais e éticos ficam relegados às aparências e à inclusão neste novo modelo de sociedade. É neste momento que o fantasma do endividamento excessivo aparece, quando a racionalidade do indivíduo deixa de ser quem toma as decisões na aquisição de bens e serviços. Se a pessoa avaliasse melhor no momento de efetuar a compra e chegasse à conclusão de que a dívida que adquiriu era superior a seu orçamento (renda), se não deixasse que a impulsividade se apoderasse de sua racionalidade, não existiria o malefício do superendividamento. Assim, em ambos os casos o problema ocorre por uma ótica individualizante e narcisista. Porém, não podemos deixar de lado as múltiplas condições sociais, políticas e culturais, ocultas e invisíveis, que contribuem para este fenômeno.

A publicidade tornou-se parte importante na produção de novas identidades, comercializando modos e formas de vida – mesmo quem não consumamos nenhum dos objetos alardeados pela publicidade como se fossem a chave da felicidade, consumimos a imagem deles. Consumimos o desejo de possuí-los. Consumimos a identificação com o ‘bem’, com o ideal de vida que eles supostamente representam. Aquilo que alguns podem considerar supérfluo em termos de consumo, outros acreditam que proporcionará o reconhecimento social que espera, mas como não possuem recursos suficientes para sua aquisição, encontram no crédito uma maneira fácil e segura de comprá-lo. Assim, podemos dizer que a problemática do superendividamento está atrelada à mídia e publicidade como vendedora de modos de vida e à publicidade do crédito, que é a responsável pela duplicação dos efeitos da mídia, oferecendo formas de adquirir os bens e serviços ofertados no mercado de consumo.

É a agressividade na oferta de dinheiro ou financiamento, o crédito de fácil acesso, divulgado em todos os meios de comunicação, oferecido através

das formas menos imagináveis. Atualmente tudo o que se consome pode ser financiado, aumentam as empresas que operam com financiamento, até os supermercados e demais lojas produzem cartões de crédito, o crédito deixou de ser um recurso excepcional; trata-se de uma forma de gestão econômica no orçamento pessoal e familiar.

Assim, chegamos a uma conclusão óbvia: os cidadãos podem ter acesso ao crédito fácil para a obtenção de bens e serviços, o endividamento é administrado ou não, e consequentemente quando as dívidas ultrapassam a renda mensal, ocorre o que é chamado de superendividamento. Como já vimos, no plano macroeconômico, o crédito é fundamental para a economia mundial e no âmbito pessoal é uma forma de ajuda para a inclusão social. Contudo, o crédito pode operar em sentido inverso, chegando à exclusão do endividado, quando utilizado de forma desmedida ou caso aconteça algum acontecimento imprevisível na vida do indivíduo.

Este fenômeno do superendividamento, já tratado na doutrina nacional, com destaque à obra da professora Cláudia Lima Marques, foi objeto de pesquisa empírica inédita no Rio Grande do Sul, sob sua coordenação, desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em conjunto com o Núcleo Civil da Defensoria Pública do mesmo Estado, com 100 casos de superendividamento de consumidores pessoas físicas. A pesquisa constatou alguns dados: preponderância da atuação do superendividado passivo no cenário regional, dada a prevalência de causas identificadas como “acidentes da vida” (“desemprego 36,2%, doença e acidentes 19,5%, divórcio 7,9%, morte 5,1% e outros, como nascimento de filhos, 9,4%”); 46% dos entrevistados estavam na faixa etária entre 40 e 60 anos, sendo outros 11% idosos, acima de 60 anos de idade.

Além dos dados mencionados a situação é muito mais alarmante para os desempregados. Mesmo existindo a proibição legal e moral, é usual a prática de alguns empregadores de consultar os bancos de dados de inadimplentes antes ou durante o processo de contratação de novos servidores. Assim, muito endividados ficam na condição de vulnerabilidade social, não têm recursos para enfrentar suas obrigações financeiras e em decorrência disso não conseguem emprego para obter recursos. Esta lógica cruel é a cara do capitalismo atual.

Neste panorama, aparentemente lúgubre, aparece uma luz no final do túnel para as pessoas que se encontram cobertas pelo manto do

superendividamento. Conforme mencionado, existe em tramitação um projeto de lei do senado que busca o restabelecimento do equilíbrio contratual e a reestruturação da vida financeira dos indivíduos e de sua família. Este dispositivo legal pretende preencher uma lacuna na legislação pátria de modo a garantir a todos a igualdade de condições no momento de contratar, bem como para recuperar os índices de dignidade que este fenômeno vem diminuindo dia a dia.

Devemos mencionar que o projeto-piloto “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor” foi apresentado pelas juízas Karen Rick Danilevitz Bertoncello e Clarissa Costa de Lima à Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, para a realização, a partir de 2006, de audiências com a totalidade dos credores declarados pelo consumidor superendividado nas comarcas de Charqueadas e de Sapucaia do Sul. Este projeto foi acompanhado pelo “Movimento pela Conciliação” do Conselho Nacional de Justiça, que busca, baseado na voluntariedade das partes, mediar a renegociação de dívidas de forma amigável, de acordo com o orçamento familiar do superendividado (de modo a garantir a subsistência básica de sua família, o chamado mínimo vital) e tem inspiração no modelo europeu da reeducação que visa à responsabilização pelos compromissos assumidos.

Para concluir, acreditamos que, além das propostas feitas pelas inspiradoras do projeto para o tratamento dos superendividados, deve-se incrementar políticas públicas de inclusão social e de educação econômico-financeira (básico familiar e de consumo consciente e responsável), desde os níveis iniciais, bem como proceder ao aumento de poderes do Ministério Público e dos Procons dos diversos estados da federação com o intuito de que sejam estes os entes encarregados de efetuar a conciliação entre as partes envolvidas. Assim, solucionar-se-iam vários problemas: seria viabilizada a inclusão dos endividados no mercado de consumo após uma reestruturação de suas dívidas, dando lugar ao fortalecimento da economia nacional; ocorreria o desafogamento das varas e tribunais de justiça, que dia a dia vêm se abarrotando de processos vinculados a dívidas de consumo; giraria a roda da economia com a injeção de dinheiro proveniente do pagamento das dívidas existentes e aumentaria a circulação de bens e serviços com a inclusão dos excluídos pelo superendividamento.

O superendividamento
é uma crise da
sociedade que se
inicia na família e
pode atingi-la como
um todo

Referências

- BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições, 2005.
- BAUMAN, Z. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- FRADE, C., Magalhães, S. Sobreendividamento: A outra face do crédito. In: MARQUES, L.C.; Cavallazzi, A. L. (Orgs.), *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23-43.
- GUTTMANN, R., Plihon, D. *O endividamento do consumidor no cerne do capitalismo conduzido pelas finanças Economia e Sociedade*, n. 17, p. 575-610, 2008.
- HILLESHEIM, B.; CRUZ, L. R. da. Risco, vulnerabilidade e infância: Algumas aproximações. *Psicologia & Sociedade*, vol. 20, n. 2, p. 192-9, 2008.
- HÜNING, S.; GUARESCI, N. M. F. Efeito Foucault: desacomodar a psicologia. In: Hüning, S., Guareschi, N. M. F. (Orgs.), *Foucault e a psicologia*. Porto Alegre: AbrapsoSul, 2005, p. 107-27.
- KEHL, M. R. O espetáculo como meio de subjetivação. In: Bucci, E., Kehl, M.R. (Orgs.), *Videologias*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 43-62.
- KOWARICK, L. Sobre a vulnerabilidade econômica e civil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 51, 2003. p. 61-95.
- LEITE, J. F.; DIMENSTEIN, M. Mal-estar na psicologia: A insurreição da subjetividade. *Revista Mal-estar e Subjetividade*, vol. 11, n. 2, p. 9-26, 2002.
- LIPOVETSKY, G. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: Martins, F. M., Silva, J.M. (Orgs.), *A genealogia do virtual*. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 33-42.
- LYRA, R. M. da S. (2001). Consumo, comunicação e cidadania. *Ciberlegenda*, 6. Recuperado em 10 de janeiro de 2009, da <http://www.uff.br/mestcii/renata2.htm> – MARQUES, C. L. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, C. L., CAVALLAZZI, A. L. (Orgs.), *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255-309.
- MARQUES, C. L.; CAVALLAZZI, A. L. *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ROCHA, A. da; SILVA, J. F. da. Inclusão social e marketing na base da pirâmide: Uma agenda de pesquisa. *RAE electrónica*, v. 7, n. 2.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 10. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2013.
- SENISE Lisboa, Roberto. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONTRATOS
CELEBRADOS À
DISTÂNCIA E CONTRATOS
CELEBRADOS FORA DO
ESTABELECIMENTO
COMERCIAL –
DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA
PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO
PORTUGUÊS

MARISA DINIS*

Doutora em Direito (Universidade de Salamanca)

Mestre em ciências jurídico-empresariais e licenciada em Direito
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

EXCERTOS

“A necessidade de se estabelecerem padrões legais comuns baseia-se no fato de esta ser entendida como essencial para criar segurança jurídica nas transações estabelecidas à distância e, por isso, carentes de um rosto confortante, ou naquelas outras realizadas fora do estabelecimento comercial e, por isso, mais agressivas e com vários rostos em geral, mas com poucos em particular”

“O legislador comunitário tentou garantir que, em todas as ocasiões, fossem prestadas as informações pré-contratuais que considera mínimas e essenciais ao consumidor”

“Certo é que incumbe ao profissional fornecer ao consumidor a confirmação do contrato celebrado, em suporte duradouro, já se sabe, num prazo, segundo o legislador, razoável contado a partir da celebração do contrato à distância”

“O prazo dos 14 dias se contabilizada da data da celebração do contrato quando se tratar de um contrato de fornecimento de água, gás ou eletricidade, abrangido pela diretiva, de aquecimento urbano e de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material”

*** Outras qualificações da autora**

Professora-adjunta no Instituto Politécnico de Leiria. Coordenadora do curso de licenciatura em Solicitadoria ministrado na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

I. A Diretiva 2011/83/UE – Aspectos gerais

1. As origens

Expressão dos tempos modernos, as novas formas de contratar têm ganhado um impulso notório particularmente visível nas últimas décadas. De fato, os denominados contratos à distância e os contratos celebrados fora de estabelecimentos comerciais, pese embora tenham merecido tratamento legal no ordenamento jurídico português desde cedo, multiplicaram-se exponencialmente nos últimos anos, criando, por isso, novas fontes de conflitos entre os vários intervenientes decorrentes, não raras vezes, de evidentes e reiterados atropelos aos direitos dos consumidores, perpetuados pelas aliciantes manhas negociais de contrapartes astutas.

Não surpreende, portanto, que estas matérias representem, no seio da União Europeia, uma preocupação crescente e constante refletida, além do mais, nas inúmeras iniciativas, legislativas e não só, que tem desencadeado a este respeito. Recorde-se que estas iniciativas foram naturalmente intensificadas com as atribuições à UE de competências próprias nos domínios do direito do consumo¹.

Cumpre, neste escrito, perscrutar as intenções do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro, que, como se sabe, transpõe parcialmente a Diretiva 2011/83/EU. Por ser assim, antes de analisarmos o predito decreto-lei, trataremos de apreciar, ainda que de forma ligeira, a diretiva. Ora, a Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, representa, na verdade, o culminar de longas discussões e debates, de variada natureza, como sejam, a científica, a académica, a política e a social².

Cremos que não erramos se afirmarmos que esta diretiva de 2011 marca um caminho diferente do, até então, legislativamente percorrido, tanto pelo legislador comunitário como pelos legisladores nacionais, ao tentar alcançar alguma uniformidade neste particular. A necessidade de se estabelecerem padrões legais comuns baseia-se no fato de esta ser entendida como essencial para criar segurança jurídica nas transações estabelecidas à distância e, por isso, carentes de um rosto confortante, ou naquelas outras realizadas fora do estabelecimento comercial e, por isso, mais agressivas e com vários rostos em geral, mas com poucos em particular.

Aliadas à natural falta de confiança nestas transações, oriunda da própria natureza que assumem, encontram-se, por um lado, a parca proteção que tem assistido aos consumidores e, por outro, a busca incessante, por parte das empresas, em mascarar as técnicas comerciais agressivas em prol de uma desenfreada obtenção de lucros.

Não restam, no entanto, dúvidas de que é mister reforçar a confiança e a certeza jurídicas sob pena de estas novas formas de negociar terem uma morte anunciada.

Relembre-se que as polémicas de maior monta que envolvem as políticas de proteção dos consumidores remontam, desde logo, à data da publicação do Livro Verde sobre a proteção dos consumidores, em 2001. A este respeito, há que recordar as reações pouco favoráveis que se fizeram sentir no imediato. A Comissão, não obstante as preditas vozes discordantes, levou por diante os seus intentos de estudar a possibilidade de substituir a harmonização mínima, imposta pela maioria das diretivas que versavam sobre estes assuntos, pela harmonização total. Entendia, pois, a Comissão que esta estratégia de transposição consubstanciava a *conditio sine quo non* para um verdadeiro reforço das já mencionadas segurança e certeza jurídicas.

Partindo das premissas anteriores, a proposta da Comissão assentava, com efeito, na referida harmonização total, em desprezo da harmonização mínima, e avançava com a definição expressa e clara de determinados conceitos no pressuposto de criar uma linguagem comum aos vários Estados-membros. Ficou, desde cedo, clara a intenção de a diretiva se deter de forma particular na determinação e regulação de determinados direitos entendidos como essenciais, a saber, o direito de os consumidores serem devida e corretamente informados pela contraparte e o direito de arrependimento ou de retratação. Logradas estas intenções, lograr-se-iam, por arrastão, outras: a do melhor funcionamento dos mercados, internos e transfronteiriços, e consequentemente o aumento da respectiva capacidade competitiva.

Este entendimento, considerando em particular os efeitos que proclamava, muito agradou às associações de empresas que, sobretudo à custa da harmonização total, poupariam recursos financeiros e técnicos na implementação das novas medidas e dos novos comandos legais permitindo, logo, uma diminuição de custos no desenvolvimento das respectivas atividades.

Contrariamente, como seria de esperar, desagradou às associações de consumidores que bem compreenderam os riscos que tal harmonização total implicaria em determinadas matérias de maior melindre. Estava,

pois, impossibilitada a concatenação de ideias indispensável à boa conduta legislativa e ao necessário aumento da proteção dos direitos dos consumidores num período de crise e, por isso, particularmente propício a desmazelos neste âmbito.

Foi no contexto vindo de relatar que a Comissão apresentou a sua proposta que foi naturalmente objeto de minuciosas análises. De entre os vários estudos, opiniões e pareceres há que chamar à colação, pelo elevado interesse que representam, as conclusões apresentadas pelo Comité Económico e Social Europeu e as recomendações à Comissão daí resultantes. Neste particular, parece-nos útil reproduzir algumas das conclusões mais assertivas do Comité:

“a proposta não apresenta inovações nalguns aspectos relevantes, como sejam a assistência pós-venda e as peças sobresselentes, a responsabilidade direta do produtor e as redes de distribuição”; “a existência de definições comuns pode contribuir para dar mais certeza e segurança jurídica aos operadores comerciais e aos consumidores mas, para tal, a Comissão deverá pôr fim às contradições que, a este respeito, subsistem na proposta”; “são as deficiências graves sentidas ao nível da resolução dos conflitos e da reparação dos danos que constituem um fator determinante

‘se não o mais determinante’ para a falta de desenvolvimento do comércio transfronteiriço sendo que a proposta omite totalmente esta preocupação que até o Eurobarómetro reflete”; “qualquer proposta que pretenda uma harmonização máxima em matéria de defesa dos consumidores deve centrar-se em aspectos muito concretos e ser acompanhada por especiais cautelas para respeitar o elevado nível de proteção dos consumidores garantido pelo Tratado, respeitando o princípio da subsidiariedade, sob pena de retardar e travar o desenvolvimento dos direitos dos consumidores em cada Estado”³.

A proposta final acabou, por fim, por sofrer influências diretas e ponderosas do Parlamento Europeu veiculadas, em particular, pelo relator nomeado para o efeito, Andreas Schwab (PPE/DE). Neste âmbito, ficou claro, desde cedo, que a harmonização total proposta pela Comissão não seria adequada a assegurar o elevado nível de proteção dos consumidores e, por isso, teria de ser rejeitada⁴. A base da proposta final foi construída com este contributo essencial e, bem assim, com o da comissária Viviane Reding que tomou exemplarmente as rédeas deste documento legislativo⁵.

Se se tratar de um contrato de prestação de serviços, o prazo de 14 dias começa a contar da data da celebração do contrato

2. As soluções jurídicas

Vistos que estão, em jeito resumido, alguns aspectos gerais inerentes à origem da diretiva, resta, ainda antes de avançarmos para a análise da respectiva transposição para o ordenamento jurídico nacional, observar as orientações diretas decorrentes do instrumento normativo comunitário que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais e a Diretiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção do consumidor em matéria de contratos à distância⁶.

Salientemos, primeiramente, o método de transposição para os direitos nacionais imposto pela diretiva cuja originalidade é singular. Veja-se, neste quadro temático, que a diretiva assume claramente que “deverá estabelecer normas-padrão para os aspectos comuns dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, afastando-se do princípio da harmonização mínima subjacente às diretivas anteriores e permitindo aos Estados-membros manter ou adotar regras nacionais” (considerando 2). A diretiva tece considerações (considerando 5) sobre as potencialidades das vendas à distância transfronteiriças que, segundo afirma, ficaram aquém das reais potencialidades que encerram. A diretiva aponta, ainda no mesmo considerando, como principal obstáculo a um verdadeiro crescimento deste tipo de negócio as dificuldades que as empresas sentem com a necessidade de se adaptarem às diferentes regras nacionais de defesa do consumidor⁷. Conclui, neste aspecto, que a técnica da “harmonização total da informação aos consumidores e o direito à retratação relativo aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial contribuirão para um nível elevado de proteção dos consumidores e para um melhor funcionamento do mercado interno entre empresas e consumidores”. Segue ainda reforçando, no considerando 7, que a “harmonização total de alguns aspectos regulamentares fundamentais deverá aumentar consideravelmente a segurança jurídica, tanto para os consumidores como para os profissionais, que deverão passar a poder contar com um quadro regulamentar único, baseado em noções jurídicas claramente definidas destinadas a reger certos aspectos celebrados na União entre empresas e consumidores”. Esta harmonização não será, porém, total, dando-se margem aos Estados-membros para introduzir disposições nacionais no que respeita a matérias não abordadas especificamente pela diretiva como sucede, por exemplo, “em matéria de contratos de venda, incluindo em relação à entrega de bens, ou requisitos em matéria de prestação

de informações durante a vigência do contrato” (considerando 13). Avança a diretiva, logo no considerando seguinte, que os direitos nacionais não serão beliscados nem prejudicados relativamente aos contratos que não são por si regulados, quedando assim arredada da diretiva a regulação de matérias atinentes à “celebração ou a validade de um contrato (por exemplo, no caso de falta de consentimento)” e “às vias de recurso contratuais gerais, as regras em matéria de ordem económica pública, como, por exemplo, as regras em matérias de preços excessivos ou exorbitantes, e as regras em matéria de negócios jurídicos não éticos”.

Na esteira do refletido nos considerandos, o artigo 4º, sob a epígrafe “nível de harmonização”, dá conta aos Estados-membros que estes “não devem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente diretiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de proteção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente diretiva”. Quer isto dizer, que, por um lado, a diretiva enuncia efetivamente um conjunto de normas-padrão que impõe aos Estados-membros, mediante o método da harmonização total, e, por outro lado, oferece aos Estados-membros a possibilidade de tratarem livremente certas matérias não abrangidas pela diretiva e de optarem, em determinadas áreas, por normas de maior proteção para os consumidores.

Importa igualmente salientar que a diretiva aposta na definição clara de conceitos que, a cada passo, utiliza. Este labor conceptual visa criar uma linguagem comum a utilizar pelos vários destinatários deste instrumento jurídico. Dos vários conceitos expressos na diretiva, tanto nos considerandos como, em particular, no artigo 2º, realçamos as noções legadas aos conceitos de “consumidor”, de “profissional”, de “bem”, de “contrato de compra e venda”, “contrato celebrado fora do estabelecimento comercial”, “estabelecimento comercial” e “suporte duradouro” para efeitos de aplicação da Diretiva. Outras definições importantes constam ainda da diretiva, como seja a de contrato à distância que, no entanto, se mantém em consonância com a Diretiva 97/7/CE.

Precisemos alguns dos sobreditos conceitos.

Para determinar o conceito de consumidor detemo-nos, desde logo, no ponto 1 do artigo 2º que, contudo, tem de ser equilibrada com o disposto no considerando 17. Da conjugação de ambos percebemos que se, por um lado, consumidor será “qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua

atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, por outro lado, esta definição tem de ser conjugada com o já mencionado considerando 17 que refere expressamente que, “no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade e se o objetivo dessa atividade for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor”.

Por sua vez, define a diretiva, no ponto dois do artigo 2º, conjugado com o considerando 16, que “profissional” incluirá todos aqueles que intervenham, nos contratos abrangidos pela diretiva, no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional mesmo quando tal atuação é concretizada através de outra pessoa que atua em nome do profissional ou por sua conta.

Quanto ao conceito “bem”, cumpre frisar que abrange os objetos móveis corpóreos cujas vendas não provêm de qualquer tipo de execução judicial. A este respeito, importa ainda referir que queda agora claro que nesta definição de “bem” caem a água, o gás e a eletricidade desde que sejam “postos à venda em volume delimitado ou em quantidade determinada”.

A noção de “contrato de compra e venda” que a diretiva apresenta desfaz algumas questões que, a este propósito, se colocavam. Está, agora, claro que o contrato de compra e venda para efeitos de aplicação da diretiva poderá incluir simultaneamente bens e serviços (artigo 2º, ponto 5). No ponto seguinte do mesmo artigo 4º, a diretiva define, dentro dos termos gerais, o contrato de “prestação de serviços”.

Definições de suma importância para a correta transposição da diretiva são as referentes às noções de “contrato celebrado fora do estabelecimento comercial” e de “estabelecimento comercial”⁸. Assim, como descrito no ponto 8 do artigo 2º, será qualificado de “contrato celebrado fora do estabelecimento comercial” aquele que englobe qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor em local diferente do do considerado “estabelecimento do profissional”. Esta noção englobará igualmente as, muito frequentes, excursões organizadas pelo profissional com a finalidade única de promover e vender bens e/ou serviços ao consumidor. Ainda dentro deste conceito ficarão os contratos “celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou\ através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido pessoal e individualmente contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, na presença física simultânea do profissional e do consumidor”. Caberão, por sua vez, na noção de “estabelecimento comercial” quaisquer

instalações imóveis ou móveis “de venda a retalho, onde o profissional exerça a sua atividade de forma profissional”.

Finalizemos esta incursão pelas definições que a diretiva estabelece com referência à noção de “suporte duradouro” que abarca, nos termos do ponto 10 do artigo 2º, “qualquer instrumento que possibilite ao consumidor ou ao profissional armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de uma forma que, no futuro, lhe permita aceder às mesmas durante um período de tempo adaptado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução inalterada das informações armazenadas”.

Vistas que estão as definições avançadas pela diretiva que, a nosso ver, apresentam maior interesse prático e maior relevância jurídica ao tema aqui em discussão, vejamos agora a verdadeira essência legislativa da diretiva, isto é, analisemos, de seguida, os termos em que a diretiva regula a informação ao consumidor e o direito de retratação. Com efeito, estas matérias consubstanciam praticamente, como se acabou de referir, razão de ser da diretiva e determinam os termos em que ela será imposta aos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais.

O capítulo II da diretiva é dedicado à “informação ao consumidor sobre contratos diferentes dos contratos à distância ou dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial”. Neste ponto, rege um único artigo, o 5º, que manda o profissional prestar ao consumidor informações relevantes sobre o bem ou o serviço objeto do contrato. Deste elenco, praticamente intuitivo, fazem parte, obviamente, as informações relativas às características dos bens ou serviços, ao preço, às condições de entrega e às de pagamento, às garantias, à duração do contrato. Não podemos, porém, isentar este preceito de críticas. Na verdade, ele peca por apresentar um carácter meramente supletivo ao exigir que a informação a prestar o seja, apenas, quando tais informações não decorrem do contexto que possibilita ou conduz à celebração do contrato. Leiam-se, pois, as palavras do legislador: “o profissional fornece ao consumidor, de forma clara e compreensível, a seguinte informação, se esta informação não decorrer do contexto”. A dificuldade aqui patenteada é a de saber exatamente quais são as situações em que o profissional fica obrigado a prestar as informações descritas nas alíneas deste artigo 5º. Por outras palavras, a primeira dificuldade apresentada pelo artigo em questão é a de determinar, de forma clara e

Durante o chamado prazo de retratação as partes devem cumprir as respectivas obrigações contratuais

inequívoca, quando é que a informação decorre do contexto, libertando ato contínuo o profissional de a prestar. Um campo demasiadamente subjetivo para garantir devidamente que a informação é efetivamente prestada em todas as situações merecedoras⁹. Antevemos que destinatários diferentes, com percepções diferentes, fruto de conhecimentos e vivências próprias, entendam de forma diferente as informações que decorrem do dito “contexto”. Tratar-se-á, pois, em nosso juízo, de uma fonte de problemas perfeitamente evitável. Pecar por excesso, nestes domínios, nunca é pecado, pelo contrário.

É, no entanto, no capítulo III da diretiva, em 10 artigos, que se encontram retratados o direito à informação ao consumidor e o direito de retratação no seio dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Centremo-nos, pois, nestes conteúdos, que constituem, na verdade, o objeto central do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro, na esteira do já referido.

Sob a epígrafe “requisitos de informação dos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora de estabelecimento comercial” esclarece a diretiva, nas vinte alíneas do artigo 6º, quais são as informações que o profissional fica incumbido de prestar ao consumidor. Entre estas, constam as referentes às características dos bens ou serviços, as relativas à identificação do profissional, as respeitantes ao endereço geográfico relativo ao local onde está estabelecido o profissional e as inerentes aos contatos adequados que possibilitem uma comunicação rápida e eficaz e suscetível de receber eventuais reclamações. Constam ainda, deste elenco, as informações relativas ao preço (incluindo impostos, taxas, custos do meio de comunicação à distância para a celebração do contrato, modalidades de pagamento), as respeitantes às formas e às datas de entrega ou de execução, as inerentes às condições para exercício do direito de retratação e as alusivas às indicações sobre o formulário de retratação (caso exista)¹⁰. Cumpre, ainda, ao profissional prestar as indicações, quando aplicável, de que o contrato em causa não admite direito de retratação, da eventual existência de custos aplicáveis em caso de devolução dos bens em caso de exercício do direito de retratação, das garantias legais e das eventuais condições de assistência pós-venda, entre outras.

Precise-se que as informações vindas de referir constituem parte integrante do contrato, salvo nas situações em que expressamente se convençione de forma diferente, e que o ónus da prova quanto ao cumprimento dos preceitos em matéria de informação recai sobre o profissional.

Já no plano dos direitos nacionais, vale a pena referir que, nos termos do n. 7, os Estados-membros têm liberdade para manter ou introduzir “requisitos

linguísticos em matéria de informação contratual, de forma a assegurar que essa informação seja facilmente compreendida pelos consumidores”.

Os artigos 7º e 8º revestem especial importância porquanto vêm tratar dos requisitos formais a aplicar, respectivamente, aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e aos contratos à distância.

Para os primeiros contratos, impõe o legislador como regime regra que as informações sejam entregues ao consumidor em suporte de papel. Porém, se este aceitar, o suporte de papel pode ser substituído, para estes efeitos, por outro suporte duradouro. O mesmo se aplica à cópia do contrato a entregar ao consumidor. O número 4 do artigo 7º é de aplicação facultativa por parte dos Estados-membros. Este número refere-se aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, “em que o consumidor tenha solicitado expressamente os serviços do profissional para efetuar operações de reparação ou manutenção, e ao abrigo dos quais o profissional e o consumidor executam imediatamente as suas obrigações contratuais e o montante a pagar pelo consumidor não seja superior a 200 EUR”, e impõe ao profissional a prestação das informações mencionadas nas alíneas b) e c) do n. 1 do artigo 6º e ainda das informações relativas ao preço ou à forma de o calcular, apresentando, igualmente, uma estimativa do preço final. Estas informações serão, tal como as anteriormente referidas, prestadas em suporte de papel, salvo expresse consentimento do consumidor em as receber noutro suporte duradouro. Contrariamente, o número 5 atua no plano da harmonização total referindo que “os Estados-membros não devem subordinar o cumprimento das obrigações de informação previstas na presente diretiva a quaisquer requisitos formais adicionais de informação pré-contratual”.

Por sua vez, as informações constantes do n. 1 do artigo 6º são prestadas aos consumidores que celebrem contratos à distância, sempre em suporte duradouro e, nos precisos termos da norma, “de uma forma adequada aos meios de comunicação à distância utilizados, em linguagem simples e inteligível”. Clarifica-se a necessidade de o profissional informar de forma expressa e em momento anterior ao da realização da encomenda quais são as obrigações de pagamento que lhe estão associadas sob pena de o consumidor não ficar vinculado pelo contrato realizado com informação deficiente. Também se exige ao profissional que defina e informe de forma clara quais são os meios de pagamento aceites.

O legislador comunitário tentou garantir que, em todas as ocasiões, fossem prestadas as informações pré-contratuais que considera mínimas e essenciais. De fato, mesmo nas situações em que o meio de comunicação à

distância utilizado não é compatível com a divulgação exaustiva de todas as informações constantes do artigo 6º, ordena o n. 4 do artigo 8º que, pelo menos, as informações relativas às características dos bens a adquirir ou dos serviços a prestar, à identidade do profissional, ao preço total, ao direito de retratação e ao período de vigência do contrato ou, caso este seja de duração indeterminada, às condições para a respectiva rescisão sejam devidamente prestadas. Note-se que são estas, efetivamente, as informações que estão na base de uma vontade de contratar plenamente esclarecida e ciente das consequências inerentes ao ato jurídico que se pretende efetuar. A falta de alguma destas informações poderá, com efeito, induzir o consumidor em erro no momento da celebração do contrato, levando-o a acreditar que o negócio que está prestes a concretizar é, na verdade, diferente daquele que virá realmente a celebrar.

O n. 6 deste artigo 8º dirige-se, em particular, aos contratos celebrados por telefone. Nesta sede, a diretiva dá liberdade aos Estados-membros para, se assim o entenderem, exigirem que o profissional confirme a oferta ao consumidor ficando este apenas vinculado depois de assinar a oferta ou de ter prestado, por escrito, o seu consentimento.

Seja como for, certo é que incumbe ao profissional fornecer ao consumidor a confirmação do contrato celebrado, em suporte duradouro, já se sabe, num prazo, segundo o legislador, razoável contado a partir da celebração do contrato à distância. Para evitar abusos ou falsos esquecimentos, prescreve o legislador que este prazo termina no momento da entrega dos bens ou no momento imediatamente anterior ao do início da execução do serviço a prestar.

Pese embora o dito a propósito dos comandos provindos do artigo 8º, devemos sublinhar que eles não prejudicam o previsto nos artigos 9º e 11º da Diretiva 2000/31/CE, sobre os contratos eletrónicos e sobre ordens de encomenda eletrónicas¹¹.

Já no que respeita ao cumprimento das obrigações de informação previstas na diretiva, à semelhança do consagrado no número anterior, o legislador comunitário aplica a técnica da harmonização total, impedindo os Estados de o subordinar a quaisquer requisitos formais adicionais de informação pré-contratual.

Referimos anteriormente que as diferentes formas de exercício do direito de retratação, nos vários ordenamentos jurídicos, eram, bastas vezes, entendidas como um pedrouço no desenvolvimento da contratação transfronteiriça. Referimos que, por ser assim, entendeu a Comissão que

uma harmonização total nestas matérias poderia apaziguar as dificuldades e contribuir para uma real expansão deste tipo de comércio. Catalisado por tais reflexões, o legislador comunitário não poupou esforços em regular esmiuçadamente o direito de retratação do consumidor.

O artigo 9º da diretiva expressa, neste sentido, que “ressalvando os casos em que se aplicam as exceções previstas no artigo 16º, o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias para exercer o direito de retratação do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, sem necessidade de indicar qualquer motivo, e sem incorrer em quaisquer custos para além dos estabelecidos no artigo 13º, n. 2, e no artigo 14º”.

Está portanto consagrado e imposto, sob a forma de harmonização total, o prazo de 14 dias para que o consumidor pondere devida e definitivamente se pretende executar o contrato cujas negociações se desencadearam à distância ou fora do estabelecimento comercial. A contabilização do prazo ora enunciado tem inícios distintos consoante o tipo de contrato em causa. Assim, se se tratar de um contrato de prestação de serviços o prazo de 14 dias começa a contar da data da celebração do contrato. Diferentemente, se o objeto do contrato se traduz na compra de um bem, o referido prazo conta-se a partir da data em que o consumidor, ou alguém sob a sua orientação (excluindo-se o transportador), adquira a posse física do respectivo bem. Na eventualidade de o contrato importar a aquisição de vários bens, encomendados pelo consumidor numa única encomenda e expedidos separadamente, a contagem do prazo mencionado tem início aquando da receção, nos mesmos termos do anteriormente referido, do último bem encomendado. O mesmo se verifica, *mutatis mutandis*, quando o bem adquirido consiste em diversos lotes ou elementos. O raciocínio inverte, porém, quando o contrato se traduz na entrega periódica de bens durante um determinado período, já que, nestas situações, o prazo dos 14 dias contabiliza-se a partir da data em que o consumidor, ou terceiro sob sua ordem, adquire a posse física do primeiro bem. Ainda neste campo de estudo, cumpre referir que o prazo dos 14 dias se contabilizada da data da celebração do contrato quando se tratar de um contrato de fornecimento de água, gás ou eletricidade, abrangido pela diretiva, de aquecimento urbano e de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

Durante o chamado prazo de retratação as partes devem cumprir as respectivas obrigações contratuais. O contrato não fica, portanto, suspenso durante os preditos 14 dias (que, dependendo dos casos, podem ser muito mais) cabendo, aos respectivos intervenientes, o respeito pelas obrigações

assumidas. Sublinhe-se que, também aqui, a regra é a da harmonização total, impedindo-se, pois, aos Estados-membros a consagração de quaisquer proibições a este respeito. No entanto, há que isolar parcialmente, deste acervo proibitivo, os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial em relação aos quais podem os Estados-membros “manter a legislação nacional em vigor que proíba o profissional de exigir o pagamento ao consumidor durante um determinado período após a celebração do contrato”.

Assume especial interesse a pena aplicada ao profissional que não obedeça devidamente aos comandos da alínea h) do n. 1 do artigo 6º que, recorde-se, o obriga a informar ao consumidor a existência de um direito de retratação, as condições em que o poderá exercer, o prazo para o respectivo exercício e, bem assim, o modelo de formulário apresentado pela diretiva. A sanção prevista que, de seguida, indicaremos, é bem expressiva da importância que o direito de informação sobre a possibilidade de o consumidor se retratar assume nestes contratos. Com efeito, sempre que tal informação não é devidamente veiculada, o prazo para o exercício do direito de retratação transfigura-se expirando, apenas, volvidos 12 meses da data em que terminariam os 14 dias inicialmente previstos. Pode, no entanto, o profissional informar o consumidor da existência do direito de retratação e respectivas condições antes de decorridos os 12 meses, pese embora não o tenha informado no momento inicialmente previsto. Neste caso, o profissional que cumpriu, ainda que tardiamente, o dever de informação fica sujeito, apenas, a que o consumidor se retrate durante os 14 dias seguintes, podendo evitar assim o prazo maior dos 12 meses.

Para o exercício do direito de retratação, prevê o legislador comunitário que o consumidor faça uso do modelo de retratação que inclui, em anexo, na diretiva. A inclusão, na diretiva, de um modelo de retratação cuja existência tem, como se mencionou, de ser devida e oportunamente dada a conhecer ao consumidor representa, em nosso juízo, um ganho evidente ao permitir que o consumidor exerça o seu direito de forma simples e tecnicamente correta. Trata-se de um formulário sujeito à harmonização total, que, por isso, não permite aos Estados-membros a exigência de quaisquer requisitos formais adicionais para garantir a sua validade. Não se trata, porém, de um meio obrigatório, ficando o consumidor livre para exercer o direito de retratação lançando mão de outros meios que considere mais pertinentes, desde que neles manifeste a sua vontade de forma clara e inequívoca. O exercício do direito de retratação pode realizar-se por via eletrónica sempre que o profissional assim o entenda devendo, nestas situações, enviar prontamente

ao consumidor o aviso de recebimento do pedido de retratação. Neste ponto, deve o consumidor ter especiais cautelas já que é sobre si que recai o ónus da prova do exercício deste direito.

Uma vez exercido o direito de retratação, extinguem-se as obrigações das partes relativas à execução do contrato. Todavia, nascem, nesse momento, para as partes outras obrigações, diferentes das anteriores, naturalmente, que visam repor as partes perto da situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado. Assim, para o profissional nasce, desde logo, a obrigação de reembolsar, sem demora justificada e, em qualquer caso, no prazo máximo de 14 dias a contar da data da recepção do pedido de retratação, todos os pagamentos recebidos por conta do contrato. Para o efeito, o profissional deve utilizar, para o estorno, o mesmo meio que foi utilizado pelo consumidor para efetuar o pagamento, salvo acordo expresso em contrário.

Por sua vez, cabe ao consumidor, em caso de retratação, a obrigação de devolver os bens ou de os entregar ao profissional, sem demora justificada e dentro dos 14 dias seguintes ao do exercício do direito de retratação. Os custos referentes à devolução dos bens recaem sobre o consumidor, salvo nas situações em que este se compromete a arcar com tais despesas. Compete ainda ao profissional recolher ou mandar recolher, a expensas suas, os bens que foram entregues ao domicílio, na sequência da celebração de um contrato fora de estabelecimento comercial, e que, pela sua natureza, não podem ser devolvidos por correio.

O consumidor pagará, igualmente, ao profissional o montante proporcional correspondente ao serviço fornecido até ao momento em que exerceu o direito de retratação quando, nos termos do número 3 do artigo 7º ou do número 8 do artigo 8º, solicitou expressamente ao profissional que a prestação de serviços ou o fornecimento de gás, água ou eletricidade, tivesse início durante o prazo de retratação. Se, pelo contrário, não apresentou este pedido (o do início do serviço durante o período de retratação) de forma expressa, nada pagará ao profissional, tal como sucederá nas situações em que o profissional não fornece ao consumidor as informações referentes ao exercício do direito de retratação, mencionadas nas alíneas h) e j) do artigo 6º.

Estando em causa contratos que importem o fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material, o consumidor nada pagará ao

Para o exercício do direito de retratação, prevê o legislador comunitário que o consumidor faça uso do modelo de retratação que inclui, em anexo, na diretiva

profissional quando não tiver prestado, de forma expressa, o seu consentimento para o início da execução do contrato em momento anterior ao do decurso dos 14 dias e, nestas situações, ter referido expressamente que tem conhecimento que o seu consentimento implica a perda do direito de retratação. Recorde-se que estes contratos, quando celebrado fora de estabelecimento comercial, obrigam o profissional a fornecer ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel ou noutro suporte duradouro (artigo 7º, n. 2) e, quando celebrados à distância, o mesmo sucede estando apenas referida a necessidade de o profissional fornecer esta confirmação num suporte duradouro (artigo 8º, n. 7). Não sendo, em qualquer um dos casos, cumpridos os deveres impostos quanto à confirmação do contrato realizado, o consumidor fica livre de quaisquer encargos pela execução do contrato.

O direito de retratação apresenta as exceções previstas no artigo 16º, não podendo, por isso, ser exercido em todos os contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial. O elenco de situações patenteadas nas treze alíneas comportadas pelo artigo 16º abarca aquelas situações em que o exercício do direito de retratação consubstancia, ou poderia consubstanciar, um manifesto abuso de direito, um enriquecimento sem causa ou até, em determinadas situações, a violação de deveres inerentes à proteção da saúde ou de higiene¹².

II. O Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro

Expostos que estão os conteúdos da Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro de 2011, que, a nosso ver, maior relevância apresentam, chega a vez de tecermos algumas considerações sobre a respectiva transposição para o ordenamento jurídico português que, nos termos do artigo 28º, deveria ocorrer até 31 de dezembro de 2013 para posterior entrada em vigor a partir de 13 de junho de 2014.

Sob a égide do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro, foi parcialmente transposta a Diretiva 2011/83/UE¹³. Resulta do histórico supramencionado que o Decreto-Lei ora em análise vem reformular as normas aplicáveis (em vigor até 13 de junho de 2014) aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Desta forma, este Decreto-Lei vem revogar o decreto-lei 143/2001, de 26 de abril, alterado pelo Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, pelo Decreto-Lei 82/2008, de 20 de maio, e pelo Decreto-Lei 317/2009, de 30 de outubro.

Tal como esclarece o preâmbulo do diploma, são aqui mantidas, ainda que ajustadas à terminologia definida pela diretiva, algumas definições e modalidades de venda consagradas nos diplomas que ora se revogam. Ainda assim, é notório o aumento do número de definições agora presente na lei. De fato, no diploma que ora se vê revogado, o elenco de definições, sob o artigo epígrafado “definições” satisfazia-se em quatro alíneas (a que poderemos acrescentar outras, dispersas pelo diploma, como as duas localizadas nas alíneas a) e b) do n. 3 do artigo 1º, que definem, respectivamente, “consumidor e “fornecedor”) em contraposição às atuais treze. O Decreto-Lei 24/2014 opta por não substituir a expressão “fornecedor de bens” pela expressão “profissional”, consagrada na diretiva; no entanto, ajusta o conceito de “fornecedor” às exigências comunitárias passando, agora, a expressar que “fornecedor de bens ou prestador de serviços” abarca “a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta”. Adita a definição de “estabelecimento comercial” que, nos precisos termos da diretiva, qualifica, para efeitos de aplicação do diploma, como consubstanciando quaisquer instalações, móveis ou imóveis, de venda a retalho onde a atividade profissional do fornecedor de bens ou do prestador de serviços seja exercida de forma permanente (nas instalações imóveis) ou habitual (nas instalações móveis).

A definição de “suporte duradouro” apresenta, outrossim, alterações face à redação anterior não tanto quanto à essência do conceito, mas porque agora apresenta exemplos do que se entende por “suporte duradouro” na tentativa de, assim, dissipar as dúvidas que a este respeito se vinham amontoando. Diz-se agora que “suporte duradouro” consiste em “qualquer instrumento, designadamente o papel, a chave Universal Serial Bus (USB), o Compact Disc Read-Only Memory (CD-ROM), o Digital Versatile Disc (DVD), os cartões de memória ou o disco rígido do computador, que permita ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respectiva reprodução inalterada”.

De entre as demais, optámos ainda por fazer referência expressa à definição, agora devidamente ordenada no diploma, de “contrato celebrado fora do estabelecimento comercial”. O legislador nacional, no rumo do legislador comunitário, estabelece que serão qualificados por contratos celebrados fora do estabelecimento comercial todos aqueles que forem celebrados “na

presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, incluindo os contratos: i) Celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços; ii) Celebrados no domicílio do consumidor; iii) Celebrados no local de trabalho do consumidor; iv) Celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário; v) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respectivo estabelecimento comercial; vi) Celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário”.

Em termos gerais e da leitura do antedito preâmbulo, o novo diploma, face ao normativo que tomba a 12 de junho de 2014 com a entrada em vigor no dia seguinte das novas regras, amplia o conjunto de informações a disponibilizar ao consumidor em sede pré-contratual e reforça os requisitos formais da entrega de tais informações¹⁴. Reforçam-se, por exemplo, as exigências de informação quanto à identidade do profissional que agora, para além, de exigir o nome ou firma exige igualmente o endereço físico onde se encontra estabelecido e a identificação de eventuais meios de comunicação, de que o profissional disponha, que permitam o estabelecimento de contato de forma célere, como sejam, o telefone, a telecópia e o endereço eletrónico.

Esmiúçam-se, entre outras, as regras da informação relativa à determinação do preço total do bem ou serviços (incluindo taxas e outras despesas) e, bem assim, às modalidades de pagamento, às de entrega (ou de execução do serviço) e ao “sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo fornecedor ou prestador de serviços”. Ainda no plano da informação pré-contratual, não poderá o profissional olvidar-se de informar devidamente o consumidor sobre, nos casos aplicáveis, a inexistência de direito de retratação, ou de livre resolução; sobre, quando aplicável, a existência de depósitos ou outras garantias financeiras e respectivas condições a pagar ou a prestar

pelo consumidor; sobre, sempre que seja esse o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas inerentes à proteção técnica; o alerta para o consumidor que solicita expressamente o início da prestação de serviços durante o período de livre resolução de que, na eventualidade de pretender exercer o direito de livre resolução (que se mantém), ficará onerado com o pagamento proporcional do serviço prestado. Além de muitas outras informações, são estas aquelas que assumem, em nosso entendimento, maior relevância.

Importa, no entanto, referir que, o legislador comunitário foi, de fato, bastante cuidadoso com as informações a prestar ao consumidor aquando da realização destes contratos. Estas informações são, verdadeiramente, essências, quer porque permitem formar a vontade do consumidor de forma consciente e esclarecida, como já tivemos oportunidade de mencionar, quer porque lhes subjaz o intuito de evitar *ex ante* a proliferação de conflitos *a posteriori* que se traduzirá em inúmeras vantagens financeiras e temporais. O cumprimento destas exigências é a raiz da árvore da confiança nestes contratos.

Quanto aos requisitos formais nos contratos celebrados à distância merece especial destaque o referido no n. 4 do artigo 5º do novo diploma, que desperta para a necessidade de se identificar, de forma facilmente legível, apenas com a expressão, “encomenda com obrigação de pagar”, ou com outra expressão equivalente e igualmente inequívoca que alerte o consumidor da necessidade de pagar a encomenda, sempre que a respectiva conclusão dependa da ativação de um botão ou de uma função semelhante, sob pena de o consumidor não ficar vinculado a este contrato. Alerta-se igualmente para os dizeres dos números 6 e 7 do mesmo artigo 5º, que dispõem respectivamente que, “em caso de comunicação por via telefónica, a identidade do fornecedor do bem ou prestador de serviços ou do profissional que atue em seu nome ou por sua conta e o objetivo comercial da chamada devem ser explicitamente comunicados no início de qualquer contacto com o consumidor” e que “quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços”.

Saliente-se que, de acordo com o artigo 7º, os sítios da internet dedicados ao comércio eletrónico têm obrigatoriamente, sob pena inclusivamente de constituição de contraordenação prevista e punida nos termos do artigo 30º, de indicar, de forma clara e legível, e mais “tardar no início do processo de encomenda, da eventual existência de restrições geográficas ou outras à entrega e aos meios de pagamento aceites”.

Para finalizar esta breve incursão pelo novo diploma, resta-nos tecer algumas considerações sobre o direito de retratação, denominado de direito de livre resolução, na esteira da definição anteriormente utilizada. A este propósito, como ficou já previamente assinalado, o prazo para o exercício deste direito estabilizou-se, ao nível da UE, nos 14 dias, o que não acarreta, para o nosso ordenamento jurídico, qualquer aumento dos direitos dos consumidores, pois, era justamente este o prazo, mínimo, previsto no artigo 6º do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril. A inovação que se verificou, neste espaço, foi a referente à criação de um formulário destinado precisamente a facilitar o exercício deste direito de retratação ou de livre resolução, nas palavras do legislador nacional. Especifica-se, a propósito da prestação de serviços, que o início da prestação dentro do período de retratação carece de um pedido expresso nesse sentido, por parte do consumidor, efetuado em suporte duradouro, nos termos do artigo 15º do novo diploma. Nestas situações, é ainda admissível o exercício do direito de retratação que implicará, no entanto, o pagamento, ao prestador do serviço, “de um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato” (artigo 15º, n. 2, do Decreto-Lei 24/2014).

Carreando para este ponto o já referido a propósito da diretiva, diga-se, em suma, que o direito de livre resolução¹⁵, como o legislador nacional o apelida, pode ser exercido no prazo de 14 dias a contar da data em que o consumidor, ou um terceiro a seu mando, adquire a posse física do bem, ou da celebração do contrato de prestação de serviços, sendo o caso. Sempre que o profissional não informe o consumidor da existência do direito de retratação verifica-se a metamorfose do prazo de 14 dias num outro de 12 meses. Tal como já salientámos, a forma de exercício deste direito foi sobejamente simplificada à custa da existência de um formulário próprio para o efeito que deverá ser entregue ao consumidor na fase pré-contratual. Admite-se ainda que a resolução do contrato, ou melhor, a retratação ou arrependimento do consumidor, produza efeitos se chegar à esfera jurídica do profissional por outra via, como seja, a via da carta, registada ou não, a via telefónica ou qualquer outra que se traduza num meio suscetível de prova. Atente-se que é precisamente, a nosso ver, a prova que consubstancia o busílis desta questão. De fato, o ónus da prova recai sobre o consumidor e, por isso, a via mais fácil nem sempre será a mais segura. Aqui, estamos em crer, valerá a pena ao consumidor revestir-se de cautelas adicionais para que consiga provar efetivamente que exerceu o direito em causa e que o fez dentro

do prazo estipulado. Apenas desta forma o consumidor poderá demandar do profissional os efeitos decorrentes do exercício deste direito.

Entre os efeitos sobreditos consta, naturalmente, o da devolução do preço pago, que deverá ocorrer no prazo de 14 dias a contar da data em que o profissional é informado da decisão do consumidor de não continuar o contrato. Por sua vez, caberá ao consumidor devolver o bem, tendo, para tanto, 14 dias a contar da data em que comunicou a sua decisão ao profissional. Sobre a devolução e sobre as despesas a custear chamamos à colação o que, a este propósito, dissemos constar da diretiva, visto que é precisamente esse o regime adotado.

Recorde-se ainda que a prestação de serviços durante o período de retratação, ou de livre resolução, obedece ao regime especificamente descrito no artigo 15º, que poderá, verificadas as condições, implicar, para o consumidor, o pagamento de um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até à data da comunicação da decisão do consumidor.

Também como já tivemos oportunidade de mencionar aquando da análise do regime decorrente da diretiva, o direito de retratação não está disponível ao consumidor em todos os tipos de contratos. Na verdade, o legislador entendeu, bem, que determinados contratos não poderiam ser retratados, atendendo às características próprias que revestem, sob pena de se perverter a razão de ser deste direito. Com efeito, o direito de retratação visa apenas proteger o consumidor de decisões imponderadas, face às circunstâncias em que são tomadas; não visa, porém, atribuir ao consumidor um expediente para deliberadamente prejudicar o profissional ou enriquecer à sua custa. É por isto que não choca que o direito de retratação não esteja previsto para os contratos descritos no artigo 17º do novo diploma, que segue, aliás, a linha do diploma anterior, ainda que, agora, de forma mais extensa.

Termine-se referindo que a fiscalização pelo bom cumprimento do disposto no Decreto-Lei 24/2014 compete à ASAE, nos termos do artigo 30º, e que constituem contraordenações as infrações descritas no artigo 31º¹⁶.

Feitas as contas, o novo diploma transpõe devidamente para o direito nacional os comandos na União Europeia. Não representa, esta transposição, ganhos substanciais relativamente ao regime que estava instituindo atendendo

Uma vez exercido o direito de retratação, extinguem-se as obrigações das partes relativas à execução do contrato

ao fato de ele ser altamente protetor do consumidor. Porém, sempre se dirá, em abono da diretiva, que o novo regime acarreta um aperfeiçoamento conceptual, uma melhoria nas informações a prestar ao consumidor, em quantidade e em qualidade, e, bem assim, no exercício do direito de retratação. Não podemos, no entanto, entender que a nova diretiva veio provocar, nos ordenamentos jurídicos nacionais e na política transnacional, a revolução anunciada no direito do consumo. Ficou-se, na verdade, um pouco aquém das expectativas que se geraram a este propósito. Ainda assim, como se mencionou, as questões de maior melindre receberam mais atenção, maior regulação e, sobretudo, maior uniformização. Dito isto, o saldo é, ainda que frugalmente, positivo.

Notas

¹ Vejam-se, a este propósito, os dizeres do artigo 129^a-A, do Tratado de Maastricht, posteriormente reproduzidos no artigo 153^o, do Tratado de Amesterdão, “1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização parta a defesa dos seus interesses. 2. As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e acções da comunidade.”

² Sobre a Diretiva 2011/83/EU veja-se o interessante escrito de Jorge Pegado Liz, membro do Comité Económico e Social Europeu, que aqui seguimos de perto: “A nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 2, junho 2012, 185-226.

³ Cfr. LIZ, Jorge Pegado, “A nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 2, junho 2012, páginas 185-226, aqui páginas 196 e 197.

⁴ JÉRÔME HUET refere-se a esta proposta de harmonização total como “o escândalo da harmonização total”. Cfr. HUET, Jérôme, “Le scandale de l’harmonisation totale”, *Revue des contrats*, 2011/2013, n. 3, julho 2013, disponível: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/189_fr.pdf (última consulta a 25 de março de 2014). De fato, a possibilidade de harmonização total, desde cedo, despertou dúvidas. Veja-se a crítica apresentada por Jan Smits a propósito da proposta da Diretiva de impor a harmonização máxima, em SMITS, Jan, “Full harmonisation of Consumer Law? A critique of the draft directive on Consumer rights”, *European Review of Private Law*, volume 18, Issue, Walter de Gruyter, 2010, páginas 5 a 15. Vejam-se, igualmente, as posições de MARTA CARBALLO FIDALGO, ALESSANDRO PALMIERI e de GILLES PAISANT em, respetivamente, CARBALLO FIDALGO, Marta, “Las clausulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret – Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, Barcelona, janeiro 2010, páginas 1-28 (Disponível: http://www.indret.com/pdf/698_es.pdf); Palmieri, Alessandro, “Trasposizione della direttiva sulle clausole abusive e “statutory format”: una strada obbligata per la tutela del consumatore europeo?”, *Il Foro Italiano*, n.º 5-2002, Parte IV, páginas 233 a 241; PAISANT, Gilles, “Proposition de directive relative

aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?”, *La Semaine Juridique*, Édition Générale, n. 9, 25 de fevereiro de 2009, I 118, páginas 11 a 16.

⁵ Às alterações à proposta inicial também se fizeram sentir críticas. Veja-se, neste sentido a crítica avançada por CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, para quem pouco restou da ambição inicial de revolucionar o direito do consumo na União Europeia. Cfr. TWIGG-FLESNER, Christian, “La directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea”, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, sob direção de Sergio Cámara Lapuente e coordenação de Esther Arroyo Amayuelas, Navarra, Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2012, páginas 81 a 106.

⁶ A Diretiva 2011/83/UE não revoga, pois, como inicialmente se teria pensado, nem a Diretiva 1993/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, nem pela Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Todavia, a Diretiva 2011/83/UE altera as sobreditas diretivas inserindo, inclusivamente, em cada uma, o artigo 8.º A, nos termos dos artigos 32º e 33º.

⁷ De salientar aqui, em pleno acordo com Maria Raquel Guimarães, que a Comissão Europeia faz uma leitura dos dados dos Eurobarómetros (em particular dos 320 e 321) pouco consensual: “com base nestes dados, as instituições europeias – tal como i inquérito em que se baseiam – concluem não que a dificuldade em conhecer o direito dos contratos estrangeiro não tem qualquer impacto ou tem um impacto mínimo para 71% dos empresários, como igualmente acontece com a necessidade de se adaptar e cumprir com diferentes regras de protecção dos consumidores (para 72% dos inquiridos) e de obter apoio jurídico relativo ao direito estrangeiro (para 74% dos empresários), mas antes que as dificuldades relacionadas com a diversidade de regimes jurídicos no domínio dos contratos é uma das principais barreiras ao comércio intracomunitário. Não obstante, 66% dos empresários portugueses considera o direito dos contratos uma barreira pequena ou sem importância nas compras e vendas para os outros países da UE, tal como o consideram 60% dos empresários alemães, 66% do Reino Unido e 78% dos espanhóis”, GUIMARÃES, Maria Raquel, “A compra e venda ‘transnacional’ de bens de consumo. Algumas reflexões sobre as iminentes novidades legislativas”, *RED – Revista Electrónica de Direito*, junho 2013, n. 1, páginas 1 a 19, disponível:

⁸ Também assume, naturalmente, esta importância a noção de “contrato à distância”. Porém, aqui a diretiva não inovou mantendo a noção, para este contrato, de “qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços organizados 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”.

⁹ Iuliana Raluca Stroie critica ainda este artigo porquanto o mesmo não menciona “el deber del comerciante de informar sobre ‘la existencia, cuando proceda, de un derecho de desistimiento’ y quizás lo más importante, eliminando la obligación de información a los intermediarios, que incluía la Propuesta de 2008”. Cfr. RALUCA STROIE, Iuliana, «La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el diario oficial de la unión europea», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1/2012, disponível in <http://www.revista.uclm.es/> (última consulta a 26 de março de 2014).

¹⁰ As informações supramencionadas são igualmente aplicáveis aos contratos de fornecimento de água, gás ou electricidade, “caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, e ao aquecimento urbano ou aos conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material” (n. 2 do artigo 6º). Atente-se no n. 4 do artigo 6º que esclarece que as “informações a que se refere o n. 1, alíneas h), i) e j), podem ser prestadas mediante o modelo de instruções de retractação apresentado no anexo I, Parte A. Considera-se que o profissional cumpriu os requisitos de informação estabelecidos no n. 1, alíneas h), i) e j), se tiver entregue essas instruções ao consumidor correctamente preenchidas”.

¹¹ O artigo 9º refere que “1. Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-Membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo fato de serem celebrados por meios electrónicos. 2. Os Estados-Membros podem determinar que o n. 1 não se aplica a todos ou a alguns contratos que se inserem numa das categorias seguintes: a) Contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com excepção de direitos de arrendamento; b) Contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos; c) Contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua actividade comercial, empresarial ou profissional; d) Contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório. 3. Os Estados-Membros indicarão à Comissão as categorias a que se refere o n. 2 às quais não aplicam o disposto no n. 1. De cinco em cinco anos, os Estados-Membros apresentarão à Comissão um relatório sobre a aplicação do n. 2, em que exporão as razões pelas quais consideram necessário manter à categoria contemplada na alínea b) do n. 2 a que não aplicam o disposto no n. 1”. Por sua vez, o artigo 11º, dirigido à ordem de encomenda, menciona que “1. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que, nos casos em que o destinatário de um serviço efectue a sua encomenda exclusivamente por meios electrónicos, se apliquem os seguintes princípios: – o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios electrónicos; – considera-se que a encomenda e o aviso de recepção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes. 2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda. 3. O n. 1, primeiro travessão, e o n. 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente”.

¹² Vejam-se, exaustivamente e nos termos literais, as situações que não admitem o exercício do direito de retratação: “Os Estados-membros não conferem o direito de retractação previsto nos artigos 9º a 15º relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial no tocante: a) Aos contratos de prestação de serviços, depois de os serviços terem sido integralmente prestados caso a execução já tenha sido iniciada com o prévio consentimento expresso dos consumidores, e com o reconhecimento de que os consumidores perdem o direito de retractação quando o contrato tiver sido plenamente executado pelo profissional; b) Ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro que o profissional não possa controlar e que possam ocorrer durante o prazo de retractação; c) Ao fornecimento de bens realizados segundo as especificações do consumidor ou claramente

personalizados; d) Ao fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo; e) Ao fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução por motivos de protecção da saúde ou de higiene quando abertos após a entrega; f) Ao fornecimento de bens que, após a entrega e pela sua natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos; g) Ao fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de compra e venda, cuja entrega apenas possa ser feita após um período de 30 dias, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional; h) Aos contratos para os quais o consumidor tenha solicitado especificamente ao profissional que se desloque ao seu domicílio para efectuar reparações ou operações de manutenção. Se, por ocasião dessa deslocação, o profissional fornecer serviços para além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efectuar a manutenção ou reparação, o direito de retractação deve aplicar-se a esses serviços ou bens adicionais; i) Ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega; j) Ao fornecimento de um jornal, periódico ou revista, com excepção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações; k) Aos contratos celebrados em hasta pública; l) Ao fornecimento de alojamento, para fins não residenciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com actividades de lazer se o contrato prever uma data ou período de execução específicos; m) Ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retractação”.

¹³ Sobre a transposição das restantes normas vejam-se os trabalhos preparatórios e a proposta de Lei 201/XII que procede à quarta alteração à Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, transpondo parcialmente a Diretiva 2011/83/UE do parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38181>. Desta proposta de Lei, de forma muito sumária, destaca-se que a entrega do bem ou a execução do serviço a prestar deve ocorrer com a maior brevidade possível sem demora justificada e, em todo o caso, no prazo máximo de 30 dias a contar da data da celebração do contrato, salvo quando se convencionou expressamente data para a entrega do bem. Destaca-se, ainda, em sede de custos que, verificando-se a existência de pagamentos adicionais estes devem ser expressamente consentidos pelo consumidor em momento anterior ao da vinculação ao contrato. Outra medida a destacar relaciona-se com a possibilidade de o profissional disponibilizar uma linha telefónica para ser contactado relativamente ao contrato em causa, situação em que o consumidor que desta linha faça uso não poderá sujeito a um pagamento superior ao da tarifa base.

¹⁴ A este propósito mandava, sobretudo, o artigo 4º, do Decreto-Lei 143/2001, ao referir que “1 – O consumidor deve dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato celebrado a distância, das seguintes informações: a) Identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, o respectivo endereço; b) Características essenciais do bem ou do serviço; c) Preço do bem ou do serviço, incluindo taxas e impostos; d) Despesas de entrega, caso existam; e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução; f) Existência do direito de resolução do contrato, excepto nos casos referidos no artigo 7º; g) Custo de utilização da técnica de comunicação a distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base; h) Prazo de validade da oferta ou proposta contratual; i) Duração mínima do contrato, sempre que necessário, em caso de contratos de fornecimento de bens

ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica. 2 – As informações referidas no n. 1, cujo objectivo comercial tem sempre de ser inequivocamente explicitado, devem ser fornecidas de forma clara e compreensível por qualquer meio adaptado à técnica de comunicação a distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa fé, da lealdade nas transacções comerciais e da protecção das pessoas com incapacidade de exercício dos seus direitos, especialmente os menores. 3 – Caso a comunicação seja operada por via telefónica, a identidade do fornecedor e o objectivo comercial da chamada devem ser explicitamente definidos no início de qualquer contacto com o consumidor”. O novo diploma vem referir, no artigo 4º, sob a epígrafe informação pré-contratual nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial, que: “Antes de o consumidor se vincular a um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, ou por uma proposta correspondente, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, as seguintes informações:

a) Identidade do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, incluindo o nome, a firma ou denominação social, o endereço físico onde se encontra estabelecido, o número de telefone e de telecópia e o endereço eletrónico, caso existam, de modo a permitir ao consumidor contactá-lo e comunicar com aquele de forma rápida e eficaz; b) Quando aplicável, o endereço físico e identidade do profissional que atue por conta ou em nome do fornecedor de bens ou prestador de serviços; c) Características essenciais do bem ou serviço, na medida adequada ao suporte utilizado e ao bem ou serviço objeto do contrato; d) Preço total do bem ou serviço, incluindo taxas e impostos, encargos suplementares de transporte, despesas postais ou de entrega ou quaisquer outros encargos que no caso caibam; e) O modo de cálculo do preço, incluindo tudo o que se refira a quaisquer encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando a natureza do bem ou serviço não permita o cálculo em momento anterior à celebração do contrato; f) A indicação de que podem ser devidos encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando tais encargos não possam ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato; g) O preço total, que deve incluir os custos totais, por período de faturação, no caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura de periodicidade; h) O preço total equivalente à totalidade dos encargos mensais ou de outra periodicidade, no caso de um contrato com uma tarifa fixa, devendo ser comunicado o modo de cálculo do preço quando for impossível o seu cálculo em momento anterior à celebração do contrato; i) Modalidades de pagamento, de entrega, de execução, a data-limite em que o profissional se compromete a entregar o bem ou a prestar o serviço, e, se for o caso, o sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços; j) Quando seja o caso, a existência do direito de livre resolução do contrato, o respetivo prazo e o procedimento para o exercício do direito, nos termos dos artigos 10º e 11º com entrega do formulário de livre resolução constante da parte B do anexo ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante; l) Quando seja o caso, a indicação de que o consumidor suporta os custos da devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução e o montante desses custos, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio normal; m) A obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço já prestado, sempre que o consumidor exerça o direito de livre resolução depois de ter apresentado o pedido a que se refere o artigo 15º; n) Quando não haja direito de livre resolução, nos termos do artigo 17º, a indicação de que o consumidor não beneficia desse direito ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de livre resolução; o) Custo de utilização da técnica de comunicação à distância, quando calculado em referência a uma tarifa que não seja a tarifa base; p) A duração

do contrato, quando não seja indefinida ou instantânea, ou, em caso de contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica ou de renovação automática, os requisitos da denúncia, incluindo, quando for o caso, o regime de contrapartidas estabelecidas para a cessação antecipada dos contratos sujeitos a períodos contratuais mínimos; q) A existência e o prazo da garantia de conformidade dos bens, quando seja aplicável o regime jurídico da venda de bens de consumo constante do Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio; r) A existência e condições de assistência pós-venda, de serviços pós-venda e de garantias comerciais quando for o caso; s) A existência de códigos de conduta relevantes, quando os haja, e o modo de obter as respetivas cópias; t) A duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato, quando for o caso; u) A existência de depósitos ou outras garantias financeiras e respetivas condições, a pagar ou prestar pelo consumidor a pedido do profissional, quando as houver; v) Sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica; x) Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, quando for o caso; z) A possibilidade de acesso a um mecanismo extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja vinculado e o modo de acesso a esse mesmo mecanismo, quando for o caso. 2 – As informações determinadas nas alíneas j), l) e m) do número anterior podem ser prestadas mediante o modelo de informação sobre o direito de livre resolução constante da parte A do anexo ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, considerando-se que o fornecedor de bens ou prestador de serviços cumpriu o dever de informação quanto a esses elementos, se tiver entregue essas instruções ao consumidor corretamente preenchidas. 3 – As informações a que se refere o n. 1 integram o contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, não podendo o respetivo conteúdo ser alterado, salvo acordo expresso das partes em contrário anterior à celebração do contrato. 4 – Em caso de incumprimento do dever de informação quanto aos encargos suplementares ou outros custos referidos nas alíneas d), e), f), g) e h) ou quanto aos custos de devolução dos bens referidos na alínea l), ambas do n. 1, o consumidor fica desobrigado desses custos ou encargos. 5 – As informações a que se refere o n. 1 são, no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, fornecidas em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro. 6 – No caso de leilões, as informações previstas nas alíneas a) e b) do n. 1 podem ser substituídas pelos elementos equivalentes relativos ao leiloeiro. 7 – Incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços a prova do cumprimento dos deveres de informação estabelecidos no presente artigo”.

¹⁵ Sobre a melhor terminologia a utilizar nesta sede, veja-se, 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*, Volume I, n. 1, março de 2011, página 63.

¹⁶ Nos termos do artigo 30º “1 – Constituem contraordenações, quando cometidas por pessoa singular: a) As infrações ao disposto no artigo 7º, no artigo 8º, no n. 2 do artigo 12º, no n. 1 do artigo 19º, no artigo 20º, e no artigo 23º, sendo puníveis com coima entre 250,00 EUR e 1 000,00 EUR; b) As infrações ao disposto no artigo 4º, nos n.os 1 a 6 do artigo 5º, no artigo 6º, no artigo 9º, no artigo 10º, no n. 4 do artigo 11º, nos n.os 1, 4, 5 e 6 do artigo 12º, o artigo 21º, no artigo 26º, sendo puníveis com coima entre 400,00 EUR e 2 000,00 EUR; c) As infrações ao disposto nos n.os 2 e 3 do artigo 19º, no n. 1 do artigo 27º, e no n. 1 do artigo 28º, sendo puníveis com coima entre 500,00 EUR e 3 700,00 EUR. 2 – Constituem contraordenações, quando cometidas por pessoa coletiva: a) As infrações ao disposto no artigo 7º, no artigo 8º, no n. 2 do artigo 12º, no n. 1 do artigo 19º, no artigo 20º, e no artigo 23º, sendo puníveis com coima entre 1 500,00 EUR e 8 000,00 EUR; b) As infrações ao disposto no artigo 4º, nos n.os 1 a 6 do artigo 5º, no artigo 6º, no artigo 9º, no

artigo 10º, no n. 4 do artigo 11º, nos nºs 1, 4, 5 e 6 do artigo 12º, no artigo 21º, no artigo 26º, sendo puníveis com coima entre 2 500,00 EUR e 25 000,00 EUR; c) As infrações ao disposto nos nºs 2 e 3 do artigo 19º, no n. 1 do artigo 27º, e no n. 1 do artigo 28º, sendo puníveis com coima entre 3 500,00 EUR e 35 000,00 EUR. 3 – A tentativa e a negligência são puníveis, sendo os limites mínimos e máximos da coima aplicável reduzidos a metade”.

Referências

CARBALLO FIDALGO, Marta, “Las clausulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *Indret – Revista para el análisis del derecho*, n. 1, Barcelona, janeiro 2010, páginas 1 a 28. Disponível: http://www.indret.com/pdf/698_es.pdf.

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*, Volume I, n. 1, março de 2011.

GUIMARÃES, Maria Raquel, “A compra e venda ‘transnacional’ de bens de consumo. Algumas reflexões sobre as iminentes novidades legislativas”, *RED – Revista Electrónica de Direito*, junho 2013, n. 1, páginas 1 a 19, disponível: <http://www.cije.up.pt/revistared>.

HUET, Jérôme, “Le scandale de l’harmonisation totale”, *Revue des contrats*, 2011/2013, n. 3, julho 2013, disponível: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/189_fr.pdf.

LIZ, Jorge Pegado, “A nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n. 2, junho 2012, páginas 185 a 226.

PAISANT, Gilles, “Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?”, *La Semaine Juridique*, Édition Générale, n. 9, 25 de fevereiro de 2009, I 118, páginas 11 a 16.

PALMIERI, Alessandro, “Trasposizione della direttiva sulle clausole abusive e “statutory format”: una strada obbligata per la tutela del consumatore europeo?”, *Il Foro Italiano*, n. 5-2002, Parte IV, páginas 233 a 241.

RALUCA STROIE, Iuliana, «La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el diario oficial de la unión europea», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 1/2012, disponível in <http://www.revista.uclm.es/>

SMITS, Jan, “Full harmonisation of Consumer Law? A critique of the draft directive on Consumer rights”, *European Review of Private Law*, volume 18, Issue, Walter de Gruyter, 2010, páginas 5 a 15.

TWIGG-FLESNER, Christian, “La directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea”, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, sob direção de Sergio Cámara Lapuente e coordenação de Esther Arroyo Amayuelas, Navarra, Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2012, páginas 81 a 106.

PORTUGAL E OS
JULGADOS DE PAZ
ENQUADRAMENTO, ORIGEM E
INFLUÊNCIA
COMPETÊNCIA, CUSTOS E
PROCEDIMENTO
RESULTADOS, PARTICULARIDADES E
POTENCIALIDADES

DULCE NASCIMENTO*

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada de Lisboa
Advogada

EXCERTOS

“Procedendo a uma retrospectiva jurídico-política dos séculos XIX a XX, verifica-se que quanto mais peso existia ao nível de centralismo decisório e institucional, menor foi sendo a relevância do Juiz de Paz, tendo passado a conciliação a fazer parte integrante do sistema judicial como reconhecimento das vantagens dos meios extrajudiciais”

“A autonomização jurídico-constitucional dos Julgados de Paz relativamente aos outros tribunais tem um significado relevante por se traduzir na institucionalização de uma estrutura tendencial e gradativamente nacional de composição alternativa de conflitos”

“Apesar da inexistência de competência criminal e executiva das suas sentenças nos Julgados de Paz, bem como algumas diferenças no processo, procedimento e custas, resulta clara a grande afinidade com o modelo brasileiro dos Juizados Especiais”

“Instalados com base numa parceria público-pública entre Ministério da Justiça e municípios, o financiamento de cada Julgado de Paz é partilhado entre as entidades públicas do poder central e local”

“Os Serviços de Mediação junto dos Julgados de Paz também são competentes para mediar situações que possam ser objeto de mediação, ainda que excluídos da competência destes tribunais, ou seja, independentemente da matéria, valor e território”

*** Outras qualificações da autora**

Investigadora e Especialista em Resolução Cooperativa de litígios. (Mediação/Conciliação/Negociação/Arbitragem).

Enquadramento

Atualmente por todo o mundo encontra-se generalizada a existência de modelos diferenciados de resolução de conflitos. Seja alternativo ou complementar ao Sistema de Justiça Tradicional Retributiva (Judicial), os denominados *ADR – Alternative Dispute Resolution* (Modelos de Resolução Alternativa de Litígios ou *MESCs – Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Controversias*), bem como a Justiça de Proximidade¹ e a Justiça Restaurativa² são conceitos que fazem parte integrante da sociedade moderna, onde a crescente e descontrolada demanda judicial passou a ser um obstáculo à efetividade do direito material nos ordenamentos jurídicos, não tendo sido suficiente a generalidade das reformas processuais realizadas.

Espalhados por diversos países, nos vários continentes, alguns deles foram influenciados na história do próprio país, outros há que são totalmente originais³. De uma forma, ou de outra, a razão de ser do surgimento, ou ressurgimento, deste tipo de mecanismo extrajudicial resulta como resposta às diversas manifestações de interesses e necessidades dos cidadãos, à indispensável manutenção de valores essenciais a uma sociedade saudável, bem como à crescente e descontrolada novidade de conflitos, designadamente fruto do desenvolvimento e utilização das novas tecnologias nas relações pessoais, sociais e comerciais a que urge responder atempadamente.

Entre os princípios necessários para preservar ou resgatar aqueles valores, destacamos a participação ativa e cívica dos interessados, a autonomia da vontade privada, o respeito pelo outro e por si próprio, a autoresponsabilização pelos danos causados, assim como a sua justa reparação, atendendo aos efetivos interesses e necessidades dos intervenientes.

Igualmente, dignidade e segurança em encontrar respostas certas e atempadas para as questões que o caso concreto suscita nas partes intervenientes, com consequências emocionais e materiais, são valores imprescindíveis que se ambicionam alcançar, numa sociedade que se pretende cada vez mais informada, consciente e exigente.

Este tipo diferenciado de estruturas, criadas com o fim de solucionar litígios de baixo valor económico ou social, tem vindo a ter uma aceitação crescente, em particular dentro da União Europeia, como são exemplo disso, para além de Portugal, Inglaterra, Irlanda, Noruega, Bélgica, França, Espanha e Itália. Assim como fora da Europa, existindo modelos desenvolvidos, com resultados reconhecidos, nos EUA, Canadá, Nova Zelândia, Brasil, África do Sul, Japão, Singapura, Hong Kong, entre outros⁴.

Diversos estudos e autores, na sua maioria sociólogos, filósofos e psicólogos, demonstram a importância de ensinar valores e ética nas escolas⁵, interiorizando e clarificando aqueles que são indispensáveis a uma cidadania consciente e responsável. Atendendo às experiências, realizadas ao longo de várias décadas, com modelos diversificados e resultados comprovados, Educação e Justiça podem e devem cumprir, conjuntamente, uma função pedagógica e social de transmissão e ensinamento de valores⁶ essenciais ao exercício de uma cidadania esclarecida, consciente e responsável, que responda localmente às necessidades individuais e sociais.

Origem

Em Portugal, ao longo dos tempos, até à atualidade, a justiça extrajudicial viu as suas competências reconhecidas, restringidas e alargadas inúmeras vezes nas várias reformas efetuadas, chegando mesmo a desaparecer durante alguns períodos de tempo.

Muito se tem escrito sobre a história da instituição Julgado de Paz e o reaparecimento da figura do Juiz de Paz, encontrando-se registos de informação sobre o tema com vários séculos, de grande qualidade e quantidade, recorrendo a fontes de elevado valor⁷.

Sumariamente, há que referir que alguns autores situam o aparecimento inicial dos Juízes de Paz na Idade Média, e outros nas várias Ordenações: Afonsinas (Livro I, Título 25 e Livro III, T. 20, P. 5º); Manuelinas (Livro III, T. 15, P. 1º); e Filipinas (Livro III, T. 20, P. 1º)⁸. Remontando à *Lex Romana Visigothorum* (Código Visigótico – compilação de Leis do Direito Romano: base do código jurídico que se manteve em vigor na Península Ibérica até meados do Séc. XII) promulgada em 506 por Alarico II (Rei Visigodo)⁹, encontramos a referência mais antiga equivalente ao atual Juiz de Paz. Ali, os *Assertores de Pacis* são definidos como magistrados investidos pelo poder régio com a finalidade de fazer paz. Também no *Liber Iudiciorum*, promulgado em 684 pelo Rei Visigodo Recesvinto, fazia-se referência aos *Mandaneros de Paz*, a quem competia conciliar as partes envolvidas, intervindo apenas nas causas pré-determinadas pelo Rei, quando a importância do litígio ou os litigantes envolvidos faziam reear perturbações.

Após a constituição do Reino de Portugal, reconhecida a sua independência e soberania com dinastia própria, no reinado de D. Manuel encontramos a fórmula do que viria a ser o atual Juiz de Paz. Nas Cortes de Elvas (1481-1482),

em resposta ao pedido do povo de que o monarca encontrasse estruturas que incitassem à conciliação, criaram-se órgãos específicos com a missão de praticar e implementar a conciliação, tendo em 1519 os *Avindores* obtido regimento e a função de proceder ao concerto de demandas ou de desavindos, assim como resolver litígios laborais por aquela via.

Mas é na primeira metade do século XIX, após o triunfo do liberalismo, quando Portugal passou a dispor de Constituição escrita, que encontramos a primeira referência expressa à figura do Juiz de Paz. Constitucionalmente, em Portugal, encontramos referências a uma justiça extrajudicial na Constituição de 1822, na Carta Constitucional de 1826, e nas Constituições da República Portuguesa (CRP) de 1838, 1911, 1933 e 1976 (esta com duas revisões de especial relevância neste assunto – 1989 e 1997)¹⁰.

Na Constituição de 1822 o poder judicial pertencia exclusivamente aos juízes (já não às cortes ou ao rei), havendo juízes eletivos (eleitos pelo povo) e juízes letrados (formados em direito). Os primeiros julgavam de fato e os segundos de direito, competindo aos juízes de conciliação, exercitados pelos juízes eletivos, realizar a conciliação¹¹.

A Carta Constitucional de 1826 estabeleceu que o poder judicial era integrado por juízes de direito (Relações e Supremo Tribunal de Justiça), jurados e juízes de paz, sendo estes últimos eleitos¹². Neste momento ganhou peso a conciliação, prescrevendo-se ali que não poderia ser iniciado qualquer processo litigioso sem se ter, previamente, tentado a conciliação perante juízes de paz. No mesmo sentido, manteve a Constituição de 1838, conforme resulta nos termos do disposto no seu artigo 124º¹³.

Com a implantação da República em 1910, a situação alterou-se, passando a verificar-se um menor intervencionismo dos Juízes de Paz. Na vigência da Constituição de 1911, era ao Congresso da República que competia organizar o poder judicial, passando os magistrados judiciais a serem nomeados, mantendo-se a figura do júri¹⁴.

A Constituição da República Portuguesa de 1933¹⁵ marcou o início do Estado Novo, vindo a proceder à organização dos tribunais, que passou a constituir matéria de lei, sendo a função judicial exercida por tribunais ordinários e especiais. Durante este período (Estado Novo), os Juízes de Paz deixaram de existir¹⁶.

Com a Constituição da República Portuguesa de 1976¹⁷, a Assembleia da República passou a ter competência exclusiva para legislar quanto à organização e competência dos tribunais e Ministério Público, bem como sobre o estatuto dos respectivos magistrados (al. j) do artigo 167º)¹⁸, mantendo-se omissa relativamente aos Juízes de Paz.

Para além de consagrar a participação popular na administração da justiça, a CRP de 1976 instituiu a figura da Participação Popular e Consultoria Técnica¹⁹, assim como o reconhecimento da figura do júri (Decreto-Lei 605/75, de 3 de Novembro). Na sua primeira versão não fazia qualquer referência aos Juízes de Paz, prevendo apenas a possibilidade de criação de juízes populares e a possibilidade de se estabelecer outras formas de participação popular na administração da Justiça (n. 1 do artigo 217º CRP).

Os Juízes Sociais²⁰, os Julgados de Paz²¹ e o reaparecimento dos Juízes de Paz foram instituídos em Portugal pela Lei 82/77, de 6 de Dezembro – Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (LOTJ) de 1977, sendo que em relação aos Julgados de Paz apenas foi estabelecida a sua mera possibilidade. Afirmava-se ali a admissibilidade da existência de Juízes de Paz nas freguesias, eleitos pela assembleia ou plenário, com competência especificadamente determinada nos termos do disposto no 76º do citado diploma legal.

Os Julgados de Paz, introduzidos na Orgânica Judiciária, eram considerados tribunais de 1ª instância com competência para, nomeadamente, exercer a conciliação, julgar as transgressões e contravenções às posturas da freguesia, bem como preparar e julgar ações de natureza cível de valor não superior à alçada dos tribunais de comarca, quando envolvessem vizinhos e as partes acordassem em fazê-las seguir no Julgado de Paz.

Posteriormente, chegou a ser apresentado o Decreto-Lei 539/79, de 31 de Dezembro, com vista a regular a organização e funcionamento dos Julgados de Paz, tendo o mesmo em 31 de Dezembro de 1979 sido publicado, regulando a sua organização e funcionamento, bem como definindo os termos do processo dos Julgados de Paz (Diário da República n. 300 – 1ª Série – Decreto-Lei 539/79, de 31 de Dezembro²²). Contudo, em sede de sujeição a ratificação daquele diploma, por Resolução da Assembleia da República 117/80, de 31 de Maio, deliberou recusar a sua ratificação, sendo em consequência adiada a correspondente regulamentação.

Na segunda revisão Constitucional de 1989²³ o texto da Constituição da República Portuguesa passou a referir expressamente que a lei podia institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos (artigo 205º, n. 4, CRP).

Mas apenas na quarta revisão Constitucional, de 1997, tendo por base o disposto no programa de Governo, no sentido de diligenciar pela criação de meios extrajudiciais de resolução de conflitos e adoção de meios tendentes à mediação e transação judicial, para superar o desequilíbrio entre a oferta e a procura dos serviços de justiça, veio a CRP a ser alterada no sentido de

poderem existir, além dos Tribunais Marítimos e Tribunais Arbitrais, os Julgados de Paz²⁴, sendo estes ali consagrados constitucionalmente (artigo 209º, n. 2, CRP) na categoria de tribunais “*lato sensu*” ou extrajudiciais. Nesse momento, iniciou-se o assumido reconhecimento constitucional português da necessidade e relevância da promoção de meios não adversariais na resolução de litígios.

Procedendo a uma retrospectiva jurídico-política dos séculos XIX a XX, verifica-se que quanto mais peso existia ao nível de centralismo decisório e institucional, menor foi sendo a relevância do Juiz de Paz, tendo passado a conciliação a fazer parte integrante do sistema judicial como reconhecimento das vantagens dos meios extrajudiciais.

Num contexto de promoção de novas e diferentes formas de resolução de litígios, assente em modelos agilizados e eficazes de administração da justiça, em estreita colaboração com o poder local (municípios) e numa perspectiva de proximidade entre justiça e cidadãos (dando lugar à utilização do conceito de Justiça de Proximidade), no decorrer da VIII legislatura, na Assembleia da República Portuguesa, foram apresentados dois projetos de lei pelos Deputados do Partido Comunista (82/VIII²⁵ e 83/VIII²⁶).

O Projeto de Lei 82/VIII teve como pretensão a alteração da lei n. 3/99, de 13 de janeiro, que aprovou a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, por forma a consagrar os Julgados de Paz na Organização Judiciária. E o Projeto de Lei 83/VIII teve como pressuposto a existência de processos que, com toda a utilidade, poderiam ser submetidos a uma nova forma de administração da justiça. O objetivo de ambos os projetos era o de implementar uma nova forma de aproximar a Justiça dos cidadãos, mediante a utilização de juizes não judiciais, num processo cujas formalidades fossem reduzidas ao mínimo.

No relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, emitido sobre os referidos projetos de lei, em Junho de 2000, foi ponderado, por um lado, não fazer sentido que os Julgados de Paz não tivessem competência para as ações declarativas previstas no Decreto-Lei 269/98, de 1 de Setembro²⁷, e por outro, ser duvidosa a consideração dos Julgados de Paz serem tribunais de 1ª instância atendendo à proposta de que das suas decisões caberia recurso para os últimos.

Visível e notória
a influência
do regime dos
Juizados Especiais
na organização e
funcionamento dos
Julgados de Paz
em Portugal

Também foi ali apreciada a questão dos Juízos de Pequena Instância Cível e os Julgados de Paz se encontrarem em diverso patamar da organização judiciária portuguesa, mantendo-se sem resposta a circunstância dos Julgados de Paz serem os únicos tribunais cuja competência não constava da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais. Ora, não sendo os Julgados de Paz tribunais de competência genérica, nem juízos de competência especializada ou específica, não se sabia que tribunais seriam no que concerne à sua competência interna em razão da matéria, do valor e da forma de processo, havendo toda a vantagem na discussão da qualificação dos Julgados de Paz como tribunais de competência específica ou órgãos fora da jurisdição.

Durante a discussão na generalidade, do segundo dos referidos projetos de lei, acentuou-se a posição de não classificar os Julgados de Paz como tribunais de competência específica, tendo sido deixado ao Poder Executivo a opção de decidir onde devia substituir os últimos pelos primeiros e o processo correspondente às questões da sua competência dever ser simplificado e desburocratizado. No entanto, esta questão não ficou totalmente clara dando origem a dúvidas sobre a exclusividade dos Julgados de Paz, originando diferentes decisões jurisprudenciais.

O (re)aparecimento dos Juízes de Paz e a regulamentação da organização, funcionamento e competência dos atuais Julgados de Paz em Portugal foram formalizados no século XXI, através de Lei 78/200, de 13 de Julho (LJP), aprovada por unanimidade na Assembleia da República²⁸, antecipando-se à Recomendação 2002/12 do Conselho Económico e Social da Organização das Nações Unidas²⁹.

Os professores doutores Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que a autonomização jurídico-constitucional dos Julgados de Paz relativamente aos outros tribunais tem um significado relevante por se traduzir na institucionalização de uma estrutura tendencial e gradativamente nacional de composição alternativa de conflitos. Referem estes autores que o respectivo regime jurídico-constitucional e jurídico-legal carece de algumas afinações, nomeadamente a definição da sua natureza estatal, sobre se são tribunais estaduais e órgãos de soberania. De igual importância impõe-se clarificar o recorte do estatuto jurídico-funcional dos Juízes de Paz por forma a salvaguardar a sua independência e estabilidade³⁰.

Durante mais de 10 anos de aplicação da Lei do Julgado de Paz, esteve a sua alteração várias vezes prevista, porquanto algumas das questões apreciadas na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, e mencionadas pela doutrina, foram-se mantendo por esclarecer, como é a

necessária classificação da sua natureza e o estatuto jurídico funcional dos Juízes de Paz. No entanto, circunstâncias políticas nacionais, de alterações de Governo e outras, foram adiando a efetiva apreciação de qualquer proposta ou projeto de alteração legislativa.

Na história recente da evolução dos Julgados de Paz em Portugal, importa referir o Programa do XIX Governo Constitucional português, o qual assumiu como adequado, decorrida quase uma década desde a criação dos Julgados de Paz, fazer uma avaliação detalhada da sua prática, e introduzir os ajustamentos necessários à célere resolução da pequena conflitualidade. Em consequência, após previsão no ponto 7.7 do Memorando de Maio de 2011 da *Troika*³¹ a que o Estado Português se vinculou, no âmbito da concessão de auxílio financeiro internacional, subordinado ao tema *Resolução alternativa extrajudicial de litígios*, estabeleceu-se o compromisso de otimizar e aperfeiçoar os Julgados de Paz para aumentar a sua capacidade de lidar com pequenas causas, vindo a ser aprovada a primeira alteração à LJP através do diploma Lei 54/2013, de 31 de julho.

De acordo com vários autores, dos quais destacamos Lúcia Vargas³², o imperativo de otimização estabelecido no referido memorando traduzir-se-ia na necessidade de aumentar o número de Julgados de Paz, bem como as suas competências. Mais consideraram, inevitável e imprescindível, aproveitar o momento para clarificar a competência exclusiva em relação aos tribunais judiciais, numa lógica de complementaridade com a via judicial³³, bem como o alargamento a outras matérias relevantes à salvaguarda da independência e estabilidade, tendo na sua maioria tais expectativas ficado frustradas.

Resulta clara uma omissão e desaproveitamento da oportunidade do momento para, em especial, reestruturar o sistema jurisdicional com efetiva complementariedade de diferentes modelos de justiça, bem como proceder ao necessário reconhecimento institucional da relevância e complementariedade destes tribunais, assim como ao reconhecimento dos Juízes de Paz como magistrados não judiciais ou restaurativos.

Influência

Na sua génese, os atuais Julgados de Paz, para além da riqueza histórica nacional portuguesa, foram influenciados por diversos outros modelos instituídos³⁴, que com resultados comprovados se desenvolveram ao longo dos tempos³⁵, como seja os modelos brasileiro, espanhol, francês, alemão e italiano.

Numa análise comparativa, atendendo ao critério de principal e maior similitude, destacamos o modelo brasileiro, em especial os Juizados Especiais, por considerar que foi o que mais influenciou o redesenho da Justiça Extrajudicial em Portugal. Esta clara relação é visível nas semelhanças dos dois institutos.

A maior afinidade entre estes dois institutos reside na circunstância de ambos serem orientados pelos mesmos princípios fundamentais de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, acrescentando em Portugal o princípio da adequação.

Acresce que para além dos dois institutos procurarem, sempre que possível, a conciliação ou transação, também se assemelham relativamente às matérias cíveis para as quais têm competência, assim como alguns dos seus procedimentos e consequências de processo, encontrando-se excluída dos Juizados Especiais e dos Julgados de Paz competência para ações de família, sucessões e laboral.

Vocacionados para responder ao que a máquina estatal denomina de pequenas lides, que muitas vezes representam a vida e economia de uma pessoa ou família, mantém o rigor e imparcialidade do Poder Judicial, aproximando a lei da sociedade, e vice-versa. Termos em que, apesar da inexistência de competência criminal e executiva das suas sentenças nos Julgados de Paz, bem como algumas diferenças no processo, procedimento e custas, resulta clara a grande afinidade com o modelo brasileiro dos Juizados Especiais.

É, pois, visível e notória a influência do regime dos Juizados Especiais na organização e funcionamento dos Julgados de Paz em Portugal, vindo estes a desenvolver especificidades no seu modelo, com procedimentos e exigências de processo diferenciadas, bem como relativamente aos profissionais que ali intervêm (mediador e Juiz de Paz), com características próprias e únicas, tornando-se num modelo sustentável, eficaz e eficiente de Justiça, inovador na Europa e nos restantes continentes.

Competência

Constitucionalmente reconhecidos de forma expressa como tribunais especiais, situados fora do sistema judicial, em Portugal, os Julgados de Paz correspondem a um órgão de soberania (art. 110º, n. 1, CRP), independente (art. 203º, CRP) e competente para administrar a justiça em nome do povo (art. 202º, CRP), proferindo decisões finais obrigatórias (art. 205º, n. 2, CRP) com o mesmo valor jurídico das sentenças proferidas pelo tribunal de 1ª instância (art. 61, LJP).

Nos termos da Lei 78/2001, de 13 de julho, que aprovou a organização e funcionamento dos Julgados de Paz (artigos 3º; 4º; 17º e 20º da LJP com as alterações da Lei 54/2013, de 31 de julho), estabelece-se que estes tribunais são criados por diploma do Governo (ouvidos o Conselho dos Julgados de Paz, o Conselho Superior da Magistratura, a Ordem dos Advogados e a Associação Nacional de Municípios Portugueses), que deverá defenir a sua circunscrição territorial, sendo instalados por Portaria do Ministério da Justiça onde individualmente são definidos os serviços, horários e sede de cada Julgado de Paz a criar.

Instalados com base numa parceria público-pública entre Ministério da Justiça e municípios, o financiamento de cada Julgado de Paz é partilhado entre as entidades públicas do poder central e local.

Com a Lei 54/2013, de 31 de julho, que veio alterar a Lei 78/2001, operou-se uma alteração no financiamento do projeto, passando a prever-se que os montantes obtidos nos Julgados de Paz serão repartidos pelo Ministério da Justiça e municípios, em termos a fixar por portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça, conforme ato constitutivo (art. 5º, n. 5, LJP), passando a prever-se, para além da repartição de custos, a divisão de receitas, desconhecendo-se como será aplicada aos já instituídos.

A sua competência material, para apreciar e decidir, inclui um largo espectro de ações civis, especificadas no artigo 9º da Lei 78/2001, revisto pela Lei 54/2013, onde se inclui, nomeadamente, ações relativas a obrigações (excluindo as que tenham por objeto o cumprimento de obrigações pecuniárias e digam respeito a um contrato de adesão); entrega de coisas móveis; questões de condomínio (exceto se houver compromisso arbitral); litígios entre propriedades confinantes; ações de reivindicação, possessórias, usucapião, acessão e divisão de coisa comum; direito de uso e administração da copropriedade, superfície, usufruto, uso e habitação e direito real de habitação periódica; arrendamento urbano (exceto despejo); responsabilidade civil contratual e extracontratual; incumprimento contratual (exceto trabalho e arrendamento rural); bem como garantia geral das obrigações.

Apesar de não terem competência criminal, podem analisar e decidir pedidos de indenização cível, quando não haja sido apresentada participação criminal ou após desistência da mesma, emergentes de: ofensas corporais simples; ofensa à integridade física por negligência; difamação; injúria; furto simples; alteração de marcos; burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços (artigo 9º, nºs 2 e 3, da LJP), o que confere aos Julgados de Paz uma espécie de reconhecimento da sua importância em matérias de menor potencial ofensivo, possibilitando a reparação dos danos civis sofridos pela vítima.

Estes tribunais não judiciais são uma oportunidade de resolver de forma célere e económica assuntos que, por outra via, demorariam anos, ou nem sequer se submeteriam à apreciação judicial, possibilitando, designadamente, a propositura de diversas ações de direito de consumo, ficando desta forma assegurado o exercício da proteção jurídica, permitindo a tutela efetiva dos direitos e interesses, por via de uma justiça extrajudicial, acessível e próxima dos cidadãos, tendo a sua decisão final valor de sentença judicial.

No que diz respeito à circunscrição territorial dos Julgados de Paz, esta é fixada de acordo com a delimitação concelhia ou de agrupamento de concelhos, não coincidindo com a delimitação do mapa judicial por comarcas. Os fatores que determinam a competência territorial destes tribunais encontram-se fixados nos artigos 11º e seguintes da LJP, determinando-se, por um lado, a regra geral de competência do Julgado de Paz em todos os casos não previstos (13º), bem como a regra geral para pessoas coletivas (14º). Por outro lado, estabelece-se em particular o foro da situação dos bens e o local de cumprimento da obrigação (11º e 12º, LJP), verificando-se também aqui especificidades se compararmos com a lei processual civil portuguesa.

Com a alteração legislativa de 2013, podem ser constituídos Julgados de Paz junto de entidades públicas de reconhecido mérito, sendo o seu âmbito de jurisdição definido no respectivo ato constitutivo (artigo 4º da LJP com a redação da Lei 54/2013). Neste sentido, a título de exemplo, é de referir que a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) vai acolher um Julgado de Paz, permitindo enriquecer a formação prática dos seus alunos que vão poder assistir a sessões e audiências realizadas por mediadores e Juízes de Paz.

A competência dos Julgados de Paz em razão do valor inicialmente encontrava-se limitada à alçada do tribunal judicial de primeira instância (€5.000), vindo a revisão legal de 2013 a deixar de fazer referência à alçada do tribunal judicial, passando a definir-se um valor fixo, tendo determinado como limite máximo €15.000 (artigo 8º da LJP, com a redação da Lei 54/2013). O valor em causa atualmente corresponde à metade da alçada do Tribunal da Relação, tendo sido retirada da LJP qualquer referência de relação entre os Julgados de Paz e os tribunais judiciais no que diz respeito à sua competência em razão do valor, optando o legislador por um valor máximo determinado e fixo.

O Julgado de Paz tem competência para proferir sentenças com valor judicial, de acordo com a legalidade estrita ou por juízos de equidade, se neste segundo caso (equidade) estiverem reunidos os pressupostos legais com as alterações introduzidas ao artigo 26º da LJP pela Lei 54/2013, ou seja, o valor da ação não exceder metade da alçada do Julgado de Paz, após o Juiz de Paz explicar o

seu significado e alcance, bem como as partes acordarem nesse sentido. Ora, a alçada de um tribunal corresponde ao valor até ao qual a mesma é irrecurível. Neste sentido, atendendo a que não foi alterado o valor da recorribilidade das decisões do Julgado de Paz, é ele competente para decidir de forma absoluta e definitiva, sem admissibilidade de recurso, nos processos cujo valor da ação não exceda metade do valor da alçada do tribunal de 1ª instância³⁶ (art. 62º, LJP, com a redação da Lei 54/2013). Termos em que, sumariamente, com a Lei 54/2013, os Julgados de Paz passaram a ter competência para apreciar e decidir ações com valor até €15.000, mantendo-se a irrecurribilidade das suas decisões nos processos com valor até €2.500, esclarecendo-se que a recorribilidade das demais pode ser impugnada por recurso a interpor no tribunal de comarca em que esteja sediado o Julgado de Paz, admitindo-se a possibilidade do Julgado de Paz proferir decisões de acordo com juízos de equidade se o valor da ação não ultrapassar metade da sua alçada, ou seja, nos processos com valor até €1.250 reduzindo-se para metade do valor permitido até 2013.

Custos

Pela utilização do Julgado de Paz encontra-se fixada uma taxa única total de €70, sendo o seu pagamento realizado de forma fracionada por cada parte, através da entrega inicial de €35 com a primeira intervenção no processo, no requerimento inicial pelo demandante e com a contestação ou na pré-mediação pelo demandado.

A final, a taxa única fica a cargo da parte vencida, ou na percentagem fixada pelo Juiz de Paz de acordo com o decaimento da ação, sendo que este tribunal também pode decidir repartir esse valor em partes iguais ou proporcionais entre demandante e demandado.

Caso haja acordo durante a mediação, o valor da taxa a pagar é reduzido de €70 para €50, sendo dividido entre as partes (na percentagem que estas vierem a acordar), havendo lugar à devolução imediata da diferença nos termos legais ou acordados³⁷.

Os Serviços de Mediação junto dos Julgados de Paz também são competentes para mediar situações que possam ser objeto de mediação, ainda que excluídos da competência destes tribunais, ou seja, independentemente da matéria, valor e território. Nestas situações, pelo serviço de mediação extracompetência, é devido o valor de €25 por parte, independentemente do resultado obtido.

Diferentemente, o uso dos serviços públicos de mediação especializada (laboral e familiar) tem o custo de €50 por parte, liquidado após a realização da sessão informativa com a aceitação do processo de mediação, sendo a utilização dos Serviços Especializados de Mediação Penal gratuita.

Os valores cobrados a título dos serviços públicos de mediação especializada (laboral e familiar) não se incluem nas receitas dos Julgados de Paz, mas sim naqueles sistemas especializados de mediação pública, que podem recorrer às instalações dos Julgados de Paz para efeitos da realização da sessão informativa inicial, bem como das sessões de mediação que vierem a mostrar-se necessárias.

Procedimento

A tramitação do processo no Julgado de Paz é simples, iniciando-se com a apresentação de um requerimento na secretaria deste tribunal, onde para além de outras informações consta a exposição sucinta dos fatos, a pretensão do demandante com o pedido e o valor da causa, seguida de apresentação de contestação do demandado, após citação deste para o efeito, podendo as peças ser apresentadas verbalmente ou por escrito (artigo 43º a 48º da LJP com a redação da Lei 54/2013).

As partes são notificadas e informadas da possibilidade de aderirem à fase voluntária de mediação, sendo previamente agendada a sessão de pré-mediação para clarificar as regras e o processo da mediação, bem como aferir se o assunto é mediável.

Aceite e realizada a mediação, chegando as partes a acordo, é ele reduzido a escrito e assinado por todos os intervenientes para imediata homologação pelo Juiz de Paz que, após verificar a sua legalidade, bem como confirmar a vontade livre e esclarecida das partes na sua celebração, o homologa conferindo-lhe valor de sentença judicial.

Se as partes não aceitarem a fase da mediação, ou durante aquela não chegarem a acordo, o processo segue para a fase de julgamento na qual o Juiz de Paz irá previamente diligenciar pela conciliação técnica das partes (artigos 49º a 56º e 26º, n. 1, da LJP, com a redação da Lei 54/2013).

Inviabilizando-se a conciliação dos intervenientes, o Juiz de Paz realiza o julgamento com produção e análise da prova e, seguidamente, profere sentença de acordo com a legalidade ou a equidade.

Em suma, nos Julgados de Paz o processo finda numa de três fases:

1. Na mediação, com intervenção do mediador, por homologação do acordo das partes pelo Juiz de Paz.

2. Na conciliação, com intervenção e homologação pelo Juiz de Paz do acordo das partes.

3. No julgamento, por sentença proferida pelo Juiz de Paz de acordo com a legalidade estrita ou juízos de equidade.

Da sentença proferida nos Julgados de Paz é admissível recurso nos processos cujo valor da ação exceda metade do valor da alçada do tribunal de 1ª instância³⁸ (ou seja, atualmente quando exceda €2.500), a interpor para a seção competente do tribunal de comarca, em que esteja sediado o Julgado de Paz. Este recurso tem efeito meramente devolutivo (art. 62º, LJP, com a redação da Lei 54/2013).

É de referir que enquanto Juíza de Paz Coordenadora no Julgado de Paz de Santa Maria da Feira (2008-2013) foi possível constatar que as partes, nos processos onde tinham aderido à mediação e ali não logravam acordo, ficavam mais disponíveis para trabalhar em conciliação, designadamente porque já haviam trabalhado o conflito subjetivo, conseguindo assim trabalhar o conflito objetivo com uma menor carga de emoções e sentimentos, chegando inclusive a acordo mais facilmente.

Outra constatação traduz-se na circunstância de que após aderir à mediação, mesmo sem lograr acordo durante aquele procedimento específico, as partes também ficavam mais disponíveis para aceitar que a decisão fosse proferida de acordo com a equidade, designadamente em casos de direito de consumo, tendo no exercício da função de Juíza de Paz Coordenadora proferido 22 sentenças por equidade no Julgado de Paz de Santa Maria da Feira, das quais algumas podem ser consultadas na jurisprudência dos Julgados de Paz, selecionada pelo Conselho dos Julgados de Paz³⁹.

Resultados

De acordo com dados do Conselho dos Julgados de Paz, constantes dos relatórios anuais referentes aos anos de 2009 a 2012⁴⁰, e nos relatórios mensais de 2013, nos últimos cinco anos (2009 a 2013), relativamente aos 25 Julgados de Paz atualmente instalados e em funcionamento, foram distribuídos 10.610 processos e terminados 10.402 processos, resultando verificado um crescimento do índice de eficácia da resolução efetiva de litígios por estes tribunais que se mantém acima dos 95%.

Desde a instalação dos primeiros quatro Julgados de Paz a título experimental, no início de 2002, até dezembro de 2013, estes tribunais receberam 71.970 processos. Para além do número e percentagem de processos entrados e findos, o motivo pelo qual eles findaram resulta num dado extraordinariamente importante de ser registado para reflexão. Assim, dos documentos em análise⁴¹ resulta que, de 2002 a 2012, estes tribunais findaram cerca de 41% de processos por via de mediação e conciliação; 29% por outros motivos e apenas 30% por julgamento, concluindo-se pela inequívoca concretização dos fins de pacificação social e justa composição dos litígios por acordo das partes estabelecido na Lei do Julgado de Paz (artigo 2º).

Dos processos findos em 2013, cerca de 20% (2.016 processos) terminaram na fase da mediação, desconhecendo-se na presente data quantos processos findaram por conciliação, mas mantendo-se em cerca de 40% a totalidade dos processos que findaram por via de mediação e conciliação, cumprindo os fins pretendidos. Relativamente ao índice de eficácia, em 2013 encontra-se fixado nos 98%, previsivelmente mantendo uma pendência processual média de cerca de 70 dias.

Todos os indicadores referidos são de extrema importância para apreciar estes tribunais, bem como numa visão de otimização do modelo jurisdicional, registando como muito útil e de grande valor dispor de semelhantes indicadores em relação ao mesmo tipo de ações propostas nos tribunais judiciais, separando-os pelas comarcas onde já existem Julgados de Paz territorialmente competentes e naquelas onde ainda não existem estes tribunais. A propósito de números, percentagens, índices de eficácia e eficiência deste modelo de Justiça não judicial, e atendendo que a apresentação pública de alguns números, por ilustres figuras em Portugal, não tem tido em consideração a totalidade da realidade dos fatos, urge clarificar e refletir conjuntamente.

Atualmente encontram-se criados e em funcionamento 25 Julgados de Paz, dos quais alguns são de agrupamento, envolvendo um total de 61 municípios. No entanto, os Julgados de Paz foram sendo criados e instalados em momentos temporais diferentes, acrescidos de distintas circunstâncias locais próprias e específicas. Assim, não obstante a data de instalação de alguns Julgados de Paz corresponder a 2002, tendo estes experiência e resultados com mais de dez anos de exercício efetivo, os últimos instalados ocorreram em setembro e novembro de 2010 (respectivamente, Julgado de Paz de Belmonte e Julgado de Paz de Cascais).

Em consequência, não podemos realizar uma simples operação matemática de divisão do número total de processos entrados, ao longo de mais de 10

anos (ou mesmo o número de processos do ano) por 25 Julgados de Paz, para concluir quantos processos entraram ou foram julgados e decididos por cada um deles. Se o fizermos estaremos a desvirtuar a veracidade dos fatos, bem como a menosprezar as diferentes realidades espalhadas por Portugal Continental e Ilhas.

Situado no extremo sudoeste da Europa, Portugal é a nação mais a ocidente do continente europeu, com uma área total de cerca de 92.000 km², e uma costa continental de 1.230 km, tem uma população de aproximadamente 10.621.792, encontra-se delimitado a norte e leste por Espanha, a sul e oeste pelo Oceano Atlântico. No continente, o território é caracterizado por uma geografia, clima, fauna e flora diferenciadas de norte a sul, no interior e litoral, concentrando-se a sua demografia maioritariamente no litoral, a centro e norte do país continental. Também nos Arquipélagos da Madeira e Açores existem as suas diferenças e especificidades. Por tudo isto, não é correto nem adequado comparar realidades económicas, sociais e culturais incomparáveis. A título meramente exemplificativo, não é admissível comparar números ou resultados obtidos nos Julgados de Paz de Miranda do Corvo; Terras de Bouro; Vila Nova de Poiares; Agrupamento de Tarouca, Armamar, Castro Daire, Lamego, Moimenta da Beira e Resende; Agrupamento de Santa Marta de Penaguião, Alijó, Murça, Peso da Régua, Sabrosa e Vila Real; Agrupamento de Cantanhede, Mira e Montemor-o-Velho; Porto; Agrupamento de Aguiar da Beira, Penalva do Castelo, Sátão e Trancoso, todos eles criados e instalados em 2004.

Com a aprovação da Lei do Julgado de Paz, a título experimental, em 2002, foram criados⁴² e instalados⁴³ apenas quatro Julgados de Paz (Lisboa; Agrupamento de Oliveira do Bairro; Seixal e Vila Nova de Gaia), escolhidos com base na representação partidária existente em cada um dos referidos municípios na altura.

Atualmente existem 25 Julgados de Paz, com uma abrangência territorial de 61 municípios, e com diferentes datas de instalação⁴⁴. O número atual de representatividade foi crescendo com o tempo, registando-se a seguinte evolução:

- 2002 – 4 Julgados de Paz com competência territorial em 7 municípios
- 2004 – 12 Julgados de Paz com competência territorial em 30 municípios
- 2006 – 16 Julgados de Paz com competência territorial em 34 municípios
- 2008 – 19 Julgados de Paz com competência territorial em 41 municípios
- 2009 – 23 Julgados de Paz com competência territorial em 55 municípios
- 2010 – 25 Julgados de Paz com competência territorial em 61 municípios

Atualmente Portugal tem 20 distritos, agrupados em 308 municípios (divididos por NUTS – Unidades Territoriais, para fins estatísticos e outros⁴⁵

com várias freguesias), dos quais 278 no continente, 11 na Madeira e 19 nos Açores. Em conclusão, apenas 22% dos municípios portugueses têm Julgado de Paz, encontrando-se os restantes 78% sem disponibilidade territorial a esta justiça extrajudicial.

Por todo o exposto, deve ter-se uma elevada sensibilidade em relação às matérias que têm sido objeto de apreciação e decisão dos Julgados de Paz, consoante estejamos a falar destes tribunais situados no litoral ou no interior, sul, centro ou norte, Portugal Continental ou Câmara de Lobos e Funchal (desde 2009).

É importante recordar que estes fatores foram tidos em consideração, há praticamente uma década, no estudo do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas⁴⁶, mantendo-se relevantes.

Particularidades

Maioritariamente justificados como solução de auxílio à excessiva morosidade do sistema judicial em Portugal, os Julgados de Paz também dão resposta a uma litigância que, por variadíssimos motivos, se encontrava suprimida do sistema tradicional, em especial relativamente a situações de direito de consumo, com valores económicos reduzidos, mas de elevado impacto social nas economias familiares⁴⁷, respeitando a oportunidade da ação e possibilidade de autocomposição dos litígios.

Esta nova instância de justiça de proximidade com o cidadão, por meio de estruturas de mediação profissionalizada e conciliação técnica, capacitada e especializada, prima pela pacificação social através da participação cívica e ativa dos interessados. Estimulando a justa composição dos litígios por acordo das partes, e tendo as decisões finais o mesmo valor das proferidas pelos tribunais judiciais de 1ª instância, reforça a confiança no sistema jurisdicional, diferenciando-se e complementando o modelo judicial.

Apesar das influências tidas, em Portugal os Julgados de Paz traduzem-se num modelo de justiça com características próprias, diferenciadas dos demais instituídos a nível internacional, atendendo à singularidade do processo, às especificidades da formação e função do Juiz de Paz – conciliador técnico e magistrado não judicial ou restaurativo com poder jurisdicional, assim como ao mediador, profissional técnico qualificado e habilitado para o exercício da função, ambos reconhecidos pelo Ministério da Justiça português, acrescido da importância no desempenho da função dos advogados.

A justiça de proximidade dos Julgados de Paz, numa ótica de bem-estar biopsicossocial, na resolução de conflitos, dá ênfase ao individual e coletivo, caracterizando-se numa justiça restaurativa, em oposição à justiça retributiva que possui valores mais rígidos e dirigidos prioritariamente no sentido de aplicação de uma punição. Ambos os modelos são insubstituíveis e complementares numa sociedade global diversificada, em constante mutação e com carência de distintas respostas para diferentes necessidades.

Qualificados como tribunais não judiciais, reconhecidos constitucionalmente e integrados na orgânica judiciária (art. 209º, n. 2, CRP), os Julgados de Paz, para além dos princípios gerais de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual, regem-se pelos princípios da proximidade, cooperação, confiança, celeridade, equidade e pessoalidade.

O princípio da pessoalidade traduz-se na obrigatoriedade das partes comparecerem no Julgado de Paz (artigos 38º, 54º e 58º da LJP, com a redação da Lei 54/2013), correspondendo a uma inovação processual. A sua justificação resulta da constatação de que os intervenientes no conflito são os únicos a conhecer verdadeiramente quais os seus interesses (desejos) e necessidades (o que precisam), bem como aquilo que está para lá das suas posições (o que querem). Neste sentido, a pessoalidade fundamenta-se nos objetivos pretendidos com a mediação e conciliação, de pacificação social, bem como de participação cívica dos interessados com a justa composição do litígio por acordo destes.

A mediação de conflitos tem conquistado o seu espaço na legislação portuguesa com uma excelente aceitação e adesão junto dos utilizadores em geral, em especial nos Julgados de Paz desde 2001, e posteriormente na legislação civil (processo civil ordinário, sumário e sumaríssimo) e penal.

No Julgado de Paz a mediação faz parte integrante do processo e procedimentos, correspondendo de forma inovadora a uma fase voluntária, confidencial e não adversarial de resolução de litígios, onde as partes, de forma simples e participativa, auxiliadas por um terceiro mediador, procuram alcançar, para a situação que as opõe, uma solução que a ambas satisfaça, a qual homologada pelo Juiz de Paz passa a ter valor de sentença judicial. Mais recentemente, através da Lei 29/2013, de 19 de Abril⁴⁸, resultam estabelecidos os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, sem que ali se faça qualquer menção à LJP.

Outra particularidade relevante no modelo dos Julgados de Paz reside na fase de julgamento, onde a subfase prévia de conciliação corresponde a

um dever do Juiz de Paz, configurando-se numa conciliação técnica face às especificidades do Juiz de Paz (profissional licenciado em direito, com exercício de advocacia, capacitado e com experiência em métodos não adversariais de resolução de conflitos), que no exercício da função jurisdicional se coloca ao serviço das partes intervenientes, disponibilizando-se para escutá-las e trabalhar conjuntamente a situação.

Com as suas matrizes de justiça de proximidade, restaurativa e pacificação social, o Julgado de Paz representa um verdadeiro modelo inovador de responsabilidade e responsabilização das partes intervenientes, sendo em certos casos verdadeiramente restaurativo de relacionamentos e reparador de situações, possibilitando uma verdadeira e eficaz reparação de danos e restauração de relações. A elevada qualidade dos serviços prestados encontra-se reconhecida pela generalidade dos seus utilizadores.

A Lei dos Julgados de Paz considera como requisitos cumulativos para ser Juiz de Paz, para além de ter nacionalidade portuguesa e possuir licenciatura em direito, ter mais de 30 anos e estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos; não ter sofrido condenação, nem estar pronunciado por crime doloso, bem como ter cessado, ou fazer cessar imediatamente (antes da assunção das funções como Juiz de Paz), a prática de qualquer outra atividade pública ou privada. O recrutamento e seleção dos Juizes de Paz são da responsabilidade do Ministério da Justiça em colaboração com o Conselho dos Julgados de Paz, realizado por concurso público aberto para o efeito, mediante avaliação curricular onde é aferida a formação e experiência destes profissionais com o direito e modelos não adversariais de resolução de conflitos, acrescido de provas públicas (jurídicas e psicotécnicas), finalizando o processo com entrevistas de grupo e individuais.

Estes profissionais da justiça, após processo de recrutamento e seleção, passam a ter uma situação de contrato a termo certo em regime de comissão de serviços.

A Lei 54/2013 alterou o prazo de duração do contrato de três para cinco anos, podendo o Conselho dos Julgados de Paz deliberar de forma fundamentada a sua renovação, tendo em conta a vontade manifestada pelo juiz de paz, a conveniência do serviço, a avaliação do mérito do juiz de paz, o número de processos entrados e findos no Julgado de Paz em que aquele exerce as suas funções, bem como a apreciação global do serviço prestado, devendo tal procedimento ser adotado caso se justifiquem ulteriores renovações (artigo 25º, n. 3, da LJP, com a redação da Lei 54/2013).

Sobre os requisitos que o mediador deve reunir, correspondem a: ter mais de 25 anos de idade; estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; possuir

uma licenciatura; ter frequentado e obtido aproveitamento em curso ministrado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça nos termos da Lei da Mediação; não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso e ter o domínio da língua portuguesa (artigo 31º, da LJP, alterado pela Lei 54/2013). A preocupação do legislador ao estabelecer uma idade mínima foi a de assegurar a maturidade individual e social exigida a este profissional. No que diz respeito a ter uma licenciatura, com o devido respeito por opinião diversa, qualquer licenciatura é adequada para ser mediador, porquanto ter uma licenciatura significa “*estar apto a estudar sozinho*”. Assim, uma vez que o mediador não pode prestar aconselhamento, técnico nem jurídico, é irrelevante se este é formado em medicina, enfermagem, gestão, engenharia, arquitetura, jornalismo, direito ou outro.

De forma distinta, é relevante valorizar o trabalho em mediação, isto é, o trabalho em equipa de dois mediadores partilhando conjuntamente saberes e competências, bem como dignificando o trabalho realizado, elevando a segurança e confiança no labor.

Diferentemente do magistrado judicial no tribunal judicial, do juiz de paz no julgado de paz ou do árbitro no tribunal arbitral, o mediador não tem poder de decisão, pelo que não impõe qualquer deliberação ou sentença. Enquanto terceiro imparcial, o mediador facilita a comunicação entre as partes, ajudando-as a estabelecer a comunicação necessária para que possam encontrar por si mesmas os termos do acordo que porá fim ao conflito, sendo as partes responsáveis pelas decisões que constroem.

Ao mediador está vedado, em especial, aconselhar os mediados, decidir sobre os termos da redação do acordo ou aferir da legalidade deste. Essas são funções do advogado e do Juiz de Paz, podendo e devendo as partes fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador, sendo esta assistência obrigatória quando a parte seja analfabeta, desconhecadora da língua portuguesa ou, por qualquer outro motivo, se encontre numa posição de manifesta inferioridade, bem como na fase de recurso, se a ela houver lugar. Para além de não ser decisor nem conselheiro, o mediador também não é terapeuta, cumprindo-lhe apenas identificar quando a situação necessita de aconselhamento ou encaminhamento, e de forma adequada apresentar a situação aos interessados para que estes a resolvam no lugar apropriado.

O Julgado de Paz
tem competência
para proferir
sentenças com
valor judicial, de
acordo com a
legalidade estrita
ou por juízos de
equidade

O mediador, profissional qualificado e especializado em resolução não adversarial de litígios, auxilia o diálogo entre os mediados com isenção e imparcialidade, estimulando e possibilitando o surgimento de soluções inovadoras adaptadas ao caso, porquanto são os próprios mediados que as propõem e conjuntamente aferem da sua viabilidade e executibilidade, caracterizando-se por um modelo autocompositivo inovador.

Tal como os tribunais judiciais e os tribunais arbitrais, também os Julgados de Paz e a mediação estão ao dispor dos advogados, sendo a sua utilização uma excelente e valiosíssima ferramenta para alcançar justiça, quer no sentido de solução com a qual os cidadãos comuns, conhecedores dos fatos e refletindo de boa-fé, se identificam por sentirem que está certa, quer como valor em si (respeito, dignidade e igualdade), que num sentido mais filosófico do estudo do direito se traduz em *“dar a cada um o que é seu”*.

Reforçando, o mediador não é advogado, estando impedido de prestar qualquer tipo de conselho ou informação técnica, jurídica ou de qualquer outra natureza. Assim como também não é juiz, mantendo os mediados o poder de decisão sobre a solução a aplicar à situação que os desune.

Uma cidadania ativa, eficaz e responsável necessita conhecer previamente, junto de profissionais jurídicos qualificados, os seus direitos e deveres, para poder de forma livre, esclarecida e consciente decidir com respeito pelo princípio da autonomia da vontade privada.

Na mediação, processo voluntário e confidencial, onde o terceiro promove a cooperação na resolução de divergências visando alcançar uma solução que satisfaça ambas as partes, é de extrema importância o papel do advogado no momento da consulta prévia informativa, bem como na elaboração de peças processuais ou acompanhamento da parte. Acresce que, se a situação permitir, o advogado pode limitar-se a estar disponível para prestar esclarecimentos técnico-jurídicos à distância de um telefonema, bem como para elaborar os termos do acordo a que os mediados venham a chegar.

Potencialidades

Numa sociedade em permanente mudança é necessário estar disponível para aprender, ensinar e mudar. Como modelo de justiça diferenciado de proximidade e pacificação social, o Julgado de Paz corresponde a uma via para atingir resultados jurisdicionais, por meio consensual (mediação e conciliação) ou litigante (julgamento), com principal enfoque no método não

adversarial, face às características do processo e às especificidades dos agentes ali intervenientes.

Encontrando-se o seu lugar reconhecido na sociedade civil e jurídica, mantém-se necessário ultrapassar alguns preconceitos, mitos e paradigmas, por forma a ser possível que estes tribunais tenham aplicabilidade em todo o território português, preenchendo os 78% do território em falta, tendo os últimos sido criados e instalados em 2010.

Os Julgados de Paz resultam de uma parceria do Estado central (Governo) com o Estado descentralizado (municípios) em que por regra aquele fornece os juízes e os mediadores, e estes as instalações e os funcionários, não existindo em todo o território nacional, mas sendo indispensável e absolutamente imprescindível a concretização da paulatina e progressiva generalização geográfica destes tribunais, permitindo elevar os índices de pacificação social, bem como de eficácia e eficiência da justiça, com consequências sociais e económicas a diversos níveis.

Diferentemente dos Juizados Especiais e de outros modelos na Europa, os Julgados de Paz têm apenas competência declarativa civil e uma espécie de competência material jurídico-penal não reconhecida formalmente, que resulta da possibilidade de analisarem e decidirem pedidos de indemnização cível decorrentes de ações criminalmente tipificadas e com as especificidades previstas no artigo 9º, nºs 2 e 3, da LJP. A atual incompetência material jurídico-penal dos Julgados de Paz traduz-se num desaproveitamento da necessária e imprescindível evolução do sistema jurisdicional, descurando das potencialidades destes tribunais ao limitar a sua atuação, resultando inequívoca a necessária articulação e participação do Ministério Público junto dos Julgados de Paz.

Assim, para além da primordial disseminação dos Julgados de Paz por todo o país, também resulta verificada a sua potencialidade não explorada de atribuição de competência exclusiva para as pequenas causas civis e criminais, bem como das matérias atribuídas aos modelos de mediação pública (familiar, laboral e penal) com juízes não togados investidos de poder jurisdicional, reconhecendo-os como magistrados restaurativos face às especificidades técnicas em métodos de resolução não adversarial.

Uma das maiores potencialidades do modelo jurisdicional sair enriquecido resulta da complementariedade do modelo de justiça comum (retributivo) com o modelo de justiça de proximidade (restaurativo), pois para diferentes necessidades e exigências impõem-se distintas respostas e soluções, traduzindo-se Julgados de Paz e tribunais judiciais em duas instâncias jurisdicionais diferenciadas e complementares uma da outra.

Neste sentido, atendendo a que ainda existe uma percentagem reduzida da sociedade que se encontra suficientemente informada e esclarecida para escolher os procedimentos mais adequados a resolver as suas situações, resulta verificada uma grande potencialidade de estabelecer uma sessão informativa, gratuita e obrigatória para todos os processos da competência do Julgado de Paz e dos sistemas públicos de mediação, onde o mediador, para além das atuais obrigações legais, está habilitado para prestar toda a informação processual e sobre os procedimentos do Julgado de Paz, podendo as partes caso decidissem aceitar a fase de mediação ou que o processo transitasse para os Julgados de Paz, beneficiar de uma redução das custas, reforçado nas situações em que as partes alcançassem acordo durante a fase de mediação.

Em suma, impõe-se a necessidade, possibilidade e potencialidade de reconfigurar as funções do Estado e da sociedade através do redesenho do atual modelo de justiça, transformando-o num modelo partilhado na tarefa de resolução de conflitos, penalizando as custas de quem não recorre preferencialmente aos meios não judiciais, com a salvaguarda de realizar justiça nos diferentes contextos através da garantia de imparcialidade na decisão, bem como da igualdade efetiva das partes perante diferentes meios e modelos de administração da justiça.

Notas

¹ PEDROSA, João. A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, artigo publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 60, pp. 33-60.

² NASCIMENTO, Dulce. Julgados de Paz e Conciliação: sua importância no paradigma da Justiça Restaurativa. Universidade Lusíada de Lisboa Faculdade de Direito (dissertação de Mestrado).

³ PEDROSA, João. Entre a União Europeia e a Sociedade Portuguesa: a proteção e a resolução dos litígios dos consumidores – o caso da arbitragem de conflitos de consumo em Portugal. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (dissertação de mestrado).

⁴ ROBALO, Teresa Lancy de Gouveia de Albuquerque e Sousa, Justiça Restaurativa – Um caminho para a Humanização do Direito, Cap. 7, Juruá Editora, 2012.

⁵ Dolan, Simon L., Coaching por Valores, Book7, 2012

⁶ Nascimento, Dulce, Clube Mediação, Chiado Editora, 2013.

⁷ FIGUEIREDO, José Anastácio de, “Memória sobre a origem dos nossos Juizes de Fóra” – Memórias de Literatura Portuguesa, 2a. ed., Lisboa, 1878, pp. 29-57; RAMOS, Manuel, RIBEIRO, Ângelo e PERES, Damião (1929), História de Portugal, História Política, 1a. Parte, Barcelos, pp. 480-482; MARQUES, A.H. de Oliveira (1972), História de Portugal, Lisboa pp. 141-142; CAETANO, Marcelo (1981), História do Direito Português, Lisboa.

⁸ Lições dos Professores Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque, com a colaboração dos assistentes J. Artur, A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos, História do Direito Português, Vol. II Faculdade de Direito de Lisboa 1983 – pp. 34-63.

⁹ NETTO, A. Lino – História dos Juizes Ordinários e de Paz, 1898, p. 73 e seg.

¹⁰ MIRANDA, Jorge, As Constituições Portuguesas, de 1822 ao texto atual da Constituição, 4a. ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1977.

¹¹ Constituição de 1822, Constituições Portuguesas, Assembleia da República, 1992. Disponível em <http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1822t1.html>.

Artigo 181º As atribuições dos juizes electivos são: julgar sem recurso as causas cíveis de pequena importância designadas na lei, e as criminaes em que se trate de delictos leves, que tão bem serão declaradas pela lei. Em todas estas causas procederão verbalmente, ouvindo as partes, e mandando reduzir o resultado a auto público; exercitar os Juizes de conciliação de (artigo 195º) cuidar da segurança dos moradores do districto, e da conservação da ordem pública, conforme o regimento que se lhes der.”

Artigo 195º Haverá Juizes de Conciliação nas causas e plo modo que a lei determinar, exercitados pelos Juizes electivos.

¹² Carta Constitucional de 1826, in Constituições Portuguesas, Assembleia da República, 1992. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>.

Artigo 128º Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de conciliação, não se começará processo algum.

Artigo 129º Para este fim haverá Juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, que se elegem os vereadores das camaras. Suas atribuições e districtos serão regulados por lei.

¹³ Constituição de 1838 – <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf>.

Artigo 124º Haverá também Juizes de Paz que serão eletivos. Nenhum processo será levado a juízo contencioso sem se haver intentado o meio de conciliação perante o Juiz de Paz, salvo nos casos que a lei o excetuar.

¹⁴ Constituição de 1911– http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Const_1911.pdf.

Artigo 56º O Poder Judicial da República terá por órgãos um Supremo Tribunal de Justiça e tribunais de primeira e segunda instância. O Supremo Tribunal da Justiça terá a sua sede em Lisboa. Os tribunais de primeira instância serão distribuídos pelo país, conforme as necessidades da administração da justiça o exigirem.

Artigo 57º Os Juizes do quadro da magistratura são vitalícios e inamovíveis, e as suas nomeações, demissões, suspensões, promoções, transferências e colocações fora do quadro serão feitas nos termos da lei orgânica do Poder Judicial.

Artigo 58º É mantida a instituição do Júri.

¹⁵ Constituição de 1933 – <http://dre.pt/pdfgratis/1933/04/08300.pdf>.

¹⁶ TORGAL, Luís Reis, Revista de História das Ideias – Estado Novo: República Corporativa, Coimbra 2006, vol. 27, pp. 445-470; RAMOS, Rui, Análise Social, Lisboa, 1986, vol. 22, n. 90 (1986), pp. 109-135; RODRIGUES, Manuel, in A Justiça no Estado Novo, Lisboa, Empresa Jurídica, 1993. Artigo publicado em <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/OEstadoNovo.aspx>.

¹⁷ CALDEIRA, Reinaldo e SILVA, Maria do Céu, Constituição Política da República Portuguesa 1976 – projetos, votações e posição dos partidos, Livraria Bertrand, Lisboa 1976, p. 353 e seg.

¹⁸ Artigo 167º (*Reserva de competência legislativa*) É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias: ... j) Organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respetivos magistrados, salvo quanto aos tribunais militares, sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo 218º.

¹⁹ Artigo 217º (*Participação Popular e assessoria técnica*) 1. A lei poderá criar juízes populares e estabelecer outras formas de participação popular na administração da justiça. 2. A lei poderá estabelecer a participação de assessores tecnicamente qualificados para o julgamento de determinadas matérias.

Artigo 216º (*Júri*) 1. O Júri é composto pelos juízes do tribunal colectivo e por jurados. 2. O júri intervém no julgamento dos crimes graves e funciona quando a acusação ou a defesa o requeiram.

²⁰ Artigo 68º (*Juízes Sociais*) 1. Nas causas referidas nas alíneas a), b), e) f), g) e q) do artigo 66º em que deva intervir o colectivo, o tribunal é constituído pelo colectivo e por dois juízes sociais. 2. Nas causas referidas na alínea f) do artigo 66º, um dos juízes sociais deve ser nomeado na qualidade de trabalhador independente e outro na qualidade de trabalhador assalariado. Nas causas referidas nas demais alíneas mencionadas no número anterior, um dos juízes sociais é recrutado de entre entidades patronais e outro de entre trabalhadores assalariados.

²¹ Relativamente aos Julgados de Paz, estabelece o Capítulo VII, do referido diploma legal, o seguinte:

Artigo 73º (*Julgados de Paz*) 1. Em cada freguesia pode haver um Julgado de Paz. 2. Compete à assembleia ou ao plenário de freguesia deliberar sobre a criação do Julgado de Paz.

Artigo 74º (*Juízes de Paz*) 1. Nos julgados de paz exerce funções um juiz de paz. 2. Os juízes de paz são eleitos pela assembleia ou pelo plenário da freguesia e exercem as suas funções por um quadriénio. 3. Aos juízes de paz aplicam-se, com as necessárias adaptações, as normas sobre disciplina constantes do Estatuto da Magistratura Judicial.

Artigo 75º (*Requisitos para a eleição dos juízes de paz*) Podem ser eleitos juízes de paz cidadãos de reputada idoneidade que reúnam as seguintes condições: a) ser português; b) ter mais de 25 anos de idade; c) saber ler e escrever; d) estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos; e) não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso; f) ser eleitor inscrito pela respetiva freguesia.

Artigo 76º (*Competência dos juízes de paz*) 1. Compete aos juízes de paz: a) Exercer a conciliação nos termos da lei de processo; b) Julgar as transgressões e contravenções às posturas de freguesia; c) Preparar e julgar acções de natureza cível de valor não superior à alçada dos tribunais de comarca, quando envolvam apenas direitos e interesses de vizinhos e as partes estejam de acordo em fazê-la seguir no Julgado de Paz; d) Exercer as demais atribuições que lhes venham a ser conferidas por lei. 2. Das decisões dos juízes de paz há sempre recurso para o tribunal de comarca.

²² Disponível em <http://www.dre.pt/pdf1s/1979/12/30011/02720279.pdf>.

²³ Artigo 205º (*Função jurisdicional*) 1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. 3. No exercício das suas funções os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades. 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.

Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_lc_1989.pdf.

²⁴ O artigo 133º do Decreto Constitucional 1/97, aprovado em 03 de Setembro de 1997 estabelece o seguinte: “1 – O artigo 211º da Constituição passa a artigo 209º 2 – É eliminada a alínea d) do nº 1 do mesmo artigo. 3 – Ao nº 2 do mesmo artigo é aditada, in fine, a expressão “e julgados de paz”.

Passando assim a constar no Capítulo II, sob o tema Organização dos Tribunais, no artigo 209º (Categoria de tribunais) “1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. 3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos. 4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.”

Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_lc_1997.pdf.

²⁵ Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c7561565a4a53556c305a586776634770734f444974566b6c4a5353356b62324d3d&fich=pjl82-VIII.doc&Inline=true>.

²⁶ Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c7561565a4a53556c305a586776634770734f444d74566b6c4a5353356b62324d3d&fich=pjl83-VIII.doc&Inline=true>.

²⁷ Disponível em: http://www.dgpgj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/pdf-cpc/dl-269-1998/downloadFile/file/DL_269_1998.pdf?nocache=1181316404.05.

²⁸ Lei 78/2001, de 13 de Julho – Lei dos Julgados de Paz (LJP) – aprovada por unanimidade da Assembleia da República. Disponível em <http://dre.pt/pdf1s/2001/07/161A00/42674274.pdf>.

²⁹ Recomendação 2002/12 do Conselho Económico e Social da Organização das Nações Unidas, disponível em <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra Editora, 4a. Edição, volume II, p. 555.

³¹ 7.7. Otimizar o regime de Julgados de Paz, para aumentar a sua capacidade de dar resposta a pequenos processos de cobrança judiciais (1T 2012).

Disponível na versão, respetivamente, portuguesa e inglesa, em: http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf e http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf.

³² VARGAS, Lúcia, in Julgados de Paz em tempo de crise. Disponível em: http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/luciavargas_julgadospaztempocrise.pdf.

³³ FERREIRA, Jaime Octávio Cardona, Nova Justiça = Velho Idealismo. Mediação e Conciliação, Onde se privilegia a essência das coisas e não o concetualismo correto, 2006, p. 3.

³⁴ VARGAS, Lúcia Dias, Julgados de Paz e Mediação – Uma Nova Face da Justiça, Almedina, 1006, pp.102-109.

³⁵ Guia de Conciliação e Mediação Judicial para Magistrados; ENAM – Escola Nacional de Mediação de Conflitos; Ministério da Justiça, Brasil; 2013.

³⁶ A alçada de um tribunal corresponde ao limite de valor (das causas) dentro do qual o tribunal julga sem admissibilidade de recurso ordinário. A alçada influencia ainda de um modo indirecto (arts

461º e 462º CPC) a forma de processo comum – aplicável à ação (ordinário, sumário ou sumaríssimo). Assim, a alçada do tribunal de comarca é de €5.000, a alçada do tribunal da Relação é de €30.000 e o Supremo tribunal de Justiça não possui alçada (art. 24º. nº. 1 da LOFTJ – Lei n. 3/99, de 13 de Janeiro).

³⁷ Portaria n. 1456/2001 de 28 de dezembro, alterada pela Portaria 209/2005 de 24 de fevereiro.

³⁸ A alçada do tribunal de comarca atualmente é de €5.000 (art. 24º n. 1 da LOFTJ – Lei n. 3/99, de 13 de Janeiro).

³⁹ ITIJ – disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁴⁰ Relatório Anual do Conselho dos Julgados de Paz.

⁴¹ Relatórios mensais do Conselho dos Julgados de Paz.

⁴² Decreto-Lei 329/2001 de 20 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei 140/2003, de 2 de julho.

⁴³ Portaria nº 44/2002, de 11 de janeiro; Portaria nº 72/2002 de 19 de janeiro; Portaria nº 92/2002, de 30 de janeiro e Portaria nº 162-A/2002, de 25 de fevereiro.

⁴⁴ Remete-se para as informações constantes do Relatório do Conselho dos Julgados de Paz por forma o ter melhor compreensão dos Julgados de Paz atualmente existentes, com identificação das realidades individuais (processos entrados e findos; data de instalação) <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/Conselho/Relatorios/Relatorio2012.pdf>.

⁴⁵ Decreto-Lei nº 68/2008 de 14 de abril, alterado pelo Decreto-Lei 85/2009 de 3 de abril e pela Lei nº 21/2010 de 23 de agosto, fixando-se ali NUTS em três níveis: nível I (Continente, Região Autónoma dos Açores e Região Autónoma da Madeira), nível II (Norte, Centro, Lisboa, Alentejo e Algarve) e nível III (30 unidades, das quais 28 no continente e 2 para os territórios das Regiões Autónomas – Açores e Madeira). Estas informações encontram-se disponíveis através da Associação Nacional de Municípios em <http://www.anmp.pt/>.

⁴⁶ <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/Noticias/AlargamentodaRededeJulgadosdePazemPortugalISCTE.pdf>.

⁴⁷ Pode ser consultada Jurisprudência de direito do consumo dos Julgados de Paz–DGSI-Justiça de Proximidade <http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814?OpenView>.

⁴⁸ Disponível em <https://dre.pt/pdf1sdip/2013/04/07700/0227802284.pdf>.

A MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DE CONSUMO EM PORTUGAL

CÁTIA MARQUES CEBOLA

Doutora em Direito e docente na ESTG-IPLeiria

EXCERTOS

“Em Portugal a aplicação de meios extrajudiciais à resolução de conflitos de consumo tem sido protagonizada, em grande medida, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo”

“Uma característica comum aos vários centros de arbitragem de conflitos de consumo reside na adoção de um modelo faseado de resolução dos litígios, dividida em várias etapas, com a aplicação sucessiva de diferentes mecanismos”

“A mediação traduzir-se-á num procedimento voluntário (art. 4º), confidencial (art. 5º) que deverá garantir a plena igualdade das partes e o seu tratamento imparcial (art. 6º), constituindo o mediador um profissional independente e neutro (art. 7º), com competências adequadas ao exercício da sua atividade, podendo ser responsabilizado pela violação dos deveres legais e deontológicos que o vinculam (art. 8º)”

“Nos centros de arbitragem de conflitos de consumo a mediação é conduzida pelo diretor ou pelos juristas do centro, independentemente da sua formação especializada neste específico âmbito”

“A previsão dos honorários do mediador não constitui uma prática no âmbito dos centros de arbitragem, que, na sua generalidade, são gratuitos, não cobrando quaisquer custas, nem mesmo quanto ao julgamento arbitral”

Introdução

Os direitos do consumidor, com expressa proteção constitucional, apenas poderão almejar efetividade se, paralelamente à sua consagração legal, coexistir um sistema idóneo de reconhecimento desses mesmos direitos, que permita, além do mais, a sua concretização através da solução adequada dos conflitos iminentes numa relação jurídica de consumo. Esta realidade cedo fez nascer o impulso legislativo de criação de formas extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo fora do cenário judicial.

Em termos europeus, o *Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e informação dos consumidores*¹, de 1975, prescrevia a necessidade de aprofundar o estudo sobre a criação de sistemas de resolução amigável de conflitos, tendo em conta o direito inderrogável de os consumidores obterem a reparação dos danos decorrentes de uma relação jurídica de consumo através de meios rápidos, eficazes e pouco dispendiosos². Na mesma senda, é apresentado em 1993 o *Livro Verde sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça e a resolução dos litígios de consumo no mercado único*³, no qual sai “reforçada a ideia do recurso aos meios não judiciais para resolução de litígios transfronteiras de consumo”⁴.

A *ratio* subjacente aos intentos europeus repousa nas características inerentes aos conflitos de consumo, as quais resultam da especial relação jurídica que se estabelece entre consumidor e agente económico, aquando da aquisição de bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos, destinados a uso não profissional. Com efeito, o consumidor constitui a parte “economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente do que o seu cocontratante”⁵, possuindo os agentes económicos maiores capacidades ao nível do aconselhamento jurídico e patrocínio judiciário. Constituem ainda características dos litígios de consumo o seu baixo valor, as especificidades das matérias inerentes, o efeito réplica deste tipo de litigiosidade (capaz de atingir simultaneamente vários consumidores) ou o seu carácter tantas vezes transfronteiriço (com o desenvolvimento do comércio eletrónico)⁶.

Neste contexto, o sistema judicial revela-se pouco afinado na resposta à litigiosidade de consumo, quer pelos custos inerentes, quer pelas delongas processuais evidenciadas, quer ainda pelo formalismo processual dissonante com as características dos conflitos neste âmbito. Assim, a

aposta na implementação de meios extrajudiciais para a resolução de litígios de consumo tem-se intensificado. A recente Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo (comumente designada Diretiva RAL) ou o Regulamento (UE) n. 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha (abreviadamente referido por Regulamento ODR) são apenas dois exemplos da importância reconhecida aos meios extrajudiciais ao nível da resolução de conflitos de consumo e da continuação dos esforços para garantir a sua implementação em todo o espaço europeu.

O sistema judicial revela-se pouco afinado na resposta à litigiosidade de consumo

Em Portugal a aplicação de meios extrajudiciais à resolução de conflitos de consumo tem sido protagonizada, em grande medida, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo, datando de 1989 o primeiro centro sito na cidade de Lisboa⁷. Hoje existem

no panorama nacional sete centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência regional restrita aos concelhos abrangidos na sua égide⁸ e ainda dois centros nacionais especializados em conflitos na área dos seguros (CIMPAS) e no setor automóvel (CASA)⁹.

Uma característica comum aos vários centros de arbitragem de conflitos de consumo reside na adoção de um modelo faseado de resolução dos litígios, dividida em várias etapas, com a aplicação sucessiva de diferentes mecanismos. Este modelo, designado na doutrina estrangeira de *multistep conflict resolution*, tenta primeiramente granjear o acordo das partes para uma solução negociada através da mediação e da conciliação. Apenas frustrada a tentativa de obtenção do acordo por meios autocompositivos, se dá início ao julgamento arbitral, de carácter heterocompositivo, que desembocará na sentença final ditada pelo árbitro do centro. Estatísticas da Justiça revelam que em 2010 mais de 50% dos processos findos nos centros de arbitragem de conflitos de consumo ficariam resolvidos em sede de mediação¹⁰. Estes dados permitem perceber a importância deste mecanismo na obtenção de uma solução dialogada e célere pelas partes em conflito, pelo que no presente trabalho cingiremos a nossa análise na aplicação hodierna da mediação em Portugal, tendo em conta, designadamente, o novo enquadramento legal criado pela Lei 29/2013, de 19 de abril.

1. A mediação de consumo: aproximação conceptual

A conceptualização da mediação não constitui tarefa de fácil objetivação. Efetivamente, subjaz a este mecanismo de resolução de litígios a flexibilidade de procedimentos e das técnicas utilizadas pelo mediador, pelo que se torna difícil apresentar o conceito de mediação de forma minuciosa e restritiva.

Os vários centros de arbitragem de conflitos de consumo preveem a aplicação da mediação sem, contudo, a definirem. Em termos comparados, o Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro, que regulamenta o Sistema Arbitral de Consumo em Espanha, também consagra a mediação como forma de resolução deste tipo de conflitos no seu art. 38º, mas nada refere quanto ao seu conceito¹¹.

Neste contexto, haverá que se buscar na regulamentação geral da mediação a sua definição conceptual¹². A Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial¹³, no seu artigo 3º, alínea a), define a mediação como um *processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador*. O legislador comunitário abrange ainda neste conceito a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão, excluindo, dessa forma, as tentativas para solucionar por acordo o conflito, levadas a cabo pelo tribunal ou pelo juiz do próprio processo em curso, durante a respectiva tramitação. Segundo os desígnios comunitários, no âmbito dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, não constituirá mediação as tentativas de obtenção de acordo levadas a cabo pelo árbitro do processo em tramitação, antes de iniciado o julgamento arbitral.

Em Portugal, a mediação foi recentemente regulamentada de forma autónoma pela Lei 29/2013, de 19 de abril, estando definida no art. 2º, al. a), como *a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*. Esta prescrição legislativa acentua o poder conferido às partes para solucionar o seu conflito, enfatizando, desta forma, o *empowerment* dos mediados, inerente e caracterizador da mediação. Não são apontados na norma em análise outros elementos conceptuais que densifiquem o conceito de mediação, o que corresponde, em nossa opinião, à opção legislativa mais correta nesta

matéria. Com efeito, atendendo à flexibilidade de procedimentos inerente à mediação, seria indesejável estabelecer de forma minuciosa um conceito de mediação que coartasse a própria liberdade de atuação do mediador em cada caso concreto.

O conceito de mediação é, contudo, concretizado por referência aos princípios que norteiam a sua aplicação e a que o legislador dedica todo o Capítulo II da Lei 29/2013. Neste sentido, a mediação traduzir-se-á num procedimento voluntário (art. 4º), confidencial (art. 5º) que deverá garantir a plena igualdade das partes e o seu tratamento imparcial (art. 6º), constituindo o mediador um profissional independente e neutro (art. 7º), com competências adequadas ao exercício da sua atividade, podendo ser responsabilizado pela violação dos deveres legais e deontológicos que o vinculam (art. 8º).

Os referidos princípios materializam a essência da mediação distinguindo-a dos restantes meios extrajudiciais. A falta de capacidade decisória do mediador e a responsabilização das partes pela obtenção do acordo que satisfaça os interesses de ambas e coloque fim ao conflito que as opõe, segundo um procedimento regido por princípios éticos e deontológicos, são as notas que melhor definem conceptualmente a mediação.

O art. 3º da Lei 29/2013 pretende ver aplicados os princípios plasmados no seu capítulo II *a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio*. Consequentemente, a sua aplicação será extensível à mediação dos conflitos de consumo. Importará assim perceber como harmonizar a prática estabelecida ao nível da mediação de consumo em Portugal, com as novas exigências legais vertidas na Lei de Mediação.

2. A prática da mediação nos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo e nos CIACs: repercussões da nova Lei 29/2013

A prática da mediação ao nível dos conflitos de consumo em Portugal estará, em grande medida, concentrada nos CIACs (Centros de Informação Autárquicos do Consumidor) e nos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, que, ao longo da sua existência, foram recorrendo livremente a este procedimento sem amarras legais específicas. A promulgação da nova Lei 29/2013 é, por isso, suscetível de gerar dissonâncias na compatibilização legal com a experiência vivenciada nestas entidades que promoverão uma mediação de carácter mais institucionalizado¹⁴.

No que concerne aos CIACs, a mediação traduz a tentativa das partes encontrarem por mútuo acordo uma solução para o litígio, levada a cabo pelos técnicos que integram estas entidades. Nesta medida, a mediação experienciada nos CIACs poderá esbarrar na exigência legal plasmada no artigo 8º da Lei 29/2013, bem como na Portaria 344/2013, de 27 de novembro, e na Portaria 345/2013, também de 27 de novembro, relativas à organização de uma lista de mediadores de conflitos e à certificação de entidades formadoras de cursos de mediação de conflitos, respectivamente. Na verdade, os diplomas referidos pretendem incentivar a formação especializada dos mediadores por entidades certificadas, realidade que não é comum ou generalizada relativamente aos técnicos dos CIACs.

Mutatis mutandis, também nos centros de arbitragem de conflitos de consumo a mediação é conduzida pelo diretor ou pelos juristas do centro, independentemente da sua formação especializada neste específico âmbito. É certo que a consequência direta inerente ao art. 8º da Lei 29/2013 é a não executoriedade imediata dos acordos de mediação nos termos do art. 9º do mesmo diploma legal. Tal circunstância é obviada nos centros de arbitragem pela previsão da homologação do acordo de mediação pelo juiz árbitro. Ainda assim, considera-se pertinente a formação especializada dos técnicos que em Portugal levam a afeito a mediação dos conflitos de consumo, tendo em conta, designadamente, as especificidades que caracterizam este tipo de litigiosidade.

A conceptualização da mediação não constitui tarefa de fácil objetivação

Também problemático pode revelar-se o respeito pelo princípio da confidencialidade previsto no art. 9º da Lei 29/2013, uma vez que o mediador deve manter sigilo relativamente a todas as informações prestadas pelas partes no âmbito da mediação. Consequentemente, o diretor ou jurista do centro que promova a mediação terá de ter cautelas acrescidas quanto ao acompanhamento subsequente do processo arbitral se frustrada a mediação, uma vez que qualquer intervenção do mediador na tramitação ulterior não pode expor fatos discutidos ou debatidos pelas partes naquela sede.

O princípio da voluntariedade plasmado no artigo 4º da Lei 29/2013 impede a implementação de sistemas obrigatórios de mediação. Nestes termos, quando a Lei 23/96, de 26 de julho, relativa aos serviços públicos essenciais, vem estabelecer a arbitragem necessária para o prestador do serviço¹⁵, a obrigatoriedade decorrente da lei não poderá abranger a fase da mediação que se manterá completamente voluntária. Consequentemente,

o prestador do serviço público essencial pode declinar a participação numa sessão de mediação, não podendo sofrer qualquer sanção em virtude dessa recusa.

Em termos procedimentais, a Lei 29/2013 estabelece algumas regras que colidirão com uma maior flexibilidade de procedimentos dos centros de arbitragem ao nível da mediação. Assim, por exemplo, as menções obrigatórias quanto ao protocolo de mediação previsto no art. 16º dificilmente serão compagináveis com a mediação levada a cabo naqueles centros¹⁶. Não raras vezes, a mediação entre as partes é encetada por telefone ou por correio eletrónico, através do esclarecimento do consumidor e do

Os vários centros de arbitragem de conflitos de consumo preveem a aplicação da mediação sem, contudo, a definirem

agente económico quanto aos seus direitos e deveres, sendo o acordo obtido sem um contato direto prévio entre os mediados. Nesta medida poderá ficar precluída a possibilidade de assinatura do referido protocolo de mediação do qual constam as regras a observar na mediação. Sem embargo pensamos que a introdução da necessidade de assinatura do protocolo em análise poderá incrementar a implementação da mediação de consumo pela sua divulgação institucional entre os utilizadores dos centros de

arbitragem, que, dessa forma, poderão ter uma maior percepção do que é e para que serve este procedimento.

De igual modo, a previsão dos honorários do mediador não constitui uma prática no âmbito dos centros de arbitragem, que, na sua generalidade, são gratuitos, não cobrando quaisquer custas, nem mesmo quanto ao julgamento arbitral. As prescrições legais relativas à remuneração do mediador não são, todavia, impeditivas de que a mediação de consumo mantenha o seu caráter gratuito. Com efeito, os centros de arbitragem poderão assegurar o pagamento dos honorários do mediador como fazem de resto com o julgamento arbitral. Fora destes centros, designadamente ao nível da mediação encetada por mediadores privados, a cobrança de honorários dependerá de cada profissional.

Pelo exposto revela-se complexa a aplicação de algumas diretrizes estabelecidas pela nova Lei de Mediação, bem como a uniformização das práticas no âmbito da mediação de conflitos de consumo, tendo em conta os diferentes contornos que vai assumindo nos vários regulamentos dos centros de arbitragem nesta sede. A solução poderá passar pela criação de um Sistema Público de Mediação de Consumo gerido, por exemplo, pela Direção Geral

do Consumidor e com aplicação nos vários centros de arbitragem de conflitos de consumo, tal como possibilita a própria Lei 29/2013 nos artigos 30º e seguintes. No âmbito dos preditos sistemas existiria uma lista de mediadores especializados em mediação de consumo que seriam designados para a tentativa de obtenção de acordo entre consumidor e agente económico. Por outro lado, o acordo obtido poderia ser desde logo homologado pelo árbitro do centro, granjeando, dessa forma, força executiva nos termos do art. 14º da nova Lei de Mediação.

Independentemente da criação do preconizado sistema público de mediação de consumo, o certo é que nada impede atualmente a resolução de conflitos nestas matérias através do recurso a um mediador privado, o qual ficará vinculado a todas as regras consagradas na Lei 29/2013. Esta poderá ser inclusive uma via para ultrapassar os obstáculos relativos às restrições em termos de valor inerentes à competência dos centros de arbitragem de conflitos de consumo. Com efeito, alguns dos atuais centros apenas recebem reclamações respeitantes a conflitos de valor inferior a 5.000 euros¹⁷. Tal limitação quantitativa não se verifica na intervenção de um mediador privado.

As referidas dissonâncias entre a prática e a lei no que respeita à nova regulamentação da mediação e à praxis vigente no âmbito dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, justificaria, *per se*, uma intervenção legal nesta matéria. Neste sentido, aguarda-se que a transposição da Diretiva RAL (Diretiva 2013/11/EU, de 21 de maio de 2013) constitua a oportunidade para a criação de um sistema uniforme de resolução de conflitos de consumo, que integre a regulamentação específica da mediação nesta sede.

3. Julgados de Paz: a experiência de uma mediação facultativa e eventual

A análise relativa à mediação de consumo em Portugal não ficaria completa sem a referência à sua aplicação no âmbito dos Julgados de Paz, regulamentados pela Lei 78/2001, de 13 de julho, recentemente alterada pela Lei 54/2013, de 31 de julho. Em causa estão instâncias de decisão vocacionadas *para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes* (art. 2, n. 1, da Lei 78/2001)¹⁸.

Em matéria de consumo, estas entidades são competentes, designadamente, para ações destinadas a efetivar o cumprimento de uma obrigação, relativas ao incumprimento contratual ou respeitantes à garantia geral das obrigações, nos

termos das alíneas a), i) e j) do art. 9, n. 1, respectivamente, da *supra* referida Lei 78/2001¹⁹. Assim, os Julgados de Paz constituem uma via adicional de solução de conflitos de consumo em Portugal, colmatando igualmente as limitações territoriais dos centros de arbitragem regionais, tendo em conta que têm vindo a ser progressivamente instalados e se ambiciona que possam abranger todo o território nacional²⁰.

Uma das particularidades inerentes aos julgados de paz assenta na previsão da mediação como fase prévia e facultativa ao julgamento do processo, com o objetivo de estimular a resolução do litígio por acordo das partes (art. 16, n. 2). Neste sentido, nos termos do art. 49º da Lei 78/2001, *uma vez recebido o pedido e iniciado o processo no julgado de paz, é realizada uma pré-mediação, desde que qualquer uma ou ambas as partes não tenham previamente afastado esta possibilidade.*

Nos julgados de paz é ainda possível, nos termos do art. 16º, n. 3, o recurso à mediação relativamente a conflitos excluídos da sua competência, podendo aplicar-se, assim, a quaisquer conflitos de consumo, independentemente do valor ou do reclamante, mediante o pagamento de uma taxa que se cifra em 25 euros.

Em 2012, dos 10.971 processos findos nos julgados de paz, terminaram por acordo de mediação 2.167, o que é revelador da importância deste procedimento para a resolução de litígios.

Conclusões

A mediação visa proporcionar às partes a possibilidade de alcançarem a resolução amigável e concertada do seu litígio. No concreto âmbito que nos ocupa, a mediação de conflitos de consumo pode constituir uma oportunidade para o consumidor efetuar a sua reclamação de forma assistida por um terceiro – o mediador. Por outro lado, o agente económico perceberá a imagem que o consumidor tem do serviço ou produto prestado, podendo melhorar a sua atividade e ainda fidelizar o consumidor no futuro.

Como referimos no presente trabalho, a mediação responsabiliza as partes pela solução encontrada para o seu conflito e poderá ainda constituir um notável instrumento na capacitação dos mediados para a resolução de litígios futuros.

Pelas razões expostas, é facilmente perceptível a importância de uma aposta efetiva na implementação da mediação de consumo, que deve paulatinamente ganhar autonomia e reforçar o seu papel face à arbitragem.

A nova Lei de Mediação em Portugal poderá significar um novo ímpeto no recurso a este mecanismo. Contudo, este diploma, pelo seu carácter genérico, não tem em conta as especificidades inerentes aos conflitos de consumo. Assim, espera-se que a transposição da Diretiva RAL para o ordenamento jurídico português constitua a oportunidade para consagrar em Portugal um sistema extrajudicial de resolução de conflitos de consumo uniforme que promova a mediação e regule as suas especificidades.

Notas

¹ Contido na Resolução de 14 de abril de 1975, publicada no JOCE n. C 92, de 25 de Abril de 1975.

² Também a Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção de Consumidores, aprovada pela Resolução n. 543 da Assembleia Consultiva, de 17 de abril de 1973, prescrevia no ponto B), alínea i), o direito dos consumidores relativamente ao *acesso fácil e pouco dispendioso a um sistema de Jurisdição nacional ou a uma arbitragem oficial, no caso de pedidos de pequeno valor*.

³ COM(93) 573 final.

⁴ Cfr. Pegado Liz, Jorge (2004), “Justiças alternativas”, *Anuário Janus*, OBSERVARE/Jornal Público, disponível em http://janusonline.pt/2004/2004_3_4_5.html, consultado em 10 de fevereiro de 2011.

⁵ Ver Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades relativo ao *Processo Shearson Lehman Hutton*, de 19 de janeiro de 1993 [Processo nº C-89/91 (Colect. 1-139)].

⁶ Para uma análise mais detalhada das características dos conflitos de consumo, veja-se Marques Cebola, Cátia (2012), “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, pp. 16-19.

⁷ Sobre a arbitragem institucional em Portugal e, em especial, os Centros de arbitragem de conflitos de consumo, veja-se FROTA, Mário (2009), “Arbitragem institucional”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 57, e PEDROSO, João e CRUZ, Cristina (2000), *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, pp. 214 e ss.; Marques Cebola, Cátia (2012), “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, pp. 13-50.

⁸ Neste grupo inserem-se os Centros de Lisboa, Coimbra, Porto, Vale do Cávado, Vale do Ave, Algarve e Região Autónoma da Madeira. Com competência supletiva nacional nasceu, em 2009, o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC).

⁹ Foi ainda ensaiada a criação do CIMACE – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Comércio Eletrónico, cujo funcionamento não logrou, todavia, qualquer implementação prática.

¹⁰ Ver Estatísticas da Justiça disponíveis em <http://www.siej.dgpi.mj.pt>.

¹¹ Relativamente à mediação de conflitos de consumo em Espanha, veja-se, entre outros, Blanco Carrasco, Marta (2009), “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLII, pp. 129-152 y Vázquez, Eduardo (2010), “Mediation in Consumer Matters. An Approach in European and Spanish Law”, *Journal of Conflictology*, Vol. 1, n. 2, Campus for Peace, UOC.

¹² Note-se que a recente Diretiva 2013/11/UE (Diretiva RAL) expressamente refere no seu Considerando (19) que a sua aplicação não obstará à aplicação da Diretiva 2008/52/CE, uma vez que se pretende aplicar horizontalmente a todos os procedimentos de RAL, incluindo a mediação por esta abrangida.

¹³ Publicada no JOUE de 24 de maio de 2008 (referencia L 136).

¹⁴ Com efeito, o DL 146/99, de 4 de maio, que estabelece os princípios e regras a que devem obedecer a criação e o funcionamento de entidades privadas de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, não tem previsões legais expressas relativas à aplicação da mediação.

¹⁵ A arbitragem necessária tem neste caso caráter unilateral, uma vez que apenas vincula o prestador do serviço, constituindo uma opção dos utentes que sejam pessoas singulares, nos termos do art. 15º da Lei 23/96.

¹⁶ Neste sentido veja-se o parecer da Direção Geral de Consumo à Proposta de Lei de Mediação (PL 479/2012), disponível no seguinte endereço eletrónico, acedido a 14 de junho de 2013, <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?ID=37369>.

¹⁷ Assim se verifica no Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo.

¹⁸ Cfr. VARGAS, Lúcia Dias (2006), *Julgados de Paz e Mediação – Uma Nova Face da Justiça*, Almedina, Lisboa, pp.115-116.

¹⁹ Cfr. VARGAS, Lúcia Dias (2009), “O direito do consumo, os centros de arbitragem e os julgados de paz”, *Newsletter GRAL*, nº 5, Ministério da Justiça, p. 5.

²⁰ Ver *Estudo sobre o alargamento da rede nacional de Julgados de Paz* de 2007, realizado ao abrigo do protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça e o Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa – ISCTE, bem como o DINÂMIA – Centro de Estudos sobre a Mudança Socioeconómica, disponível no seguinte endereço eletrónico, acedido em 3 de março de 2012, http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estudo_Julgados_Paz%281%29.pdf.

O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO: UMA RESPOSTA AO DESAMPARO NA SOCIEDADE MODERNA

ALEXANDRE CHINI

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

Professor universitário

Mestre em Direito e doutorando em Psicologia

EXCERTOS

“Na sociedade moderna, o consumo passou a ter o papel de satisfazer as necessidades e realizar desejos para muito além das necessidades e desejos considerados básicos ou necessários para a sobrevivência”

“Os consumidores contemporâneos não buscam apenas o bem-estar material, mas também o bem-estar psíquico, que é promovido pela aquisição desenfreada dos mais variados itens de consumo”

“Na sociedade contemporânea, há uma verdadeira mania pelas marcas, que trazem intrinsecamente a ideia de qualidade para si, surgindo uma compulsão pela aprovação, fazendo com que o indivíduo da sociedade moderna substitua valores morais pelo desejo de brilhar, de ser melhor que os outros, de impressionar ou de ser importante”

“A sociedade de consumo só prospera quando perpetua essa sensação de desamparo dos seus membros, e sua insatisfação é agravada ainda mais pela frustração e pela infelicidade de uma total e inútil batalha, observando-se que nada que não é autêntico pode gerar a felicidade. E de modo superficial, esconder um desejo original jamais é autêntico”

“O superendividamento está ligado à relação complexa entre o indivíduo e a sociedade, isto é, o consumo como forma de relação social entre pessoas e instituições ou como mecanismo de reprodução social”

1. Introdução

O endividamento de consumidores é, de fato, um dos temas mais instigantes e socialmente relevantes que dizem respeito à autoproteção dos consumidores. Endividamento é um fato inerente à vida social, comum na sociedade moderna, pois mesmo os consumidores que não se endividam ou pagam à vista têm à sua disposição infinitas possibilidades de contrair crédito e fazer empréstimos. Essa é a lógica que move o mundo capitalista no Ocidente. Assim, quase sempre, para ter acesso a bens e serviços, os consumidores se endividam constantemente.

O tema tem sua relevância tanto no aspecto social quanto do indivíduo e ainda em suas decorrências jurídicas. O aumento do consumo atrai as pessoas, que se veem atônitas diante de tanta oferta de crédito facilitado. Na sociedade moderna, o consumo passou a ter o papel de satisfazer as necessidades e realizar desejos para muito além das necessidades e desejos considerados básicos ou necessários para a sobrevivência.

Deste modo, os consumidores contemporâneos não buscam apenas o bem-estar material, mas também o bem-estar psíquico, que é promovido pela aquisição desenfreada dos mais variados itens de consumo, o que acaba por modificar o conceito de necessidade.

2. A concessão de crédito como estímulo para o endividamento

O endividamento e o consumo de produtos e serviços específicos estão relacionados à necessidade que temos de aprovação de outros. E o capital, então, determina a receptividade e adesão a um grupo social, até mesmo determinando as amizades.

Nota-se que a substituição do desejo de ser amado pelo desejo de aprovação, de se destacar, de ser melhor que outros, de impressionar e de ser importante agravou o problema do endividamento dos consumidores.

O problema do endividamento está associado não somente ao estilo de vida urbano, em que o acesso a diferentes tipos de bens e serviços é acompanhado de forte pressão social para adquiri-los, mas também à compulsão do homem moderno por aprovação.

Nos dias de hoje, diferentemente do que ocorria nas décadas passadas, a disseminação do crédito faz com que grande parte dos bens seja acessível a

todas as camadas sociais, sendo a sua aquisição o fator que viabiliza inclusão ou pertença a essa sociedade de consumo. Como bem frisa Lipovetsky: “o consumo para si suplantou o consumo para o outro” (2010, p. 42). Todo mundo busca a aprovação e admiração nos olhos dos outros. E bem observa Bauman: “As bases para a autoestima fornecida pela aprovação e admiração de outro são notoriamente frágeis” (2009, p. 59).

Na sociedade contemporânea, há uma verdadeira mania pelas marcas, que trazem intrinsecamente a ideia de qualidade para si, surgindo uma compulsão pela aprovação, fazendo com que o indivíduo da sociedade moderna substitua valores morais pelo desejo de brilhar, de ser melhor que os outros, de impressionar ou de ser importante.

O esforço pela aprovação, para provar uma coisa ou para se sentir incluído torna-se uma luta constante e totalmente inútil. Nada que não seja autêntico pode trazer satisfação. Mesmo experimentando “vitórias temporárias” – admiração, aprovação, seja o que for –, a sensação final será de insatisfação e desamparo.

O processo de consumo traz questões acerca da subjetividade dos sujeitos, e nas concepções freudianas de sujeito e constituição, Freud (1895) desenvolveu um conceito fundamental para a análise da constituição do sujeito: o desamparo. Desta feita, para este autor, o desamparo é uma condição inerente ao ser humano, considerando-a como a dimensão a partir da qual se desenvolverá a vida psíquica do sujeito.

Nesse diapasão, verifica-se que na sociedade moderna os indivíduos são submetidos aos seus desejos e os fornecedores apresentam seus produtos com a promessa de gratificação total. E esse desejo, sensorial e ilusório, passa a ser realizável. Daí observa-se uma cultura em torno da imagem, da aparência, da boa forma, da juventude, que encontra suporte na demanda desse sujeito, e a subjetividade torna-se então uma peça fundamental para o sucesso desses fornecedores, pois o sujeito tem a sua demanda satisfeita, ilusoriamente, pelos produtos ofertados.

A partir dessa leitura do sujeito observado por Freud (1895), podemos pensar a cultura do consumo nessa sociedade moderna. Segundo o autor psicanalítico, o nascimento é a primeira experiência de ansiedade e desamparo pela qual passa o indivíduo, pois com o corte do cordão umbilical, dá-se início a um irreversível processo de adaptação e luta pela sobrevivência. A criança quando abandona o mundo uterino inicia um processo de desenvolvimento rumo à realidade concreta, simbolicamente marca a passagem da gratificação completa à permanente falta.

É essa, pois, a primeira experiência de ansiedade do ser humano, ou seja, a criança anteriormente fundida com a mãe, ao deixar seu casulo da vida uterina, entra em contato com a realidade que é, de início, uma fonte intensa de ansiedade. À medida que a criança começa a perceber a mãe como objeto externo, surge o receio de perdê-la, pois é a fonte do alimento, do cuidado e do carinho. E sempre o afastamento da mãe é visto como uma ansiedade para a criança.

Com o passar do tempo, a mãe tem outros interesses e necessidades, não podendo estar disponível na totalidade. A partir daí, a criança começa a sentir uma perda, e para recuperar o suposto amor perdido da mãe quer obter o reconhecimento e a sua aprovação.

Freud (1895) desenvolve o conceito de desamparo, apontando-o como uma característica diferencial e constitutiva do ser humano que nunca poderá ser superada pelo sujeito, pois este buscará sempre meios que possam, ainda que ilusoriamente, suprimi-lo.

Então, esse desamparo ou vazio, não é somente constitutivo do sujeito, como é também constituinte. O ser humano sempre terá uma busca constante do que possa satisfazer-lhe, preenchendo um vazio inaugural e numa repetição pela busca de aprovação, o que envolve as questões observadas anteriormente em relação à sociedade de consumidores.

Assim, a sociedade de consumo só prospera quando perpetua essa sensação de desamparo dos seus membros, e sua insatisfação é agravada ainda mais pela frustração e pela infelicidade de uma total e inútil batalha, observando-se que nada que não é autêntico pode gerar a felicidade. E de modo superficial, esconder um desejo original jamais é autêntico.

Para Bauman (2008) a sociedade de consumo utiliza como seu alicerce a promessa de satisfazer os desejos humanos em um nível que nenhuma sociedade no passado poderia imaginar em alcançar ou, menos ainda, tenha alcançado, mas a promessa de satisfação somente permanece sedutora enquanto o desejo siga insatisfeito. A decepção do sujeito moderno é inevitável na medida em que jamais esses indivíduos poderão atingir a posição que desejam; a vitória é sempre momentânea e jamais inclui tudo aquilo que eles gostariam para ver-se satisfeitos.

A cultura de consumo é marcada pela constante pressão sobre o consumidor para ser alguém diferente. O mercado de consumo foca na

O endividamento e o consumo de produtos e serviços específicos estão relacionados à necessidade que temos de aprovação de outros

imediate desvalorização de suas ofertas anteriores. Promove a insatisfação com a identidade adquirida e com o conjunto de necessidades pelas quais esta identidade é definida. Somos seres humanos sincrônicos, ou seja, que vivem somente para o presente, fruto de uma cultura imediatista que privilegia pressa e eficácia em detrimento da paciência e perseverança.

O superendividamento está ligado à relação complexa entre o indivíduo e a sociedade, isto é, o consumo como forma de relação social entre pessoas e instituições ou como mecanismo de reprodução social. O fenômeno do superendividamento é extremamente complexo e tem produzido impactos e consequências de várias ordens. Na sociedade, na vida familiar, nos relacionamentos interpessoais, além de conflitos intrapsíquicos. Todas essas consequências indicam uma grande desestruturação na vida de consumidores, causada pelo inútil esforço de receber aprovação, fruto de uma programação mental ou, como supõe Hofstede (1994), do “*software of the mind*”.

Vários autores têm abordado o tema. Entre eles, pode-se citar Lipovetsky (2010), Hofstede (1994), Featherstone (1995) e Bauman (2008). Das primeiras concepções de consumo, este tem sido visto no seu significado de relação entre pessoas, como algo que leva à reprodução de um sistema social desigual ou relacionado intimamente à criação do indivíduo como agente social e ao desenvolvimento desta identidade; da mesma forma que a tradição associada ao individualismo expressivo. O consumo também tem sido visto como meio de estabelecer uma espécie de relação vertical entre indivíduos e sociedade, entre estruturas sociais e pessoas, que agora são reconhecidas como agentes sociais. Aliás, para entender o consumo sem excluir elementos importantes, deve-se admitir que o consumo integre valores sociais e representações, práticas individuais, estruturas sociais e o sistema cultural e econômico.

Bauman, na sua obra *Modernidade e Ambivalência*, afirma que o mercado nos impõe “*identikits*”:

“Os reclames comerciais se esforçam em mostrar seu contexto social às mercadorias que tentam vender, isto é, como parte de um estilo de vida especial, de modo que o consumidor em perspectiva possa conscientemente adquirir símbolos da autoidentidade que gostaria possui. O mercado também oferece instrumentos para ‘construir identidade’ que podem ser usados diferencialmente, isto é, que produzem resultados algo diferentes uns dos outros e que são assim ‘personalizados’, feitos ‘sob medida’, melhor, atendendo às exigências da individualidade. Através do mercado, podem-se colocar juntos vários elementos do ‘identikit’ completo de um eu (...). A atração das identidades promovidas pelo mercado reside nos

tormentos da autoconstrução e da subsequente busca de aprovação social” (1999, p. 216).

Nesse sentido, os fornecedores não vendem aos consumidores produtos ou serviços, mas identidades, que vêm acompanhadas do rótulo de felicidade e aprovação social. Nesse percurso, a mídia encontra formas de seduzir os consumidores: criando ideias, comportamentos, imagens como ideais de perfeição, e ao consumidor só cabe realizá-los da única forma que a mídia mostra ser possível: por meio de um alto consumo. Porém, nenhum produto ou serviço pode interpor-se entre o sujeito e sua condição humana, a condição de desamparo.

De fato, “comprar” passou a ser um ato complexo e necessário da vida moderna. Assim, num ambiente de compra extremamente incentivada e facilitada, o processo decisório do consumidor sempre é formado pelo conjunto de muitas variáveis. Deste modo, a formação do consentimento do consumidor no ato da compra é o seu ponto fraco, alvo dos fornecedores para estimular a aquisição de produtos e serviços. Assim, o direito do consumidor deve voltar os olhos a este aspecto de maneira bastante efetiva, com objetivo de evitar surgimento de novos problemas nessa sociedade de crédito.

Nesse sentido, o superendividamento está vinculado a uma identificação do sujeito como pertencente a uma determinada classe social (CARPENA, 2006). Nas palavras do sociólogo Mike Featherstone¹, “no âmbito da cultura de consumo, o indivíduo moderno tem consciência de que se comunica não apenas por meio de suas roupas, mas também através de sua casa, mobiliários, decoração, carro e outras atividades, que serão interpretadas e classificadas em termos da presença ou falta de gosto” (1995, p. 123). O autor acrescenta, ainda, que “a preocupação em convencionar um estilo de vida e uma consciência de si estilizada não se encontra apenas entre os jovens e os abastados; a publicidade da cultura de consumo sugere que cada um de nós tem a oportunidade de aperfeiçoar e exprimir a si próprio, seja qual for a idade ou a origem de classe” (1995, p. 123).

O acesso ao crédito destaca-se como elemento indispensável para que o indivíduo participe dessa cultura de consumo. Afinal, opera no mercado de consumo tão somente aquele que dispõe de recursos financeiros, constituindo o crédito condição essencial para a aquisição de produtos e fruição de serviços. Não raro obter-se uma concessão de crédito apresenta-se como única forma de acesso ao consumo (CARPENA, 2006).

O crédito concedido aos consumidores não apenas atende como também cria necessidades, vinculado que está o padrão de consumo a uma identificação

do sujeito como pertencente à certa classe social. Deste modo, o endividamento tornou-se um fato inerente à atividade econômica, servindo como meio de financiá-la (COSTA, 2002). Numerosos consumidores estão se endividando para consumir produtos e serviços, sejam essenciais ou não (MARQUES, 2006). Vive-se uma verdadeira economia ou cultura de endividamento.

Vale dizer que o superendividamento do consumidor é um fato inerente à atividade econômica e social, pois na economia atual o crédito deixou de ser considerado um mal necessário para ser concebido como uma força que se impõe no desenvolvimento econômico e social do país (LIMA, 2010). A emergência de uma nova cultura de endividamento fez do crédito um elemento normal e aceito na vida dos particulares, sendo visto até mesmo como uma manifestação de liberdade e autonomia.

3. Considerações finais

Assim, após a discussão, percebe-se que, de fato, o endividamento é um fenômeno intrínseco à sociedade moderna, na qual o cidadão adquire *status* na sua comunidade proporcionalmente ao número de bens consumidos – quanto mais você tem, mais você é.

E a busca por *status* é parte integrante da condição humana, a condição de desamparo, que, alguns mais, outros menos, têm como acompanhante ao longo de sua existência (SCHWERINER, 2006).

Para o estudo do superendividamento do consumidor, os conhecimentos de natureza sociológica, ética, política, de psicologia, de economia e direito são essenciais, pois expõem o indivíduo no interior de seu contexto sociocultural. Da mesma forma, o ser humano, quando nasce, carrega consigo um comportamento natural determinante, ligado à sua estrutura biológica, o qual, todavia, durante o seu crescimento é moldado pelas atividades culturais dos outros com quem ele se relaciona.

Segundo Hofstede (1994), todas as pessoas têm padrões de pensamento, sentimento e ações potenciais internas que foram aprendidas durante a vida, na maioria das vezes adquiridas durante a infância, quando somos mais suscetíveis ao aprendizado e à assimilação. Hofstede faz uma analogia com computadores, quando ele afirma que pessoas são programadas, ou seja, que o comportamento é predeterminado por um programa mental (um *software* da mente), o qual pode ser encontrado no meio social em que cada um coleta suas experiências de vida.

Neste aspecto, para Hofstede, tal *software* é a cultura, que é aprendida e não herdada, derivada de um meio social. Assim, pode-se associar a cultura de endividamento a esta programação mental da sociedade pós-moderna em que os seres humanos estão envolvidos, visto que suas atitudes são semelhantes a um *software*, como se estivéssemos programados para ser mais um consumidor, condicionado por tal cultura. Isto torna a questão do superendividamento ainda mais pertinente, perturbante e provocante: se podemos ser programados, seríamos, então, culpados ou vítimas do sistema?

Pode-se dizer que os consumidores endividados são, na realidade, vítimas de um sistema cultural imposto pela sociedade, na qual o consumo se tornou a medida de uma vida bem-sucedida. Consumir e possuir determinados objetos e adotar determinados estilos de vida é a condição necessária para a felicidade e dignidade humana, perseguida por todos nós consumidores.

Notas

¹ Segundo Mike Featherstone, para a compreensão da sociedade contemporânea, seria necessário o estudo da cultura de consumo dando ênfase ao mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação. Observe-se que o autor identifica três perspectivas fundamentais para o desenvolvimento do seu estudo. Em primeiro lugar, “a cultura de consumo tem como premissa a expansão da produção capitalista de mercadorias, que deu origem a uma vasta acumulação material na forma de bens e locais de compra de consumo. (...) Em segundo lugar, há a concepção mais estritamente sociológica de que a relação entre a satisfação proporcionada pelos bens e seu acesso socialmente estruturado é um jogo de soma zero, no qual a satisfação e o status dependem da exibição e conservação das diferenças em condições de inflação. Neste caso, focaliza-se o fato de que as pessoas usam as mercadorias de forma a criar vínculos e estabelecer distinções sociais. Em terceiro lugar, há a questão dos prazeres emocionais do consumo, os sonhos e desejos celebrados no imaginário cultural consumista e em locais específicos de consumo que produzem diversos tipos de excitação física e prazeres estéticos”. In: FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernidade*. São Paulo: Studio Nobel, 1995, p. 121-3.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

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

_____. *A arte da vida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARPENA, Heloísa. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES. Cláudia Lima et CAVALLAZZI,

Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

COSTA, Geraldo de Faria Martins Da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: RT, 2002.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernidade*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FREUD, S. (1895) *Projeto para uma psicologia científica*. In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1986 a.

_____. (1926) *Além do princípio do prazer*. In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1986b.

_____. (1930) *O mal-estar na civilização*. In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: Edição Standard Brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1986c.

HOFSTEDE, G. *Cultures and organizations: cultural cooperation and its importance for survival*. London: McGrawHill International, 1994.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Tradução de Patrícia Xavier. Lisboa: Edições70, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

SCHWERINER, Mário Ernesto René. *Comportamento do consumidor: identificando ensejos e supérfluos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS

THE INDEBTEDNESS OF THE BRAZILIAN
CONSUMER: SOCIAL AND LEGAL ASPECTS

AGOSTINHO OLÍ KOPPE PEREIRA*

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos
(UNISINOS)

CLEIDE CALGARO**

Doutora em Ciências Sociais na Universidade de Vale do Rio dos Sinos
(UNISINOS)

WILLIAM NILTON VARELA

Bacharel em Direito na Universidade de Caxias do Sul (UCS) e advogado

RESUMO

No presente trabalho se analisará a situação do consumidor superendividado. O superendividamento necessita de regulamentação específica para que se possa buscar uma efetiva prevenção para aqueles – os consumidores – que são mais vulneráveis na relação de consumo. Essa vulnerabilidade consumista vem, muitas vezes, da mídia através da publicidade que o incentiva ao consumo; outras vezes vem do crédito fácil, em longos prazos, sem consulta aos registros de inadimplentes. Desse modo, para que o consumidor superendividado tenha condições de se recuperar efetivamente, torna-se necessário o sancionamento de leis que objetivem a reestruturação do consumidor já superendividado. Com essa reestruturação pretende-se, além de outros aspectos que serão tratados no trabalho, estabelecer a possibilidade de acordos entre o consumidor e seus credores, tendo em vista novas formas de pagamentos que sejam compatíveis com a renda desse consumidor, protegendo o seu mínimo existencial e sua dignidade.

ABSTRACT

This article examines the issues of the indebted consumer. The indebtedness requires specific regulation to improve the prevention to those – the consumers – that are more vulnerable in the consumption relation. This consumer vulnerability comes through publicity in mass media that encourages to consumption; also by the easy credit in long term without consulting the records. Thereby, for the indebted consumer to have effective recovery conditions, laws that aim the consumer restructuring are necessary. This restructuring pretends, besides other aspects approached in this paper, to set up the possibility of agreements between the consumers and their creditors, to open new ways to pay the debts that are compatible with the consumers income, protecting their dignity.

* Outras qualificações do autor

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Professor e pesquisador no mestrado e graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul; Coordenador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica. CV: <http://lattes.cnpq.br/5863337218571012> e-mail: Agostinho.koppe@gmail.com.

** Outras qualificações da autora

Doutorando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Mestre em Direito (UCS); Professora da Universidade de Caxias do Sul (UCS); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

1. Introdução

No presente trabalho objetiva-se explicar os principais motivos do superendividamento do consumidor, analisando aspectos teóricos e jurídicos sobre o tema.

Parte-se da análise da condição em que o consumidor se posiciona diante da sociedade moderna, que o influencia cada vez mais ao hiperconsumismo, através de publicidades disponibilizadas na internet, TV, rádio, panfletos etc. A sociedade moderna, hiperconsumista, foi gerada sobre o aspecto econômico, em que o cidadão passou a ser avaliado pelo que possui e não pelo que é.

Nessa seara, mesmo que o consumidor não tenha condições de obter determinado produto, ele é induzido a dispor de seus proventos, atuais e futuros – créditos – para conseguir determinado bem. O que se tem notado, nesse contexto, é um cidadão altamente influenciado ao consumo desenfreado, gerando, sobre ele, desde distúrbios moderados até verdadeira compulsão para as compras.

O consumidor superendividado não possui, na legislação brasileira, um conceito específico estabelecido pelo legislador. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 –, ao estabelecer sobre a proteção do consumidor, dispõe alguns princípios que podem ser aplicados em benefício do consumidor superendividado, como o princípio da transparência, da boa-fé, da informação e clareza nos contratos. Nesse mesmo contexto, a Política Nacional de Relações de Consumo institui a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo.

Por outro lado, com o intuito de modificar o Código do Consumidor em busca de uma efetiva proteção ao consumidor superendividado, tramita no Legislativo brasileiro um projeto de lei que trata do assunto. O superendividamento possui, hoje, grande relevância social, pois se tem presenciado, a cada dia que passa, o aumento de cidadãos consumidores que não conseguem fazer frente aos compromissos assumidos através de créditos que superam as suas possibilidades de ganhos, ficando totalmente desamparados pelo Estado, uma vez que inexistem normas que tenham como objetivo o tratamento e a proteção do consumidor superendividado.

2. A sociedade moderna e o hiperconsumo

Dentro do contexto global da modernidade cabe se fazer recordar que na pré-modernidade a sociedade era constituída de maneira simples,

encontrando-se basicamente um estabelecimento de cada mister. Exemplo disto é que havia um sapateiro, um ferreiro, uma mercearia, um marceneiro e, nesses casos, os produtos eram produzidos a um consumidor específico. Explica-se melhor: na sociedade pré-moderna o sapato era produzido em unidade, conforme a quantidade de pedidos que havia na época. Assim, o consumidor “X” solicitava um sapato e eram tiradas as medidas do pé deste consumidor para que fosse fabricado o sapato com suas medidas únicas.

Além de esse produto possuir as medidas únicas, o que mais influenciava os consumidores da época a consumir era a durabilidade do produto: que aquele determinado sapato duraria por muitos anos, sem se preocupar em ter que comprar outro modelo. A compra do mesmo produto era cogitada somente se o primeiro sapato obtivesse uma avaria depois de muito tempo de uso, como gastar a sola, rasgar o couro por algum tipo de eventualidade. Desta forma se conseguia a fidelidade do cliente pela durabilidade do produto e, posteriormente, a fidelidade da família deste consumidor.

Já na sociedade moderna, todo o tipo de produto em que se pode pensar é criado e confeccionado em grandes fábricas, que possuem capacidade de produção extraordinária e em série, sem a preocupação individual. Após, esses produtos são colocados em lojas e, portanto, à disposição do consumidor, ao alcance de sua mão, ou como na sociedade *cyber* moderna em que vive “tudo ao alcance de um clique” na comodidade e segurança dos lares.

Antes da revolução industrial, em regra geral, a sociedade consumia somente o necessário. Nessa época comprava-se o mínimo possível, com o intuito de que durasse por “uma vida inteira”. Volta-se ao exemplo do sapato: hoje em dia um sapato entra e sai tão rápido de moda que mal se pode usá-lo por algumas vezes; se fosse antes desta sociedade de consumo que se tem hoje, o sapato seria apenas mais uma indumentária do vestuário, confeccionado para durar tanto quanto fosse possível. Hoje um sapato dura em torno de três a seis meses por dois simples motivos: o primeiro deles é por ficar fora de “moda”, algo obsoleto, para muitos é motivo de vergonha aparecer em público com tal objeto antes tão desejado; o segundo, por serem fabricados milhares de exemplares por hora, sendo na grande maioria dos casos somente bonitos, mas não produzidos com o intuito de ser um sapato durável para o consumidor, e sim mais um produto descartável.

Atualmente, nesta sociedade moderna consumista que se presencia, os objetos demonstram muito sobre a pessoa, como, por exemplo: o seu trabalho o seu conhecimento, o seu estilo de vida ou a sua ideologia. Nesse diapasão,

um objeto de determinada marca pode dar poder, demonstrar o quanto ela é capaz e até mesmo induzir a que outras pessoas o admirem e respeitem por ser detentor de tal objeto, chegando ao ponto deste objeto impor uma identidade ao possuidor.

Essa sociedade moderna torna fácil a entrada na seara do mundo consumista, pois seu mote é criar o querer, o desejar ser consumidor. Isso é muito bem explicado por Zygmunt Bauman, que assim pondera sobre a cultura consumista na sociedade contemporânea:

*“A cultura consumista é marcada por uma pressão constante para que sejamos alguém mais. Os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham. Engendram a insatisfação com a identidade adquirida e o conjunto de necessidades pelo qual se define essa identidade.”*¹ (grifo do autor)

Conforme exposto por Bauman, pode-se entender que a atual sociedade é baseada na cultura do consumismo, confirmando o exemplo antes exposto sobre o sapato e o modo de pensar perante algo novo e moderno. Isso é facilmente inserido no subconsciente do cidadão através das publicidades. No que se refere à publicidade – tendo em vista a manutenção do sistema –, verifica-se um direcionamento para a população mais jovem, que desde pequena é moldada com esse pensamento de ter de consumir sempre o que é novo, pois os adultos já foram e continuam sendo alvo da ilusão transmitida pela publicidade que vende o “prazer instantâneo”, moldado nesta nova forma de viver, de ter, de comprar e do querer momentâneo.

Desse modo, através da promessa de felicidade instantânea, configura-se a facilidade de persuasão do indivíduo. Nesse viés os consumidores são direcionados para que entrem em shoppings não porque necessitem de algum produto, mas apenas para verificar os produtos novos, que acabam de ser lançados.

Nessa sociedade capitalista moderna não se tem como escapar do ato de consumir, que é algo essencial para a sociedade econômica como um todo e, isto, a princípio, não traz problemas para o cidadão. Porém, o que se aborda no presente trabalho não é o ato de consumir por necessidade, mas sim o excesso do consumo, o consumo desregrado, o hiperconsumismo, que são

O consumidor
superendividado
não possui,
na legislação
brasileira, um
conceito específico
estabelecido pelo
legislador

causadores de patologias como a bulimia, a anorexia, a *oneomania* e tantas outras que atingem todas as classes sociais.

Esse hiperconsumo moderno foi e é, seguramente, projetado pela publicidade que está exposta em todo lugar pelos meios de comunicação, como rádio, TV, *outdoors* e revistas com os mais variados assuntos e imagens, enfatizando padrões de beleza inalcançáveis e destacando que toda a nova tecnologia se torna essencial e necessária.

Na realidade, as escolhas no mercado consumista, muitas vezes, são influenciadas por alguns modismos, por algumas “necessidades” que são apenas hábitos sociais. Essas “escolhas” são impostas ao indivíduo pela mídia no dia a dia sem que ele perceba.

Cria-se, através do *marketing*, um comprar compulsivo que destrói o livre-arbítrio. Na grande maioria dos casos essas compras são de produtos com valores que vão além das possibilidades financeiras do comprador. Essa compulsão de querer comprar engana o autocontrole e também a razão. Denomina-se esta compulsão por *oneomania*, que advém das palavras gregas *onius*, que é a venda, e mania que é insanidade. Esse é o termo técnico para a síndrome de comprar compulsivamente. Esta denominação foi dada por Kraepelin em 1915 e Bleuler em 1924. Apesar de este termo ter sido criado há mais de um século, somente em torno de quinze anos para cá esta doença voltou a ser estudada no âmbito científico, considerando-a desconhecida por todos da área psicomental².

Nota-se um aumento considerável de pessoas com os distúrbios derivados da sociedade moderna hiperconsumista em que se vive. Antes da Revolução Industrial, quando não existia uma produção excedente, não se tinha motivos para incitar os consumidores às compras. Porém, com a produção em grande escala, tudo se torna diferente e para sustentar os lucros da produção incentivou-se a criação da sociedade de consumo e, indiscutivelmente, essa sociedade – que se funde e confunde com a capitalismo – se desenvolve sobre a necessidade constante do desejo: de comprar; de felicidade através da compra; da afirmação pessoal através dos bens.

Nesse contexto do capitalismo consumista – onde o homem é o lobo do homem – todos não podem ter tudo, pois nem todos têm a capacidade de sustentar o que gostariam de ser; assim, acaba surgindo o conflito entre o poder ter e o querer ter. A partir daí, o indivíduo/consumidor passa a superendividar-se para ter o que lhe possibilita aparentar ser, embora não seja. É, realmente, uma sociedade do espetáculo. Isto é um fato que o filósofo Guy Debord explica em sua obra “A sociedade do espetáculo”: muitas

vezes, o indivíduo desta sociedade tem pudor de aparentar sua real situação econômica, escondendo seu estado de pouco poder aquisitivo. Dessa forma, esse consumidor tenta demonstrar uma coisa que realmente não é, tendo como parâmetro um padrão de vida de poucos privilegiados³.

Essa sociedade demonstra-se extremamente despreparada para suportar os problemas causados pelo capitalismo moderno. O hiperconsumismo é oriundo dessa imposição do “ter momentâneo” ou do “ter aparente. Há um apelo exagerado ao consumo, induzindo o consumidor a buscar um determinado padrão de vida para que seja respeitado ou até mesmo admirado por outros. Esse padrão de vida imposto pela sociedade moderna transforma o indivíduo em um ser “oneomaniaco”⁴, pelas fortes influências que sofre no dia a dia.

A seguir se demonstrará como a publicidade, dentro da sociedade moderna hiperconsumista, pode ser indutora do consumo e levar o consumidor ao superendividamento.

3. A publicidade como indutora do consumo e do superendividamento

O consumo na atual sociedade moderna hiperconsumista é impulsionado pelo *marketing*. O *marketing* do consumo estuda o mercado, define uma estratégia de venda, coloca na mídia uma publicidade chamativa, vende um determinado produto e finaliza com o pós-venda.

Esse *marketing* procura, muitas vezes, um meio de focar uma falha na sociedade, procurando uma lacuna, para revelar à sociedade que lhes falta algo (des)necessário. Esta estratégia de vendas pesquisa o mercado onde vai ser inserido o produto e como este será anunciado pela mídia que, por sua vez, é o veículo que dá suporte aos impulsos e sedução do consumidor para comprar cada vez mais aquilo que não precisa, iludindo o consumidor de que adquirindo poderá “viver bem e ser feliz”.

Com o *marketing* do consumo chega-se ao momento do pós-venda. É a ocasião em que é estendido o relacionamento do fornecedor com o cliente, procurando saber se o seu cliente se encontra satisfeito com o bem ou serviço adquirido, proporcionando ao consumidor uma satisfação pelo fato de ser bem atendido na hora e após a compra. Dessa forma, o fornecedor adquire a confiança do consumidor, conseguindo a fidelidade dele para novas compras.

José Benedito Pinho explica por que o pós-venda é de grande valia para o fornecedor: “os especialistas de marketing asseguram que conquistar um cliente novo custa cinco vezes mais caro para a empresa do que transformar um comprador eventual em consumidor fiel à marca.”⁵

Esta fidelidade, muitas vezes, é adquirida quando o consumidor se encontra tão realizado com o produto adquirido que, posteriormente, quando houver um melhoramento, ele estará de prontidão para adquirir o novo objeto de consumo, substituindo o antigo. Assim, este mesmo consumidor faz o trabalho de venda para esta empresa, indicando seu produto para amigos, parentes, vizinhos e pessoas de seu convívio. Muitos consumidores quando falam do produto reportam-se como se a marca fosse sua: “a minha marca é...”. Ocorre, aqui, uma ligação/relação íntima entre consumidor e marca.

Por outro lado, a cultura consumista se concentra na desvalorização imediata de suas antigas ofertas para que deixe espaço a uma nova demanda pública de ofertas superiores à anterior. Com a introdução do *marketing* nesta sociedade consumidora, conseguiu-se induzir o consumidor a pensar que ele dispõe de uma liberdade de escolha: “cobiçada liberdade do consumidor é, afinal, o direito de escolher ‘por sua vontade própria’ um propósito e um estilo de vida que a mecânica supraindividual do mercado já definiu e determinou para o consumidor”⁶.

Desse modo, o mercado vem a impor um determinado produto, lúdico se pode assim dizer, dando a impressão ao consumidor de que dispõe de uma “liberdade” de comprar aquele determinado produto.

Esta “liberdade” do consumidor é muito bem explicada nas palavras de Zygmunt Bauman:

*“A liberdade do consumidor significa uma orientação da vida para as mercadorias aprovadas pelo mercado, assim impedindo uma liberdade crucial: a de se libertar do mercado, liberdade que significa tudo menos a escolha entre produtos comerciais padronizados.”*⁷

A liberdade de escolha dos produtos expostos aos consumidores é imposta pela publicidade consumista, que acaba conduzindo a sociedade consumidora a adquirir algo que pode muitas vezes não necessitar.

Também, nessa mesma sociedade moderna em que se convive, é fácil encontrar placas de variados tamanhos, anunciando que em determinado estabelecimento se encontra uma grande promoção, muitas vezes denominadas por “limpeza de estoque”, “queima de showroom”, “liquidação total com 40% a 60% de desconto”, “pague um e leve dois” e muitas outras formas de chamar a atenção da clientela, com o intuito de incitar o *homo consumens*⁸ que existe dentro do íntimo de cada um.

Hoje se tem a publicidade impulsiva que mostra o novo, o tecnológico, design diferenciado e inovador⁹, com aquele pensamento de que “compro, logo sou...”¹⁰, desta forma chamando a atenção da sociedade para o ato de consumir o novo e melhor.

Portanto, essas estratégias da publicidade são destinadas ao consumidor final, sempre com a finalidade de chamar a atenção, provocando o seu interesse em conhecer o “novo”, estimulando o seu desejo compulsivo de comprar, informando que determinada marca é a primeira e inovadora nesse mercado a disponibilizar determinado serviço ou produto, transformando o simples desejo em uma ação imediata de ir e comprar¹¹.

Na grande maioria das publicidades o incentivo ao consumo se determina pelo fato de ser, o produto ou serviço, “novo e inovador”. Dessa forma, a publicidade cria muitas necessidades que não existem e, ao mesmo tempo, impõe um modo de pensar para o cidadão de que ele necessita adquirir o produto ou serviço, pois, sem este, sua vida não tem o sentido equivalente ao sucesso e à felicidade. Inconscientemente o cidadão vai sendo induzido a que ele está em uma posição inferior e infeliz, inserindo a ideia de que somente poderá ser realmente superior e feliz se consumir. Assim, comprando o bem ou o serviço ele se torna mais bonito, querido e aceito pela sociedade.

Cria-se, através
do *marketing*,
um comprar
compulsivo que
destrói o
livre-arbítrio

É com este raciocínio que todas as marcas investem somas extremamente altas no jogo que é a publicidade, esperando o momento em que uma marca pode tornar-se um bem de luxo apreciado por todos da sociedade consumista. Esse consumo é estimulado o tempo todo, chegando ao ponto do consumidor não conseguir mais comprar o que quer mas o que é induzido a querer e, através desta indução, gera-se o desejo incontrolado que leva ao endividamento.

Para a economia, a possibilidade de crédito para o consumidor projeta um estímulo, proporcionando novas publicidades que incentivam o consumidor a adquirir cada vez mais sem pensar no amanhã, impulsionando não somente a publicidade dos produtos, mas também a publicidade das entidades financeiras e provocando o consumo imediato com o dinheiro que o consumidor ainda não possui para gastar.

Nesse diapasão, a seguir, trabalhar-se-á sobre o crédito e suas consequências na sociedade de consumo.

4. Crédito na sociedade hiperconsumista

O banco é classificado como fornecedor, portanto se pode avançar sobre o crédito em nossa sociedade pelo estilo de vida hiperconsumista a que o *marketing* instruiu o consumidor.

A produção em massa foi acompanhada pela venda em massa, localizada em pontos como: shoppings; centros de conveniências; feiras de móveis, eletrodomésticos e eletroeletrônicos; grandes magazines; centros de todas as cidades e, mais recentemente, pela internet. Desde os primórdios da sociedade humana sempre se necessitou de feiras, ou centros, onde eram feitas as compras ou, como no início da civilização, onde eram feitos os chamados escambos.

Esse tipo de comércio, no qual se localiza tudo em um só ponto, tem como principais atrativos a facilitação do contato com a grande variedade de mercadorias, a segurança e até mesmo o crédito. Desta maneira, a mercadoria é escoada em pouco tempo, transformando a lucratividade na quantidade de vendas e não pela unidade vendida. Assim, esses vendedores atraem do consumidor que deseja comprar um xampu até aquele que deseja adquirir um automóvel.

Gilles Lipovetsky menciona em sua obra “A felicidade paradoxal”:

*“A sociedade de consumo criou em grande escala a vontade crônica dos bens mercantis, o vírus da compra, a paixão pelo novo, um modo de vida centrado nos valores materiais. Shopping compulsivo, frente dos objetos, escalada das necessidades, profusão e esbanjamento espetacular.”*¹²

Tudo parece girar em torno do consumo, como se nada mais fosse importante. Tudo o que a mídia informa é tido como certo e inquestionável, transformando os cidadãos em hiperconsumistas. Nessa seara, corroboram o fácil acesso ao produto e também o fácil acesso ao crédito, seja através das parcelas disponibilizadas pelas lojas, ou pela facilidade que os cartões de crédito possibilitam ao consumidor.

O consumidor, impulsionado pela publicidade, encontra-se pré-disposto a fazer o que for necessário para adquirir o produto do desejo. Desta forma, na hora do pagamento, torna-se evidente a ida até um caixa eletrônico para o saque do montante a ser gasto. Todos os correntistas se deparam, frequentemente, ao olhar o saldo da conta bancária, com uma publicidade automática na tela, demonstrando um crédito disponível, que pode ser sacado e gasto da maneira que quiser. Muitos, na excitação de gastar, não têm a consciência de que esse dinheiro não é de sua propriedade, caindo, assim, nas garras do crédito fácil oferecido pelos bancos.

Nesse contexto do crédito fácil, somente em um segundo momento o consumidor se dará conta do quanto irá pagar de juros pela dívida adquirida. Esta nova dívida não estava prevista no bolso do consumidor, desse modo coloca-o em risco de superendividamento pelo fato de contrair um empréstimo sem a análise da sua real necessidade. Esta tática é bastante usada pelos bancos, que acabam incentivando os seus clientes a consumir sem pensar no amanhã e sem analisar se estão em condições de adimplir com as dívidas adquiridas naquele momento impulsivo.

No entanto, a sociedade hiperconsumista não se contenta em ver o cidadão com seu limite de crédito no máximo, vez que, se um cartão já não possui mais crédito, outros virão para aumentar o poder de compra desse consumidor – muitas vezes, novos créditos são dados sem consulta a qualquer órgão de proteção ao consumidor – não o deixando sem a possibilidade de gastar. Assim ele, o consumidor, continua influenciado ao ato de consumir imposto pela sociedade.

O consumidor que se coloca nessa situação – em que não consegue deixar de comprar, mesmo endividado – já se tornou um consumidor compulsivo e, muitas vezes, se tornou um onemaníaco. Toda essa compulsão vem do modo de vida consumista que é ensinado de uma maneira muito simples, pois “a vida de consumo não pode ser outra coisa senão uma vida de aprendizado rápido, mas também precisa ser uma vida de esquecimento veloz”¹³. Portanto, o consumidor é incentivado a hiperconsumir e a esquecer, rapidamente, o que ele adquiriu, vez que, somente assim esse hiperconsumidor irá às compras novamente, desprezando o que ele já comprara. Outro esquecimento necessário é o das dívidas contraídas, ou seja, não pensar como ele irá pagar o que está adquirindo no “momento auge de felicidade” – a compra.

No instante seguinte se analisará o superendividamento que o consumidor acaba sofrendo na sociedade moderna hiperconsumista.

5. Superendividamento do consumidor

No Brasil não se possui legislação específica que trate do superendividamento do consumidor; porém, pode-se apontar vários princípios do direito pátrio que, indiretamente, podem auxiliar o enfrentamento do problema, como: a hipossuficiência¹⁴, a vulnerabilidade¹⁵, a transparência¹⁶, a boa-fé objetiva¹⁷, a informação¹⁸, a clareza nos contratos, o mínimo existencial da dignidade da pessoa humana¹⁹, o controle das publicidades²⁰ entre outros.

O superendividamento causa grandes dificuldades na vida do consumidor. Muitas vezes, endividado, ele fica diante da escolha entre pagar as dívidas ou comprar alimentos para a família. Se optar por uma solução fica sem a outra. Para resolver a situação ele recorre a créditos ou cartões de crédito que cobram juros exorbitantes, agravando cada vez mais a situação que já era de endividado para superendividados. No patamar de superendividado, ele já não consegue mais crédito e, muitas vezes necessita vender bens para minimizar sua situação. Nesse contexto, as dívidas no cartão de crédito, ou em outras formas, só tendem a crescer, transformando os valores pendentes em uma verdadeira “bola de neve” para o consumidor superendividado que, sem êxito, está constantemente nas listas dos bancos de dados negativos.

Nessa situação difícil, a legislação brasileira se demonstra carente em ajudar o consumidor superendividado, porém o Código de Defesa do Consumidor brasileiro possui algumas regras que podem ser usadas para proteger o consumidor superendividado, enquanto os legisladores brasileiros não elaborem legislação pertinente sobre o assunto. Para melhor compreensão pode-se destacar: o art. 6º, inc. IV, art. 43, art. 46, art. 49, art. 52 e art. 54, todos do Código de Defesa do Consumidor²¹. No entanto, já é de se deixar dito que nenhum desses dispositivos resolve o problema do superendividamento.

O artigo 6º, inciso IV²², dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, visando protegê-lo de tentativas maliciosas e desleais dos fornecedores e de ser manipulado por cláusulas contratuais abusivas.

Na prática, os fornecedores de crédito colocam, no mercado, várias formas para persuadir e “fiscar” o consumidor para a aquisição de mais crédito. Quando se possui muitas variedades de se adquirir crédito, poder-se-ia pressupor que quanto maior é a oferta menores são os juros, mas não é o que acontece. Os bancos e as financeiras operam com taxas muito semelhantes, o que inviabiliza uma ação efetiva do consumidor para sair do superendividamento. Dessa maneira, quem necessita de crédito para poder pagar suas dívidas recorre a novas dívidas para adimplir as dívidas velhas, sem a possibilidade de minimização do problema.

Assim, para o direito, o consumidor ao adquirir nova dívida para saldar as antigas cumpre uma formalidade de conduta – saldando suas dívidas –, porém não é levado em consideração que o consumidor não resolveu o problema, mas apenas contraiu novas dívidas, continuando superendividado.

Aproveitando-se o enfoque no artigo 6º do CDC, ressalta-se o inciso V, que prevê para o consumidor uma revisão de seu contrato em caso de

onerosidade excessiva. Contudo, este dispositivo está mais para uma análise de abusividade do que para a proteção do sistema de endividamento.

Analisando-se o artigo 43²³ do CDC, observa-se que ele trata dos bancos de dados e cadastros de consumidores. Este artigo dispõe que o consumidor sempre terá acesso aos cadastros, fichas, registros, seus dados pessoais e seus dados arquivados, podendo requerer a retificação de qualquer dado incorreto existente. A abertura de cadastros deverá ser solicitada ou ter o pedido por escrito, pelo consumidor, às agências onde se encontram esses cadastros, que são de caráter público. Ressalta-se que qualquer registro feito há mais de cinco anos deverá ser retirado do banco de dados.

O artigo 46²⁴ do CDC trata da proteção contratual, desobrigando o consumidor quando ele não for informado de todos os requisitos do contrato de forma prévia e se esse contrato for escrito de maneira que o consumidor não o compreenda. Esta é uma forma de obrigar o fornecedor de crédito a agir com imparcialidade na elaboração do contrato de crédito. Aproveitando o enfoque, ressalta-se que os §§ 3º e 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor²⁵, ao abordar os contratos de adesão, legisla sobre o dever do fornecedor de informar sobre o conteúdo do contrato ao consumidor.

E, por fim, o artigo 52 do CDC²⁶, que trata das cláusulas abusivas, informa que o fornecedor de bens ou serviços, havendo a concessão de crédito, deverá informar ao consumidor, dentre vários requisitos: o valor do produto; o total dos juros desta transação; os acréscimos previstos; o número de prestações; o valor em caso de multa ou atraso do pagamento das parcelas; e, por último, é assegurado ao consumidor poder extinguir a dívida, a qualquer momento, em seu montante total e real, retirando os juros e demais acréscimos. Portanto, impõe ao fornecedor a obrigação de prestar informações claras e objetivas ao consumidor de maneira que não restem dúvidas sobre o contrato de financiamento²⁷.

Como se pode ver, apenas indiretamente há legislação para proteger o consumidor do superendividamento. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e também princípios da Constituição Federal de 1988 possuem normas que devem ser aplicadas em favor dos consumidores enquanto não se obtém um regramento específico por parte dos legisladores.

Nota-se um aumento considerável de pessoas com os distúrbios derivados da sociedade moderna hiperconsumista em que se vive

Como dito, ainda não é encontrado um regulamento destinado especificamente ao superendividamento²⁸ do consumidor como ocorre por exemplo no ordenamento Francês, o *Code de la Consommation*²⁹, o qual foi recentemente alterado pela *Version consolidée au 24 mars 2012*, que vem facilitar uma interpretação branda desta difícil situação em que se encontra o consumidor.

O artigo L.330-1 do *Code de la Consommation* dispõe:

*“A situação de superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas. A impossibilidade manifesta de uma pessoa de boa fé para cumprir o compromisso que deu para endossar ou solidariamente a pagar a dívida de um empresário individual ou sociedade caracteriza também uma dívida séria. O mero fato de possuir sua residência principal não pode ser realizada para evitar assim o superendividamento é caracterizado.”*³⁰ (grifo do autor)

Não existe uma quantia mínima devida pelo consumidor para ser considerado como superendividado, devendo, desta forma, cada caso ser analisado tendo em mente o quanto o consumidor ou sua família possui de ativo (salário, bens móveis e imóveis) e de passivo (o montante total de suas dívidas a serem pagas), levando sempre em conta o mínimo existencial do consumidor³¹.

Não existe uma possível tipificação social do consumidor superendividado, pois o superendividamento independe de sexo, raça, profissão, religião, idade, posição econômica etc. Na realidade, o cidadão pode ser atingido pelo superendividamento a qualquer momento em sua vida econômica³². Também não se pode classificar aqueles que descumprem excessivamente os contratos como superendividados; os superendividados são descumpridores de contratos por natureza, mas não se pode confundir descumprimento de contratos com superendividamento do consumidor³³.

Pode-se afirmar que o superendividamento acontece quando o consumidor adquire com credores compromissos acima de sua capacidade econômica sendo, na grande maioria, de forma duradoura devido à grande quantidade de parcelas adquiridas no contrato de uma ou mais dívidas.

Pode-se considerar também como superendividado aquele que, com muita dificuldade, consegue liquidar suas dívidas, mas não se pode esquecer que, na grande maioria dos casos de superendividamento, o consumidor encontra-se em uma bifurcação, tendo que escolher entre pagar uma dívida ou ter que comprar medicamentos e/ou alimentos para seus familiares, sendo, deste modo, considerado superendividado.

Portanto, a situação de superendividamento pode ser dividida em duas categorias: o superendividamento ativo e o superendividamento passivo.

O superendividamento ativo é aquele do consumidor que vai acumulando dívidas de forma que o total torna-se superior ao seu ativo econômico, tendo consciência de seus atos, sabendo que será inevitável a inadimplência e sua inscrição nos cadastros de inadimplentes. Os atos praticados nem sempre são considerados de má-fé, devendo ser analisado cada caso. Existem os casos em que os endividados adquirem crédito por se deixarem levar pelos estímulos do fornecedor; outros são endividados por natureza e não querem e nem pretendem mudar, pois em sua família sempre foi assim, acreditando que não existe punibilidade para atos como estes³⁴.

O consumo na
atual sociedade
moderna
hiperconsumista é
impulsionado pelo
marketing

O superendividado passivo é aquele consumidor que possui suas dívidas com seus credores sempre em dia, mas devido a algum imprevisto tem seus rendimentos diminuídos e assim torna-se inadimplente por motivo alheio à sua vontade, como por exemplo: doença, morte de um ente querido, nascimento de um filho ou neto, entre várias outras possibilidades que podem mexer com a estrutura financeira de uma família. Muitas famílias tentam uma reestruturação econômica, achando que adquirindo novas dívidas para quitar as dívidas velhas vão conseguir se reestruturar financeiramente. Mas não é levado em consideração que uma dívida nova sempre virá acompanhada de novos juros, acarretando muitas vezes juros sobre juros e assim ficando impossível de quitar, também, esta nova dívida. Desta forma fica evidente que a dívida torna-se uma bola de neve com o pagamento de mais juros a várias empresas de créditos, sem nenhum êxito na extinção da dívida.

Cláudia Lima Marques demonstra, com bastante relevância, que o superendividamento é “a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”³⁵.

Também, no mesmo entendimento, Heloisa Carpena discorre que o superendividado é “aquele que, em razão das dívidas contraídas para consumo próprio ou de sua família, viu comprometida sua sobrevivência com dignidade”³⁶.

No Brasil a insolvência civil na prática é possível, mas por este procedimento necessitar de muito tempo, o consumidor insolvente não consegue administrar plenamente seu patrimônio, o que não permite que o consumidor prossiga com atos simples do cotidiano. O art. 955 do Código Civil prevê que será declarado insolvente aquele que possui dívida acima de seu patrimônio³⁷.

Do mesmo modo o Código de Processo Civil considera que é insolvente todo aquele que possui dívidas acima do valor de todos os seus bens, é considerada a culpabilidade do devedor no art. 760, em seu inciso III³⁸. Assim, juntamente com o art. 778³⁹ do Código de Processo Civil, que prevê que a dívida será extinta após cinco anos de seu início, os restantes destes dispositivos primam à satisfação dos credores interessados, deixando evidente a necessidade de uma regulamentação para a recuperação dos devedores superendividados brasileiros⁴⁰.

Neste contexto, pode-se entender que consumidor superendividado é aquele que, alheio à sua vontade, adquire dívidas não profissionais, vencidas ou a vencer, acima de seu poder aquisitivo, comprometendo sua dignidade, e que vem demonstrando objetividade passiva de boa-fé para conseguir sua adimplência perante os credores.

Tendo em vista as dificuldades de enfrentar o tema sob a luz da legislação atual, como já se falou, foi proposto um projeto de lei, que está tramitando no Legislativo brasileiro, acerca da criação de um novo ordenamento que se pretende agregar ao Código de Defesa do Consumidor, com a finalidade de dar tratamento jurídico ao consumidor superendividado, tratamento este que já está sendo aplicado em outros países da Europa como a França, Alemanha e Portugal.

Essa nova alteração legislativa pretende minimizar o superendividamento do consumidor brasileiro causado pelos aspectos acima comentados e indicados.

Conclusão

De todo o exposto, a título de conclusão, alguns apontamentos se fazem necessários.

O consumidor, independente da sua situação, sendo ele superendividado ou não, sempre será considerado como um ser vulnerável diante de todo e qualquer ato consumerista.

Não restam dúvidas de que o fornecedor, independente de sua área atuante no mercado, é um grande incentivador de pagamentos a crédito sem, muitas vezes, prestar as informações necessárias sobre o processo de financiamento, o que faz com que o consumidor assine contratos que, se bem informado, não assinaria.

É questão incontroversa a grande influência da sociedade moderna no modo de vida dos cidadãos/consumidores, modo de vida que, muitas vezes, não condiz com a realidade vivida pelo indivíduo. A sociedade moderna consumista influencia constantemente o consumidor. Nessa sociedade tem-se como verdade que todos os problemas do indivíduo serão sanados com o consumo de determinados produtos e serviços, vez que consumir é adquirir status social.

Não raras vezes o consumidor, induzido pela publicidade, compra determinados produtos sem a sua real necessidade. Nesse contexto, pelo que foi disposto no presente artigo, pode-se notar o grande poder que a mídia possui de manipular o indivíduo. Esse induzimento às compras, por variados motivos, pode transformar consumidores de boa-fé em oncomaniacos. Esses oncomaniacos fazem tudo para conseguir alcançar uma forma de vida mesmo que não tenham condições econômicas para suportá-la. Esses consumidores são agentes passíveis de superendividamento.

O superendividamento do consumidor é causado, também, pelas formas com que o crédito é proporcionado a ele, sendo constantemente ofertado não somente por publicidades fantasiosas, mas também por telemarketing, que oferece empréstimos, novos cartões de crédito, novas “vantagens” ou “facilidades” em sua conta bancária, que o “beneficiário” com infindáveis formas de crédito, proporcionando ao consumidor a compra sem a necessidade de avaliar se aquele montante é compatível com sua renda.

Assim, comprando desmedidamente, o consumidor coloca-se na condição de superendividado, pois passa a deter dívidas acima de sua renda mensal, sendo impossível o adimplemento desse montante. Muitas vezes o consumidor chega a esta situação por falta de planejamento financeiro, por descontrole ou até mesmo pelo incentivo desenfreado por parte dos bancos e comerciantes, que ofertam crédito próprio para que seja pago somente nos meses seguintes para algo que pode ter em mãos naquele exato momento.

Dessa forma, por grande parte da sociedade brasileira estar cadastrada no registro de inadimplentes, pelo fato de estar superendividada, torna-se necessária a criação de legislação que venha a atualizar o Código de Defesa do Consumidor, impondo formas de proteção a esse consumidor e

possibilitando o pagamento de suas dívidas sem a desestruturação de sua dignidade enquanto cidadão.

Conclui-se que a efetiva implantação do projeto de lei que tramita no Legislativo brasileiro virá a auxiliar o consumidor superendividado para que possa solucionar seus problemas, entre outras formas, pela elaboração de acordos com seus credores, consolidando um plano de reestruturação econômica desse cidadão/consumidor.

Notas

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 128.

² OLIVEIRA, Tânia Modesto Veludo de; IKEDA, Ana Akemi; SANTOS, Rubens da Costa. Compra compulsiva e a influência do cartão de crédito. *Revista de Administração de Empresas*, v. 44, n. 3. São Paulo, jul.-set. 2004, p. 89-99.

³ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 37 e ss.

⁴ Oneomaníaco: é uma desordem psicológica que domina a pessoa, levando-a a comportamentos inadequados podendo chegar a grandes prejuízos financeiros. Este termo foi utilizado por Kraepelin em 1915 e Bleuler em 1924.

⁵ PINHO, José Benedito. *O poder das marcas*. São Paulo: Summus, 1996, p. 132.

⁶ PINHO, Ob.cit., p. 227.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999, p. 227.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 127.

⁹ LANCE, Steve; WOLL, Jeff. *O livro azul da propaganda: 52 ideias que podem fazer uma grande diferença*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 78 e ss.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 26.

¹¹ PUBLICIDADE E CONSUMO. Cartilha elaborada pelo Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – sob a coordenação do Inmetro – Instituto Nacional Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. Coleção educação para o consumo responsável, Brasília: Inmetro, Idec, 2002, p. 12. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/infotec/publicacoes/cartilhas/ColEducativa/publicidade.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

¹² LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2007, p. 36.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 124.

¹⁴ Hélio Zaghetto Gama afirma que: “A defesa dos direitos do consumidor deve ser facilitada, porque ele sempre figura em condições de inferioridade nas relações jurídicas que envolvam as aquisições

de bens e serviços ou os seus consumos. Isto porque o fornecedor é uma pessoa sempre treinada ou tem equipes de pessoas treinadas para lidar com o consumidor, enquanto raramente está conhecendo todas as tramas dos negócios ou todas as formas de consumir um produto” (GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 52).

¹⁵ José Geraldo Brito Filomeno define: “Por *vulnerabilidade*, há de se entender a *fragilidade* dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao *aspecto econômico e de poder aquisitivo*, quer no que diz respeito às chamadas *informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor* ou ainda *técnica*. (grifei) (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 200, p. 11).

¹⁶ Prevista no art. 48 do CDC

¹⁷ Prevista no art. 51, 54 e outros do CDC.

¹⁸ Prevista no art. 8º, 9º e 10 do CDC.

¹⁹ Prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 1º, III.

²⁰ Prevista nos arts. 36, 37 e 38 do CDC.

²¹ OLIBONI, Marcella de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. *Revista de Direito do consumidor*, n. 55, São Paulo, RT, jul.-set. 2005, p. 384.

²² CDC, art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: (...) IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.”

²³ CDC, “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

²⁴ CDC, “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

²⁵ CDC, “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...)”

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

²⁶ CDC, “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III – acréscimos legalmente previstos;
- IV – número e periodicidade das prestações;
- V – soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.”

²⁷ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios. 2. ed. rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 806.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Anteprojeto de lei dispondo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 73, São Paulo, RT, jan./mar. 2010, p. 358.

²⁹ Idem.

³⁰ Tradução livre. O texto originalmente dispõe: “la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée”.

³¹ NETO, André Perin Schmidt. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, São Paulo, RT, jan./mar. 2009, p. 11-15.

³² BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudos de casos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, São Paulo, RT, jan./mar. 2009, p. 109-38.

³³ NETO, André Perin Schmidt. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, São Paulo, RT, jan./mar. 2009, p. 11-5.

³⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, 2002, p. 117-8.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 256.

³⁶ CARPENA, Heloisa. Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, São Paulo, RT, 2010, p. 86.

³⁷ CPC, art. 955: “procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor.”

³⁸ CPC, art. 760: “a petição, dirigida ao juiz da comarca em que o devedor tem o seu domicílio, conterá: [...] III – o relatório do estado patrimonial, com a exposição das causas que determinaram a insolvência.”

³⁹ CPC, art. 778: “consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência.”

⁴⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão et. al. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 235.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. ANDRADE, André Gustavo. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que opera a inversão e outras questões. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 48, São Paulo, RT, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudos de casos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, São Paulo, RT, jan./mar. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mar. 2012.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 5 mar. 2012.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 5 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade* n. 2.591-1, do Distrito Federal. Brasília, DF, 07 de junho de 2006. Relator originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau. Diário Oficial [da] da Justiça, 29 set. 2006. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/ADIN_B ANCOS.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* n. 297: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Diário Oficial [da] Justiça, 09 setembro de 2004.

BRUM, Eliane de. MINHA CASA, MINHA VIDA: beneficiários ganham linha crédito para eletrodomésticos. *Jornal Pioneiro*, Caxias do Sul, 24 abr. 2012. Economia, p. 13.

BULGARELLI, Waldirio. Tutela do consumidor na jurisprudência e de lege ferenda. *Revista de direito mercantil*, nova série, ano XVII, n. 49, 1983.

CARPENA, Heloisa. Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, São Paulo, RT, 2010.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: RT, 2002.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004.

FELIPPE, Donald J. *Dicionário jurídico de bolso*: terminologia jurídica, termos e expressões latinas de uso forense. 17. ed. Campinas: Millennium, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2005.

FROTA, Mário. et al. *Direitos do consumidor de produtos e serviços turísticos*. Lisboa: Instituto Nac. Form. Turística, 1995.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIPERCARD, Unibanco. *Para você*: facilidade e vantagens sempre.

<http://www.hipercard.com.br/pf/seu_hipercard/para_voce.asp>. Acesso em: 29 mar. 2012.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LANCE, Steve; WOLL, Jeff. *O livro azul da propaganda*: 52 ideias que podem fazer uma grande diferença. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumo e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 17, São Paulo, RT, jan.-mar. 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, São Paulo, RT, jan.-mar. 2002.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado*: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

_____; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Anteprojeto de lei dispondo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé. *Revista de direito de consumidor*, n. 73, São Paulo, RT, jan.-mar. 2010.

MARQUES, Manuel Leitão et al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000.

_____. _____. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal (STJ – Resp 476.428-SC; rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi; j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005). *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, n. 62, abr.-jun. 2007. São Paulo, RT, 2007.

NETO, André Perin Schmidt. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, São Paulo: RT, jan./mar. 2009.

OLIBONI, Marcella de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, São Paulo, RT, jul.-set. 2005.

OLIVEIRA, Tânia Modesto Veludo de; IKEDA, Ana Akemi; SANTOS, Rubens da Costa. Compra compulsiva e a influência do cartão de crédito. *Revista de administração de empresas*, v. 44, n. 3, São Paulo, jul.-set. 2004, p. 89-99.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; CALGARO, Cleide. A prevenção como elemento de proteção ao consumidor: a saúde e segurança do consumidor no Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, RT, ano 16, n. 63, jul./set. 2007.

PINHO, José Benedito. *O poder das marcas*. São Paulo: Summus, 1996.

PUBLICIDADE E CONSUMO. Cartilha elaborada pelo Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – sob a coordenação do Inmetro – Instituto Nacional Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. *Coleção educação para o consumo responsável*, Brasília, DF: Inmetro, Idec, 2002. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/publicacoes/cartilhas/ColEducativa/publicidad_ade.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2012.

RIES, Al; TROUT, Jack. *Posicionamento: como a mídia faz sua cabeça*. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1989.

SANCHES, Mônica. Especialista sugere comprometer até 20% da renda com prestações. *Rede Globo*, Globo Repórter, São Paulo, 02 set. 2011. Disponível em: <www.g1.globo.com/globo-reporter/noticia/2011/09/especialista-sugere-comprometer-ate-20-da-renda-com-prestacoes.html>. Acesso em: 06 set. 2011.

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES AL SAC DEL DERECHO ESPAÑOL

BELÉN IBOLEÓN SALMERÓN

Profesora Contratada Doctora de Dº Procesal de la Universidad de Granada
Presidente del Tribunal Arbitral de la Junta Municipal de Consumo del
Ayuntamiento de Granada

GUSTAVO GACÍA-VILLANOVA ZURITA

Vicesecretario General del Ayuntamiento de Granada
Presidente del Tribunal Arbitral de la Junta Municipal de Consumo del
Ayuntamiento de Granada

EXCEROTOS

“Podemos afirmar sin temor a equivocaciones que el sistema arbitral de consumo goza a día de hoy de una más que merecida fama como medio de resolución de conflictos, de un más que merecido reconocimiento por parte de los distintos sectores del mundo jurídico y es un ejemplo permanente de mediación y de consenso”

“La organización del sistema arbitral, unido a su apellido indisoluble de sistema alternativo, es una mezcla de muchas partes o ramas del derecho, unidas por un eje común que sirve a la causa a modo de almacén de herramientas, que colman partes del procedimiento en base al actuar normal de la administración”

“Una de las características más notables de las normas legales en materia de arbitraje se representa por la atribución que se hace a los órganos decisorios para determinar sobre los cuestionamientos que puedan hacer las partes sobre su propia competencia”

“Podemos indicar que la competencia por competencia (kompetenz-kompetenz) constituye uno de los elementos más importantes en denotar el carácter autónomo del arbitraje como medio de resolución alternativo de conflictos”

“En el arbitraje de consumo siempre habrá dos partes en posiciones contradictorias, el consumidor reclamante y el empresario reclamado, que disponen de plenas facultades de actuación para la mejor defensa de su derecho”

I. Introducción

La regulación del Sistema Arbitral de Consumo en España, se encuentra en el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero¹, norma que entró en vigor a los seis meses tras su publicación íntegra en el Boletín, excepción hecha de sus artículos 25 (Oferta pública de adhesión al Sistema arbitral de Consumo) y 27 (Competencia territorial para resolver sobre las ofertas públicas de adhesión). Se trata de una adaptación de la anterior regulación del sistema, basada en el Real Decreto 636/1993, de 3 de Mayo. La necesidad de la modificación venía dada, conforme su Exposición de Motivos por la necesidad de incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza de los empresarios y los usuarios del sistema arbitral de consumo², aprovechando así mismo la coyuntura para aclarar cuestiones que no estaban suficientemente claras a juicio del legislador, como por ejemplo las materias que pueden ser objeto de arbitraje, la regulación aplicable a las actividades de las Juntas Arbitrales de Consumo, la reconvencción y la mediación.

En síntesis, la regulación ha tenido efectos positivos entre los que destacan en nuestra opinión la mayor profesionalización en los árbitros y su mayor rigor. A nuestro juicio es interesante y eficaz la introducción del árbitro único y que la elección de los árbitros se abra a licenciados en derecho para los arbitrajes en derecho. Ya no están obligados a ser colegiados ejercientes sino simplemente licenciados en Derecho y pertenecientes al ámbito de la Administración. Esa opción ha sido elegida frente a la posibilidad de que fuese personal administrativo para cuyo ingreso fuese necesario una titulación universitaria superior (grupo A1) lo que habría limitado notablemente la posibilidad del ejercicio del arbitraje a un nutrido grupo de profesionales que sin pertenecer a tal grupo sí que han conseguido la titulación aunque no la ejerzan en la Administración³.

En líneas generales, podemos afirmar sin temor a equivocaciones que el sistema arbitral de consumo goza a día de hoy de una más que merecida fama como medio de resolución de conflictos, de un más que merecido reconocimiento por parte de los distintos sectores del mundo jurídico y es un ejemplo permanente de mediación y de consenso. De esa “culpa”, tienen la responsabilidad las distintas Administraciones públicas territoriales que han sido capaces de escuchar y sentir como propia esa necesidad de ofrecer una alternativa sencilla, flexible y cómoda para los consumidores y un distintivo

de calidad para los comerciantes, en la medida en que la adhesión al sistema arbitral es un plus de confianza que ofrecen a sus consumidores.

Ese medio alternativo en que consiste el sistema arbitral no puede ser considerado aislado del sistema alternativo de resolución de conflictos, puesto que no es un sistema autónomo e independiente. Se trata del último eslabón de una cadena de posibles soluciones a conflictos que, en algunos casos por la escasa cuantía de lo reclamado o en otros por la falta de confianza que los procesos judiciales ofrecen a los consumidores o quizá por la falta de medios, es muy probable que jamás llegaran a ser resueltos en sede judicial. Es en ese campo por lo tanto, donde tiene su principal foco de acción el sistema alternativo de resolución de conflictos⁴. Un campo donde la mediación, el diálogo y el acercamiento de posturas entre ambas partes contendientes en un proceso de reclamación, son las armas principales de las que disponen los mediadores en consumo, formando un primer nivel de escalón que culmina en la celebración de vista arbitral, donde igualmente la mediación y el diálogo son la principal baza a jugar ya que un acuerdo satisfactorio entre las partes, conseguido gracias a la cesión de ambas partes, consumidores y usuarios, y aceptado por el Colegio Arbitral o el árbitro único y elevado a posterior laudo son el reflejo de un ideal próximo a la idea de justicia. No olvidemos en ese sentido que tanto la lógica del sistema como el juego conjunto de los artículos 42 del RDAC y del 19.2 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así lo permiten.⁵ Además, la ejecutividad del laudo refuerza su posición y eleva el acuerdo adoptado al nivel de título ejecutivo, lo que le dota de una fuerza persuasiva en caso de que alcanzado el acuerdo, una de las partes pretenda su incumplimiento.

Pero no todo el camino que puede alcanzar el sistema arbitral está recorrido. A nuestro juicio, existe un error de planteamiento que supone una cierta quiebra de las excelencias del sistema y que le resta un punto de eficacia e impide cerrar el círculo de su enorme capacidad. Un vistazo al texto del RDAC, evidencia que dictado y notificado el laudo cesa la actividad del Colegio arbitral y de la Junta arbitral. Del Colegio en la medida en que así se deduce del texto íntegro del Capítulo IV denominado “Procedimiento arbitral”, y que arranca en el Art. 33 (Normas aplicables a la solución del litigio) y finaliza en el 50 (Notificaciones de las actuaciones arbitrales y del laudo). De la Junta arbitral, en tanto que su intervención en el proceso arbitral se regula en la Sección I del Capítulo II y la misma se encamina más bien hacia labores puramente administrativas⁶.

Volviendo al argumento anterior, no se establece por parte del RDAC, ninguna posibilidad de controlar que el laudo dictado ha sido ejecutado en

los términos de su propia literalidad. Un título ejecutivo incumplido por una parte, o incumplido a medias, siempre según una de las versiones, precisa de una actuación judicial de verificación de ese incumplimiento y disposición de las medidas necesarias para su ejecución. No tiene mucho sentido que esa verificación o incluso el impulso para su ejecución por vía judicial no pueda ser efectuado por la propia Junta arbitral, que así velaría por el total cumplimiento de sus resoluciones. Además para evitar situaciones de tensión o desventajas podría disponerse que el cumplimiento del laudo se comunicase de modo fehaciente. Piénsese que un laudo que determina la devolución de un cierto importe de dinero en la tienda del comerciante podría ser que o no se devolviese o que se pusieran pegats tales que impidieran al consumidor la ejecución⁷. En ese caso si no se comunica al Juez esta situación, no sería posible su cumplimiento. Ahora bien si en vez de ello, se pudiera obligar a ambas partes a comunicar la real ejecución del laudo o bien que se pudiese ejecutar en las oficinas de la Junta Arbitral, la parte afectada podría pedir a la Junta Arbitral que procediese a la ejecución del laudo o incluso la Junta podría actuar de oficio.

Para nosotros
la naturaleza
jurídica del
arbitraje no puede
ser otra que la
jurisdiccional

Dejando lo anterior como propuestas de *lege ferenda*, iniciamos una segunda reflexión antes de acometer la verdadera finalidad de este trabajo. La organización del sistema arbitral, unido a su apellido indisoluble de sistema alternativo, es una mezcla de muchas partes o ramas del derecho, unidas por un eje común que sirve a la causa a modo de almacén de herramientas, que colman partes del procedimiento en base al actuar normal de la administración. Somos conscientes de que esta reflexión necesita de un desarrollo que lo traduzca de un modo fácil de asimilar. Entendemos que dentro del sistema arbitral, coexisten normas administrativas, procesales y normas de pura administración, junto con elementos normales de actuación de la Administración. Ejemplo de las primeras es el recurso contra la inadmisión a trámite de las reclamaciones, que ya hemos comentado. De las segundas, la condición de justiciable de ambas partes durante la vista. De la tercera, la actividad de administración de los Secretarios de las Juntas Arbitrales y de la cuarta, la notificación de los laudos. Esa amalgama de contenidos y de procesos distintos es posible en base a la alternatividad del sistema. No es por tanto un sistema procesal civil, ni un procedimiento puramente administrativo, sino por el contrario una forma anormal que resolución de

controversias cuyo eje común es la simplicidad del sistema y que para ello coloca a consumidores y usuarios en una situación curiosa, en la que pasan de administrados a justiciables sin solución de continuidad. Pero esa ubicación casi esquizofrénica lleva en el petate la carga inequívoca de todos los derechos del administrado y todos los derechos del justiciable.

Dentro del contexto del derecho administrativo es donde se puede reclamar si un expediente sufre retraso injustificado, donde se pueda presentar una reclamación patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración, donde se puede exigir la concesión de un plazo para subsanación de las deficiencias de la solicitud de arbitraje o reclamar contra la inadmisión en base al derecho administrativo y será dentro de la celebración de la vista arbitral donde se pueda exigir la aplicación de los principios procesales de contradicción, donde se pueda concretar el *petitum* y donde los principios de protección del usuario, como parte perjudicada, se tornan en principios de uso obligado para el árbitro. Porque una vez traspasada la línea de la mediación para adentrarse en la del arbitraje se produce la conversión del administrado en justiciable y por lo tanto abandona el mundo del derecho administrativo para adentrarse en el mundo del derecho procesal y todo ello sin solución de continuidad como dijimos antes. Pasa por tanto de la protección de la Junta Arbitral a la del Colegio Arbitral o del árbitro único, dando igual si el arbitraje es en equidad como si lo es en derecho, porque esa diferencia ya no lo es ni en cuanto a la fundamentación del laudo ni respecto de la situación de las dos partes del proceso arbitral.

II. Los principios en el proceso arbitral de consumo

Hemos dicho que dentro del proceso arbitral, dentro de la vista, la posición jurídica en la que el usuario se encuentra le ofrece toda una serie de principios tanto del propio proceso como de su condición de justiciable. Dentro de los primeros destacamos los de imparcialidad, independencia, audiencia o contradicción, igualdad y responsabilidad, llamándonos poderosamente la atención la inclusión por el legislador de la confidencialidad y la gratuidad dentro del art. 41 del RDAC, ya que ellos no son principios esenciales procesales, y en consecuencia, lo correcto habría sido tratarlos en precepto independiente como explicaremos posteriormente. Dentro de los segundos el de congruencia, proporcionalidad y eficacia. Estos últimos

no están consagrados dentro del RDAC, pero no dejan de ser principios procesales perfectamente aplicables tanto al proceso como al laudo que se emita y derivan del carácter de título ejecutivo del laudo que se recoge en el artículo 517 de la LEC. Hagamos una breve explicación dichos principios procesales⁸:

No podemos obviar, antes de introducirnos de lleno en los principios específicos del arbitraje de consumo, hacer una mínima referencia al principio de independencia o separabilidad que rige a las cláusulas arbitrales en general (el llamado “*Kompetenz-Kompetenz*”: competencia por competencia).

Una de las características más notables de las normas legales en materia de arbitraje se representa por la atribución que se hace a los órganos decisorios para determinar sobre los cuestionamientos que puedan hacer las partes sobre su propia competencia. Esta facultad constituye un reflejo de las disposiciones tipo contenidas en la denominada “ley modelo” de la UNICITRAL, que inspiró gran parte del articulado de la LA/2003, cuyo art. 7 reza: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”.

De esta manera podemos indicar que la competencia por competencia (*kompetenz-kompetenz*) constituye uno de los elementos más importantes en denotar el carácter autónomo del arbitraje como medio de resolución alternativo de conflictos. A pesar de haberse convertido esta expresión en una característica intrínseca del arbitraje a nivel mundial, parte de la doctrina que analiza la normativa alemana sostiene que “una decisión del *Bundesgerichtshof* que fue interpretada en este sentido hizo esta expresión famosa en el mundo entero. (...) No importa si esta interpretación fue acertada o no, el caso es que los autores están generalmente de acuerdo en que la “*Kompetenz-Kompetenz*” no existe según la nueva Ley. (...) Los árbitros solamente tienen el Derecho a decidir sobre una excepción a su competencia como cuestión previa y proseguir luego sus actuaciones. La última decisión sobre la existencia y la validez del convenio arbitral será tomada por el juez estatal”. También se ha dicho que “La Ley alemana, superando incluso el carácter restrictivo previsto en la Ley Modelo, no admite una formulación amplia del concepto de *Kompetenz-Kompetenz*⁹, que venía a admitir la competencia preliminar y definitiva del tribunal

arbitral para establecer su competencia y, por el contrario, permite muy diversos medios de intervención judicial al respecto”.

En otro orden de cosas, y para centrar el tema de los principios, comencemos reiterando que para nosotros la naturaleza jurídica del arbitraje no puede ser otra que la jurisdiccional¹⁰ como venimos defendiendo desde el principio del presente trabajo. Y es que, podemos estudiar el carácter jurisdiccional o no del arbitraje atendiendo sobre todo a que en él se dan los caracteres de la función jurisdiccional¹¹ y, en concreto, sus principales principios inspiradores, a saber:

A. **Imparcialidad:** se predica de los concretos órganos jurisdiccionales, como el principio que garantiza la objetividad de la persona llamada a enjuiciar con respecto al objeto y sujetos del proceso concreto que se plantea. La garantía de la imparcialidad en principio no puede ser otra que el sometimiento estricto a la Ley de los Jueces y Tribunales y, por otro lado, la existencia del mecanismo de la abstención –o, en su defecto de la recusación–, a fin de que se pueda poner de manifiesto las conexiones existentes entre juez, partes y objeto, con el fin de que se produzca la sustitución del juzgador si se estima que la imparcialidad, al darse el dato objetivo de conexión, no queda garantizada. Así, la imparcialidad queda dibujada como la ausencia de todo interés para la resolución del litigio. La garantía de dicha situación de ajeneidad se encuentra principalmente en la institución de la recusación y abstención de jueces y magistrados, a través de la cual, las partes o el propio órgano judicial pueden poner de manifiesto las circunstancias, objetivizadas por la Ley, que puedan poner en entredicho la mencionada imparcialidad.

En este sentido, en el arbitraje, como institución tendente a la resolución de un conflicto por un tercero, dicha imparcialidad también viene garantizada. Los árbitros (aun los nombrados, en el arbitraje “*ad hoc*” directamente por las partes) deben, según establece la Ley¹², ser imparciales y, por ello, se establecen causas de recusación de los mismos. No queda duda pues de que esta nota característica de la jurisdicción se encuentra perfectamente reglada y garantizada en la LA/2003 –y por ende, en el arbitraje de consumo–, pues no sólo es una exigencia de validez del convenio, sino del propio laudo; además, en cuanto al mecanismo garantizador, la propia ley remite al establecido para jueces y magistrados en la LOPJ.

Por ello, en el proceso arbitral de consumo los árbitros, en el ejercicio de sus funciones, deben actuar con la debida independencia, imparcialidad y confidencialidad (de ahí que no pueden actuar como árbitros quienes hayan

intervenido como mediadores en el mismo asunto o en otro cualquiera que tuviera estrecha relación con aquel). Con el fin de salvaguardar la independencia y la imparcialidad, se establece un régimen especial de abstención, recusación y sustitución de árbitros¹³ –arts. 21 y 22 RDAC–.

B. Independencia: En cuanto que los Jueces y Tribunales, incardinados en la organización funcional del Poder Judicial e integrados en ese poder del Estado, pueden ver interferido el ejercicio de su función por actuaciones, bien de otros poderes del Estado, bien por la propia jerarquía judicial; es por ello que, respecto a la función a ellos conferida, el ordenamiento vele por la necesaria independencia. Independencia que se predica no solo con respecto a los demás poderes del Estado, prohibiéndose la injerencia de los mismos, sino también en cuanto a los propios jueces y tribunales entre sí, de modo que, aun cuando orgánicamente integrados en una estructura jerárquica, son independientes totalmente respecto a los demás.

En este segundo aspecto, la institución arbitral goza, si cabe, todavía más de esta necesaria independencia. Los árbitros, como personas físicas-privadas no pertenecen a ningún poder estatuido, no se incardinan orgánicamente –en cuanto a su función arbitral–, en ningún esquema, ni estructura. Su función nace de la Ley y de la voluntad de las partes, sin que en ningún momento ésta se encuentre mediatizada por ningún tipo de órgano público (a excepción de su posterior control por el poder judicial, pero sólo en lo relativo a que se hayan cumplido los requisitos legales y que no se vulnere el orden público). Esto es por lo que respecta al arbitraje institucional, en base al art. 14 LA/2003¹⁴, los árbitros siguen gozando de la misma independencia y las Corporaciones y Asociaciones citadas se encargan solo de la administración de los arbitrajes a ellos encomendados y del nombramiento de árbitros, sin que ello suponga intrusión alguna respecto a la función desarrollada por ellos.

C. Contradicción o Audiencia. Se recoge en el aforismo romano “*audiatur et altera pars y nemo inauditus damnari potest*”, y que se formula en los siguientes términos: “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”. Su constitucionalización en el art. 24 CE le convierte en un derecho fundamental, que se reconoce a todas las personas que son partes en un proceso o que, pudiendo serlo, no lo son.

En el proceso arbitral de consumo los árbitros, en el ejercicio de sus funciones, deben actuar con la debida independencia, imparcialidad y confidencialidad

En el arbitraje de consumo siempre habrá dos partes en posiciones contradictorias, el consumidor reclamante y el empresario reclamado, que disponen de plenas facultades de actuación para la mejor defensa de su derecho. Por otra parte, la aplicación del principio de audiencia¹⁵ en el ámbito del proceso arbitral de consumo tiene connotaciones muy parecidas a la que nos encontramos en el proceso civil. El art. 41,1 RDAC regula que “el procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes”. Así, también impone el derecho a ser oído si se tiene voluntad de intervenir en el procedimiento arbitral, sin que el silencio, la inactividad o la incomparecencia de las partes, signifique allanamiento o admisión de los hechos alegados por la parte contraria¹⁶ –art. 46 RDAC–.

D. Igualdad. Existe una clara relación entre este principio y el de audiencia, y es algo que se ha podido advertir en la explicación anterior; ya que, evidentemente, si el principio de audiencia se infringe respecto del sujeto pasivo del proceso, la igualdad no solo no es respetada, sino por completo infringida. Es decir, todo quebrantamiento del principio de audiencia constituye una violación –máxima– del principio de igualdad (lo que no ocurre, necesariamente, en sentido inverso).

Las partes del procedimiento arbitral de consumo, como manifestación del principio de igualdad que inspira el mismo, disponen de iguales medios para defender en el procedimiento sus respectivas posiciones –ataque y defensa–. Sin embargo, como bien sabemos, ello no implica que las partes sean iguales; de hecho no son iguales porque existe una desigualdad intrínseca entre ellas, que viene potenciada por el carácter tuitivo que inspira el arbitraje de consumo. Por ello, encontramos que el procedimiento solo se inicia de manera unidireccional –por el consumidor afectado–, nunca a instancia del empresario (ni, por supuesto, de oficio). A pesar de ello, en el arbitraje de consumo se aplica con todo su rigor el principio igualdad, de modo y manera que para cada acto de alegación de hechos y exposición de argumentos de una parte, se prevé un acto paralelo de la parte contraria. Incluso para el caso que se dé reconvencción por parte del empresario¹⁷.

E. Garantías. Está claro que, al estar tratando de un arbitraje de equidad, ni que decir tiene que no vamos a hablar del sometimiento a la Constitución y a la ley, dado que los árbitros de equidad actuarán, como sabemos, según su buen saber y entender como ya tuvimos ocasión de analizar (ni tendrán régimen de incompatibilidades, prohibiciones e inmunidad, en el sentido que lo tienen jueces y magistrados).

Sin embargo, en lo que al tema de la responsabilidad¹⁸ se refiere, tenemos que concretar que la concepción jurídica de la responsabilidad del árbitro consiste en asociar su actividad con las consecuencias de una conducta que se pueda considerar contraria a lo que se viene denominando “fidelidad en orden a laudar”. Por otra parte, el reconocimiento de la obligación de confidencialidad comporta la exigencia del debido respeto de la misma, so pena de poder incurrir en responsabilidad –como hemos comentado anteriormente–. Técnicamente, el árbitro podría incurrir en los tres tipos de responsabilidades, pero parece que la LA/2003 solo alude a la responsabilidad civil del árbitro¹⁹. Por ende, no encontramos ningún inconveniente en aplicar supletoriamente el régimen de responsabilidades recogido en la citada ley a los árbitros de consumo:

– Responsabilidad civil. Los árbitros serán responsables civilmente cuando en el ejercicio de la función arbitral no cumplan fielmente su cargo –incluido el deber de confidencialidad, entendemos– y provoquen daños y/o perjuicios con mala fe, temeridad o dolo (se excluye la responsabilidad por mera negligencia o culpa). Es la única de las responsabilidades del árbitro que aparece regulada en la LA/2003, aunque no en su totalidad, sino únicamente en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del no cumplimiento de sus funciones, dejando de lado otras responsabilidades, como puede ser la responsabilidad civil que deriva del delito²⁰.

Dicha exigencia de mala fe, temeridad o dolo a que se refiere el art. 21 LA/2003²¹ no viene referida a las partes del arbitraje, sino tan solo a la responsabilidad exigible a los árbitros y a las instituciones arbitrales²².

– Responsabilidad penal. Entendemos que los árbitros pueden incurrir en responsabilidad penal por las acciones u omisiones llevadas a cabo en el ejercicio de su cargo y que se encuentren tipificadas en el código penal. A título de ejemplo, el art. 422 CP hace extensiva la regulación del cohecho a los árbitros –y los art. 440 y 439 CP respecto de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, así como los abusos en el ejercicio de su función– Se trata de dos artículos en los que aparece expresamente la responsabilidad penal de los árbitros, lo que no significa que no puedan incurrir en cualquier otro tipo de responsabilidad penal²³.

– Responsabilidad disciplinaria. En realidad, los árbitros están exentos de esta responsabilidad en sentido estricto; el carácter no funcional del árbitro tiene en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una “*responsabilidad paradisciplinaria*” en relación con el arbitraje institucional, en cuanto que las personas designadas como

árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad²⁴.

F. **Confidencialidad**²⁵. Es absoluta novedad de la regulación de 2008 esta referencia expresa al deber de confidencialidad²⁶ como exigencia para todos los intervinientes en el procedimiento arbitral de consumo, tanto árbitros –art. 22.1 RDAC en sede de abstención y recusación– como mediadores, partes y todo aquel que preste un servicio a las Juntas Arbitrales –art. 41,2–. Y ello en consonancia con el art. 24 LA/2003 que ya se hizo eco de esta necesidad; debemos entender que el deber de confidencialidad se refiere a hechos y, en concreto, a informaciones que los árbitros pueden conocer a través de las actuaciones arbitrales –sin que queden cubiertas las características generales de tipo de asunto jurídico o los posibles problemas jurídicos en él debatidos–. En palabras de DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN²⁷, en buena parte, “este deber legal de confidencialidad coincidirá con los profesionales jurídicos con el deber de secreto profesional”.

G. **Gratuidad**. Se recoge expresamente entre los “principios del procedimiento arbitral de consumo” –art. 41,1 *in fine* del RDAC–. Aunque lo cierto es que ni la gratuidad ni la confidencialidad (–art. 41,2 RDAC– siguiendo la regulación del art. 24,2 LA/2003), son principios esenciales procesales y, en consecuencia, lo correcto habría sido tratarlos en un precepto independiente como dijimos anteriormente.

Por otro lado, aún consagrándose este principio, debe tenerse en cuenta que el desarrollo del arbitraje de consumo conlleva unos costes económicos que han de sufragar las partes y, por ello, debemos considerar que deben establecerse determinados mecanismos para conseguir que el mismo sea menos costoso. En efecto, en materia probatoria, aunque las pruebas propuestas de oficio serán costeadas por la Administración de la que dependa la JAC²⁸ –art. 45,3 RDAC–, las propuestas por las partes las deben costear ellas mismas –al igual que sucedía en la regulación anterior, art. 13,2 y 3 RDAC/1993–, con lo que se disipa esa gratuidad que pretende imbuir al proceso arbitral de consumo. El arbitraje de consumo es gratuito, y la gratuidad va a seguir siendo uno de los rasgos básicos de este arbitraje (a pesar de no imponerlo así la Ley²⁹ –ni la LGDCU 1/2007 ni la LA/2003 establecen que el arbitraje de consumo tenga que ser gratuito–). Es más, el hecho de que el RDAC/2008 contemple expresamente el principio de gratuidad soluciona el debate existente en la doctrina sobre si este principio debía mantenerse o no, habida

cuenta de que, como decimos, la LA/2003 en su DA Única –a diferencia de su predecesora– omite toda alusión a este principio.

El RDAC/2008 persigue también otro loable fin: imponer en el arbitraje de consumo criterios de racionalidad económica que aseguren su supervivencia.

Dejando de lado por el momento todas estas reflexiones, nos detenemos ahora en el punto de la igualdad de las partes, no con la finalidad de volcar sobre ellas el principio de igualdad formal, sino para su análisis dentro de su aspecto material. De ese análisis material, y abstracción hecha de que la igualdad es en su esencia una utopía, es indudable que ambas partes parten de la misma posición. No obsta a ello que el proceso arbitral de consumo solo puede ser iniciado por el consumidor y siempre frente al empresario ya que no es posible iniciarlo de otro modo. Así se desprende del artículo 34,1 RDAC, que limita la acción arbitral a los consumidores o usuarios, y solo en la medida en que se ha presentado una reclamación. Solo en fase de vista, el reclamado podrá solicitar reconvenición³⁰, lo cual era imposible con el sistema anterior³¹.

En segundo lugar, la Jurisprudencia tiende a la protección del usuario frente al consumidor. Esa posición se puede encontrar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 18 de enero de 1995³² que afirma que *“la oscuridad de las cláusulas definitivas del contrato y el propio contrato preliminar o reserva deben interpretarse en favor de los consumidores, en este caso, de los demandantes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.1.d) y f), 10.1.a) y c) (apartados 5º y 8.º), 10.2 y 13.1.d) de la Ley 26/1984, de 19 julio (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”* o la de la Audiencia Provincial de Lugo de 22 de Febrero de 1995³³ que, en la misma línea determina que *“aunque, por la estructura económico-social no son iguales las posibilidades de todos los ciudadanos, el derecho que es un instrumento para el normal desarrollo de la convivencia, no puede permanecer indiferente cuando, como efecto de tal situación, el desequilibrio entre los contratantes, es tan manifiesto que, en caso de conflicto entre ellos produciría una solución injusta, un desequilibrio que ocurre con alguna frecuencia, cuando uno de los contratantes es consumidor, posición de que están los demandados, según el apartado segundo del artículo primero de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”*.

Los árbitros serán
responsables
civilmente cuando
en el ejercicio de la
función arbitral no
cumplan fielmente
su cargo

Esa protección al consumidor como parte más débil de la relación jurídica también se formula desde la Unión Europea, en la medida en que la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de Diciembre de 1985 de protección de los consumidores en el caso de contrataciones negociados fuera de los establecimientos comerciales, en su considerando cuarto, defiende claramente la protección del consumidor más en este caso en que *“los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del comerciante se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido; que, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas”*³⁴. Desde el punto de vista de la legislación española, siguiendo al curso de la normativa europea, el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, articula una batería de mecanismos de defensa de la posición jurídica del consumidor en orden a su protección integral no solo desde el contenido de la oferta (artículo 60 y 61) o del contrato propiamente dicho (artículos 62 a 65) o del derecho de desistimiento (artículos 68 a 79) sino respecto del contenido de las cláusulas abusivas reguladas en el artículo 80 del Texto Refundido.³⁵

La defensa de la posición del consumidor se convierte así en la piedra angular sobre el que pivota todo el sistema arbitral de consumo y de igual modo que en el sistema judicial se articulan en torno a las partes una serie de principios generales del derecho y no exclusivamente procesales es posible la adaptación al sistema arbitral de consumo de “reglas del proceso” con el fin de garantizar un status similar evitando de ese modo que la posición jurídica de los justiciables sea diferente aisladamente considerada en función de si el proceso que se sigue es de un tipo o de otro.³⁶ Pero ello no obsta a que sea posible otorgar la protección en caso de que a lo largo del proceso y en la esfera de decisión del árbitro, pueda generarse una duda razonable que desequilibre la balanza a favor del consumidor, pudiendo en ese caso aplicar el principio in dubio pro consumidor. Es decir, tanto en el arbitraje en equidad como en el arbitraje en derecho, ambas partes deben ofrecer sus argumentos al Colegio Arbitral³⁷ de modo que cada uno en su razón convenzan al árbitro. Y en base a ella y a esa argumentación, el árbitro debe construir el laudo que dé cumplida respuesta a las pretensiones del consumidor otorgándole la razón en caso de que así lo acredite, o denegándola en caso de que no sea así o en el caso de que lo argumentado no tenga consistencia o sustento. Sin embargo puede existir un punto en

el que ni el argumento del consumidor tenga la consistencia suficiente ni la defensa del comerciante sea suficientemente acreditativa como para enervar la argumentación del consumidor creando una duda razonable en el árbitro, suficiente como para que la balanza no pueda inclinarse con rigor sobre una de las partes. En ese caso la actuación del colegio arbitral debe optar por tomar una decisión que responda con equidad o con derecho al ideal de justicia al que sirve, impidiendo de ese modo que no se cumpla con lo dispuesto en el artículo 48 respecto de la obligación de emisión de laudo.

No está de más recordar que en la relación jurídica que estudiamos no está presente la idea de autonomía de las partes recogida en el artículo 1255 del Código Civil, y ello simplemente porque una de las partes, el consumidor, esté en una posición más débil frente al comerciante, y ello, como bien nos explica Iñigo Mateo y Villa porque “no es posible que cada consumidor conozca técnicamente el objeto que va a contratar ni que tenga perfecta constancia de las decenas de cláusulas predeterminadas por la otra parte contratante que puede contener un contrato”³⁸. Visto de esta forma, es más necesaria si cae una acción tuitiva por parte de quien determina con la acción legislativa la forma y contenido en virtud de las cuales esta contratación va a tener lugar. Dicha acción tuitiva no solo tiene que venir de la mano de una legislación que ampare las posibles situaciones desiguales en las que pueden estar presentes los consumidores, sino que debe venir acompañada de una acción igualmente activa en la posición de defensa de los consumidores como parte débil, puesto que solo de esta manera es posible cerrar el círculo del amparo del Estado a favor del consumidor, amparo que deviene de la legislación (acción propia del Estado) y de la interpretación del juzgador (juez o árbitro), a favor de éste en caso de duda sobre la acción del comerciante.

La relación anterior, el círculo que hemos descrito antes, no significa ni mucho menos que la legislación o la “jurisprudencia”³⁹ ejerzan su labor tuitiva exclusivamente frente al consumidor, sino que deben ejercitarla preferentemente y ello porque debemos partir de la base del respeto del prestador de servicios a la ley y a la clientela ya que una actuación del comerciante en contra del consumidor podría suponer la pérdida de su modo de vida.

Esta opinión se regula en el Derecho Argentino, donde el artículo 37, c) segundo párrafo de la Ley 24240 de defensa del consumidor, sí determina la obligación de interpretación favorable al consumidor: “*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el*

consumidor y que Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”, (lo que es un mandato claro y directo a los Tribunales en orden a la aplicación del principio in dubio pro consumidor⁴⁰).

No encontramos en el derecho español una orden tan clara y tajante a favor de la vigencia y aplicación del principio, como tampoco una aplicación directa en la jurisprudencia⁴¹, siendo más bien aplicaciones indirectas por vía de legislación sectorial como por ejemplo el artículo 47 de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, que respecto de la carga de la prueba determina que *en los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda en que la parte denunciante o demandante alega hechos y aporta indicios que permiten presumir la existencia de discriminación, el órgano competente, después de apreciarlos, teniendo en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes y el principio de igualdad de las partes, debe exigir a la parte denunciada o demandada que aporte una justificación objetiva y razonable que pruebe suficientemente que en su actuación o como consecuencia de su inactividad no se ha infringido el derecho a la igualdad.*⁴²

Este principio, al igual que el resto de principios tuitivos del Estado, está impregnado de cierto paternalismo ejercido por el Estado a favor de la parte más débil de esta relación jurídica.⁴³ Ese paternalismo, esa función tutelante que el Estado proyecta sobre el consumidor por entender que su debilidad requiere una acción protectora, no es una patente de corso que se otorgue al árbitro para que lo aplique sin rigor ni para que ejerza desde el inicio una acción de protección al consumidor que puede suponer desde el primer momento una proyección de culpabilidad sobre el empresario. Es cierto que opera con distinta intensidad según nos enfrentemos a un arbitraje en equidad o ante un arbitraje en derecho y ello por la sencilla razón de que en el arbitraje en derecho, el principio opera como elemento de interpretación de la norma en caso de aplicación de norma con varias posibilidades y no puede argumentarse como principio que supla a la prueba. En caso de ausencia absoluta de prueba lo razonable es conceder a la razón al comerciante, en la medida en que el consumidor no acredita la realización de acto alguno contrario a la norma.⁴⁴ En el caso de la equidad, definida ésta como justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva, se les permite a los árbitros un menor rigor en la decisión de la cuestión, por lo que en el ejercicio de esa justicia natural, podrán modular de otra manera la aplicación de este principio.

IV. Conclusiones

1. La reforma del SAC, operada por vía del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, supone una mejora en la eficacia del sistema, una eficiencia por la introducción del árbitro único y por lo tanto sirve a los fines para los que fue creado. El sistema se dota así de un proceso óptimo que es la base de la confianza depositada en el mismo por parte de comerciantes y usuarios. Para los primeros por el plus de seriedad y profesionalidad que supone el sometimiento a la oferta pública de adquisición y para el usuario por la posibilidad de uso de un sistema ágil, riguroso, simple y gratuito.

2. A nuestro juicio, el sistema tiene una seria quiebra en la ausencia de control sobre la ejecución del laudo, de modo que puede darse el caso de una inejecución del mismo con absoluto desconocimiento del colegio o de la Junta Arbitral. Además la necesidad de que la ejecución sea dispuesta por un juez, implica un proceso más complicado y más costoso. De lege ferenda se aporta esa idea con el fin de cerrar un círculo incompleto.

3. La conversión de administrados en justiciables, vierte en el proceso arbitral todo el conjunto de principios procesales, al margen de los puramente administrativos que rodean, pero no integran, el sistema arbitral. Contradicción, imparcialidad, audiencia, responsabilidad, confidencialidad y gratuidad así como igualdad, están presentes en el proceso arbitral y forman parte de su esencia. Igualmente aplicable es el principio Kompetenz-Kompetenz, en virtud del cual, el árbitro, sea el laudo a dictar en equidad o lo sea en derecho, está obligado a analizar su propia competencia. Además, la función tuitiva de la normativa del sistema o de la norma de consumo en general a favor del consumidor no enerva la igualdad formal en el SAC.

Notas

¹ Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 45, de 25 de Febrero de 2008. En adelante, RDAC.

² Es indudable el creciente interés mostrado por la ciudadanía respecto de las formas de defensa de los derechos del consumidor. Tal y como se señala en la encuesta BALANCE DE CONSULTAS Y RECLAMACIONES PRESENTADAS EN LAS ORGANIZACIONES DE CONSUMIDORES DE AMBITO NACIONAL: AÑO 2009, publicado por el Instituto Nacional de Consumo, durante tal año se presentaron ante las Asociaciones de Consumidores un total de 1.383.276 consultas y reclamaciones. <http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/recla09.pdf>.

³ No es la primera vez que el legislador efectúa esa precisión. Así por ejemplo en los Tribunales de selección, frente al principio de especialidad, se prefiere el de titulación, como se acredita en el Art. 12 del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia.

⁴ Decimos principal porque no existe limitación por razón de importe para la presentación de reclamaciones que pudieran acabar resueltas por medio de las Juntas arbitrales.

⁵ En el caso del Art. 42 del RDAC, y pese a que literalmente se habla de poder instar a la conciliación, a nuestro juicio parece más bien que se presenta como una obligación de los árbitros. Ello viene dado porque es un sistema alternativo, un sistema en el que la última palabra no tiene por qué tenerla el juez o árbitro, sino las partes de modo voluntario y negociado de mutuo acuerdo dado que se han sometido a él voluntariamente. Además esta conciliación, puede conseguirse a lo largo de todo el desarrollo de la vista (Art. 48.2) e incluso después de celebrada la misma (Art. 49.1, segundo párrafo). Y en tercer lugar, frente al proceso civil donde la transacción debe ser previa, en el caso de las Juntas Arbitrales no es necesario que sea previo, sino que puede acordarse en cualquier momento de la vista hasta que la misma haya terminado. Eso prueba que la intención del legislador es que la conciliación sea la norma principal del los laudos.

⁶ Tan es así que podría darse el caso de interponer recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de inadmisión de la solicitud de arbitraje, recurso que sin embargo no cabe contra el laudo, hasta el límite de que la interposición de recurso contra el acuerdo de inadmisión de las solicitudes de arbitraje es un recurso que tiene carácter administrativo y se asemeja en su tramitación a un recurso de alzada. No es el momento ni el objeto del trabajo, pero es curioso que un sistema tan flexible y tan eficaz como lo es del arbitral de consumo, choque con una medida tan poco brillante. Una crítica del sistema si bien con antelación a la publicación del Real Decreto 231/2008, puede leerse en DIEZ GARCÍA, HELENA. “Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo”. Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 14/2007, Pamplona 2007.

⁷ Pese a lo idílico del procedimiento, somos conscientes de que en muchos casos, la tensión vivida durante el incidente que dio origen a la reclamación, puede generar cierto miedo en una de las partes, de modo que se eluda incluso el estricto cumplimiento. Ello puede suceder cuando se obliga a que la ejecución del laudo se verifique en la sede del empresario (tienda o establecimiento abierto al público)

⁸ Vid al respecto: IBOLEÓN SALMERÓN, B.: “El proceso arbitral: Una perspectiva procesal del arbitraje de consumo”, Madrid, Dykinson, 2013.

⁹ CHECA MARTÍNEZ, M., “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, en Revista de la Corte Española de Arbitraje, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, pág. 356.

¹⁰ Seguimos así en este punto a FONT SERRA, cuando afirmaba que la regulación y los efectos del arbitraje sólo pueden ser explicados desde la postura jurisdiccional.

FONT SERRA, E., “La nueva configuración del arbitraje en el derecho español”, en Justicia, 1989, pág. 344.

¹¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Estudios de Derecho Procesal. Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal”, Pamplona, 1974, pág. 37.

¹² Cfr. art. 17 LA/2003 y art. 22,1 RDAC/2008.

¹³ Para analizar en profundidad este tema, vid. *supra* III.C.4.1. – Especial referencia a la abstención y/o recusación de los árbitros.

¹⁴ La L 11/2011 ha eliminado por motivos obvios, la mención en el texto anterior al desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia –art. 14, a) LA/2003, en su nueva redacción–.

En el texto reformado por la citada Ley, 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 resaltar que en la redacción del texto sobre este punto se eludió con especial celo la inclusión del verbo “garantizar” y se substituyó por el de “velar” como verbo y función.

A nuestro juicio 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).

¹⁵ Este principio de audiencia, según la Jurisprudencia del TC, no está reconocido constitucionalmente pero se incluye dentro del derecho a la no indefensión, y supone el derecho del demandado a que se le notifique de modo efectivo la pendencia del proceso y sus sucesivas incidencias. Es decir, ser citado y tener derecho a comparecer y ser oído en el proceso.

Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, entiende que “para satisfacer las exigencias elementales de justicia ínsitas en el principio de audiencia no se requiere que el posible condenado tenga oportunidad de realizar cualquier tipo de alegaciones. (...) El principio de audiencia queda satisfecho, en el plano legal, si la limitación prevista para el sujeto pasivo es razonable y justa y, en el plano procesal concreto, siempre que el posible “condenado” haya tenido la oportunidad de realizar las alegaciones previstas legalmente –Cfr. STC 27/1984, de 24 de febrero–. La tradicional formulación del principio de audiencia, anteriormente transcrita, podría sugerir a primera vista, que dicho principio se refiere exclusivamente al sujeto pasivo en el proceso, es decir, aquel sujeto respecto del cual se pide una decisión judicial; el que puede resultar “condenado” (en el proceso civil, penal, laboral o contencioso-administrativo). Si bien cabe hacer aquí una cierta rectificación de la literalidad, (...) ya que no cabe descartar por completo casos de infracción del principio de audiencia respecto de la parte activa (aunque resulte de ordinario ‘oída’). DE LA OLIVA SANTOS, A., “Los principios del proceso”, en Introducción al Derecho Procesal, (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y VEGAS TORRES), Madrid, 2001, págs. 49 a 54.

En este sentido, vid. también VALENCIA MIRON, A., “Introducción al derecho procesal”, op. cit., 2008, pág. 269.

¹⁶ Vid. *infra* IV.C.3. – Iniciación del procedimiento, nombramiento de árbitros y contestación del reclamado.

¹⁷ Vid. *Infra*, para todo este tema, IV.C.3.1. – Especial referencia a la reconvencción.

¹⁸ Respecto a la responsabilidad del árbitro, puede verse MERINO MERCHÁN, J. F., “El estatuto y la responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje”, Navarra, 2004.

19 Ya en la anterior regulación, la LA/1988 recogía en su art. 16,1 que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros”.

La novedad que presentaba la ley vigente de arbitraje –art. 21 LA/2003– respecto de su predecesora consiste en la sustitución de la exigencia de que los daños y perjuicios sean causados por “dolo y culpa”, y que éstos sean causados por “mala fe, temeridad o dolo”. Se pasa de una responsabilidad por culpa a un sistema que conllevará, en la mayoría de ocasiones, la inmunidad de los árbitros e incluso la de la institución arbitral.

Ejemplos de tal responsabilidad los podemos encontrar en supuestos tales como la no emisión del laudo en el plazo convenido por las partes, el incumplimiento de las normas propias del procedimiento, la admisibilidad de pruebas innecesarias, etc.

²⁰ STS 429/2009, de 22 de junio, (Sala I de lo Civil), “(...) Es decir, la responsabilidad del árbitro de equidad debe ser exigida no por el contenido culposo de su decisión sino por su actuación personal negligente delante del encargo contagiado [quiere decir encomendado]. Este es el espíritu de la responsabilidad contemplada en la Ley de 1988, la cual ha sido reducida aún más en la vigente Ley de 2003 porque ya se excluye la responsabilidad por culpa y solo se contempla por luto [quiere decir dolo], mala fe o temeridad (art. 21.1)”. En igual sentido, STS 332/1999, de 26 de abril, Sala I de lo Civil.

²¹ Al hilo de este art. 21 LA/2003, nos llama poderosamente la atención la introducción *ex novo* por la L 11/2011, del párrafo 2º en el apartado 1, 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 la cobertura del seguro siempre es aconsejable, su establecimiento obligatorio en la ley suscitará sin duda la inconveniente tentación, de la reclamación judicial contra los árbitros, tan difícil de coronar con éxito en la generalidad de los casos.

²² Sin embargo, seguimos a BARONA VILAR, al entender que, “cuando las partes que intervienen en un arbitraje son personas que participan en el mercado y que pueden llegar a tener intereses en el mismo sector, la difusión de unas técnicas de fabricación de un producto o de conocimientos tecnológicos adquiridos todos ellos como consecuencia de un proceso arbitral, podría llevar a plantear fundar una demanda por realización de un acto de competencia desleal, amparado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal que en su art. 13,1 reza: ‘Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva (...)’.

BARONA VILAR, S., “Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Artículo 24”, (Coord. Barona Vilar, S.), op. cit., 2004, pág. 914 y 915.

²³ Sin embargo, manifiesta ALMAGRO NOSETE, determinados delitos (como el delito judicial por antonomasia: el de prevaricación), no pueden predicarse de los árbitros, ni siquiera en la modalidad que pueden cometer los funcionarios de la administración, ya que en este sentido no están equiparados a los jueces. Lo que no quiere decir que estas conductas no puedan ser origen de responsabilidad civil.

ALMAGRO NOSETE, J. “La responsabilidad de los árbitros”, transcripción de la conferencia celebrada el 11 de noviembre de 1996 en la Jornada sobre Régimen jurídico de los árbitros, Barcelona, 1996, págs. 21 y ss. y más recientemente, “La responsabilidad judicial civil”, en La responsabilidad civil y su problemática actual, (Coord. Moreno Martínez), Madrid, 2007.

²⁴ Todo ello sin olvidar las posibles medidas que, en relación con los árbitros, pueden llegar a adoptar las instituciones arbitrales –JAC, en el caso que nos ocupa–, como la expulsión de sus listas de árbitros, sin que para ello se exijan grandes condiciones y pruebas de las mismas, al tratarse de una relación contractual que puede extinguirse como consecuencia de una conducta de tal entidad.

²⁵ Interesante punto de vista para este tema de la confidencialidad es la visión aportada por ARTACHO MARTÍN LAGOS, M., “Algunas consideraciones sobre los actos de comunicación en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo”, en Presente y futuro de la e-justicia en España y la Unión Europea, Aranzadi, junio, 2010, págs. 632 y ss.

²⁶ Referencia que, por otra parte, nos resulta del todo desubicada –o cuando menos inexplicable–, habida cuenta de la inexistente correlación entre el título y el articulado de la Ley (Art. 24 LA/2003 y art. 41,2 RDAC/2008). Hubiera sido más razonable un tratamiento autónomo, sin vinculación con los componentes esenciales del proceso arbitral, por cuanto la confidencialidad no es, indiscutiblemente, un principio.

En igual sentido, BARONA VILAR, S., “Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Artículo 24”, (Coord. Barona Vilar, S.), op. cit., 2004, pág. 905.

²⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Principios de igualdad contradicción y audiencia. Art. 24”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, (Coord. González Soria), Navarra, 2004, págs. 283 a 286. También opina el citado autor, que estamos ante una norma cuya oportunidad no puede discutirse y cuyo buen sentido tampoco puede ponerse en tela de juicio. Sin embargo, llama la atención del autor –y la nuestra–, que el legislador se limite a establecer el deber, sin apuntar norma alguna por la que se sancione su incumplimiento. Si bien, podrían ser aplicables las reglas penales relativas a los secretos, las normas disciplinarias respecto a los profesionales jurídicos y genéricamente, el deber de resarcimiento por daños y perjuicios que la infracción ocasione.

²⁸ Así opinamos por nuestra experiencia profesional al respecto –junto con MARÍN LÓPEZ–, que en este ámbito se ha observado que en muchas ocasiones las partes comunican al Colegio la posibilidad de practicar cierta prueba, y es el propio Colegio quien la acuerda de oficio, con las consecuencias económicas que de ello se derivan. Tampoco es inusual que el coste de las pruebas periciales resulte desproporcionado en relación con el interés de la reclamación, o que los árbitros “abusen” de la petición de dictámenes periciales, basando la decisión adoptada en el laudo exclusivamente en el resultado del informe pericial, sin realizar ningún otro tipo de reflexión. En este marco, parece razonable exigir al Colegio arbitral que actúe con mayor contención, exigiendo de oficio la práctica de pruebas únicamente en aquellos casos en que resulte absolutamente necesario. De ahí que el RDAC/2008 parezca asumir

esta tesis, al establecer que el órgano arbitral podrá proponer de oficio las pruebas complementarias “que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia” –art. 45.1.I–.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo”, op. cit., 2008, págs. 3 y 4.

²⁹ Vid. en este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo”, op. cit., 2008, pág. 3.

³⁰ Art. 43 y párrafo noveno de la exposición de motivos.

³¹ OROZCO PARDO, GUILLERMO y PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, JOSE LUIS, consideran que, pese a la inexistencia de mención alguna en la anterior regulación del sistema arbitral de consumo, si era posible aceptar la reconvencción. “El RDAC nada prevé al efecto, pero el Art. 4 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, de aplicación supletoria, si lo admite y el Art. 27 del Borrador la recoge expresamente. Por tanto, si ambas reclamaciones obedecen a una misma causa y se den en el seno de una misma relación jurídica, deberá admitirse la reconvencción, si bien será comunicada al consumidor-reclamante antes del trámite de audiencia para que éste puede alegar frente a ella (Vid. SAP Navarra de 24/12/1996). Lo contrario conculcaría el principio de igualdad que consagra el Art. del RDAC e inspira la normativa de Arbitraje como equivalente jurisdiccional. OROZCO PARDO, GUILLERMO y PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, JOSE LUIS. “Estudio crítico y propuestas de reforma del arbitraje de consumo”. Aranzadi Civil-Mercantil, número 5/2007, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

³² AC 1994/26.

³³ AC 1995/317. En el mismo sentido, también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 18 de enero de 1995 (AC 1995/831).

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de Abril de 2010 (TJCE 2010/101). También el Considerando tercero de la directiva afirma que: “*el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores prevé, en particular en sus apartados 24 y 25, que conviene proteger a los consumidores mediante medidas adecuadas, contra las prácticas comerciales abusivas en el ámbito de la venta a domicilio*”.

³⁵ La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013, relativa a los desahucios, se basa precisamente en la existencia contractual de cláusulas abusivas. Concretamente, los considerandos 68 y 69, acogiendo la tesis de la Abogada General, Sra. Kokot, determinan que “*para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogada General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar*

razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.

³⁶ Realmente, si el sometimiento al arbitraje es voluntario, también se debe asumir que la posición jurídica sea diferente, y ello porque pese al parecido con el sistema judicial, no se está realmente en un proceso judicial. Así no cabe la condena en costas, no cabe la declaración en rebeldía, el laudo tiene efectos de cosa juzgada pero no es una sentencia, sobre todo si el laudo es en equidad.

³⁷ Ni que decir tiene que este principio es obviamente aplicable al caso de Colegio Arbitral como al árbitro único.

³⁸ MATEO Y VILLA, IÑIGO.— “*De la cláusula arbitral en materia de Consumo*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm 723, Enero 2011. Y añade que “La desigualdad de partida de la que hablábamos exige un exquisito cuidado de la *parte fuerte*. Exquisito cuidado respecto de la *parte débil* que se concreta legalmente entre otros de la *cantidad* de información que el prestador de servicios deberá facilitar al consumidos, en la *calidad* de la información facilitada, en la *forma en la que se han introducido* y hecho saber las cláusulas no negociadas individualmente con la *parte débil*, en la forma en que este mismo consentimiento se ha obtenido y, por último, en la forma de la redacción y contenido de las cláusulas del contrato” Pág. 81 (La cursiva pertenece al autor).

³⁹ La entrecomillamos puesto que nos referimos a la jurisprudencia *stricto sensu* y a las resoluciones arbitrales en la medida en que éstas vinculan en sus decisiones a los árbitros, de modo que podría ser exigida una mayor motivación cuando se separen del criterio seguido en ocasiones anteriores. No es el objeto de este estudio pero no estaría de más reflexionar sobre el principio de vinculación de sus resoluciones con relación al árbitro y la necesidad de motivación extra para apartarse de los mismos. Vaya por delante nuestra postura a favor de la misma.

⁴⁰ Se ratifica, en el Art. 37, el principio “*In dubio pro consumidor*”, establecido en la última parte del Art. 3º de la Ley 24240, que brinda “*pautas específicas de interpretación de su texto, a la par de las que contienen los principios generales, que informan a todo el orden jurídico como un todo unitario y coherente. (...) Por último, sentando como principio general el in dubio pro consumidor*” que adquiere su mayor vigor en el Art. 37, que sanciona con la ineficacia las cláusulas o los términos abusivos en los contratos que contienen las relaciones jurídicas amparadas por la ley (art. 1), muy particularmente en los catalogados como contratos tipo o de adhesión”. (Vázquez Ferreyra – Romera, 1994). La cita la tomamos de ESTIGARRIBIA BIEBER, MARIA LAURA. “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina. *Facultad de Ciencias Económicas – UNNE* <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-022.pdf>. También puede consultarse el manual de defensa del consumidor editado por la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur.

⁴¹ Solo hemos encontrado cuatro Sentencias que incluyen el principio en su texto, pero ninguna de ellas ha utilizado el mismo como fundamento de la decisión. Nos referimos a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de Julio de 2002, la de la Audiencia de Valencia de 15 de Febrero de 2008, la de Pamplona de 4 de Julio de 2010 y la de Vizcaya de 15 de Septiembre del mismo año.

⁴² En los fundamentos de derecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de Julio de 2002, aparece la mención directa al principio *in dubio pro consumidor*, si bien como última

ratio de la demanda, lo cual induce a pensar que el argumento no era sostenible con rigor por parte de quien lo alegó, ya que no se hace análisis específico del mismo ni se vincula a disposición concreta de la ley alegada, sino genérica a la Ley citada.

⁴³ Enciclopedia jurídica La Ley. Tomo 179764.

⁴⁴ Ponemos un ejemplo real. En un procedimiento arbitral desarrollado en la Junta arbitral de Consumo de Granada, se dirimió una reclamación en la que la consumidora alegaba que la tintorería había ensuciado una prenda cuando la había manipulado para intentar su limpieza. No aportó ni la prenda, ni el resguardo de pago, ni aportó prueba alguna. La empresa alegó que había devuelto la prenda sin limpiar y así se lo había comunicado al marido de la consumidora. El Colegio arguyó el principio de buen comerciante para desestimar la reclamación ante la ausencia de probatura alguna.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA ITÁLIA

LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ

Professora Doutora de Direito Privado da Universidade de Nápoles e

Professora da Universidade Almeria – Espanha

EXCERTOS

“Hoje as tecnologias informáticas e telemáticas multiplicaram as possibilidades para satisfazer as novas exigências da sociedade atual, graças à expansão do mercado, à simplificação, à rapidez dos procedimentos, ao automatismo das operações, à redução dos custos e das distâncias geográficas”

“Todas as normas adotadas pelo legislador estatal ou comunitário, no âmbito do direito interno ou internacional, estão orientadas para realizar a maior liberalização possível na contratação business to business (ou seja, relações contratuais entre empresas) e dirigidas, ao revés, à máxima cautela considerando as numerosas normas de proteção na contratação business to consumer”

“Se um mesmo prestador de serviços tem vários lugares de estabelecimento, ou seja, exerce a própria atividade em vários lugares, considera-se lugar de estabelecimento, em relação a um serviço determinado, aquele em que tem o centro de suas atividades em relação a este serviço específico”

“As comunicações comerciais têm que ser claramente identificáveis como têm também que ser identificáveis a pessoa física ou jurídica em nome da qual se façam as ofertas promocionais, como os descontos, prêmios e regalos, e terão que ser facilmente acessíveis e apresentadas de maneira clara e inequívoca as condições que devem cumprir-se para aceder a eles, bem como os concursos ou jogos promocionais e as condições para participar”

1. Abordagem da questão

Nos últimos anos, os consumidores italianos que fizeram transações na internet duplicaram-se. Estamos ainda longe de alcançar os níveis de transações dos países anglo-saxônicos mas o comércio eletrônico na Itália continua seu crescimento.

Os usuários de internet que estão acima de 15 anos que não compraram nada na rede são um terço do total. Enquanto que os usuários que compraram na internet habitualmente cresceram 22% no último ano, também estes, portanto, mais ou menos um terço do total.

Entre esporádicos e habituais, o número dos cidadãos que adquirem produtos ou serviços na internet aumentou 20% no último ano. Em 2012 o número de consumidores que escolheram os canais digitais superou o número dos entusiastas dos canais de compras tradicionais.

No entanto, apesar do crescente interesse pelo comércio eletrônico por parte dos usuários italianos, favorecido também pelo crescente uso de dispositivos móveis (dos quais se podem fazer compras), é a oferta que na Itália é mais escassa comparando com outros países em que o comércio eletrônico constitui uma realidade mais consolidada, o que impede de alguma maneira a penetração e expansão desse fenómeno na Itália. As empresas que se prepararam para vender seus próprios produtos e serviços *online* são apenas 4% do total. Uma grande pena porque a difusão da economia na internet tem um efeito positivo sobre a ocupação laboral, especialmente a juvenil, que é a que mais vem sofrendo o desemprego neste momento de crise.

Uma pesquisa realizada nos primeiros meses de 2014 evidenciou que um aumento da difusão na internet de 10% determina um aumento médio de 0,44% da ocupação geral e de um 1,4% da juvenil.

No entanto, o estudo mostrou como também se pode observar um crescimento da capacidade das empresas de dispor de seus próprios produtos e serviços na internet. Nos primeiros dez meses de 2013 foram abertas quase 2000 empresas que vendem exclusivamente através da rede, com um saldo positivo (ou seja, uma diferença entre as empresas que abrem e as que fecham) de 472 atividades. No total, o número de empresas *online* cresceu 16,1% na Itália, chegando a ser 11.791 empresas.

Em 2013 se notou um crescimento de 18% no comércio eletrônico italiano, com vendas de 13,3 bilhões de euros.

O desenvolvimento exponencial da *Information Technology*, que desde algumas décadas caracteriza a evolução da civilização contemporânea, influiu

profundamente na estrutura da sociedade, chegando inclusive a modificar as relações sociais. Tudo isso gerou uma transformação radical do sistema da informação e das comunicações, dos conhecimentos e da cultura, a uma dilatação do mercado e ao intenso processo de globalização que caracteriza o mundo atual.

Hoje as tecnologias informáticas e telemáticas multiplicaram as possibilidades para satisfazer as novas exigências da sociedade atual, graças à expansão do mercado, à simplificação, à rapidez dos procedimentos, ao automatismo das operações, à redução dos custos e das distâncias geográficas.

A difusão da internet a uma escala planetária permite a um número elevado e sempre maior de sujeitos entrarem em contato e realizar operações em um mercado digital sem que exista um acordo prévio em que se tenham estabelecido as regras e as consequências jurídicas de tais negócios.

Calcula-se que o volume de negócios relativo ao comércio eletrônico a escala mundial tenha superado os 2000 bilhões de dólares. Todas estas novidades não podiam deixar indiferente o direito. Provocam uma série de questões jurídicas que exigem uma resposta nova por parte do direito.

Neste âmbito jurídico observa-se um processo duplo. Em primeiro lugar o direito mercantil neste novo contexto do *cyberspace* manifesta sua tradicional vocação à universalidade, como dimensão natural às suas normas, e, ao mesmo tempo, confirma uma exigência de especialidade, distinguindo o direito aplicável às relações entre empresários e o direito aplicável, por sua vez, às relações entre empresários (fornecedores, comerciantes) e consumidores.

No passado esta exigência de especialização manifestou-se no âmbito das regras da *lex mercatoria*: a diferença em relação às antigas regras consuetudinárias do direito mercantil é que hoje a especialização não é expressão de um tratamento de favor generalizado em relação aos interesses dos comerciantes, mas um favor proeminente nas relações entre comerciantes e consumidores em benefício dos interesses dos consumidores, cuja tutela constitui o núcleo fundamental da disciplina reguladora do comércio eletrônico.

De fato, todas as normas adotadas pelo legislador estatal ou comunitário, no âmbito do direito interno ou internacional, estão orientadas para realizar a maior liberalização possível na contratação *business to business* (ou seja, relações contratuais entre empresas) e dirigidas, ao revés, à máxima cautela considerando as numerosas normas de proteção na contratação *business to consumer*.

Este segundo tipo de contrato oferece uma série de questões jurídicas de maior complexidade, relativas à situação do consumidor, que requerem uma

maior atenção, dada a necessidade de garantir-lhe uma efetiva liberdade de escolha e a tutela de seus interesses¹.

No que concerne aos elementos subjetivos da contratação, é possível observar no âmbito do comércio eletrônico outros tipos de contratos, em concreto os contratos *consumer to consumer*, entre consumidores, que apresentam problemáticas gerais comuns às outras duas categorias de contratos *online*: os contratos entre a administração pública e os empresários (*business to administration* B2A) e entre a administração e os cidadãos (*consumer to administration* C2A).

No ordenamento jurídico a normativa tradicional relativa aos contratos sempre se fundamentou nos pré-requisitos de formalidade e materialidade: no comércio eletrônico o componente material desaparece radicalmente e a formalidade, como não poderia ser de outra forma, sofre uma mudança significativa.

No caso do comércio eletrônico direto, todas as fases da relação contratual ocorrem na rede, incluso a entrega do bem e do serviço: é o caso da venda, por exemplo, de produtos ou serviços imateriais como *software*, bancos de dados, músicas, vídeos...

Fala-se, por outro lado, de comércio eletrônico indireto quando o bem que se adquire através do contrato estipulado *online* é um bem material e a entrega se realiza através dos canais tradicionais.

No comércio eletrônico, as operações inerentes à celebração de um contrato compreendem também a busca e a seleção da parte contratada, o que levou a definir o comércio eletrônico com a expressão geral do *e-business* ou de *e-trade*.

A disciplina das relações jurídicas no comércio eletrônico deve ser regulada primordialmente em nível global e necessariamente será fruto das técnicas de produção do direito internacional dos cidadãos privados.

Na realidade, a exigência de ter pontos de referência que deem confiança no mercado comum aos internautas levou à formação das primeiras regras espontâneas de cortesia e etiqueta entre os operadores, das quais seguiram alguns códigos de autorregulação introduzidos voluntariamente pelas categorias de sujeitos interessados que, junto às recomendações e aos usos e costumes, constituíram uma normativa interna, sem caráter obrigatório, definida com a expressão *soft law*.

O direito mercantil
neste novo contexto
do cyberspace
manifesta sua
tradicional vocação
à universalidade,
como dimensão
natural às suas
normas

Rapidamente, ainda que com certa gradação, a necessidade em si de uma cooperação interestatal com finalidade de tutela jurídica dos sujeitos implicados, e ao mesmo tempo, de evitar os conflitos entre leis, dada a falta de territorialidade e fronteiras na *web*, levou a uma regulação do comércio eletrônico que tivesse certa eficácia no âmbito nacional e internacional.

2. As primeiras tentativas de regulamentação do e-commerce

Em primeiro lugar, em nível internacional, foram estendidos ao comércio eletrônico alguns princípios gerais essenciais universalmente partilhados derivados da Convenção de Viena sobre os contratos de venda internacional de bens (1. 11 dezembro 1985, n. 765). Dentre estes princípios se destacam: o dever de devolver o que não se devia ou pagar a mercadoria recebida em excesso (art. 52, Conv.); o direito de ficar com a mercadoria por parte do sujeito que a adquire até que os gastos a cargo do vendedor lhe sejam pagos (art. 86, Conv.); a proibição de comportar-se em contradição com os próprios atos como manifestação da obrigação de interpretação de acordo com a boa-fé (art. 7, Conv.); o princípio da legítima confiança (art. 16 e 19, Conv.).

Formou-se desta maneira – mas sempre como *soft law* – uma série de regras e de modelos uniformes de conduta: em 1987, promovido pela Câmara de Comércio Internacional, em 1996, quando a Comissão para o Comércio Internacional das Nações Unidas (UNCITRAL) publica, a título de recomendação, o *Model Law on Electronic Commerce*, que continha uma série de princípios e critérios gerais com relação ao dever de interpretar o contrato do comércio eletrônico de acordo com a boa-fé, e ao princípio da diligência necessária nas operações de autenticação e de verificação das mensagens ou da equiparação do documento eletrônico ao de papel.

A política comunitária em matéria de comércio eletrônico esteve desde o início orientada a promover a autorregulação dos operadores e ao mesmo tempo a eliminar os obstáculos que poderiam limitar de alguma maneira a expansão, a globalização desse tipo de comércio, com a finalidade de facilitar o acesso ao mercado e de multiplicar as oportunidades de trabalho. Tudo isso se pode observar nas numerosas recomendações (como a Recomendação 489/97, sobre o pagamento eletrônico, ou a Declaração conjunta EU-USA sobre o comércio eletrônico, de 5 de dezembro de 1997).

Apesar de todas estas tentativas de regulação, tanto o legislador comunitário como o italiano deixaram várias normas dirigidas com o fim de solucionar as principais questões organizadas pelo comércio eletrónico e a tutela dos consumidores².

Entre as principais diretivas podemos mencionar:

- A Diretiva 1997/7/CE, sobre os contratos à distância; transposta na Itália com d. Igs. 185/99;

- A Diretiva 1999/93/CE, sobre as assinaturas eletrónicas; transposta na Itália com d. Igs, 7 de março 2005, n. 82;

- A Diretiva 2000/31/CE, sobre alguns aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio eletrónico, no comércio interno; transposta na Itália com o Decreto Legislativo de 9 de abril 2003, n. 70.

Esta última diretiva pretende constituir um espaço sem fronteiras nacionais para os serviços da sociedade europeia da informação levando em consideração a necessidade de consolidar o diálogo e a cooperação internacional sobre a regulação do comércio eletrónico.

A diretiva comunitária intervém fundamentalmente com uma dupla finalidade:

- Incrementar ao máximo o exercício da liberdade de estabelecimento do prestador, ou seja, a livre prestação dos serviços da sociedade da informação (seja qual seja o lugar escolhido), serviços que compreendem um amplo conjunto de atividades económicas que se podem integrar no comércio eletrónico, eliminando os obstáculos constituídos pelas diferenças existentes nos diversos ordenamentos estatais.

- Delinear um quadro jurídico claro de setor, de tal maneira que fique assegurada a certeza do direito e reforçada a confiança dos usuários e dos consumidores.

Para realizar estes objetivos, a diretiva não introduz normas novas. O que propõe é adaptar de um modo coerente e orgânico a normativa comunitária existente às exigências do comércio *online*, e com relação ao princípio de subsidiariedade intervém nos âmbitos aplicativos que não se encontram regulados pelas normas dos Estados nacionais e que, desta forma, sem uma oportuna regulação, limitaria ou dificultaria o desenvolvimento ou obstaculizaria o funcionamento do mercado interno.

A Diretiva 2000/31/CE tenta realizar a liberação plena da circulação dos serviços da sociedade da informação em respeito ao “princípio do país de origem” (art. 3, par. 1), com base no qual um serviço legitimamente

subministrado em um Estado-membro, por regra geral, deve poder subministrar-se livremente em toda a Comunidade, inclusive quando não existam medidas de harmonização entre as distintas legislações nacionais, naturalmente protegendo os interesses imperativos de natureza não econômica, como a ordem pública, a saúde pública e a tutela dos consumidores que legitimam sempre, com base no princípio de proporcionalidade, a introdução ou a manutenção de medidas restritivas da livre circulação.

É necessário, portanto, observar que no comércio eletrônico resulta difícil a aplicação do princípio do país de origem, devido às próprias características das atividades do prestador de serviços, que não permitem identificar facilmente o lugar do estabelecimento e, desta forma, a legislação do país de origem.

Daí que a diretiva esclarece que o lugar do estabelecimento para as sociedades que subministram serviços através da página *web* não seja o lugar em que se encontra a tecnologia de suporte da página, nem onde esta seja acessível, mas o lugar em que tais sociedades exercem sua atividade econômica³.

Se um mesmo prestador de serviços tem vários lugares de estabelecimento, ou seja, exerce a própria atividade em vários lugares, considera-se lugar de estabelecimento, em relação a um serviço determinado, aquele em que tem o centro de suas atividades em relação a este serviço específico.

Em harmonia com as finalidades indicadas e sempre respeitando os princípios de subsidiariedade e de proporcionalidade da intervenção normativa comunitária, a Diretiva 2000/33/CE persegue, além disso, outros interesses gerais como partilhar regras simples e previsíveis através da harmonização normativa dos setores fundamentais do comércio *online*, como a disciplina do *e-contract*, a responsabilidade do *provider* ou a resolução, inclusive telemática, das controvérsias.

As diretivas antes citadas, como também outras que não se referem ao comércio eletrônico em particular, mas que também serão aplicadas aos contratos celebrados desta maneira, como por exemplo a Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, a Diretiva 99/44/CE, sobre alguns elementos da venda e das garantias dos bens de consumo, foram traspostas em normas internas. Aprovou-se uma série de decretos legislativos com os quais estas normas foram sendo introduzidas na Itália.

Sucessivamente, a maior parte destas disposições de atuação das diretivas foram recolhidas no Código do Consumo, emanado com o Decreto Legislativo de 6 setembro de 2005, n. 206. Os decretos precedentes foram

derrogados e seus conteúdos foram introduzidos neste código. Foi dada uma estrutura orgânica a toda esta normativa sobre consumidores que se encontrava dispersa por uma série de decretos cujo conteúdo, às vezes, parecia contraditório ou de difícil interpretação. Com o código foi feita uma agrupação sistemática das normas já existentes com valor de lei, criando um corpo normativo homogêneo e compreensível.

O legislador europeu também considerou necessário intervir na normativa deste setor para potenciar a coordenação formal e substancial desta normativa e considerou que o modo de legislar que tinha seguido até este momento, buscando uma “harmonização mínima”, não tinha levado ao grau de harmonização necessário para um desenvolvimento adequado do mercado, devido à excessiva fragmentação da normativa comunitária.

No comércio
eletrônico resulta
difícil a aplicação
do princípio
do país
de origem

Esta excessiva fragmentação causou às empresas dificuldades objetivas para realizar operações em nível internacional, com consequências negativas para os consumidores, que, por sua vez, não puderam beneficiar-se plenamente de uma maior possibilidade de escolha e de preços mais baixos no mercado interno.

Com a finalidade de reduzir a fragmentação normativa, principal causa das dificuldades do mercado único, a UE considerou necessário tomar distância da política legislativa seguida até este momento e iniciar um processo de “harmonização completa” que não permitisse aos Estados-membros adotarem disposições diferentes com relação às contidas na diretiva.

Com base nestes argumentos a UE, em substituição das quatro diretivas indicadas antes, emanou a Diretiva 83/2011 para simplificar e atualizar as normas aplicáveis e reduzir as incoerências que haviam sido encontradas entre elas.

Deste modo, foi favorecida a criação de um efetivo mercado interno entre empresas e consumidores, que garanta ao consumidor uma maior tutela, aumentando assim também a confiança no mercado eletrônico e também a competência entre as empresas.

A Diretiva 83/2011 tinha que ter sido transposta antes de 13 de dezembro de 2013. Itália o fez com o Decreto Legislativo de 3 de dezembro de 2013, que entrou em vigor no dia 13 de junho 2014 e que modificou algumas normas do Código de Consumo.

A tutela do consumidor no comércio eletrônico se articula a dois níveis:

– Por uma parte se aplicarão a esta figura as normas sobre tutela do consumidor cujo âmbito de aplicação é, podemos dizer, transversal: quer dizer, se aplicam em base a determinadas cláusulas introduzidas pelo comerciante ou por comportamentos que realizou, independentemente do tipo concreto de contrato estipulado. Refiro-me especialmente à normativa sobre cláusulas abusivas e sobre práticas comerciais desleais ou enganosas. Neste sentido, também se aplicarão as normas sobre garantias nas vendas de bens de massas, que na Itália, por expressa disposição normativa, se aplica também aos contratos não só de intercâmbio de coisas por preço, mas também aos contratos que têm por objeto a entrega de uma obra.

– No outro nível de tutela, encontramos algumas normas que se referem especificamente à tutela do consumidor quando este opera no comércio eletrônico.

3. O Decreto Legislativo de 9 de abril de 2003, n. 70

A tutela do consumidor no comércio eletrônico se articula através de dois instrumentos especialmente: a informação obrigatória e o direito de desistir.

O Decreto Legislativo 70/2003 estabelece uma série de obrigações informativas a cargo do comerciante. São aplicáveis não só aos contratos celebrados com os consumidores, mas também aos que se celebram entre empresários. Porém, quando se trata de contratos estipulados com os consumidores, estas obrigações não podem derrogar-se por acordo entre as partes⁴.

1. O presente decreto não se aplica a:

a) contratos com os que se criam ou se transmitem direitos relativos a bens imóveis, diferentes do aluguel;

b) contratos que exigem por lei a intervenção de órgãos jurisdicionais, poderes públicos ou profissionais que comportam o exercício de poderes públicos;

c) contratos de fiança ou de garantia prestados por pessoas para as quais estas operações saem de suas atividades comerciais, empresariais ou profissionais;

d) contratos regulados pelo direito de família ou de sucessões.

3.1. O dever de informação como instrumento de defesa do consumidor

Em matéria de comércio eletrônico, o legislador italiano estabeleceu três tipos de deveres de informação:

- a) informações gerais;
- b) informações que têm de ser dadas ao consumidor quando a comunicação realizada pelo prestador de serviços da sociedade de informação tenha um caráter comercial;
- c) informações contratuais que têm de ser proporcionadas no momento da conclusão do contrato por via eletrônica ao destinatário da prestação contratual.

As informações gerais obrigatórias (art. 7) tem que proporcionar-se seja aos destinatários do serviço como às autoridades competentes, e se referem à comunicação de dados⁵:

- a) nome do prestador de serviços;
- b) o domicílio ou a sede legal;
- c) as senhas que permitam colocar-se em contato rapidamente com o prestador de serviços e estabelecer uma comunicação direta e efetiva com ele, incluindo sua direção de correio eletrônico;
- d) se o prestador de serviços está inscrito em um registro mercantil ou outro registro público similar, nome de dito registro e número de inscrição assignado nele ao prestador de serviços, ou outros meios equivalentes de identificação no registro;
- e) se uma determinada atividade está sujeita a um regime de autorização, concessão ou licença, dados da autoridade de supervisão correspondente;
- f) no que se refere às profissões reguladas:
 - 1) se o prestador de serviços pertence a um conselho profissional ou instituição similar, dados de dito conselho ou instituição;
 - 2) título profissional expedido e o Estado-membro que o expediu;
 - 3) referência às normas profissionais aplicáveis no Estado-membro de estabelecimento e os meios de aceder a elas;
- g) se o prestador de serviços exerce uma atividade taxada pelo imposto sobre o valor agregado (IVA), o número de identificação;
- h) quando o serviço da sociedade da informação faça referência a preços, se facilitará informação clara e inequívoca dos preços e tarifas dos distintos serviços, indicando se inclui ou não os impostos aplicáveis e, se é o caso, os gastos de entrega e qualquer outro elemento adicional;

i) a indicação das atividades permitidas ao consumidor e ao destinatário do serviço e os dados do contrato relativos à atividade que exercita em caso de que se trate de uma atividade sujeita a autorização ou o objeto da prestação se entregue em base a um contrato de licença de uso.

Esta última informação pretende dar ciência ao consumidor se o titular de direitos sobre a obra digital usou medidas de seguridade para impedir a cópia ou qualquer outro tipo de uso não autorizado da obra digital comercializada.

No que se refere ao modo com que estas informações têm que se realizar, tratando-se de informações que estão destinadas prioritariamente a uma massa indistinta de sujeitos, a normativa italiana não exige que sejam enviadas diretamente aos destinatários, mas que sejam facilmente acessíveis, de maneira direta e permanente, de tal modo que qualquer usuário médio possa aceder a elas sem dificuldade e sem necessidade de intermediários (por exemplo, na página *web* do prestador de serviços) e que sejam continuamente atualizadas.

Contudo, as informações passam também pela publicidade e em geral pelas comunicações comerciais. Por esta razão, o Decreto Legislativo 70/2003 dedica uma particular disciplina às obrigações de informação em caso de comunicação comercial, de tal maneira que o destinatário possa distinguir o que é informação do que é na realidade promoção do bem ou do serviço, a imagem de uma empresa, de uma organização ou de um sujeito.

As comunicações comerciais têm que ser claramente identificáveis como têm também que ser identificáveis a pessoa física ou jurídica em nome da qual se façam as ofertas promocionais, como os descontos, prêmios e regalos, e terão que ser facilmente acessíveis e apresentadas de maneira clara e inequívoca as condições que devem cumprir-se para aceder a eles, bem como os concursos ou jogos promocionais e as condições para participar⁶.

O decreto legislativo italiano, além disso, faz uma referência expressa às informações relativas às comunicações comerciais não solicitadas, pela enorme difusão que estão tendo e pelo caráter invasivo que as caracteriza, obrigando que estas se realizem de tal maneira que desde o primeiro contato o destinatário possa reconhecer claramente e de modo inequívoco que se trata de uma comunicação comercial, e tem que apresentar claramente reconhecível a pessoa física ou jurídica que o enviou. A prova de que a publicidade foi pedida pelo consumidor compete ao prestador de serviço.

No que diz respeito às informações dirigidas à conclusão do contrato⁷, antes da conclusão de qualquer contrato à distância, o consumidor deve receber a seguinte informação:

a) identidade do prestador de serviço – a nova diretiva de 2011 e o decreto de transposição acrescentam que, além disso, deve indicar-se a direção geográfica em que se encontra o estabelecimento do prestador, os números de telefone, de fax ou de direção de correio eletrônico, se já os têm, com a finalidade de permitir ao consumidor contactá-los o mais rapidamente;

b) as características essenciais do bem ou do serviço, na medida adequada ao suporte utilizado e aos bens ou serviço;

c) o preço do bem ou do serviço, com indicação de todos os impostos ou taxas – a nova normativa insiste na necessidade de indicar os custos totais, sem omitir impostos ou qualquer outro tipo de extra;

d) os gastos de entrega;

e) as modalidades de pago, de entrega do bem ou da prestação do serviço e de qualquer outra forma de execução do contrato;

f) o sistema de tratamento das reclamações do comerciante;

g) a existência do direito de desistência;

h) a modalidade e os prazos de restituição ou retiro do bem em caso de exercício de desistência;

i) o custo pela utilização da técnica de comunicação à distância, quando vem calculado sobre uma base diferente da tarifa básica;

j) a duração da validade da oferta e do preço;

k) a duração mínima do contrato no caso de contratos para o subministro de produtos ou de prestações de serviços a execução continuada ou periódica.

A nova normativa acrescentou a obrigação de transmitir as seguintes informações:

– o lembrete da existência de uma garantia jurídica de conformidade para os bens, a existência e as condições de serviços pós-venda e as garantias comerciais;

– a duração do contrato, quando proceda, ou, se o contrato é de duração indeterminada, se prolongam de forma automática as condições de resolução;

– quando proceda, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluídas as medidas técnicas de proteção aplicáveis;

– quando proceda, toda a interoperatividade pertinente do conteúdo digital com os dispositivos e programas conhecidos pelo comerciante ou que caiba esperar razoavelmente que este possa conhecer.

No caso de o contrato ter sido celebrado de forma distinta da comunicação individual (por exemplo, através de correio eletrônico), o art. 12 dispõe que tenham que dar informações posteriores. Trata-se fundamentalmente de informações relacionadas com o instrumento tecnológico utilizado.

Referem-se especialmente às distintas fases técnicas que se tem que seguir para a conclusão do contrato; o modo com que o contrato concluído será salvo e os modos para o acesso a este; e os meios técnicos postos à disposição do destinatário para reconhecer e corrigir os possíveis erros na indicação dos dados antes de enviar o pedido ao prestador. Além disso, terá que fornecer informações sobre os eventuais códigos de conduta aos que o comerciante adere e como se pode ter acesso a este por via telemática; o idioma à disposição para celebrar o contrato além do italiano e a indicação dos instrumentos de composição das controvérsias.

Estas informações têm que ser fornecidas antes do envio do pedido por parte do destinatário do serviço, e, portanto, antes que se celebre o contrato.

As obrigações de subministrar as informações gerais não podem excluir-se nem sequer com um acordo entre as partes, já que se trata de contratos entre empresários ou profissionais ou entre empresários/fornecedores e consumidores. O mesmo acontece com relação às obrigações de informação previstas no que diz respeito às comunicações comerciais.

A impossibilidade de excluir o dever de informação através de um acordo acontece também no que se refere às informações dirigidas à conclusão do contrato, e, em particular, as que se referem à obrigação de comunicar ao destinatário as cláusulas e condições gerais do contrato de maneira que possa memorizá-las ou gravá-las. Tal se aplica às relações entre empresários, entre empresários e consumidores, aos contratos celebrados através de e-mail ou através de instrumentos análogos de comunicação telemática individual.

A obrigação de entregar as informações presentes no art. 12, parágrafo 1, não poderá ser derogada somente nos contratos em que uma parte é um consumidor. Esta regra não se aplica aos contratos celebrados via e-mail, posto que se considere fruto de uma negociação individual.

A esta norma acrescenta-se a obrigação da informação presente no art. 1.338 do Código do Consumo, em virtude da qual a parte que se dá conta que existe uma causa de invalidez do contrato deve comunicar a outra parte. Este dever forma parte da obrigação de comportar-se de acordo com a boa-fé, na fase da negociação e da formação e execução do contrato (art. 1.335 e 1.337).

Quando se considera concluído o contrato?

Quando a vontade daquele que aceita chega ao domicílio daquele que propõe. No comércio eletrônico isso se produz imediatamente com um clique na tecla de envio.

No comércio eletrônico muitas vezes é indispensável introduzir os dados do cartão de crédito para que o pedido se aperfeiçoe – são os casos em que a conclusão e a execução do contrato se produzem contemporaneamente.

O legislador italiano expressamente considera também este o momento da conclusão ainda que o prestador do serviço formalmente tenha apresentado o envio da ordem por parte do consumidor como uma proposta do consumidor que teria que ser depois aceita pelo prestador do serviço.

Salvo que os fatos constituam um delito, a violação desses deveres de informação será sancionada com uma pena administrativa pecuniária que pode ir desde 103 euros a 10.000 euros.

A Autoridade Garante da Competência e do Mercado verifica as violações destas normas, inibe a continuação do contrato e elimina seus efeitos.

3.2. O direito de desistência

Outro instrumento de tutela do consumidor é o direito que se reconhece à desistência ou ao arrependimento⁸.

Com base nesse direito, reconhece-se ao consumidor o poder de desfazer o contrato sem que tenha que justificar ou explicar esta decisão. É a faculdade de mudar de ideia a respeito de um contrato que já tenha sido celebrado, já que é fruto de uma declarada e específica lógica dirigida a uma proteção especial que o ordenamento atribui ao contratante mais frágil. Funda-se na simetria do poder contratual que caracteriza a contratação entre fornecedores e consumidores e está consorciado a reequilibrar as posições dos contratantes.

Para o legislador europeu o período entre o momento da conclusão do contrato e o prazo de exercício do direito de arrependimento é o necessário para pensar, poderia dizer-se, friamente, uma vez superado o momento do “entusiasmo” da conclusão do negócio, a conveniência do negócio. Com a desistência, não se quer proteger o consumidor em relação ao conteúdo do contrato, mas proteger sua liberdade de contratação que poderia ver-se prejudicada pela modalidade de formação do contrato mesmo. Pretende-se remediar casos aos quais a vontade do consumidor pode ver-se condicionada pelas técnicas peculiares, isto é, as estratégias comerciais usadas pelo comerciante para atrair ou para contratar.

Outras características do direito de arrependimento são a plena discricionariedade e a gratuidade⁹. O direito a desvincular-se do contrato não está subordinado a nenhum pré-requisito, de maneira que o consumidor não tem que manifestar nenhum motivo pelo que decide trocar de opinião e não pode ser obrigado a suportar nenhum custo pelo exercício da desistência,

salvo alguns casos em que pode ter que suportar alguns gastos vinculados a uma execução já iniciada.

A estas características tem que acrescentar a irrenunciabilidade, que deriva da natureza imperativa das normas de proteção do contratante mais frágil.

Em todo caso este direito de arrependimento se considera excepcional, ou seja, se reconhece somente em relação aos casos expressamente previstos pelo legislador.

Para o legislador europeu, o direito de arrependimento constitui um dos instrumentos de tutela mais eficazes no âmbito da disciplina do consumo. Esta figura reflete plenamente a tendência do direito de procedência europeia, dirigido a perseguir específicos objetivos de natureza econômica e a orientar a evolução do mercado, não se preocupando demasiado por uma “arquitetura conceitual e das adaptações de seus institutos com os diferentes sistemas jurídicos que pretende harmonizar”. É um direito mais preocupado em oferecer remédios que em construir estruturas conceituais.

Desde esta perspectiva, a desistência do consumidor, além de proteger ao contratante mais frágil diante de um contrato que não corresponde realmente a seus interesses, tem a função de assegurar a este a possibilidade de voltar rapidamente ao mercado para satisfazer suas exigências, aumentando assim a competência e o nível qualitativo do mercado¹⁰.

Em relação às técnicas de estipulação do contrato, a tutela tradicional reconhecida aos contratantes na fase pré-contratual, centrada sobretudo na obrigação de comportar-se segundo a boa-fé durante o período de negociação e a formação do contrato e na normativa sobre os vícios do consentimento, manifestam-se insuficientes para proteger os interesses do consumidor. Estes remédios pressupõem que exista uma verdadeira negociação e impõem custosas pesquisas sobre os estados subjetivos dos contratantes, resultando mais eficaz consentirem ao consumidor mudar de ideia sobre o negócio celebrado, independentemente da prova da perturbação do processo de formação da vontade.

Com este direito persegue-se também eliminar barreiras que levam o consumidor a não se atrever a concluir contratos transfronteiriços.

A desistência e as obrigações da informação a cargo dos empresários desenvolvem um papel estratégico para a atuação de um mercado único digital de comércio eletrónico.

Na Itália, a disciplina das mudanças diretivas sobre os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, sobre a venda à distância e sobre o

comércio eletrônico confluíram no Código do Consumo, que dedica ao direito de arrependimento uma seção inteira. Aplica-se a todos os contratos do comércio eletrônico, salvo nos casos excluídos expressamente, como os contratos que têm por objeto gêneros alimentícios, bens confeccionados sob medida ou de forma personalizada, produtos audiovisuais ou *software* informático selados, jornais ou revistas. Além disso, ficam excluídos também os contratos de fornecimento de determinados serviços (como por exemplo os alojamentos, transporte, restauração). A razão está em evitar o enriquecimento ilícito que poderia derivar ao consumidor que resolve o contrato pela impossibilidade de restituir as prestações realizadas.

O direito de desistir fica excluído também quando o fornecimento dos serviços já começou com o consentimento do consumidor, antes que tenha vencido o prazo previsto para exercitá-lo.

Diferentemente, o direito de desistência não se exclui quando o fornecedor, neste mesmo período, começa a prestar o serviço, mas sem o consentimento do consumidor. Este não estará obrigado a pagar pela prestação já executada.

De outra maneira, a decisão do consumidor em relação à desistência não seria totalmente livre, podendo ficar condicionada pelo custo dos serviços prestados.

A necessidade de salvaguardar a certeza jurídica nos intercâmbios comerciais impõe a exigência de instituir um prazo para exercitar este direito. A desistência forma parte de um mecanismo mais amplo de tutela constituído por uma série de obrigações de informação, destinadas a assegurar ao consumidor a compreensão total do conteúdo do contrato e o conhecimento da existência desse direito.

Para responder a estas exigências, a normativa tende a assinalar o início do prazo para o exercício do direito a partir do momento em que, com base nas obrigações informativas previstas para esta modalidade de contratação, o consumidor possa ter pleno conhecimento do conteúdo dos contratos, dos direitos do contrato e dos direitos que têm com base nele. Com este propósito, e para maior tutela do consumidor, nos contratos à distância, além do elenco de informações que devem ser dadas ao consumidor antes da conclusão do contrato, foi imposta ao empresário a obrigação de enviar uma confirmação escrita ou mediante outro suporte duradouro depois da conclusão do contrato.

A tutela do
consumidor no
comércio eletrônico
se articula através de
dois instrumentos
especialmente:
a informação
obrigatória e o
direito de desistir

O consumidor até o dia 13 de junho de 2014 tinha 10 dias úteis para desistir, que se contam:

a) para os bens, desde o dia que receberam, se se cumpriram todas as obrigações informativas, ou a partir do dia em que estas obrigações se cumpriram, se é sucessivo à conclusão do contrato (e em qualquer caso não se pode superar os três meses desde o dia da conclusão do contrato);

b) para os serviços, desde o dia da conclusão do contrato ou desde o dia em que se cumpriram as obrigações de informação, quando esta se produza depois da conclusão do contrato.

Um regime especial se aplica quando o comerciante não cumpre a obrigação de informar ao consumidor a existência do direito de desistência, das modalidades e os prazos para a restituição ou a retirada do bem, ou para o caso de omissão da confirmação por escrito das informações devidas. Neste caso o prazo para o exercício desse direito passa a ser de 90 dias desde o recebimento do bem ou desde a conclusão do contrato de serviço. Estes prazos podem ser modificados pelas partes, mas só em sentido mais favorável para o consumidor.

Para exercitar o recesso, o consumidor deverá enviar uma comunicação escrita à sede do empresário mediante uma carta certificada com aviso de recebimento. A comunicação pode enviar-se também por telegrama, correio eletrônico ou fax. Para que produza efeitos é necessário que a desistência seja confirmada mediante carta certificada dentro do prazo de 48 horas desde a primeira comunicação. Considera-se enviada a carta no prazo se foi entregue à agência de correios antes do vencimento do prazo¹¹.

O ato de desistência do consumidor exercitado no prazo oportuno determina a resolução da relação contratual, e quando as prestações derivadas do contrato tenham sido executadas em todo ou em parte, nasce para os contratantes a obrigação de restituí-las.

O consumidor será obrigado a restituir o bem ao fornecedor, segundo as modalidades e os prazos previstos no contrato – os prazos para a restituição não podem em nenhum caso ser inferiores a dez dias úteis desde que a mercadoria tenha sido recebida. Nos contratos que têm por objeto bens, a integridade do bem é condição essencial para o direito de desistência, resultando suficiente que o bem seja restituído em um estado normal de conservação, quando conservado e eventualmente usado de acordo com a diligência ordinária. Por isso que, se o contrato tem por objetivo bens que por sua natureza são deterioráveis ou não são suscetíveis de ser utilizados, uma vez que o uso por um consumidor tenha sido iniciado, o consumidor não poderá desistir.

Os gastos que o consumidor tem de suportar são só os derivados diretamente da restituição do bem e somente se isso tenha sido expressamente previsto no contrato.

Nesse âmbito a Corte da Justiça da União Europeia deixou muito clara a proibição de subordinar o direito de desistência ao pagamento dos gastos da entrega dos bens e a possibilidade de que o consumidor fique obrigado a pagar uma indenização quando tenha usado o bem de forma não conforme aos normais cânones de utilização do produto.

Se o consumidor exercita o recesso de acordo com a lei, o empresário está obrigado ao reembolso de quanto o consumidor pagou no menor tempo possível e sempre no prazo de trinta dias desde o momento em que tenha tido o conhecimento do exercício da desistência. Transcorrido esse tempo, se não desembolsou o dinheiro, se considerará o empresário em mora e terá que pagar os juros acumulados.

O direito de arrepender-se se reflete também no contrato de crédito eventualmente estipulado pelo consumidor para cobrir parcial ou completamente o preço da compra do bem ou do serviço. Nesse caso, o empresário tem a obrigação de comunicar ao terceiro que concedeu o crédito do exercício do direito de desistência e de reembolsar a este as quantidades já entregues, sem nenhuma pena.

Com a nova diretiva, elevou-se o nível de proteção do consumidor¹². O prazo para exercitar a desistência foi uniformizado em todos os países e se fixou em catorze dias, contados desde a entrega dos bens, desde o dia da entrega ao consumidor ou a um sujeito indicado por ele, e, em caso de fornecimento de serviço, desde o dia da conclusão do contrato.

Se o comerciante não informa ao consumidor da existência do direito, o prazo para o exercício se prolonga a doze meses mais os catorze dias. Mas se ele informa esse direito ao consumidor no prazo dos doze meses, o prazo vence catorze dias depois do dia em que o consumidor tenha recebido a informação.

A diretiva além do mais prevê um modelo informativo padrão, que nos contratos à distância o empresário tem que enviar ao consumidor. O modelo está dividido em duas partes: a parte A onde se oferece ao consumidor as instruções para exercitar a desistência e as informações sobre os custos. A parte B contém um modelo de desistência que o consumidor pode completar e enviar ao fornecedor. Este pode optar por usar a parte A do modelo informativo, mas estará obrigado a entregar ao consumidor a parte B.

O consumidor pode de todas as formas exercitar a desistência valendo-se de qualquer meio, sempre que fique clara e explícita a decisão de desistir do

contrato. A carga da prova da desistência corresponde ao consumidor, assim o risco do meio usado é seu.

Em relação ao comércio eletrônico, é muito interessante a previsão pela qual o comerciante pode oferecer ao consumidor a opção de completar e enviar eletronicamente o formulário de desistência indicado no anexo da diretiva ou qualquer outra declaração expressa presente na página *web* do fornecedor. Neste caso nasce para o empresário a obrigação de comunicar ao consumidor a confirmação de ter recebido em um suporte duradouro.

Entre as obrigações do fornecedor, observa-se a de realizar o reembolso dos gastos com o mesmo meio de pagamento usado pelo consumidor, no prazo de catorze dias desde o dia em que o empresário recebe a informação da decisão do consumidor de exercitar a desistência. Entretanto, salvo que o empresário tenha oferecido para retirar ele mesmo os bens, no que se refere aos contratos de venda, pode ele não reembolsar até que tenha recebido os bens ou até que o consumidor tenha demonstrado que enviou os bens, dependendo da situação que se produza antes.

O fornecedor não está obrigado a reembolsar os gastos suplementares quando o consumidor tenha optado por um tipo de entrega diferente do tipo menos custoso oferecido pelo primeiro.

O consumidor deve devolver o bem no prazo de catorze dias desde que tenha comunicado ao empresário a sua decisão. O consumidor está obrigado a pagar somente o custo relativo à restituição do bem. Entretanto, competirá ao comerciante quando este não tenha informado ao consumidor sobre esse ponto ou se tenha pactuado assim pelas partes.

O consumidor é responsável somente pela diminuição do valor dos bens que resulte de uma manipulação diferente da necessária para verificar a natureza, as características e o funcionamento. Se o comerciante não informou ao consumidor de seu direito de recesso, o consumidor não responde pela diminuição do valor dos bens.

A nova diretiva sublinha alguns contratos aos quais não se aplica a normativa de desistência: quando o objeto são bens selados que não se prestam para serem restituídos por motivos higiênicos ou relacionados com a proteção da saúde, os bens que depois da entrega resultam pela sua natureza misturados indissolúvelmente com outros bens, os contratos concluídos em um leilão público e, especialmente importante no mercado eletrônico, o fornecimento dos conteúdos digitais mediante suportes não materiais, se a execução tenha começado com o acordo expresso do consumidor que tenha aceitado a perda do direito desistência.

4. Conclusão

O legislador europeu e o italiano preocuparam-se em proteger o consumidor que usa o comércio eletrônico para adquirir bens ou serviços predispondo uma série de instrumentos: fundamentalmente assegurando-lhes uma informação completa da operação econômica e comercial que se propõem realizar, criando a possibilidade de um controle sobre o caráter abusivo das condições gerais do contrato e reconhecendo-lhes o poder unilateral de desvincular-se do contrato inclusive depois de tê-lo celebrado. Tudo isso, entretanto, será realmente eficaz para a defesa do consumidor se conseguirmos difundir a educação dos consumidores e usuários para promover o conhecimento dos seus direitos e dos seus interesses, e se promovermos o desenvolvimento das relações associativas e sua participação em todos os níveis possíveis na formação e projeção de instrumentos de tutela. Somente assim se poderá fazer efetiva tal tutela.

Pressuposto fundamental para isso é também a difusão da cultura da proteção do consumidor entre os empresários, pois é essencial que eles percebam as vantagens comerciais e econômicas que para eles também advêm de um mercado baseado nos princípios de transparência, competência leal e confiança do consumidor.

Notas

¹ Vid. ALPA, *Contratti di massa, profili generali*, em *Enc. Dir. Agg.*, I, Milano, 1997, pp. 403 ss.; AZZARO, A.M., *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000; BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998; BOCCHINI, E., *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001, pp. 23 ss.; BONOCORE, V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, pp. 38 ss.; BORRUSO, R., *Computer e diritto*, Milano, 1988, pp. 238 ss.; BRAVO, F., *Le trattative dei contratti telematici*, em *Contratti*, 2003, pp. 739 ss.; CAMARDI, C., *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, em RICCIUTO V.- ZORZI N., *Il contratto telematico*, em *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, 27, Padova, 2002, pp. 12 ss.; CICU, A., *Gli automi nel diritto privato*, em *Il Filangieri*, 1901, pp. 561 ss.; CLARIZIA, R., *Informatica e conclusione del contratto*, T. V, dirigido por ALPA, G., Milano, 1985, pp. 84 ss.; DEMARZO, G., *I contratti a distanza*, Milano, 1999; FRANCESCHELLI, V. (dirigido por), *Commercio elettronico*, Milano, 2003, pp. 91 ss.; GAMBINO, A.M., *L'accordo telematico*, Milano, 1997, pp. 11 ss., pp. 70 ss., pp. 148 ss.; GITTI, G., VILLA, G., *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, pp. 14 ss.; IRTI, N., *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, pp. 51 ss.; IRTI, N., *Scambi senza accordo*, em *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss.; LACCHINI L., BENNATI P., *E-businee: Profili normativi*, Padova, 2002; LEVI, G., *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Milano, 1996;

MAGGIOLO, M., *Il contratto predisposto*, Padova, 1996; MAJORCA, S., *Contratti standard*, em *Noviss. Dig. It., App.* II, Torino, 1981, pp. 617 ss.; MANTELLI, A., *Limite all'impiego di alcune tecniche di comunicazione a distanza*, em ATELLI, M. (dirigido por), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di comunicazione a distanza. Commento al D. Lgs. 22 maggio 1999, n.185*, Torino, 2001, pp. 259 ss.; OPPO, G., *Disumanizzazione del contratto?*, em *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, pp. 525 ss.; PARISI, F., *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987; PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, em GABRIELLI, E., *I contratti in generale, I, Trattato dei contratti*, dirigido por RESCIGNO, P., Torino, 1999, pp. 349 ss.; RICCIUTO, V., ZORZI, N., *Il contratto telematico*, em *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, 27, Padova, 2002, pp. 163 ss.; ROPPO, V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d'impresa*, Milano, 1975; ROPPO, V., *I contratti per la fornitura di servizi telematici*, em AA.VV., *I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio*, VI, dirigido por ALPA, G., ZENO- ZENCOVICH, Milano, 1937, pp. 318 ss.; ROPPO, V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, pp. 54 ss.; ROPPO, V., *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 433 ss.; SCOGNAMIGLIO, C., *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, em STANZIONE, P., SICA, S., *Il commercio elettronico e le categorie civilistiche*, Milano, 2002, pp. 364 ss.; TOSI, E., *I contratti di informatica*, Milano, 1993; TOSI, E., *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, pp. 508 ss.; TOSI, E., *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano, 2005, pp. 163 ss.; TOSI, E., *Diritto privato dell'informatica. I beni, i contratti, le responsabilità*, Milano, 2006, pp. 776 ss.; TOSI, E., *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010, pp. 374 ss.; TOSI, E., *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, em AA.VV., *Trattato di diritto privato* dirigido por BESSONE, M., volume XXXII, Torino, pp. 159 ss.; TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano, 1997; VENOSTA, F., *Forme telematiche e precetto di trasparenza*, em *Obbligazioni e contratti*, 2008, pp. 968 ss.

² AZZARRI, F., *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, em *I contratti*, 2010, n. 3, pp. 301 ss.; CASSANO, G., CIMINO, I.P., *Contratto via Internet e tutela della parte debole*, em *I contratti*, 2002, n. 10; DE GIOIA, V., *I contratti di viaggio on-line*, em *Il nuovo diritto*, 2005, pp. 959 ss.; DELFINI, F., *Vendita via internet di pacchetti turistici last minute e recesso del consumatore*, em *Diritto del turismo*, 2003, pp. 121 ss.; GALLI, A., MONTI, B., *Viaggi on line. Disciplina, giurisprudenza e mercato*, Milano, 2007, pp. 64 ss.; GUARINI, M., *I contratti del turismo organizzato on line la tutela del turista*, em COGLIANIGOLA, M., SANDULLI, M., SANTAGATA, R., *L'ordinamento del mercato turistico*, Torino, 2012, pp. 217 ss.; LISI, A., *I contratti di Internet. Sottoscrizione, nuovi contratti tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, em CENDON, P., *Giurisprudenza critica*, 2006, pp. 35 ss.; PAROLA, F., *Recesso dal contratto di compravendita on line di pacchetti turistici*, em *Obbligazioni e contratti*, 2007, pp. 729 ss.; RICCIUTO V.- ZORZI N., *Il contratto telematico*, cit., pp. 65 ss.; SARZANA DI SANT'IPPOLITO, F., *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano, 2001, pp. 17 ss.; TOSI, E., *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., pp. 219 ss.; TOSI, E., *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012; ZALLONE, R., *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003.

³ IRTI, N., *Norme e luoghi. Problemi di geodiritto*, pp. 3 ss.; LISI, A., *Il negozio telematico. I profili giuridici di un e-shop*, Milano, 2007, pp. 1 ss.; ROSSELLO, C., *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006; SANTACROCE, B.,

FICOLA, S., *Il commercio elettronico. Aspetti giuridici e regime fiscale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 1 ss.

⁴ AA.VV., *Commercio on-line: contratti più sicuri per il consumatore che stipula in rete*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 20, pp. 14 e ss.; COMANDE', G., SICA, S., *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, pp. 1 e ss.; DRAETTA, U., *Internet e commercio elettronico*, Milano, 2005, pp. 58 ss.; FINOCCHIARO, G., *I contratti informatici*, em *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. econ.*, dirigido por GALGANO, F., vol. XXI, Padova, 2002, pp. 1 ss.; FRANCESCHELLI, V., *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, em FRANCESCHELLI, V., *Commercio elettronico*, cit., pp. 1 ss.; RICCIUTO, V., ZORZI, N., *Il contratto telematico*, em *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. econ.*, dirigido por GALGANO, F., vol. XXVII, Padova, 2002; ROSSELLO, C., FINOCCHIARO, G., TOSI, E., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003; ROSSELLO, C., *La nuova disciplina del commercio elettronico. Principi generali e ambito di applicazione*, em AA.VV., *Trattato di diritto privato*, dirigido por BESSONE, M., volume XXXII, Torino, pp. 109 ss.; SICA, S., STANZIONE, P., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, pp. 1 ss.; TOSI, E., *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, pp. 173 ss.; TOSI, E., *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, em ROSSELLO, C., FINOCCHIARO, G., TOSI, E., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, pp. 97 ss.; VACCA, C., *Le ascendenze del commercio elettronico: dalle esperienze del passato indicazioni per il presente*, em AA.VV., *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on line*, Milano, 1999, pp. 49 ss.

⁵ AA.VV., *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on line*, cit., pp. 32 e ss.; AA.VV., *La pubblicità ingannevole. Commento sistematico alla normativa vigente*, Milano, 2003, pp. 1 ss.; ALPA, G., *Contratti a distanza, prime considerazioni*, em *Il contratto in generale*, Torino, 1999, pp. 850 ss.; ANDRINI, M. C., *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, em *Contratto e impresa*, 2001, pp. 156 ss.; ATELLI, M., *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Padova, 2001, pp. 1 ss.; BUSACCA, A., *E-contract e consumer protection: brevi note in tema di informazione e recesso*, em PANUCCIO DATTOLA, F., *Servizi della società dell'informazione e mercato informatico*, Milano, 2003, pp. 2 ss.; CASO, R., *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Padova, 2004, pp. 59-124; DE CRISTOFARO, M., *Contratti a distanza e norme di tutela del consumatore*, em *Studium iuris*, 1999, pp. 1189 ss.; CRISCUOLO, F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, em *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, dirigido por PERLINGIERI, P., Napoli, 2008; D'AMICO, G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, em *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pp. 37 ss.; DELFINI, F., *I contratti telematici dei consumatori*, in GABRIELLI, E., MINERVINI, E., *I contratti dei consumatori*, T. II, *Trattato dei contratti*, dirigido por RESCIGNO, P., GABRIELLI, E., Torino, 2005, pp. 853 ss.; DE NOVA, G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, em *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, pp. 343 ss.; DE POLI, M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; DI DONNA, L., *Gli obblighi informativi precontrattuali*, em ALPA, G., *I diritti dei consumatori*, Torino, 2009, pp. 209 ss.; FRANCESCHELLI, V., *Computer e diritto*, Rimini, 1989, pp. 1 ss.; FRANCESCHELLI, V., *Commercio elettronico*, cit., pp. 91 ss.; GAMBINO, A.M., *Commercio elettronico tutela del consumatore*, em RIZZO, V., *Documento informatico, firma digitale e commercio elettronico*, Napoli, 2000, pp. 177 ss.; GENTILI,

A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, em *Rivista di diritto privato*, 2004, pp. 555 ss.; GRISI, G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 150; IRTI, N., *Idola libertatis*, cit., pp. 51 ss.; IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; JANNARELLI, A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, em LIPARI, N., *Diritto privato e europeo*, Padova, 1997, pp. 1 ss.; MANTOVANI, M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, pp. 1 ss.; MUSY, A. M., *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999; NAZZARO, A. C., *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, em *Riv. Inf. Dir.*, 2010, pp. 8 ss.; PERLINGIERI, P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1986, pp. 231 ss.; RICCI, F., *Commento agli artt. 52, 53, 68 Codice del Consumo*, em ALPA, G., ROSSI CARLEO, L., *Codice del Consumo. Commentario*, Napoli, 2005, pp. 390 ss.; RICCIUTO, V., *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999; RICCIUTO, V., SOLINAS, C., *Gli obblighi informativi*, em FRANCESCHELLI, V., TOSI, E., *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, T. I, Milano, 2012, pp. 195 ss.; RINALDI, A., *Le comunicazioni commerciali e la direttiva e-commerce*, em ANTONUCCI, A., *La direttiva n. 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, pp. 27 ss.; ROPPO, V., *Informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto Europeo*, em *Rivista di diritto privato*, 2004, pp. 747 ss.; ROSSELLO, C., *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, em AA.VV., *Trattato di diritto privato*, cit., dirigo por BESSONE, M., pp. 137 ss.; ROSSI CARLEO, L., *Commento all'art. 4. Educazione del consumatore*, em ALPA, G., ROSSI CARLEO, L., *Codice del Consumo. Commentario*, cit., pp. 115 ss.; ROSSI CARLEO, L., *Commento all'art. 5. Obblighi generali*, em ALPA, G., ROSSI CARLEO, L., *Codice del Consumo. Commentario*, cit., pp. 129 ss.; SENIGALLIA, R., *Informazione contrattuale nella net economy e trasparenza del mercato*, em *Eur. Dir. Priv.*, pp. 229 ss.; SODDU, F., *Commento agli artt. 9 d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70. Introduzione*, em CUFFARO, V., *Codice del Consumo*, em *Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Milano, 2008, pp. 280 ss.; STAZI, A., *La disciplina delle comunicazioni elettroniche non richieste alla luce del d. lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico e del nuovo "codice in materia di protezione dei dati personali"*, em *Dir. Inf.*, 2003, pp. 1101 ss.; TORIELLO, F., *L'uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate*, em AA.VV., *Trattato di diritto privato*, cit., dirigo por BESSONE, M., pp. 79 e ss.; TOSI, E., *La tutela dei dati personali*, in TOSI, E., *I problemi giuridici di Internet*, Milano, pp. 75 e ss.; TOSI, E., *Contratti informatici, telematici, virtuali*, cit., pp. 374 ss.; TOSI, E., *Il contratto virtuale*, Milano, 2005, pp. 197 ss.; pp. 294 ss.; VALENTINO, D., *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, em *Rass. Dir. Civ.*, 1998, pp. 375 ss.; VALENTINO, D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, pp. 1 ss.; VISINTINI, G., *La reticenza della formazione dei contratti*, Padova, 1972; ZALLONE, R., *La disciplina delle comunicazioni commerciali*, em ROSSELLO, C., FINOCCHIARO, G., TOSI, E., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003.

⁶ ALPA, G., ROSSELLO, C., *Prime note sulla attuazione della direttiva comunitaria in materia di pubblicità ingannevole*, em *Dir. Inf.*, 1992, pp. 259 ss.; CARTELLA, M., *La tutela del consumatore*, em FRANCESCHELLI, V., *Commercio elettronico*, cit., pp. 91 ss.; CASSANO, G., FADDA, S., *Codice in materia di protezione dei dati personali*, Milano, 2004, pp. 1 ss.; CIRILLO, G.P., *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2005, pp. 1 ss.; DE MARZO, G., *I contratti a distanza*, Milano, 1999, pp. 13 ss.; ELLI, G., ZALLONE, R., *Il nuovo codice della privacy*, Torino, 2004, pp. 1 ss.; IMPERIALI, R., IMPERIALI, R., *Codice della privacy*, II ed., Milano, 2005; MONDUCCI, J., SARTOR, G., *Il*

codice in materia di protezione dei dati personali, Padova, 2004, pp. 1 ss.; RINALDI, A., *Le comunicazioni commerciali e la direttiva E-Commerce*, cit., pp. 27 ss.; TOSI, E., *La tutela dei dati personali*, cit., pp. 75 ss.; VACCA', C., *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on-line*, Milano, 1999, pp. 137 ss.

⁷ ANDRINI, M. C., *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, cit., pp. 156 ss.; CASO, R., *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, cit., pp. 59 ss.; CRISCUOLO, F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., pp. 231 ss.; DELFINI, F., *Introduzione e commento al d. lgs. 9 aprile 2003 n. 70, op. cit.*; GENTILI, A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit., pp. 563 e ss.; IRTI, N., *Idola libertatis*, cit., pp. 1 ss.; PERLINGIERI, P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., pp. 10 ss.; SENIGALLIA, R., *Informazione contrattuale nella net economy e trasparenza del mercato*, cit., pp. 252 ss.; TOSI, E., *Contratti informatici, telematici, virtuali*, cit., pp. 1 ss.; VALENTINO, D., *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, cit., pp. 378 ss., pp. 395 ss.; VALENTINO, D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., pp. 1 ss.

⁸ ALVISI, C., *Recesso e disdette turistiche*, cit., pp. 213 ss.; ANNUNZIATA, F., GUFFANTI, E., *Il recesso nei contratti finanziari a distanza*, em *Corriere giur.*, 2006, pp. 5 ss.; ASTONE, F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, dirigitto por GAMBINO, A.M., Torino, 2011, pp. 187 ss.; ATELLI, M., *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, em *Riv. Critica dir. Privato*, 2001, pp. 360 e ss.; BACCIARDI, E., *Contratti telematici e diritto di recesso*, em *I contratti*, 2010, pp. 381 ss.; BENEDETTI, A.M., *Recesso del consumatore*, em *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Milano, 2011, pp. 956 ss.; DE CRISTOFARO, G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, em *Studium Iuris*, 1999, pp. 1189 ss.; DE CRISTOFARO, G., *La disciplina unitaria del diritto di recesso*, em *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, pp. 351 ss.; DELFINI, F., *Vendita via internet di pacchetti turistici last minute e recesso del consumatore*, in *Diritto del turismo*, 2003, pp. 121 ss.; DELFINI, F., *Negoziazione telematica e tutela del consumatore*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano, 2006, pp. 137 ss.; DI MAIO GIAQUINTO, A., *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, II, pp. 110 ss.; DI MARZIO, F., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, pp. 230 ss.; FERRARI, C., *Ipotesi di qualificazione per il "recesso" del consumatore*, em *Riv. Dir. Civ.*, 2010, II, pp. 1 ss.; FERRARI, C., *Recesso e tutela del consumatore*, em ROSSELLO, C., FINOCCHIARO, G., TOSI, E., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, pp. 409-427; GABRIELLI, G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, pp. 1 ss.; GABRIELLI, G., PADOVINI, F., *Recesso*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1998, pp. 27 ss.; GIAMPETRAGLIA, R., *art. 67-duodecies*, em MINERVINI, E., ROSSI CARLEO, L., *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009, pp. 437 ss.; GRECO, F., *Il diritto di recesso del consumatore*, em DEMARCHI, P.G., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2011, pp. 53 ss.; GRISI, G., *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, em *Riv. Critica dir. Privato*, 2001, pp. 569 ss.; MAZZAMUTO, S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, em *Europa e dir. Priv.*, 2011, pp. 861 ss.; PADOVINI, F., *Risoluzione e recesso*, em *Obbligazioni e contratti*, 2012, pp. 86 ss.; PAROLA, F., *Recesso dal contratto di compravendita on line*, cit. pp. 729 ss.; ROPPO, V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; ROPPO, V., *Il contratto*, em IUDICA, G., ZATTI, P., *Trattato di diritto privato*,

Milano, 2011, pp. 521 ss.; SANTAGATA, R., *Diritto del turismo*, Milano, 2009, pp. 1 ss.; SICA, S., PARISI, A.G., *La tutela del consumatore nel contratto on-line*, in GAMBINO, A.M., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, pp. 29 ss.; SIMONINI, E., *La compravendita di pacchetti turistici online e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista*, em *Diritto del turismo*, 2007, pp. 25 ss.; TOSI, E., *La tutela dei consumatori nel commercio elettronico*, em *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Milano, 2010, pp. 273 ss.; TRAMONTANO, L., *Codice del diritto dei consumatori*, Piacenza, 2010; VALENTINO, D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, pp. 12 ss.; VIOLA, L., *Il contratto*, Padova, 2009, pp. 1 ss.; ZORZI GALGANO, N., *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, em *Contratto e impr.*, 2011, pp. 1193 ss.

⁹ ASTONE, F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., pp. 190 ss.; DE CRISTOFARO, G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, cit., pp. 1189 ss.; DE CRISTOFARO, G., *La disciplina unitaria del diritto di recesso*, cit., pp. 372 ss.; DELFINI, F., *Vendita via internet di pacchetti turistici last minute e recesso del Consumatore*, cit. pp. 121 ss.; PAROLA, F., *Recesso dal contratto di compravendita on line di pacchetti turistici*, cit.; SICA, S., PARISI, A.G., *La tutela del consumatore nel contratto on-line*, cit., pp. 50 ss.; TOSI, E., *La tutela dei consumatori nel commercio elettronico*, em *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., pp. 273 ss.

¹⁰ ASTONE, F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., pp. 190 ss.; BENEDETTI, A.M., *Recesso del consumatore*, cit., pp. 27 ss.; DE CRISTOFARO, G., *La disciplina unitaria del diritto di recesso*, em *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*, cit., pp. 372 ss.; DELFINI, F., *Negoziazione telematica e tutela del consumatore*, em *Studi in onore di C.M. Bianca*, op. cit., pp. 159 ss.; MAZZAMUTO, S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., pp. 1 ss.; ROPPO, V., *Il contratto del duemila*, cit., pp. 15 ss.; SCANNICCHIO, N., *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, em LIPARI, N., *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, pp. 162 ss.

¹¹ ALVISI, C., *Recesso e disdette turistiche*, cit., pp. 213 ss.; ANNUNZIATA, F., GUFFANTI, E., *Il recesso dei contratti finanziari a distanza*, cit., pp. 5 ss.; DE CRISTOFARO, G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, cit., pp. 1189 ss.; DE CRISTOFARO, G., *La disciplina unitaria del diritto di recesso*, cit., pp. 381 ss.; DELFINI, F., *Vendita via internet di pacchetti turistici last minute e recesso del Consumatore*, cit., pp. 121 ss.; DELFINI, F., *Negoziazione telematica e tutela del consumatore*, cit., pp. 159 ss.; FERRARI, C., *Ipotesi di qualificazione per il "recesso" del consumatore*, cit., pp. 409 ss.; GIAMPETRAGLIA, R., *art. 67-duodecies*, cit., pp. 437 ss.; PADOVINI, F., *Risoluzione e recesso*, cit., pp. 86 ss.; PAROLA, F., *Recesso dal contratto di compravendita on line di pacchetti turistici*, cit., pp. 729 ss.; ROPPO, V., *Il contratto*, cit., pp. 521 ss.; TOSI, E., *La tutela dei consumatori nel commercio elettronico*, em *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., pp. 273 ss.; ZORZI GALGANO, N., *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, cit., pp. 1193 ss.

¹² MAZZAMUTO, S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., pp. 1 ss.; RIVA, I., *La direttiva ad armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, em *Contr. e impr./Europa*, 2011, pp. 754 ss.; TOMMASINI, R., *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, pp. 1 ss.

RESOLUÇÃO LEGISLATIVA DO
PARLAMENTO EUROPEU,

DE 12 DE MARÇO DE 2014, SOBRE A

PROPOSTA DE DIRETIVA
DO PARLAMENTO EUROPEU
E DO CONSELHO
RELATIVA ÀS
VIAGENS ORGANIZADAS E
AOS SERVIÇOS COMBINADOS
DE VIAGEM

EXCERITOS

“O turismo desempenha um papel importante nas economias da União e as viagens organizadas representam uma parte significativa desse mercado”

“O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual são garantidas a livre circulação das mercadorias e de serviços e a liberdade de estabelecimento”

“A maioria dos viajantes que adquire viagens organizadas é considerada consumidora na aceção do direito do consumidor da União”

“A presente diretiva só deve ser aplicável aos passageiros em viagens de negócios na medida em que estes não tenham reservado os serviços de viagem com base num contrato-quadro”

“Têm sido observadas na internet práticas em que os operadores que facilitam a aquisição de serviços de viagem conexos não oferecem de forma clara e inequívoca a possibilidade de apenas se proceder à reserva do serviço de viagem principal, sem se escolher qualquer serviço adicional”

“Antes de efetuarem o pagamento, os viajantes devem ser informados sobre se estão a escolher uma viagem organizada ou um serviço de viagem conexo e do nível de proteção correspondente”

“O transporte rodoviário, ferroviário, fluvial, marítimo ou aéreo de passageiros que inclua alojamento, por exemplo, viagens de ferryboat com dormida ou viagens de comboio em carruagem-cama, deve ser considerado um serviço único de viagem, se o transporte for claramente o elemento predominante e não for efetuado em combinação com outro serviço de viagem”

Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 12 de março de 2014, sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às viagens organizadas e aos serviços combinados de viagem que altera o Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho (COM(2013)0512 – C7-0215/2013 – 2013/0246(COD)) (Processo legislativo ordinário: primeira leitura)

O Parlamento Europeu,

– Tendo em conta a proposta da Comissão ao Parlamento e ao Conselho (COM(2013)0512),

– Tendo em conta o artigo 294º, nº 2, e o artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos termos dos quais a proposta lhe foi apresentada pela Comissão (C7-0215/2013),

– Tendo em conta o artigo 294º, nº 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,

– Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu de 11 de dezembro de 2013 (1),

– Após consulta do Comité das Regiões,

– Tendo em conta o artigo 55º do seu Regimento,

– Tendo em conta o relatório da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e os pareceres da Comissão dos Transportes e do Turismo, bem como da Comissão dos Assuntos Jurídicos (A7-0124/2014),

1. Aprova a posição em primeira leitura que se segue;

2. Requer à Comissão que lhe submeta de novo a sua proposta se pretender alterá-la substancialmente ou substituí-la por outro texto;

3. Encarrega o seu Presidente de transmitir a posição do Parlamento ao Conselho, à Comissão e aos parlamentos nacionais.

Texto da Comissão	Alteração
Alteração 1 Proposta de diretiva Título 1	
Proposta de DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO relativa às viagens organizadas e aos serviços combinados de viagem que altera o Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho	Proposta de DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO relativa às viagens organizadas, às férias organizadas, aos circuitos organizados e aos serviços de viagem conexos que altera o Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho

Alteração 2
Proposta de diretiva
Considerando 2

(2) O turismo desempenha um papel importante nas economias da União e as viagens organizadas representam uma parte significativa desse mercado. O mercado dos transportes passou por grandes mutações desde a adoção da Diretiva 90/314/CEE. Para além das cadeias de distribuição tradicionais, a Internet tornou-se uma forma cada vez mais importante de comercializar os serviços de viagem. Hoje em dia, os serviços de viagem não se limitam às combinações das viagens pré-organizadas tradicionais, sendo muitas vezes combinados de forma personalizada. Muitos desses produtos de viagem encontram-se numa «zona cinzenta» no plano jurídico ou estão claramente fora do âmbito de aplicação da Diretiva 90/314/CEE. A presente diretiva visa adaptar o âmbito da proteção em relação a esses desenvolvimentos, aumentar a transparência e reforçar a segurança jurídica dos viajantes e dos operadores comerciais.

(2) O turismo desempenha um papel importante nas economias da União e as viagens organizadas, as férias organizadas e os circuitos organizados representam uma parte significativa desse mercado. O mercado dos transportes passou por grandes mutações desde a adoção da Diretiva 90/314/CEE. Para além das cadeias de distribuição tradicionais, a Internet tornou-se uma forma cada vez mais importante de comercializar os serviços de viagem. Hoje em dia, os serviços de viagem não se limitam às combinações das viagens pré-organizadas tradicionais, sendo muitas vezes combinados de forma personalizada. Muitos desses produtos de viagem encontram-se numa «zona cinzenta» no plano jurídico ou estão claramente fora do âmbito de aplicação da Diretiva 90/314/CEE. A presente diretiva visa adaptar o âmbito da proteção em relação a esses desenvolvimentos, aumentar a transparência e reforçar a segurança jurídica dos viajantes e dos operadores comerciais.

Alteração 3
Proposta de diretiva
Considerando 5

(5) Nos termos do artigo 26º, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual são garantidas a livre circulação das mercadorias e de serviços e a liberdade de estabelecimento. Importa harmonizar certos aspetos dos contratos de viagens

(5) Nos termos do artigo 26º, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual são garantidas a livre circulação das mercadorias e de serviços e a liberdade de estabelecimento. Importa harmonizar os direitos e as obrigações decorrentes

organizadas e dos serviços combinados de viagem a fim de criar um verdadeiro mercado interno dos consumidores neste domínio, estabelecendo um bom equilíbrio entre um elevado nível de defesa do consumidor e a competitividade das empresas.

dos contratos de viagens organizadas e dos serviços de viagem conexos, a fim de criar um verdadeiro mercado interno dos consumidores nesse domínio, estabelecendo um bom equilíbrio entre um elevado nível de defesa do consumidor e a competitividade das empresas.

Alteração 4

Proposta de diretiva

Considerando 7

(7) A maioria dos viajantes que adquire viagens organizadas é considerada consumidora na aceção do direito do consumidor da União. Simultaneamente, nem sempre é fácil distinguir entre consumidores e representantes das pequenas empresas ou profissionais que reservam viagens relacionadas com a sua atividade comercial ou profissional através dos mesmos canais de reserva que os consumidores. Estes viajantes requerem muitas vezes um nível de proteção equivalente. Em contrapartida, as grandes empresas ou organizações muitas vezes organizam as viagens dos seus funcionários com base num contrato-quadro com empresas especializadas na organização de viagens de negócios. Este último tipo de serviços de viagem não exige um nível de proteção equivalente ao previsto para os consumidores. Consequentemente, a presente diretiva só deve ser aplicável aos passageiros em viagens de negócios na medida em que estes não tenham reservado os serviços de viagem com base num contrato-quadro. Para evitar a confusão com a definição da expressão «consumidor», contemplada noutras diretivas em matéria de defesa

(7) A maioria dos viajantes que adquire viagens organizadas é considerada consumidora na aceção do direito do consumidor da União. Simultaneamente, nem sempre é fácil distinguir entre consumidores e representantes das empresas ou profissionais que reservam viagens relacionadas com a sua atividade comercial ou profissional através dos mesmos canais de reserva que os consumidores. Estes viajantes requerem muitas vezes um nível de proteção equivalente. Em contrapartida, as empresas ou organizações muitas vezes organizam as viagens dos seus funcionários, membros e representantes com base num contrato-quadro com empresas. Este último tipo de serviços de viagem não exige um nível de proteção equivalente ao previsto para os consumidores. Consequentemente, a presente diretiva só deve ser aplicável aos passageiros em viagens de negócios na medida em que estes não tenham reservado os serviços de viagem com base num contrato-quadro. Para evitar a confusão com a definição da expressão «consumidor», utilizada noutra legislação da União em matéria de defesa do consumidor, as pessoas objeto de

do consumidor, as pessoas objeto de proteção ao abrigo da presente diretiva devem ser referidas por «viajantes».

proteção ao abrigo da presente diretiva devem ser referidas por «viajantes».

Alteração 5

Proposta de diretiva

Considerando 9

(9) Por motivos de clareza, deve ser feita uma distinção entre as viagens organizadas e os serviços combinados de viagem, mediante os quais as agências de viagens tradicionais ou online ajudam os viajantes a combinar serviços de viagem que levam o viajante a celebrar contratos com diferentes prestadores de serviços de viagem, incluindo através de procedimentos interligados de reserva pela Internet. Os serviços combinados de viagem não apresentam algumas das características das viagens organizadas e, consequentemente, não seria adequado sujeitá-los a todas as obrigações aplicáveis às mesmas.

(9) Por motivos de clareza, deve ser feita uma distinção entre as viagens organizadas e os serviços de viagem conexos, mediante os quais as agências de viagens tradicionais ou online ajudam os viajantes a combinar serviços de viagem que levam o viajante a celebrar contratos com diferentes prestadores de serviços de viagem, incluindo através de procedimentos interligados de reserva de uma forma direcionada pela Internet. Os serviços de viagem conexos não apresentam algumas das características das viagens organizadas e, consequentemente, não seria adequado sujeitá-los a todas as obrigações aplicáveis às mesmas.

Alteração 6

Proposta de diretiva

Considerando 11

(11) Simultaneamente, os serviços combinados de viagem devem ser distinguidos dos serviços de viagens que os viajantes reservam de uma forma autónoma, muitas vezes em momentos diferentes, mesmo que para efeitos da mesma viagem ou férias. Os serviços combinados de viagem comercializados através da Internet devem também ser distinguidos das meras hiperligações através das quais os viajantes são informados, genericamente, da existência de outros serviços de viagem, por exemplo, quando um hotel ou o

(11) Simultaneamente, os serviços de viagem conexos devem ser distinguidos dos serviços de viagens que os viajantes reservam de uma forma autónoma, muitas vezes em momentos diferentes, mesmo que para efeitos da mesma viagem ou férias. Os serviços de viagem conexos comercializados através da Internet devem também ser distinguidos das hiperligações a sítios Web que não têm por objetivo celebrar um contrato com o viajante e das meras hiperligações através das quais os viajantes são informados, genericamente e de forma não direcionada, da existência de

organizador de um evento inclui no seu sítio Web uma lista dos operadores que oferecem transporte para o seu estabelecimento, independentemente de se efetuar qualquer reserva, ou quando são utilizados cookies ou metadados para colocar anúncios nos sítios Web.

outros serviços de viagem, por exemplo, quando um hotel ou o organizador de um evento inclui no seu sítio Web uma lista dos operadores que oferecem transporte para o seu estabelecimento, independentemente de se efetuar qualquer reserva, ou quando são utilizados cookies ou metadados para colocar nos sítios Web anúncios relacionados com o destino ou o período de viagem especificado para o primeiro serviço de viagem escolhido.

Alteração 7

Proposta de diretiva

Considerando 13

(13) Por conseguinte, importa adotar normas específicas tanto para as agências de viagens tradicionais como para os retalhistas on-line que facilitam aos viajantes, aquando de uma mesma visita ou contacto com o respetivo ponto de venda, a celebração de contratos distintos com prestadores de serviços individuais ou retalhistas on-line que, mediante procedimentos interligados de reserva pela Internet, permitem a aquisição de serviços de viagem suplementares junto de outros operadores, de uma forma direcionada, o mais tardar quando é confirmada a reserva do primeiro serviço. Essas normas aplicar-se-iam, nomeadamente, quando, juntamente com a confirmação da reserva de um primeiro serviço de viagem, como a viagem de avião ou de comboio, o consumidor é convidado a reservar outros serviços de viagem suplementares disponíveis no destino turístico, por exemplo, o alojamento num hotel, com uma hiperligação para o sítio Web de reservas de outro prestador de serviços ou intermediário. Embora estes serviços não constituam uma

(13) Por conseguinte, importa adotar na presente diretiva normas específicas tanto para as agências de viagens tradicionais, como para os retalhistas on-line que facilitam aos viajantes, aquando de uma mesma visita ou contacto com o respetivo ponto de venda, a celebração de contratos distintos com prestadores de serviços individuais, nos casos em que o viajante escolha e aceite pagar cada serviço de viagem separadamente. Essas normas devem ser igualmente aplicáveis a retalhistas on-line que, mediante procedimentos interligados de reserva pela Internet, permitem a aquisição de serviços de viagem suplementares junto de outros operadores, de uma forma direcionada, nos casos em que sejam transferidos para o outro operador, pelo menos, o nome e o contacto do viajante, e em que esses serviços de viagem suplementares sejam fornecidos o mais tardar 24h após a confirmação da reserva do primeiro serviço. Embora estes serviços não constituam uma viagem organizada na aceção da presente diretiva, pois não há qualquer dúvida de

viagem organizada na aceção da presente diretiva, pois não há qualquer dúvida de que um único organizador assumiu a responsabilidade pelos serviços de viagem, esses serviços combinados constituem, no entanto, um modelo de negócio alternativo que, muitas vezes, concorre estreitamente com as viagens organizadas.

que um único organizador assumiu a responsabilidade pelos serviços de viagem, esses serviços combinados constituem, no entanto, um modelo de negócio alternativo que, muitas vezes, concorre estreitamente com as viagens organizadas.

Alteração 8
Proposta de diretiva
Considerando 14-A (novo)

(14-A) Têm sido observadas na Internet práticas em que os operadores que facilitam a aquisição de serviços de viagem conexos não oferecem de forma clara e inequívoca a possibilidade de apenas se proceder à reserva do serviço de viagem principal, sem se escolher qualquer serviço adicional. Tais práticas devem ser consideradas enganosas para os viajantes. Uma vez que o quadro jurídico existente ainda não permite a sua supressão e dado que são específicas aos serviços de viagem conexos, essas práticas devem ser proibidas ao abrigo da presente diretiva.

Alteração 9
Proposta de diretiva
Considerando 15-A (novo)

(15-A) Antes de efetuarem o pagamento, os viajantes devem ser informados sobre se estão a escolher uma viagem organizada ou um serviço de viagem conexo e do nível de proteção correspondente.

Alteração 141
Proposta de diretiva
Considerando 15-B (novo)

(15-B) Os operadores que facilitam a aquisição de serviços de viagem

conexos devem informar claramente o viajante antes de este ficar vinculado por um contrato ou qualquer oferta correspondente de um serviço de viagem conexo, de que, para garantir os benefícios da diretiva aplicável à organização de serviços de viagem conexos, todos os demais contratos que compõem a organização de serviços de viagem conexos devem ser confirmados no prazo de 24 horas. Sempre que esta informação não seja comunicada aos consumidores ou sempre que esta informação esteja incorreta, seja enganosa ou omitida, esta prática pode ser considerada uma prática comercial desleal.

Alteração 11

Proposta de diretiva

Considerando 16

(16) Só a combinação de diferentes serviços de viagem, como o alojamento, o transporte rodoviário, ferroviário, fluvial, marítimo ou aéreo de passageiros, assim como o aluguer de automóveis, deve ser tida em conta para efeitos de identificação como viagem organizada ou serviços combinados de viagem. O alojamento para fins residenciais, incluindo para frequentar um curso de línguas a prazo, não é considerado alojamento na aceção da presente diretiva.

(16) A combinação de diferentes serviços de viagem, como o alojamento, o transporte rodoviário, ferroviário, fluvial, marítimo ou aéreo de passageiros, assim como o aluguer de automóveis, deve ser tida em conta para efeitos de identificação como viagem organizada ou serviços de viagem conexos. Deve excluir-se o mero alojamento em hotéis com serviços reservados adicionalmente, como bilhetes para musicais ou tratamentos de bem-estar, se este serviço não for especificamente vendido ao viajante como uma parte significativa da viagem ou se o serviço acessório não constituir claramente o elemento principal da viagem. O alojamento para fins residenciais que não seja manifestamente para efeitos de turismo, tal como para frequentar um curso de línguas a prazo, não é considerado alojamento na aceção da presente diretiva.

Alteração 12
Proposta de diretiva
Considerando 16-A (novo)

(16-A) O transporte rodoviário, ferroviário, fluvial, marítimo ou aéreo de passageiros que inclua alojamento, por exemplo, viagens de ferryboat com dormida ou viagens de comboio em carruagem-cama, deve ser considerado um serviço único de viagem, se o transporte for claramente o elemento predominante e não for efetuado em combinação com outro serviço de viagem.

Alteração 13
Proposta de diretiva
Considerando 17

(17) Outros serviços turísticos, como bilhetes para concertos, eventos desportivos, excursões ou parques de diversões são serviços que, combinados com o transporte de passageiros, alojamento e/ou aluguer de automóveis, devem ser considerados suscetíveis de constituir uma viagem organizada ou serviços combinados de viagem. No entanto, só são abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva se o serviço turístico em causa representar uma parte significativa da viagem organizada. Em geral, o serviço turístico deve ser considerado uma parte significativa da viagem organizada se representar mais de 20 % do preço total ou constituir uma característica essencial da viagem ou das férias. Os serviços conexos, nomeadamente os seguros de viagens, o transporte das bagagens, as refeições e os serviços de limpeza prestados no âmbito do alojamento,

(17) Outros serviços turísticos, como bilhetes para concertos, eventos desportivos, excursões ou parques de diversões são serviços que, combinados com o transporte de passageiros, alojamento e/ou aluguer de automóveis, devem ser considerados suscetíveis de constituir uma viagem organizada ou serviços de viagem conexos. No entanto, só são abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva se o serviço turístico em causa representar uma parte significativa da viagem organizada. Em geral, o serviço turístico deve ser considerado uma parte significativa da viagem organizada se tiver sido vendido aos viajantes expressamente como tal, se for claramente o motivo principal da viagem, se representar mais de 25 % do preço total ou se constituir uma característica essencial da viagem ou das férias. Os serviços acessórios, em particular os seguros de viagens, o transporte entre a estação e o alojamento, o transporte no

não devem ser considerados serviços turísticos enquanto tal.

início da viagem e no âmbito de excursões, o transporte das bagagens, as refeições e os serviços de limpeza prestados no âmbito do alojamento, não devem ser considerados serviços turísticos enquanto tal.

Alteração 14

Proposta de diretiva

Considerando 18

(18) Importa clarificar igualmente que um contrato através do qual um operador permite a um viajante, após a celebração do mesmo, escolher a partir de uma seleção de diferentes tipos de serviços de viagem, como sucede com as caixas de oferta de viagens organizadas, deve ser considerado uma viagem organizada. Além disso, uma combinação de serviços de viagem deve ser considerada uma viagem organizada quando o nome ou os dados particulares do viajante, necessários para concluir a reserva, são transferidos entre os operadores, o mais tardar quando é confirmada a reserva do primeiro serviço. Os dados particulares necessários para concluir a reserva referem-se aos dados do cartão de crédito ou outras informações necessárias para obter o pagamento. Não é suficiente a mera transferência de dados particulares relativos ao destino ou às datas da viagem.

(18) Importa clarificar igualmente que um contrato através do qual um operador permite a um viajante, após a celebração do mesmo, escolher a partir de uma seleção de diferentes tipos de serviços de viagem, como sucede com as caixas de oferta de viagens organizadas, deve ser considerado uma viagem organizada. Além disso, uma combinação de serviços de viagem deve ser considerada uma viagem organizada quando o nome e outros dados pessoais do viajante, como os contactos, os dados do cartão de crédito ou os dados referentes ao passaporte, que são necessários para concluir a reserva, são transferidos entre os operadores, o mais tardar 24 horas após a confirmação da reserva do primeiro serviço. Não é suficiente a mera transferência de dados particulares relativos ao destino ou às datas da viagem. Os cruzeiros e as viagens de comboio de vários dias que incluam alojamento devem igualmente ser consideradas uma viagem organizada, dado que combinam transporte, alojamento e restauração.

Alteração 15

Proposta de diretiva

Considerando 19

(19) Uma vez que a necessidade de proteger os viajantes no caso de viagens de curta duração é menor, e a fim de

(19) Uma vez que a necessidade de proteger os viajantes no caso de viagens de curta duração é menor, e a fim de

evitar encargos desnecessários para os operadores, as viagens de duração inferior a 24 horas e que não incluem alojamento, assim como as denominadas «viagens organizadas ocasionais», devem ser excluídas do âmbito de aplicação da diretiva.

evitar encargos desnecessários para os operadores, as viagens de duração inferior a 24 horas e que não incluem alojamento devem ser excluídas do âmbito de aplicação da diretiva. As viagens organizadas ou os serviços de viagem conexos que sejam ocasionalmente oferecidos ou combinados por uma pessoa singular ou coletiva, como uma organização sem fins lucrativos, incluindo instituições de caridade, clubes de futebol e escolas sem qualquer lucro financeiro direto ou indireto resultante da venda destas viagens ou da facilitação destes serviços de viagem conexos, devem ser igualmente excluídos do âmbito de aplicação da presente diretiva;

Alteração 16
Proposta de diretiva
Considerando 19-A (novo)

(19-A) Deve permanecer nos Estados-Membros, em conformidade com o direito da União, a competência para aplicar as disposições da presente diretiva em domínios não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, os Estados-Membros poderão manter ou introduzir legislação nacional correspondente às disposições da presente diretiva, ou a algumas das suas disposições, a respeito de contratos que não se enquadrem no âmbito da presente diretiva. Os Estados-Membros podem, designadamente, aplicar as disposições da presente diretiva a viagens organizadas e a serviços de viagem conexos que sejam ocasionalmente oferecidos ou combinados por uma pessoa singular ou coletiva, sempre que não resulte um lucro financeiro direto ou indireto da venda dessas viagens organizadas e da facilitação

desses serviços de viagem conexos e a viagens organizadas e a serviços de viagem conexos que abranjam um período inferior a 24 horas e que não incluam alojamento.

Alteração 17
Proposta de diretiva
Considerando 20-A (novo)

(20-A) A Diretiva 90/314/CEE atribuiu aos Estados-Membros o poder discricionário para estabelecerem se os retalhistas, os organizadores ou ambos os retalhistas e os organizadores devem ser responsáveis pela boa execução da viagem organizada. Em alguns Estados-Membros, esta flexibilidade deu origem a dúvidas sobre se os operadores envolvidos na viagem organizada, em particular no processo de reserva através da Internet, são responsáveis pela execução dos serviços pertinentes. Por conseguinte, convém esclarecer na presente diretiva que os organizadores são responsáveis pela execução dos serviços de viagem incluídos no contrato de viagem organizada, a menos que a legislação nacional preveja expressamente a possibilidade de a responsabilidade recair sobre o organizador ou o retalhista.

Alteração 18
Proposta de diretiva
Considerando 21

(21) Em relação às viagens organizadas, os retalhistas são considerados responsáveis, juntamente com o organizador, pela prestação das informações pré-contratuais. Além disso, deve ser clarificado que os retalhistas são responsáveis por eventuais erros na reserva. Para facilitar

(21) Em relação às viagens organizadas, os retalhistas são considerados responsáveis, juntamente com o organizador, pela prestação das informações pré-contratuais. Além disso, deve ser clarificado que os retalhistas são responsáveis por eventuais erros na reserva, se cometerem erros

a comunicação, em especial nos casos transnacionais, os viajantes devem ter a possibilidade de contactar o organizador igualmente através do retalhista junto do qual adquiriram a viagem organizada.

durante o processo de reserva. Para facilitar a comunicação, em especial nos casos transnacionais, os viajantes devem ter a possibilidade de contactar o organizador igualmente através do retalhista junto do qual adquiriram a viagem organizada.

Alteração 19
Proposta de diretiva
Considerando 23

(23) As informações essenciais sobre, por exemplo, as características principais dos serviços de viagem ou os respetivos preços, fornecidas nos anúncios, no sítio Web do organizador ou em brochuras, enquanto parte das informações pré-contratuais, devem ser consideradas vinculativas, salvo se o organizador se reservar o direito de efetuar alterações a estes elementos e essas alterações forem comunicadas ao viajante, de forma clara e bem perceptível, antes da celebração do contrato. No entanto, tendo em conta as novas tecnologias da comunicação, deixou de ser necessário estabelecer normas específicas sobre as brochuras, embora seja conveniente assegurar que, em certas circunstâncias, as alterações que tenham implicações na execução do contrato sejam comunicadas entre as partes num suporte duradouro, para posterior consulta. Essas informações devem poder ser alteradas em qualquer momento desde que ambas as partes no contrato manifestem expressamente o seu acordo.

(23) As informações essenciais sobre, por exemplo, as características principais dos serviços de viagem ou os respetivos preços, fornecidas nos anúncios, no sítio Web do organizador ou em brochuras, enquanto parte das informações pré-contratuais, devem ser consideradas vinculativas, salvo se o organizador se reservar o direito de efetuar alterações a estes elementos e essas alterações forem comunicadas ao viajante, de forma clara e bem perceptível, antes da celebração do contrato.

Alteração 20
Proposta de diretiva
Considerando 23-A (novo)

(23-A) No entanto, à luz das novas tecnologias da comunicação, que podem

ajudar a garantir que os viajantes tenham acesso a informações atualizadas no momento da reserva, e da crescente tendência de reservar viagens organizadas pela Internet, deixaram de ser necessárias regras específicas exigindo brochuras impressas.

Alteração 21
Proposta de diretiva
Considerando 23-B (novo)

Os horários dos voos devem constituir um elemento fixo do contrato e uma das características principais de um serviço de viagem. Não devem divergir de forma significativa dos horários indicados aos viajantes nas informações pré-contratuais.

Alteração 22
Proposta de diretiva
Considerando 26

(26) Dado que muitas vezes as viagens organizadas são adquiridas com uma grande antecedência em relação à data da sua realização, podem ocorrer acontecimentos imprevistos. Por conseguinte, o viajante deve, em certas circunstâncias, ter o direito de transferir a viagem organizada para outro viajante. Nessas situações, o organizador deve poder recuperar as despesas em que incorreu, por exemplo se um subcontratante lhe exigir uma taxa para alterar o nome do passageiro ou para cancelar o bilhete de transporte e emitir um novo. Os viajantes devem também ter a possibilidade de denunciar o contrato em qualquer altura antes da data do início da viagem organizada, mediante o pagamento de uma indemnização adequada, bem como o direito de rescindir o contrato sem

(26) Dado que muitas vezes as viagens organizadas são adquiridas com uma grande antecedência em relação à data da sua realização, podem ocorrer acontecimentos imprevistos. Por conseguinte, o viajante deve, em certas circunstâncias, ter o direito de transferir a viagem organizada para outro viajante. Nessas situações, o organizador deve poder recuperar as despesas em que incorreu, por exemplo se um subcontratante lhe exigir uma taxa para alterar o nome do passageiro ou para cancelar o bilhete de transporte e emitir um novo. Os viajantes devem também ter a possibilidade de denunciar o contrato em qualquer altura antes da data do início da viagem organizada, mediante o pagamento de uma indemnização adequada, bem como o direito de rescindir o contrato sem pagar qualquer indemnização sempre que

pagar qualquer indemnização sempre que circunstâncias inevitáveis e excepcionais, como uma guerra ou catástrofe natural, afetem significativamente a viagem. Considera-se que se verificam circunstâncias inevitáveis e excepcionais quando existam relatórios fiáveis e públicos, designadamente recomendações emitidas pelas autoridades dos Estados-Membros, que desaconselhem as deslocações a esse destino.

circunstâncias inevitáveis e excepcionais, como uma guerra, nomeadamente um ataque terrorista, ou uma catástrofe natural, incluindo furacões, terremotos ou instabilidade política, que ponham em risco a segurança dos viajantes, afetem significativamente a viagem, e que estes acontecimentos tenham ocorrido após a conclusão do contrato de viagem. Considera-se que se verificam circunstâncias inevitáveis e excepcionais quando existam relatórios fiáveis e públicos, designadamente recomendações emitidas pelas autoridades dos Estados-Membros, que desaconselhem as deslocações a esse destino.

Alteração 23

Proposta de diretiva

Considerando 27

(27) Em determinadas circunstâncias, também o organizador deve ter direito a rescindir o contrato antes da data do início da viagem organizada sem pagar qualquer indemnização, por exemplo, quando não seja atingido o número mínimo de participantes e essa eventualidade esteja prevista no contrato.

(27) Em determinadas circunstâncias, também o organizador deve ter direito a rescindir o contrato antes da data do início da viagem organizada sem pagar qualquer indemnização, por exemplo, quando não seja atingido o número mínimo de participantes e essa eventualidade esteja prevista no contrato. Nestas circunstâncias, o organizador deve informar adequadamente os viajantes que possam ser afetados por essa cláusula do contrato.

Alteração 24

Proposta de diretiva

Considerando 28

(28) Em certos casos os organizadores devem poder efetuar unilateralmente alterações ao contrato de viagem organizada. No entanto, o viajante deve ter o direito a rescindir o contrato caso as alterações

(28) Em certos casos os organizadores devem poder efetuar unilateralmente alterações ao contrato de viagem organizada. No entanto, o viajante deve ter o direito a rescindir o contrato caso as alterações

propostas alterem significativamente qualquer das características principais dos serviços de viagem. O aumento dos preços só é possível se ocorrer alguma alteração dos custos do combustível para o transporte de passageiros, alguma modificação das taxas ou comissões cobradas por um terceiro não diretamente envolvido na execução dos serviços em causa, ou uma alteração das taxas de câmbio aplicáveis à viagem organizada e se, simultaneamente, estiver expressamente prevista no contrato a possibilidade de revisão do preço da viagem, tanto em termos de aumento como de redução. O aumento do preço não pode ser superior a 10 % do preço da viagem organizada.

propostas alterem significativamente qualquer das características principais dos serviços de viagem. O aumento dos preços só é possível se ocorrer alguma alteração dos custos do combustível para o transporte de passageiros, alguma modificação das taxas ou comissões cobradas por um terceiro não diretamente envolvido na execução dos serviços em causa, ou uma alteração das taxas de câmbio aplicáveis à viagem organizada e se, simultaneamente, estiver expressamente prevista no contrato a possibilidade de revisão do preço da viagem, tanto em termos de aumento como de redução. Os viajantes devem ter o direito a rescindir o contrato, sem qualquer obrigação de pagar uma indemnização, ou a aceitar uma viagem alternativa, equivalente, disponibilizada pelo mesmo organizador, se o aumento do preço exceder 8 % do preço inicial da viagem organizada.

Alteração 25

Proposta de diretiva

Considerando 28-A (novo)

(28-A) Os aumentos de preços devem ser sempre justificados por escrito. Caso o aumento de preço seja superior a 8 %, o viajante deve ter a possibilidade de, por escrito, rescindir o contrato ou aceitar uma viagem organizada alternativa, cujo preço equivalha ao da viagem que reservou. Se o viajante não fizer valer este direito, a viagem organizada ao preço superior é considerada aceite. O ónus da prova da receção da notificação por escrito deve continuar a pertencer ao organizador.

Para conferir a íntegra desta resolução acesse:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0124+0+DOC+PDF+V0//PT>

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Relator: Rogério Medeiros

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Relatora: Nancy Andrighi

Ementário

Julgados do STJ, do TJ/PR, do TJ/MG, do TJ/DF, do TJ/RS

EXCEROTOS

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 1 (13.01.2012)

“Não é todo e qualquer sofrimento, dissabor, intranquilidade ou chateação que podem representar ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam consequência do desenvolvimento natural de seu fato gerador”

“Não se pode olvidar do enorme constrangimento experimentado por uma pessoa ao ser conduzida por policiais para fora do estabelecimento, em horário de pico”

“O exercício regular do direito implica na obrigação correlata de não ultrapassar os lindes do direito de terceiro, quer pelo próprio fato de seu exercício, quer pelas consequências que dele podem resultar”

Do Superior Tribunal de Justiça – Acórdão 2 (01.04.2014)

“A responsabilidade pelo fato do produto, no Código de Defesa do Consumidor, é objetiva e, portanto, prescinde da análise da culpa”

“A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior, vindo o seu conteúdo a ser parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de provocar dano moral indenizável”

ACÓRDÃO 1

RETIRADA FORÇADA DE CLIENTE DE RESTAURANTE GERA O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **14a. Câ. Cív.**

Relator: **Rogério Medeiros**

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESTAURANTE – DIVERGÊNCIA SOBRE PEDIDO REALIZADO POR CLIENTE – ACIONAMENTO DA POLÍCIA MILITAR POR PREPOSTO DO ESTABELECIMENTO – CLIENTE CONDUZIDO PARA FORA DO RESTAURANTE NA PRESENÇA DE PESSOAS – INABILIDADE DO GERENTE EM CONDUZIR FATO EXTREMAMENTE CORRIQUEIRO – DANO MORAL CONFIGURADO. – Não se vislumbra interesse da testemunha na causa – art. 405, § 3º, inc. III do CPC. – A adoção do rito ordinário, além de não causar nenhum prejuízo à empresa ré, ora recorrente, haja vista sua maior amplitude, possibilitou uma análise mais acurada acerca da questão apresentado ao Judiciário.

– No caso dos autos, resta patente a inabilidade do gerente do estabelecimento comercial em conduzir fato corriqueiro ocorrido no interior do restaurante, ao acionar a Polícia Militar em função de simples divergência acerca de pedido anotado pelo garçom e não solicitado pelo cliente. Não se pode olvidar do enorme constrangimento vivenciado por aquele que é conduzido para fora de estabelecimento comercial, no horário do almoço de domingo, aos olhos de inúmeros outros

clientes. Evento que foge ao conceito de mero contratempo, alcançando a categoria de mácula à esfera personalíssima do indivíduo. Recurso não provido. VV.

– Não é todo e qualquer sofrimento, dissabor, intranquilidade ou chateação que podem representar ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam consequência do desenvolvimento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, decorrentes de situações próprias da vida e esses são indiferentes ao plano jurídico, como é o caso dos autos

ACÓRDÃO: 1.0024.10.100473-7/001

ANO: 2010 DATA: 13/01/2012

ÓRGÃO JULGADOR: 14a. CÂM. CÍV.

DATA DE PUBLICAÇÃO: 20/01/2012

RELATOR: ROGÉRIO MEDEIROS

APELANTE: P. V. C. LTDA

APELADO: A. S. P.

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESTAURANTE – DIVERGÊNCIA SOBRE PEDIDO REALIZADO POR CLIENTE – ACIONAMENTO DA POLÍCIA MILITAR POR PREPOSTO DO ESTABELECIMENTO – CLIENTE CONDUZIDO PARA FORA DO RESTAURANTE NA PRESENÇA DE PESSOAS – INABILIDADE DO GERENTE EM CONDUZIR FATO EXTREMAMENTE CORRIQUEIRO – DANO MORAL CONFIGURADO. – Não se vislumbra interesse da testemunha na causa – art. 405, § 3º, inc. III do CPC. – A adoção do rito ordinário, além de não causar nenhum prejuízo à empresa ré, ora recorrente, haja vista sua maior amplitude, possibilitou uma análise mais acurada acerca da questão apresentado ao Judiciário.

– No caso dos autos, resta patente a inabilidade do gerente do estabelecimento comercial em conduzir fato corriqueiro ocorrido no interior do restaurante, ao acionar a Polícia Militar em função de simples divergência acerca de pedido anotado pelo garçom e não solicitado pelo cliente. Não se pode olvidar do enorme constrangimento vivenciado por aquele que é conduzido para fora de estabelecimento comercial, no horário do almoço de domingo, aos olhos de inúmeros outros clientes. Evento que foge ao conceito de mero contratempo, alcançando a categoria de mácula à esfera personalíssima do indivíduo. Recurso não provido. VV.

– Não é todo e qualquer sofrimento, dissabor, intranquilidade ou chateação que podem representar ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam consequência do desenvolvimento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, decorrentes de situações próprias da vida e esses são indiferentes ao plano jurídico, como é o caso dos autos

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

APELAÇÃO CÍVEL –

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESTAURANTE – DIVERGÊNCIA SOBRE PEDIDO REALIZADO POR CLIENTE – ACIONAMENTO DA POLÍCIA MILITAR POR PREPOSTO DO ESTABELECIMENTO – CLIENTE CONDUZIDO PARA FORA DO RESTAURANTE NA PRESENÇA DE PESSOAS – INABILIDADE DO GERENTE EM CONDUZIR FATO EXTREMAMENTE CORRIQUEIRO – DANO MORAL CONFIGURADO. –

Não se vislumbra interesse da testemunha na causa – art. 405, § 3º, inc. III do CPC.

– A adoção do rito ordinário, além de não causar nenhum prejuízo à empresa ré, ora

recorrente, haja vista sua maior amplitude, possibilitou uma análise mais acurada acerca da questão apresentado ao Judiciário.

– No caso dos autos, resta patente a inabilidade do gerente do estabelecimento comercial em conduzir fato corriqueiro ocorrido no interior do restaurante, ao acionar a Polícia Militar em função de simples divergência acerca de pedido anotado pelo garçom e não solicitado pelo cliente. Não se pode olvidar do enorme constrangimento vivenciado por aquele que é conduzido para fora de estabelecimento comercial, no horário do almoço de domingo, aos olhos de inúmeros outros clientes. Evento que foge ao conceito de mero contratempo, alcançando a categoria de mácula à esfera personalíssima do indivíduo. Recurso não provido. VV.

– Não é todo e qualquer sofrimento, dissabor, intranquilidade ou chateação que podem representar ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam consequência do desenvolvimento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, decorrentes de situações próprias da vida e esses são indiferentes ao plano jurídico, como é o caso dos autos.

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REJEITAR A PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. QUANTO AO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2012.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS,
RELATOR.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS
(RELATOR)

VOTO

Versam os autos ação de indenização por danos morais e materiais movida por ATHOS SALVADOR PRATES contra PAULINO VIEIRA COMÉRCIO LTDA.

A parte a autora discorreu que compareceu, juntamente com um grupo de amigos, à empresa ré para um almoço no dia 06/12/2009. Entretanto, afirmou que recebeu uma porção de frango com catupiri não solicitada. Pontuou que o gerente da ré confirmou que o pedido havia sido realizado e que, portanto, seria cobrado. Durante a refeição a porção não foi consumida. Aduziu, ainda, que diante da negativa de pagar o valor referente à porção de frango, a empresa ré solicitou a interferência da polícia, que compareceu ao local. A autoridade orientou que a ré não cobrasse pela porção e que o autor realizasse o pagamento do restante dos pedidos. Sustentou que após se retirar do estabelecimento da parte ré, e ter-se dirigido ao “Bar da Neca”, situado em frente à empresa ora requerida, o proprietário desta ofereceu vouchers para minimizar os aborrecimentos. Diante da situação, a parte autora alega que sofreu abalo moral. Rogou pela restituição do valor pago pela conta e por reparação pelos aludidos danos morais na quantia de R\$ 20.000,00.

A ré, devidamente citada, apresentou contestação, refutando as alegações do autor, bem como suscitou, ainda, preliminar de inadequação do rito adotado.

Impugnação à contestação apresentada as fls.53/59.

Deferidas as provas orais requeridas, foi designada audiência de instrução e julgamento as fls. 62.

Realizada a audiência supracitada.

Posteriormente, sobreveio a r. sentença monocrática de fls. 96/104. O juiz *a quo* julgou em parte procedente o pedido

exordial, condenando a requerida a pagar ao requerente a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), devendo tal valor ser atualizado monetariamente pelo índice divulgado e autorizado pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da publicação da referida sentença. O pleito de indenização por dano material foi julgado improcedente. Custas processuais na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, ficando suspensa a exigibilidade do autor, pois o mesmo litiga sob os auspícios da assistência judiciária. Por fim, os honorários advocatícios foram arbitrados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), autorizada a compensação, conforme artigo 21, CPC, e Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

A parte ré interpôs embargos de declaração as fls. 105/109, os mesmos foram rejeitados as fls. 110.

Não satisfeita, a ré apresentou recurso de apelação as fls. 111/133. Inicialmente, requereu o conhecimento e julgamento do agravo retido, bem como rogou pelo acolhimento da preliminar de inadequação do rito sumário. Ainda, versou sobre a ausência de abalo moral, suplicando pela não condenação. Eventualmente, pugnou pela minoração do valor arbitrado.

A ré, por sua vez, apresentou contrarrazões ao recurso de apelação, em que refutou as alegações do autor e pleiteou a manutenção da decisão atacada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade.

PASSO A DECIDIR.

DO AGRAVO RETIDO

A apelante pugnou pela apreciação do agravo retido interposto contra a decisão proferida em audiência, fls.87-TJ. Esta indeferiu a contradita à testemunha do autor.

Tenho que o fato da testemunha reconhecer-se como amigo do autor, por si só, não induz à conclusão de que seu depoimento carecerá de parcialidade. Além disso, inexistem provas de que a referida testemunha foi instruída pelo procurador da parte para mentir em juízo ou deturpar a realidade dos fatos.

Neste sentido foi o comentário de Antônio Carlos Marcato:

“O inciso III, por seu turno, do vínculo, positivo ou negativo, decorrente de singulares relações pessoais da testemunha para com uma das partes. Importante ressaltar que não basta a caracterização da suspeição- sob pena de em muitos casos inviabilizar-se a prova testemunhal – qualquer relação de amizade, ou a simples existência de antipatia da testemunha para com a parte; necessária, enfim, uma exacerbação de ânimos tal, no sentido da afinidade ou da repulsa, que façam crer seriamente na perda de isenção da testemunha e no risco de que venha a favorecer ou prejudicar um dos envolvidos no litígio.” (MARCATO, Antônio Carlos Marcato, in Código de Processo Civil Interpretado, 2ª ed, p.1287)”

Inobstante as argumentações apresentados no agravo, não vislumbro interesse da testemunha na causa – art. 405, § 3º, inc. III do CPC.

Ademais, é importante esclarecer que, conforme o art. 131 do CPC, cabe ao magistrado formar o seu convencimento por meio da livre apreciação das provas produzidas, o que lhe permite, por conseguinte, atribuir a relevância que reputar adequada a cada prova produzida nos autos. Desse modo, se o juiz, na formação do seu convencimento, entender que o eventual depoimento não se coaduna com as demais provas produzidas nos autos, poderá, fundamentadamente, decidir com

base em fatos diversos daqueles relatados pela testemunha.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DO RITO ADOTADO

Sem razão o insurgente. Permito-me transcrever trechos da r. sentença monocrática:

“[...]”

A ré argumenta que, considerando o valor dado à causa (R\$ 20.097,50), foi inobservado o procedimento sumário.

Todavia, razão não lhe assiste, pois a adoção do rito ordinário no caso não acarretou nenhum prejuízo à parte, mas, pelo contrário, lhe permitiu uma maior amplitude de defesa.

“[...]”

In casu, a adoção do rito ordinário, além de não causar nenhum prejuízo à empresa ré, ora recorrente, haja vista sua maior amplitude, possibilitou uma análise mais acurada acerca da questão apresentado ao judiciário.

Nesse sentido, anoto:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – EMENDA À INICIAL – INADEQUAÇÃO DA INICIAL AO RITO SUMÁRIO – VALOR ESTIMADO PELO AUTOR PARA ADEQUAÇÃO DA INICIAL AO RITO ORDINÁRIO – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU – SENTENÇA TERMINATIVA – CASSAÇÃO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º DO CPC – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. – É possível o processamento de ação cominatória c/c pedido de

indenização por danos morais pelo rito ordinário, especialmente se a parte emendou a inicial estimando à causa um valor que seja incompatível com o rito sumário, não havendo vedação legal a isto.- Não há impedimento na adoção do rito ordinário em lugar do rito sumário no caso de ação de danos morais, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente porque o rito ordinário é mais amplo do que o rito sumário, e propicia maior dilação probatória” (Apelação Cível 1.0024.07.763213-1/001, Rel. Desª. Márcia de Paoli Balbino, j. 10/07/08).

“AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABALROAMENTO DE VEÍCULOS. AMBULÂNCIA E MOTOCICLETA. PROCESSO CIVIL. ADOÇÃO DO RITO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. Não há nulidade na adoção do rito ordinário ao invés do sumário, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente porque o ordinário é mais amplo do que o sumário e propicia a ampliação das oportunidades processuais de apuração dos fatos e, conseqüentemente, da margem de apreciação da matéria objeto do litígio, não obstante a legislação processual prever o rito sumário no processo em que se discutem direitos decorrentes de abalroamento de veículos. (...)” (Apelação Cível 1.0024.04.307544-9/001, Rel. Des. Armando Freire, j. 22/05/07).

Ante o exposto, REJEITO a preliminar. MÉRITO

Cinge-se o mérito recursal em analisar se a situação pela qual a parte autora passou lhe causou abalo que venha a culminar em indenização por dano moral.

A meu sentir, assiste razão à recorrente.

Os fatos, tal como trazidos, de forma alguma podem ensejar desgaste, sofrimento,

angústia ou desconforto que autorizem a sua indenização. Não é todo e qualquer sofrimento, dissabor, intranquilidade ou chateação que podem representar ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam conseqüência do desenvolvimento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, decorrentes de situações próprias da vida e esses são indiferentes ao plano jurídico, como é o caso dos autos. A possibilidade de frustração de um negócio é inerente à sua própria existência, sendo um fato comum da vida, a que todos estão sujeitos, e que todos devem estar preparados para suportar.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“Dano Moral” Editora Oliveira Mendes, 1998, páginas 8 e 9) ensina:

“Não é possível deixar ao puro critério da parte a utilização da justiça “por todo e qualquer melindre”, mesmo os insignificantes.”

Vem bem a propósito a advertência de ANTÔNIO CHAVES:

“Propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento de todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito, centenas de milhares de cruzeiros”. (Tratado de Direito Civil, 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, v. III, p.637).

E prossegue:

“Como advertia CUNHA GONÇALVES, em lição esposada pelo Superior Tribunal de Justiça”. (REsp. 3.604

– voto do Min. ILMAR GALVÃO, in BUSSADA, ob. cit., p.687): “A reparação não é devida a quaisquer carpideiras. Não basta fingir dor, alegar qualquer espécie de mágoa; há gradações e motivos a provar e que os tribunais possam tomar a sério”(Tratado de Direito Civil, v. XII, t. II, p. 543) ⁴. Em outras palavras, “para ter direito de ação, o ofendido deve ter motivos apreciáveis de se considerar atingido, pois a existência da ofensa poderá ser considerada tão insignificante que, na verdade, não acarreta prejuízo moral (AMARANTE, ob. cit., p. 274). Para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que “pequenos melindres”, insuficientes para ofender os bens jurídicos, não devem ser motivo de processo judicial. “De minimis non curat praetor”, já ressaltavam as fontes romanas. Enfim, entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, hão de incluir-se necessariamente, a ilicitude da conduta do agente e a gravidade da lesão suportada pela vítima (AMARANTE, ob. cit., loc. Cit.; ANTÔNIO CHAVES, ob. cit., loc. Cit.)”.

Além do mais, a vida das pessoas nem sempre se apresenta como seria desejável. A convivência em comunidade, com a necessidade de utilização de serviços praticados por terceiros, conquanto fosse ideal que se realizasse com perfeição, é praticamente impossível que isso sempre ocorra.

Eventuais transtornos e insatisfações da vida, fazem parte do nosso dia-a-dia e nem todos eles, tendo em conta o comportamento do homem médio, podem ser tidos como danosos à moral das pessoas. Do contrário, seria tutelar de forma distinta e inadmissível

que, fugindo à regra da normalidade das pessoas, possui exagerada e descomedida suscetibilidade, mostrando-se por demais intolerante.

Ressalta-se, ainda, que sequer consta nos autos prova inequívoca do aborrecimento alegado pelo autor, e mais, que as provas testemunhais, que teriam o intuito de confirmá-lo, são conflitantes.

Saliento que quanto à ocorrência de exaltação da parte ré, ora recorrente, que poderia caracterizar o controverso dano moral, houve divergência entre os depoimentos colhidos.

Oportuna a transcrição de trechos do depoimento de fls. 93/94, da Sra. Ivana Roberta, que se encontrava ao lado da mesa do autor na data do ocorrido:

“que a depoente se ofereceu para ser testemunha do garçom que tinha tomado o pedido do autor; que a depoente ficou com pena do garçom; que a depoente não presenciou nenhuma troca de agressões; (...) que não viu nenhum excesso nas palavras de nenhum dos empregados do restaurante; que a mesa do autor estava “muito nervosa”; que antes da chegada da polícia a mesa do autor já estava “nervosa”, que a sugestão de chamar a polícia foi da mesa em que o autor estava; (...)”

Tal depoimento contradiz o sustentado na inicial, que no relato dos fatos pontua que o gerente bradou com o autor e seus amigos, e, ainda, que saltava aos olhos a falta de trato.

O próprio pedido ou não do prato não foi unânime. O autor, em seu depoimento pessoal (fls. 85/86) afirma não ter solicitado o frango, bem como afirma o mesmo a primeira testemunha do autor. Todavia, o a testemunha da ré e o informante, afirmaram o oposto.

Ademais, conforme relatado na inicial, o autor aceitou os vouchers oferecidos pelo proprietário da empresa ré com o fim de minimizar o ocorrido.

Tenho que o aceite dos referidos vouchers demonstra que o benefício oferecido foi o suficiente para minimizar os aborrecimentos. A aceitação dos tickets pressupõe acordo entre as partes.

Ante o exposto, tenho que não restou comprovada a existência dos aludidos danos morais, sendo o ocorrido configurado, apenas, como meros aborrecimentos.

Pelo exposto, e ante as razões supracitadas, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, no sentido de reformar a sentença monocrática, considerando indevida a indenização concedida a título de danos morais, julgando totalmente improcedente o pedido constante na peça vestibular. Em consequência, condeno o autor a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00, nos termos do artigo 20\$, 4º, do Estatuto Processual Civil, suspensa a exigibilidade uma vez que o autor litiga sob os auspícios da assistência judiciária.

Custas *ex lege*.

DES. ESTEVÃO LUCCHESI
(REVISOR)

VOTO

No caso dos autos, acompanho o eminente relator no que diz respeito à negativa de provimento ao agravo retido, bem como à rejeição da preliminar de inadequação de rito.

Quanto ao mérito, ousou divergir do entendimento expressado pelo culto Relator, e estou confirmando a sentença.

Tenho que os eventos descritos nos autos, *data venia*, fogem do conceito de

mero dissabor, tendo sido capazes de macular atributos personalíssimos do autor.

Cuidam os autos de ação de indenização movida pelo autor/apelado em desfavor do réu/apelante, alegando que, no dia 06.12.2009, acompanhado de seu filho de oito anos e de alguns amigos, compareceu a uma conhecida churrascaria da capital mineira, onde pretendia almoçar juntamente com seus acompanhantes.

Segundo se apurou nos autos, a controvérsia entre as partes teve início quando um preposto do restaurante levou à mesa do consumidor uma porção de “frango com catupiry”, a qual não teria sido solicitada por ninguém que se encontrava na mesa.

Após longas discussões entre o requerente e seus acompanhantes e o gerente do estabelecimento, este houve por bem acionar a Polícia Militar, que compareceu ao local e solucionou o impasse.

Tenho que, como dito, os fatos noticiados nos autos fugiram do conceito de mero contratempo.

É que, não obstante a tentativa dos proprietários de minimizar o ocorrido, com o posterior oferecimento de vouchers promocionais ao autor e seus acompanhantes, tenho que houve falha de seu preposto/gerente na condução do atendimento ao cliente, que desastrosamente conduziu o impasse, que é um fato corriqueiro, como caso de polícia, mostrando total inabilidade e falta de traquejo para lidar com os clientes do estabelecimento.

Ademais, o simples fato de o recorrido haver aceitado os vouchers oferecidos posteriormente não induz qualquer minimização dos constrangimentos experimentados. Na verdade, tenho que o autor/recorrido somente aceitou o cupom

de desconto justamente para que pudesse demonstrar o reconhecimento do gerente de que teria conduzido de forma inábil o ocorrido.

Por outro lado, o testemunho da Sra. Ivana Roberta foi completamente isolado nos autos, não guardando correspondência com os demais instrumentos de prova trazidos ao caderno processual.

Não se pode olvidar do enorme constrangimento experimentado por uma pessoa ao ser conduzida por policiais para fora do estabelecimento, em horário de pico, ainda mais estando na companhia de uma criança de oito anos de idade, a qual, segundo foi apurado nos autos, ficou bastante abalada com o ocorrido. Neste sentido, colha-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL
– INDENIZAÇÃO POR DANOS
MORAIS – FUNCIONÁRIO DE CASA
NOTURNA – ABORDAGEM DE
CLIENTE PARA A AVERIGUAÇÃO DO
PAGAMENTO DE SEU CONSUMO –
EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO
– DESBORDAMENTO DOS LIMITES
– EXPOSIÇÃO DO CLIENTE A
SITUAÇÃO VEXATÓRIA – PREJUÍZO À
INTEGRIDADE MORAL – *QUANTUM*
INDENIZATÓRIO – CRITÉRIOS. –
O exercício regular do direito implica na
obrigação correlata de não ultrapassar os
lindes do direito de terceiro, quer pelo
próprio fato de seu exercício, quer pelas
consequências que dele podem resultar.
Assim, ao suspeitar que o cliente pretende
deixar o estabelecimento sem honrar
o pagamento das despesas efetuadas,

incumbe a este, através de seus prepostos ou empregados, agir com razoabilidade, cuidando para não desbordar os limites de seu direito, devendo proceder à abordagem do cliente, de forma urbana e ponderada, longe dos olhos do público, sob pena, de não o fazendo, violar a honra e a dignidade da pessoa, e responder pela humilhação porventura causada. (TJMG – Des. (a) TARCISIO MARTINS COSTA – 6878412-51.2007.8.13.0024).

R

Entendo, desta forma, que merece manutenção a decisão guerreada, pois os fatos descritos na lide foram capazes de atingir a esfera personalíssima do autor/recorrido.

Diante do exposto, renovo o pedido de *venia* ao culto relator, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto.

Custas pelo apelante.

É como voto.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO

VOTO

Estou acompanhando o voto proferido pelo i. Desembargador Revisor, no sentido de que seja negado provimento ao recurso, uma vez que a meu aviso, os fatos narrados nos autos configuram dano moral passível de indenização.

SÚMULA: “NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REJEITAR A PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. QUANTO AO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, VENCIDO O RELATOR.”

ACÓRDÃO 2

CONSUMIDOR É INDENIZADO POR CORPO ESTRANHO ENCONTRADO EM ALIMENTO, MESMO QUE NÃO OCORRA INGESTÃO

Tribunal: **STJ/MG**

Órgão Julgador: **3a. Turma**

Relator: **Nancy Andrichi**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.916 – RJ
(2012/0071664-6)

RELATORA: MINISTRA NANCY
ANDRIGHI

RECORRENTE: ÂNGELA MARIA
SANTOS RICHTER

ADVOGADO: JOSÉ AUGUSTO
GARCIA DE SOUSA – DEFENSOR
PÚBLICO E OUTROS

RECORRIDO: BIMBO DO BRASIL LTDA
ADVOGADO: JOSÉ SCALFONE NETO
E OUTRO(S)

EMENTA

CIVIL RECURSO ESPECIAL.
AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS
MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR
DANOS MORAIS. CORPO ESTRANHO
COMPATÍVEL COM FIO DE ESPESSURA
CAPILAR. FATIA DE PÃO DE FORMA.
EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A
RISCO CONCRETO DE LESÃO À
SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO
DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE
DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO
DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS
AO CONSUMIDOR. ARTIGOS
ANALISADOS: ARTS. 6º; 8º; 12 DO CDC.

1. Ação de reparação por danos
materiais e compensação por danos morais,
ajuizada em 26.11.2009. Recurso especial
concluso ao Gabinete em 26.04.2012.

2. Discussão relativa ao dever do
fabricante de indenizar consumidor que
adquire embalagem de pão de forma e
encontra no interior de uma das fatias corpo
estranho compatível com fio de espessura
capilar.

3. A aquisição de produto de gênero
alimentício contendo em seu interior corpo
estranho, expondo o consumidor ao risco
concreto de lesão à sua saúde e segurança,
ainda que não ocorra a ingestão completa
de seu conteúdo, dá direito à compensação
por dano moral, dada a ofensa ao direito
fundamental à alimentação adequada,
corolário do princípio da dignidade da
pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito
do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o
consumidor a risco concreto de dano à sua
saúde e segurança, em clara infringência ao
dever legal dirigido ao fornecedor, previsto
no art. 8º do CDC, ensejando a reparação
por danos patrimoniais e morais (art. 6º do
CDC).

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes
autos, acordam os Ministros da TERCEIRA
Turma do Superior Tribunal de Justiça,
na conformidade dos votos e das notas
taquigráficas constantes dos autos, por
unanimidade, dar provimento ao recurso
especial, nos termos do voto da Sra. Ministra
Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de
Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso
Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva
votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 01 de abril de 2014
(Data do Julgamento)

MINISTRO RICARDO VILLAS
BÔAS CUEVA

Presidente

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por ÂNGELA MARIA SANTOS RICHTER, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

Ação: ação de reparação por dano material e compensação por danos morais, ajuizada por ÂNGELA MARIA SANTOS RICHTER, em desfavor de BIMBO DO BRASIL LTDA., na qual alega que adquiriu uma embalagem de pão de forma de fabricação da recorrida e, no dia 16 de março de 2009, ao consumir duas fatias do produto, constatou que havia um objeto semelhante a um fio de cabelo dentro do pão.

Aduz ter entrado em contato com a recorrida, que se limitou a orientá-la a ir até o supermercado onde tinha adquirido o produto para trocá-lo por outro. Diante do descaso manifestado pela fabricante, dirigiu-se à delegacia e registrou a ocorrência, tendo sido realizado exame no material, constatando-se tratar de um corpo estranho firmemente incrustado nas fatias de pão de forma, reconhecido como um fio de espessura capilar. Assim, pede reparação ao prejuízo material experimentado, dado o vício do produto, e ainda compensação pelo abalo moral suportado, no valor equivalente a R\$4.650,00 (quatro mil seiscentos e cinquenta reais).

Contestação: BIMBO DO BRASIL LTDA aduz, em síntese, que possui rígido controle de qualidade e segurança, inexistindo qualquer possibilidade de contaminação do produto nas instalações da empresa, sendo que o corpo estranho encontrado pode ter sido inserido por

terceiro, com violação da embalagem, eximindo a fabricante da obrigação de indenizar. Ademais, não estaria demonstrado o dano sofrido pela recorrente.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido formulado, apenas para condenar a BIMBO DO BRASIL LTDA ao pagamento de R\$ 3,12 (três reais e doze centavos) a título de reparação por dano material, acrescido de juros e correção monetária, além das custas e honorários advocatícios fixados em R\$200,00 (duzentos reais).

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 213/220):

DIREITO DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAL E MORAL. OBJETO ESTRANHO EM ALIMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. RESTITUIÇÃO SOMENTE DO VALOR PAGO PELO PRODUTO. IRRESIGNAÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DESPROVIMENTO.

1. Hipótese de ação de reparação por danos morais e materiais, alegando a autora que comprou um pacote de pão de forma, e que ao consumi-lo, notou a presença de um corpo estranho no alimento.

2. Sentença de procedência parcial condenando a empresa ré a restituir somente o valor pago pelo produto;

3. Apelo da autora pleiteando a condenação da recorrida à compensação por danos morais;

4. Apesar dos sentimentos de indignação, asco e frustração que devem ter sido experimentados pela apelante, a configuração do dano moral apta a ensejar o dever de reparação, exige que ele seja mais grave, a ponto de interferir mais intensamente na esfera psicológica do indivíduo;

5. Precedentes do TJ/RJ e do STJ;

6. Desprovemento do recurso.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente (e-STJ fls. 224/225), foram rejeitados (e-STJ fls. 228/230).

Recurso especial: alega violação do art. 535 do CPC e do art. 6º do CDC. Sustenta omissão do acórdão recorrido no que tange ao disposto no art. 6º, VI, do CDC; e que é “direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, não importando a gravidade do dano suportado, porque todo dano moral deve ser indenizado.

Prévio juízo de admissibilidade: o recurso foi inadmitido na origem pelo TJ/RJ (e-STJ fls. 261/264), tendo sido interposto agravo pela recorrente, o qual foi conhecido e reautuado como recurso especial (e-STJ fls. 305).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a definir se a identificação de um corpo estranho em produto de gênero alimentício, na hipótese, uma fatia de pão de forma, dá origem à compensação por danos morais, ainda que não tenha sido completamente ingerido pelo consumidor.

1. Violação do art. 535 do CPC

01. A recorrente aduz violação do art. 535 do CPC, porquanto o Tribunal de origem, apesar de instado a se manifestar por meio de embargos declaratórios, não sanou a omissão existente no acórdão e quedou-se silente no que concerne ao disposto no art. 6º, VI, do CDC.

02. Compulsando os autos, todavia, verifica-se que TJ/RJ apreciou de forma fundamentada as questões pertinentes para

a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios da recorrente, situação que não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

03. Note-se que não há omissão do Tribunal de origem, em relação às questões apontadas pelo recorrente, mas mero inconformismo com as conclusões adotadas.

04. Com efeito, o TJ/RJ entendeu que “a configuração do fano moral apta a ensejar o dever de reparação, exige que ele seja mais grave, a ponto de interferir intensamente na esfera psicológica do indivíduo” (e-STJ fl. 217).

04. Conforme entendimento assentado no STJ, “os embargos de declaração não se prestam ao reexame da matéria discutida no Acórdão embargado, servindo como instrumento de aperfeiçoamento do julgado que contenha omissão, contradição ou obscuridade” (EDcl no REsp nº 180.734/RN, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.09.1999).

05. Assim, devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 535 do CPC.

2. Da responsabilidade por fato do produto e da compensação por dano moral.

06. A recorrente pretende a reforma da decisão que entendeu se tratar de mero dissabor da vida cotidiana e, portanto, não indenizável, o fato de ter sido encontrado um fio de espessura capilar incrustado nas fatias de pão de forma fabricados pela recorrida e parcialmente ingeridos.

07. Com efeito, o acórdão impugnado entendeu não estar configurado o dano moral indenizável, embora tenha

reconhecido a ocorrência do defeito do produto fabricado pela recorrida, sob o fundamento de que a recorrente “não chegou a engolir o corpo estranho que estava no pão. Além disso, não chegou a relatar qualquer problema à sua saúde, não passando mal ou padecendo de outras complicações gastrointestinais ou intoxicação, inexistindo, portanto, afronta a sua integridade física” (e-STJ, 217).

08. A responsabilidade pelo fato do produto, no Código de Defesa do Consumidor, é objetiva e, portanto, prescinde da análise da culpa. O fabricante tem o dever de colocar no mercado um produto de qualidade, sendo que, se existir alguma falha, seja quanto à segurança, seja quanto à adequação do produto em relação aos fins a que se destina, haverá responsabilidade do fabricante à reparação dos danos que esse produto vier a causar.

09. Como nos ensina Cláudia Lima Marques, “há efetivamente um novo dever de qualidade instituído pelo sistema do CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores”, cuja finalidade precípua, assim como a de todas as demais normas do diploma consumerista, é “a proteção da confiança” e das legítimas expectativas do mercado de consumo em relação a esse ou àquele produto (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ªed., São Paulo: RT, 2005, p. 1149).

10. Na hipótese, a questão que se coloca, portanto, é referente à configuração ou não do dano moral e, diferentemente do que entendeu o Tribunal de origem, reputo que não se trata de mero dissabor da vida cotidiana o fato da recorrente, ao morder o pão de forma que adquirira ter encontrado um fio de espessura capilar no seu interior.

11. O próprio acórdão reconhece que a situação é capaz de gerar um sentimento de

“indignação, asco e frustração” na recorrente (e-STJ fl. 217); e esta Corte já reputou configurado o dano moral em situações semelhantes a essa, na qual houve ingestão, ainda que parcial, de produto contaminado ou em condições impróprias, especialmente quando apresenta situação de insalubridade oferecedora de risco à saúde e/ou à incolumidade física. A guisa de exemplo, trago à colação o seguinte precedente:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CONSUMIDOR. RECURSO ADESIVO. ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS. AQUISIÇÃO DE ALIMENTO COM INSETO DENTRO. INGESTÃO PELO CONSUMIDOR. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VALOR. REVISÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE, DESDE QUE IRRISÓRIO OU EXORBITANTE.

1. Além de subordinar-se à admissibilidade do recurso principal, nos termos do art. 500 do CPC, o próprio recurso adesivo também deve reunir condições de ser conhecido. Nesse contexto, a desídia da parte em se opor à decisão que nega seguimento ao recurso adesivo inviabiliza a sua apreciação pelo STJ, ainda que o recurso especial principal venha a ser conhecido.

2. A avaliação deficiente da prova não se confunde com a liberdade de persuasão do julgador. A má valoração da prova pressupõe errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório. Precedentes.

3. A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior, vindo o seu conteúdo a ser parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de provocar dano moral indenizável.

4. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso adesivo não conhecido. (REsp 1.239.060/MG, minha relatoria, 3ª Turma, DJe 18/05/2011)

12. Nas hipóteses em que há ingestão do produto em condições impróprias, conforme salientei no julgamento do REsp nº 1.252.307/PR (Rel. p/ o Acórdão Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 08/08/2012), «o sentimento de repugnância, nojo, repulsa que [...] poderá se repetir toda vez que se estiver diante do mesmo produto» dá ensejo a «um abalo moral passível de compensação pecuniária».

13. Aliás, grande parte do dano psíquico advém do fato de que a sensação de ojeriza «se protraí no tempo, causando incômodo durante longo período, vindo à tona sempre que se alimenta, em especial do produto que originou o problema, interferindo profundamente no cotidiano da pessoa» (REsp nº 1.236.090/MG, minha relatoria, 3ª Turma, 18/05/2011).

14. Até mesmo nas hipóteses em que não houve a ingestão do produto, já me manifestei no sentido da configuração do dano moral indenizável (REsp 1.317.611/RS; 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 19.06.12; e Resp 1.424.304/SP, cujo julgamento ainda não foi concluído), não obstante reconhecer a existência de jurisprudência deste Tribunal no sentido oposto (REsp n. 1.131.139/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 01.12.2010; 3ª Turma, AgRg noAG n.º 276.671/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 08.05.2000; REsp 747.396/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 22.03.2010).

15. Interpretando o CDC, explica a doutrina que «são considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços

impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor» (Rizzatto Nunes. *Curso de Direito do Consumidor*. 7ª ed. rev. e at. Edit. Saraiva. São Paulo : 2012. p. 229). Ou seja, observado o sistema adotado, um produto ou serviço apresentará *vício* sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, comprometendo sua prestabilidade.

16. Por outro lado, um produto ou serviço apresentará *defeito* de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de criar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. A insegurança, portanto, é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia e que transcende a simples frustração de expectativas. Daí a denominação de “fato do produto e do serviço” trazida pelo CDC, pois se tem um *vício qualificado* pela insegurança que emana do produto/serviço. Há, portanto, um fato extrínseco ao vício, que vai além deste.

17. Conforme anotam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev., at. e amp. Edit. RT. São Paulo : 2006, p. 261):

A teoria da qualidade [...] bifurcar-se-ia, no sistema do CDC, na exigência de *qualidade-adequação* e de *qualidade-segurança*, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17). O CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade.

18. Assim, prefacialmente, é necessário indagar se a hipótese dos autos alberga um mero *vício* (de qualidade por inadequação; art. 18, CDC) ou, em verdade, um *defeito/fato do produto* (vício de qualidade por insegurança; art. 12, CDC).

19. É incontroverso que o pão de forma foi parcialmente consumido pela recorrente, embora, conforme anotado no acórdão, o corpo estranho com espessura capilar não tenha sido engolido pela consumidora.

20. Com todo respeito àqueles que entendem não estar configurado o dano moral, quando não houver a ingestão do produto, tenho que a sistemática implementada pelo CDC exige um olhar mais cuidadoso para a situação apresentada, em especial porque a lei consumerista protege o consumidor contra produtos que coloquem em risco sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica etc. Segundo o art. 8º do CDC “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”.

21. Tem-se, assim, a existência de um dever legal, imposto ao fornecedor, de evitar que a saúde e(ou) segurança do consumidor sejam colocadas sob risco. Vale dizer, o CDC tutela o dano ainda em sua potencialidade, buscando prevenir sua ocorrência efetiva (art. 8º diz “não acarretarão riscos”; não diz necessariamente “danos”).

22. Desse dever imposto pela lei, decorre a responsabilidade do fornecedor de “reparar o dano causado ao consumidor por *defeitos* decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos” (art. 12, CDC).

23. Segundo o CDC, “o produto é defeituoso quando não oferece a

segurança que dele legitimamente se espera [...], levando-se em consideração [...] o uso e os riscos” razoavelmente esperados (art. 12, § 1º, II, CDC). Em outras palavras, há *defeito* – e, portanto, *fato do produto* – quando oferecido risco dele não esperado, segundo o senso comum e sua própria finalidade. Assim, a hipótese não é de mero *vício* (o qual, como visto, não congrega um fato extrínseco; na espécie, consubstanciado no risco oferecido).

24. É indubitável, portanto, que o corpo estranho incrustado na fatia de pão de forma expôs a consumidora a risco, na medida em que, na hipotética deglutição do tal fio de espessura capilar, não seria pequena a probabilidade de ocorrência de dano, seja à sua saúde física, seja à sua integridade psíquica. A consumidora foi, portanto, exposta a risco, o que torna *ipso facto* defeituoso o produto.

25. O Código de Defesa do Consumidor, nesse ponto, é paradigmático, conforme anotam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, na obra já citada:

“[...] observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na ideia de garantia implícita do sistema da *common law* (*implied warranty*). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que dele se espera. Há efetivamente um novo *dever de qualidade* instituído pelo sistema do CDC, um novo dever *anexo* à atividade dos fornecedores.” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev., at. e amp. Edit. RT. São Paulo : 2006, p. 258)

26. O dano indenizável, por conseguinte, decorre do risco a que fora exposto o consumidor e ele não se limita ao aspecto material, consubstanciado na devolução do preço pago pelo produto.

27. Convém lembrar que o reconhecimento do dano moral como categoria de dano indenizável, mesmo antes da edição do novo Código Civil brasileiro, enfrentou uma rápida evolução decorrente de sua conformação aos paradigmas da Constituição Federal de 1988. A priorização do ser humano pelo ordenamento jurídico nacional exige que todo o Direito deva convergir para sua máxima tutela e proteção. Desse modo, exige-se o pronto repúdio a quaisquer violações dirigidas à dignidade da pessoa, bem como a responsabilidade civil quando já perpetrados os danos morais ou extrapatrimoniais.

28. Destarte, a partir da consagração do direito subjetivo constitucional à dignidade, o dano moral deve ser entendido como sua mera violação.

29. Partindo dessa premissa, Sergio Cavalieri Filho conclui que o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos (*Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2003. p. 94). Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações, que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta.

30. Nesse compasso, a jurisprudência do STJ, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, conclui pela possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a

dignidade do ser humano. Assim, em diversas oportunidades se deferiu indenização destinada a compensar dano moral diante da simples comprovação de ocorrência de conduta injusta e, portanto, danosa.

31. A proteção da segurança e da saúde do consumidor tem, inegavelmente, cunho constitucional e de direito fundamental, na medida em que tais valores decorrem da especial proteção conferida à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

32. O CDC, aliás, dando eco a essa proteção, prevê em seu art. 4º “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

33. Daí a aclamação ao *princípio da segurança*, que também “se faz presente nos artigos 12 e 14 do CDC e é um dos mais importantes no direito do consumidor em razão de servir de estrutura para todo sistema de responsabilidade civil das relações de consumo” (*Revista Luso-brasileira de Direito de Consumo*. Vol. II. nº 03. Setembro de 2012. Curitiba: Edit. JM., 2012. pg. 196).

34. Sua importância “se deve ao fato de que, anteriormente ao Código, não havia legislação competente a fim de proteger e defender o consumidor contra os possíveis riscos da relação de consumo” e, assim, “é justamente o princípio da segurança que gera a obrigação de indenizar, caso o produto [...] não responda às expectativas do consumidor, sendo defeituoso” (ob. cit. id).

35. E o art. 6º, do diploma consumerista, invocado pela recorrente, nessa esteira, prevê como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

36. Assim, uma vez verificada a ocorrência de *defeito* no produto, inafastável é o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança a risco concreto.

37. Quanto ao valor da compensação pelos danos morais, diante das peculiaridades fáticas da hipótese, bem como considerando os precedentes desta Corte em hipóteses semelhantes, entendo razoável a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para condenar a BIMBO DO BRASIL LTDA ao pagamento de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de compensação pelos danos morais suportados pela recorrente, acrescidos de correção monetária e juros moratórios, sendo esses últimos a contar da data do evento danoso, mais custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

EMENTÁRIO

1) Falha na prestação do serviço em decorrência do resultado falso-positivo para o vírus HIV ocasiona abalo emocional e enseja a indenização por dano moral

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **4a. T.**

Relator: **Antonio Carlos Ferreira**

Processual civil. Agravo regimental nos embargos de declaração no Recurso especial. Responsabilidade civil. Deficiência na prestação do serviço. Laudo laboratorial. Resultado errôneo do exame de HIV. 1. A falha na prestação do serviço em decorrência do resultado falso-positivo para o vírus HIV ocasiona abalo emocional e enseja a indenização por dano moral, mormente na hipótese de realização de novo exame com a confirmação do resultado falso-positivo. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração no Rec. Especial n. 1251721 - São Paulo - 4a. T. - ac. unân. - Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira - j. em 23.04.2013 - Fonte: DJe, 26.04.2013).

2) Na venda de produtos conjugados, deve-se informar o preço de cada peça de forma clara ao cliente, de modo que este não venha cometer erro na compra

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **3a. Câ. Civ.**

Relator: **Sérgio Arenhart**

Apelação cível. Obrigação de fazer. Venda de cama de solteiro e cama auxiliar com duas gavetas pelo preço da etiqueta afixada apenas na primeira. Alegação da apelante de que tratam de produtos diversos com preços específicos. Documentos carreados aos autos demonstrando, com clareza, que tal informação não consta na apresentação do produto na loja. Apelante que não informa expressamente que a cama auxiliar era cobrada separadamente da cama de solteiro, ferindo direito básico do consumidor de receber informações corretas, claras e precisas quanto às características, quantidade e preço do produto. Ausência de prova quanto à má-fé da apelante. Desnecessidade, bastando que a informação não se afigure correta, clara, precisa e ostensiva. Custas processuais e honorários advocatícios. Pleito de atribuição

ao apelado do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por ter escolhido a justiça comum para ajuizar o feito, quando podia ter ajuizado no juízo especial civil. Descabimento, ante assegurada opção do autor. Recurso adesivo. Honorários advocatícios arbitrados em percentual sobre a condenação. Majoração. Inviabilidade. Sentença condenatória cujo conteúdo econômico só poderá ser quantificado caso haja resistência do recorrido em cumprir a obrigação. Recurso adesivo conhecido e desprovido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 992062-3 - Curitiba - 3a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. **Sérgio Arenhart** - j. em 16.04.2013 - Fonte: DJe, 26.04.2013).

3) Não etiquetação do produto transgênico afronta o CDC

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **4a. Câ. Cív.**

Relatora: **Heloisa Combat**

Apelação - ação anulatória de débito - informação de preço de mercadorias - supermercado - afixação dos preços individualmente nas embalagens ou código de barras - precedentes do egrégio STJ - informação individualizada sobre produtos transgênicos - autuação realizada em outubro de 2000 - regularidade. - Pacífico o entendimento do egrégio STJ “no sentido de que, em casos como o presente e até a entrada em vigor da Lei n. 10.962/04, era exigível a informação acerca dos preços de mercadorias mediante fixação dos mesmos nas embalagens. Entretanto, após a vigência plena do referido diploma normativo, tornou-se possível, nas vendas a varejo, a informação alternativa via afixação do preço ou de código referencial ou de código de barras.” (REsp 1188219/

RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 25/10/2010) - A Lei Estadual nº 13.494 de 05 de abril de 2000, vigente no momento da autuação, preceitua “os estabelecimentos que industrializam ou comercializam, no Estado, alimentos transgênicos, (...) ficam obrigados a rotular esses produtos e a fazer constar em seu rótulo, em destaque, a frase: ‘Produto Geneticamente Modificado’.” - A não etiquetação dos produtos transgênicos afronta as diretrizes traçadas pelo CDC. Isso porque o simples emplacamento das prateleiras que contêm produtos transgênicos não alcança a finalidade exigida pela Lei, uma vez que há a necessidade de a informação acompanhar o produto, considerando que nem sempre aquele que compra o produto é o mesmo que o consome, ou seja, a informação se restringirá às pessoas que estiverem no estabelecimento comercial e, assim que o produto for retirado da prateleira, a informação se esvaziará. - Multa confirmada, observados os critérios estabelecidos pelo CDC. - Recurso não provido. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.10.034787-1/003 - Comarca de Belo Horizonte - 4a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Heloisa Combat - j. em 04.04.2013 - Fonte: DJ, 10.04.2013).

4) Não há abusividade na cláusula contratual que estabelece o desconto automático de fatura do cartão de crédito em atraso no saldo da conta-corrente

Tribunal: **TJ/DF**

Órgão Julgador: **3a. T. Cív.**

Relator: **Mario-Zam Belmiro**

Consumidor. Apelação cível. Revisão contratual. Dívida no cartão de crédito.

Desconto automático na conta-corrente. Legalidade. 1. Não há abusividade na cláusula contratual que estabelece o desconto automático de fatura do cartão de crédito em atraso no saldo da conta-corrente. 2. Trata-se de cláusula que visa facilitar a satisfação do crédito, não implicando necessariamente em ônus ao consumidor ou ofensa ao equilíbrio contratual. Em nome do princípio da autonomia da vontade, da boa-fé, as partes são livres para pactuar, não havendo falar em penhora de salário ou ofensa à dignidade. 3. recurso desprovido. (TJ/DF - Ap. Cível n. 2012 01 1 064425-9 - 3a. T. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Mario-Zam Belmiro - j. em 17.04.2013 - Fonte: DJ, 26.04.2013).

5) Provada a ausência da má-fé do segurado, mesmo que a morte tenha ocorrido dentro dos dois anos iniciais do contrato, a indenização securitária deverá ser cumprida

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **5a. Câ. Cív.**

Relatora: **Isabel Dias Almeida**

Apelação cível. Recurso adesivo. Seguro de vida. Ação de cobrança. Morte acidental. Ausência de premeditação. Má-fé do segurado não comprovada. Prescrição. Cerceamento de defesa. Agravo retido. Honorários advocatícios. 1. Tratando-se

de ação envolvendo contrato de seguro facultativo, não-obrigatório, em que a autora, na qualidade de beneficiária, busca a condenação da demandada ao pagamento de indenização em razão do falecimento do segurado, aplicável a prescrição decenal prevista no art. 205 do CCB. 2. Cerceamento de defesa não caracterizado. O juiz é o destinatário das provas, sendo seu dever indeferir a produção das inúteis ou protelatórias, a teor do disposto no art. 130 do CPC. No caso concreto, é desnecessário o depoimento pessoal da parte autora postulado pela ré, diante dos elementos probatórios constantes nos autos. Agravo retido desprovido. 3. Ausente prova da má-fé do segurado na contratação do seguro de vida, ônus da seguradora, esta responde pela indenização securitária, mesmo que a morte tenha ocorrido dentro dos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato. Arts. 798 do CC e 333, II, do CPC. 4. Manutenção do valor indenizatório, porquanto o suicídio não premeditado se enquadra no âmbito do conceito de morte acidental. Precedentes. 5. Correção monetária que incide desde a data do sinistro. Juros legais a contar da citação. 6. Manutenção dos honorários advocatícios, pois fixados com atenção ao art. 20, § 3º do CPC. Recursos desprovidos. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70053784419 - Comarca de Santo Augusto - 5a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Isabel Dias Almeida - j. em 24.04.2013 - Fonte: DJ, 26.04.2013).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Despacho do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)

Relator: A. Tizzano

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Sétima Secção)

Relator: Granja da Fonseca

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (03.04.2014)

“Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”

“Para determinar o caráter abusivo da cláusula, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias que deram lugar à celebração do contrato, bem como a natureza dos serviços previstos e das relações entre, por um lado, a cláusula em causa e, por outro, as outras estipulações do contrato ou de outros contratos”

Do Supremo Tribunal de Justiça (10.04.2014)

“O Decreto-Lei 355/81, de 31 de Dezembro, criou um novo direito real – o direito de habitação periódica – que, na prática, equivale a um regime de propriedade fraccionada, já não por segmentos horizontais, mas por quotas – partes temporais, garantindo melhor os investidores, que, à data, através da modalidade vulgarizada pelos títulos de férias, tinham apenas acesso à protecção legal precária de tipo obrigacionista”

“A disciplina das cláusulas contratuais gerais (LCCG) impõe a observância de requisitos formais e materiais, conformes com os princípios da boa-fé, da proibição do abuso do direito e da protecção da parte mais fraca, funcionando como guardião da protecção de quem as utiliza como destinatário”

DESPACHO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

3 de abril de 2014 (*)

«Proteção dos consumidores – Diretiva 93/13/CEE – Contrato de mútuo com hipoteca celebrado com um banco – Cláusula que prevê a competência exclusiva de uma instância arbitral – Informações relativas ao processo de arbitragem fornecidas pelo banco na celebração do contrato – Cláusulas abusivas – Critérios de apreciação»

No processo C342/13, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Szombathelyi Törvényszék (Hungria), por decisão de 16 de maio de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 24 de junho de 2013, no processo

Katalin Sebestyén

contra

Zsolt Csaba Kővári,

OTP Bank,

OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt,

Raiffeisen Bank Zrt,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano (relator), presidente de secção, A. Borg Barthet, E. Levits, S. Rodin e F. Biltgen, juízes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: A. Calot Escobar,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de decidir por despacho fundamentado, em conformidade com o artigo 99º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, profere o presente

Despacho

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 3º, nº 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe K. Sebestyén a Zsolt Csaba Kővári, ao OTP Bank, à OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt e ao Raiffeisen Bank Zrt, a propósito do seu pedido de declaração de nulidade das cláusulas compromissórias contidas num contrato celebrado com o Raiffeisen Bank Zrt para efeitos de concessão de um mútuo com hipoteca.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O décimo segundo considerando da Diretiva 93/13 enuncia:

«Considerando [...] que, nomeadamente, apenas as cláusulas contratuais que não tenham sido sujeitas a negociações individuais são visadas pela presente diretiva; [...]»

4 O artigo 3º desta diretiva dispõe:

«1. Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.

2. Considerase que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão.

O facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido

objeto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão.

Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objeto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova.

3. O anexo contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.»

5 Nos termos do artigo 4º, nº 1, da referida diretiva:

«Sem prejuízo do artigo 7º, o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa.»

6 O artigo 5º da Diretiva 93/13 prevê:

«No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor. [...]»

7 O artigo 6º, nº 1, da referida diretiva tem a seguinte redação:

«Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.»

8 O anexo da mesma diretiva enumera as cláusulas referidas no artigo 3º, nº 3, desta. O ponto 1, alínea q), deste anexo tem a seguinte redação:

«Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito:

[...]

q) Suprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, [...]»

Direito húngaro

9 O artigo 209º da Lei IV de 1959, que institui o Código Civil (Polgári törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény), na versão aplicável ao processo principal, tem a seguinte redação:

«1. As cláusulas contratuais gerais, bem como as cláusulas de um contrato celebrado com um consumidor que não tenham sido objeto de negociação individual são consideradas abusivas, quando, em violação das exigências de boa-fé e lealdade, estipularem de forma unilateral e sem justificação, os direitos e obrigações das partes em detrimento do contratante que não tiver estipulado as cláusulas.

2. Para determinar o caráter abusivo da cláusula, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias que deram lugar à celebração do contrato, bem como a natureza dos serviços previstos e das relações entre, por um lado, a cláusula em causa e, por outro, as outras estipulações do contrato ou de outros contratos.

3. As cláusulas de um contrato celebrado com o consumidor, consideradas abusivas ou que devam ser consideradas

como tal, salvo prova em contrário, podem ser determinadas mediante disposições especiais.

4. As disposições relativas às cláusulas contratuais abusivas não são aplicáveis às estipulações contratuais que definem a prestação principal nem às que determinem a equivalência entre a prestação e a contraprestação.

5. Não pode ser considerada abusiva uma cláusula contratual imposta ou estipulada numa disposição legislativa ou regulamentar.»

10 A Lei LXXI de 1994, relativa à arbitragem, prevê, no seu artigo 3º, nº 1, que um litígio pode ser resolvido por arbitragem, em vez de por via jurisdicional, quando:

«a) pelo menos uma das partes for uma pessoa que exerça profissionalmente uma atividade económica e o litígio se relacionar com essa atividade, e quando

b) as partes possam dispor livremente do objeto do processo e

c) tiverem previsto a arbitragem numa cláusula compromissória».

11 O artigo 5º, nº 1, da referida lei define a convenção de arbitragem como um acordo entre as partes, mediante o qual submetem a um tribunal arbitral os litígios surgidos ou suscetíveis de surgir no âmbito de determinadas relações contratuais ou extracontratuais.

12 Por força do artigo 8º, nº 1, da Lei LXXI de 1994, o órgão jurisdicional ao qual foi submetida uma ação abrangida pelo âmbito de aplicação da convenção de arbitragem deve, exceto no que diz respeito às ações referidas no artigo 54º desta lei, declarar a ação inadmissível sem citar as partes, ou, se uma parte o requerer, extinguir a instância, a menos que

considere que a convenção de arbitragem é inexistente, nula, sem efeito ou impossível de cumprir.

13 Segundo o artigo 54º da Lei LXXI de 1994, da sentença arbitral não cabe recurso. Apenas pode ser apresentado ao órgão jurisdicional um pedido de anulação de uma sentença arbitral pelos motivos elencados no artigo 55º desta lei.

14 O Decreto do Governo nº 18/1999, relativo às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores [A fogyasztóval kötött szerződésben tisztességtelennek minősülő feltételekről szóló 18/1999. (II. 5.) Kormányrendelet], prevê, no artigo 1º, nº 1, que, nos contratos de mútuo celebrado com consumidores, têm caráter abusivo, designadamente, as cláusulas contratuais que:

«[...]

i) excluam ou limitem as possibilidades de o consumidor recorrer aos meios de ação previstos pela lei ou convencionados entre as partes, salvo quando a lei os substitua simultaneamente por outros meios de resolução de litígios previstos por lei;

[...]»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

15 Em 15 de outubro de 2008, K. Sebestyén celebrou com o Raiffeisen Bank Zrt um contrato de mútuo com hipoteca e um contrato de hipoteca. Nestes atos, as partes estipularam que, nos eventuais litígios decorrentes dos referidos contratos, só é competente, salvo raras exceções especificamente previstas, um colégio de três árbitros do Pénz és Tőkepiaci Állandó Választottbíróóság (tribunal arbitral

permanente dos mercados financeiros e dos capitais).

16 Nos referidos atos, as partes estipularam igualmente a competência exclusiva do Pesti Központi kerületi bíróság (tribunal de comarca de PestCentre) ou do Fővárosi Bíróság (tribunal de Budapeste), consoante o valor do litígio, para os procedimentos de injunção de pagamento e o eventual processo judicial ordinário que decorre em caso de oposição do devedor.

17 Como resulta da decisão de reenvio, antes da assinatura do contrato de mútuo com hipoteca e do contrato de hipoteca, o banco forneceu a K. Sebestyén informações relativas às diferenças entre as normas processuais aplicáveis, respetivamente, aos tribunais arbitrais e aos tribunais ordinários. Além disso, quando da assinatura dos dois contratos, o banco chamou nomeadamente a atenção de K. Sebestyén para o facto de o processo arbitral ser um processo de instância única e de não poderem ser interpostos recursos e para o facto de as despesas com a instauração e a tramitação de um processo arbitral excederem, de forma geral, as despesas do processo ordinário.

18 Contudo, considerando que as cláusulas compromissórias contidas nos referidos contratos tinham, por um lado, colocado o Raiffeisen Bank Zrt numa situação vantajosa e, por outro, limitado, injustificadamente, o seu direito constitucional de acesso à justiça, K. Sebestyén pediu ao Szombathelyi Törvényszék que declarasse a nulidade das referidas cláusulas.

19 Nestas condições, o Szombathelyi Törvényszék decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve considerarse abusiva, na aceção do artigo 3º, nº 1, [da Diretiva 93/13/CEE], uma cláusula contratual por força da qual a competência para conhecer de qualquer litígio decorrente [de um] contrato de mútuo celebrado entre [um] consumidor e [um] banco pertence exclusivamente a [um colégio] compost[o] por três árbitros do tribunal arbitral permanente do mercado financeiro e de capitais (Pénz és Tőkepiaci Állandó Választottbíróság)?

2) Deve considerarse abusiva, na aceção do artigo 3º, nº 1, [da Diretiva 93/13/CEE], uma cláusula contratual por força da qual a competência para conhecer de qualquer litígio decorrente [de um] contrato de mútuo celebrado entre [um] consumidor e [um] banco pertence exclusivamente a [um colégio] compost[o] por três árbitros do tribunal arbitral permanente do mercado financeiro e de capitais, com as ressalvas previstas no contrato, apesar de constarem do referido contrato informações gerais sobre as diferenças entre o processo regulado na Lei LXXI de 1994 [...] e o processo judicial ordinário?»

Quanto às questões prejudiciais

20 Nos termos do artigo 99º do seu Regulamento de Processo, quando a resposta a uma questão submetida a título prejudicial possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal de Justiça pode, a qualquer momento, ouvido o advogado-geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado.

21 Há que aplicar a referida disposição no presente processo.

22 Com as suas questões, que devem ser analisadas em conjunto, o órgão

jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 3º, nº 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula contida num contrato de mútuo com hipoteca celebrado entre um banco e um consumidor, que atribui a competência exclusiva a um tribunal arbitral permanente, cujas decisões não são suscetíveis de recurso de direito interno, para conhecer de qualquer litígio que tenha origem nesse contrato deve ser considerada abusiva, na aceção dessa disposição, apesar de, antes da assinatura do referido contrato, o consumidor ter recebido informações gerais sobre as diferenças existentes entre o processo arbitral e o processo jurisdicional ordinário.

23 A título preliminar, há que salientar que, como resulta do artigo 3º, nº 1, da Diretiva 93/13, só estão abrangidas pelo seu âmbito de aplicação as cláusulas que figurem num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor que não tenham sido objeto de negociação individual (acórdão *Constructora Principado*, C226/12, EU:C:2014:10, nº 18).

24 A este respeito, o artigo 3º, nº 2, da referida diretiva prevê que se considera sempre que uma cláusula não foi objeto de negociação individual quando tenha sido redigida previamente e o consumidor não tenha, por essa razão, podido influir no seu conteúdo, nomeadamente no âmbito de um contrato de adesão (despacho *Pohotovost*, C76/10, EU:C:2010:685, nº 57).

25 Há também que precisar que, segundo jurisprudência constante, a competência do Tribunal de Justiça na matéria abrange a interpretação do conceito de «cláusula abusiva», referido no artigo 3º, nº 1, da Diretiva 93/13 e no seu

anexo, assim como os critérios que o órgão jurisdicional nacional pode ou deve aplicar na apreciação de uma cláusula contratual à luz das disposições da referida diretiva, sendo certo que cabe ao referido órgão jurisdicional pronunciarse, tendo em conta esses critérios, sobre a qualificação concreta de uma cláusula contratual especial em função das circunstâncias próprias do caso em apreço. Daqui resulta que o Tribunal de Justiça se deve limitar a fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio indicações que este deve ter em conta para apreciar o caráter abusivo da cláusula em causa (acórdão *Aziz*, C415/11, EU:C:2013:164, nº 66 e jurisprudência referida).

26 Assim, há que salientar que, ao referir-se aos conceitos de boa-fé e de desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato, o artigo 3º, nº 1, da Diretiva 93/13 enuncia de forma meramente abstrata os elementos que conferem caráter abusivo a uma cláusula contratual que não foi objeto de negociação individual (v. acórdãos *Freiburger Kommunalbauten*, C237/02, EU:C:2004:209, nº 19, e *Pannon GSM*, C243/08, EU:C:2009:350, nº 37).

27 A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que, para saber se uma cláusula cria, em detrimento do consumidor, um «desequilíbrio significativo» entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes de um contrato, há que ter em conta, nomeadamente, as normas de direito nacional aplicáveis na falta de um acordo das partes nesse sentido. É através dessa análise comparativa que o órgão jurisdicional nacional poderá avaliar se e em que medida o contrato coloca o consumidor numa

situação jurídica menos favorável do que a prevista no direito nacional em vigor. De igual modo, afigura-se pertinente, para este efeito, proceder a um exame da situação jurídica em que se encontra o referido consumidor, atendendo aos meios de que dispõe, ao abrigo da legislação nacional, para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas (v. acórdão Aziz, EU:C:2013:164, nº 68).

28 No que diz respeito à questão de saber em que circunstâncias foi criado esse desequilíbrio «a despeito da exigência de boa-fé», há que declarar que, tendo em conta o décimo sexto considerando da Diretiva 93/13, o juiz nacional deve verificar para o efeito se o profissional, ao tratar de forma leal e equitativa com o consumidor, podia razoavelmente esperar que este aceitasse essa cláusula na sequência de uma negociação individual (acórdão Aziz, EU:C:2013:164, nº 69).

29 Por outro lado, nos termos do artigo 4º, nº 1, da referida diretiva, o carácter abusivo de uma cláusula contratual deve ser apreciado tendo em conta a natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração (acórdãos Pannon GSM, EU:C:2009:350, nº 39, e VB Pénzügyi Lízing, C137/08, EU:C:2010:659, nº 42). Daqui decorre que, nesta perspetiva, devem igualmente ser avaliadas as consequências que a referida cláusula pode ter no âmbito do direito aplicável ao contrato, o que implica um exame do sistema jurídico nacional (v. acórdão *Freiburger Kommunalbauten*, EU:C:2004:209, nº 21, e despacho *Pohotovost*, EU:C:2010:685, nº 59).

30 À luz desses critérios, cabe ao Szombathelyi Törvényszék apreciar o carácter abusivo da cláusula compromissória em causa no processo principal.

31 A este respeito, há que salientar que o anexo da Diretiva 93/13, para o qual remete o seu artigo 3º, nº 3, contém uma lista indicativa e não exaustiva das cláusulas que podem ser declaradas abusivas (v. acórdão *Invitel*, C472/10, EU:C:2012:242, nº 25 e jurisprudência referida), entre as quais figuram, no ponto 1, alínea q), desse anexo, precisamente as cláusulas que têm como objetivo ou como efeito suprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando a recorrer exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais.

32 Embora o conteúdo do anexo da Diretiva 93/13 não seja suscetível de determinar automaticamente e por si só o carácter abusivo de uma cláusula controvertida, constitui, no entanto, como o Tribunal de Justiça já declarou, um elemento essencial com base no qual o órgão jurisdicional competente pode apreciar o carácter abusivo dessa cláusula (acórdão *Invitel*, EU:C:2012:242, nº 26).

33 Por outro lado, no que se refere à questão de saber se uma cláusula como a que está em causa no processo principal pode ser considerada abusiva apesar do facto de o consumidor ter recebido, antes da celebração do contrato, informações gerais sobre as diferenças existentes entre o processo arbitral e o processo jurisdicional ordinário, há que salientar que o Tribunal de Justiça já declarou, no contexto do artigo 5º da Diretiva 93/13, que a informação, antes da celebração do

contrato, relativa às condições contratuais e às consequências da referida celebração tem, para o consumidor, uma importância fundamental. É nomeadamente com base nesta informação que este decide se pretende vincular-se às condições previamente redigidas pelo profissional (acórdão Constructora Principado, EU:C:2014:10, nº 25 e jurisprudência referida).

34 Contudo, mesmo admitindo que as informações gerais recebidas pelo consumidor antes da celebração de um contrato satisfaçam as exigências de clareza e de transparência decorrentes do artigo 5º da referida diretiva, esta circunstância não permite, por si só, excluir o carácter abusivo de uma cláusula como a que está em causa no processo principal.

35 Se o órgão jurisdicional nacional em causa chegar à conclusão de que a cláusula em causa no processo principal deve ser considerada abusiva na aceção da Diretiva 93/13, há que recordar que, em conformidade com o artigo 6º, nº 1, dessa diretiva, cabe ao referido órgão jurisdicional extrair todas as consequências daí decorrentes segundo o direito nacional, a fim de se certificar de que o consumidor não está vinculado pela referida cláusula (v., neste sentido, acórdão Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, nº 59).

36 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 3º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 93/13, bem como o ponto 1, alínea q), do anexo dessa diretiva devem ser interpretados no sentido de que cabe ao órgão jurisdicional nacional em causa determinar se uma cláusula contida num contrato de mútuo com hipoteca celebrado entre um banco e um consumidor, que

atribui competência exclusiva a um tribunal arbitral permanente, cujas decisões não são suscetíveis de recurso de direito interno, para conhecer de qualquer litígio que tenha origem nesse contrato, deve, à luz de todas as circunstâncias que rodeiam a celebração do referido contrato, ser considerada abusiva na aceção dessas disposições. No âmbito dessa apreciação, o órgão jurisdicional nacional em causa deve, nomeadamente:

- verificar se a cláusula tem como objetivo ou como efeito suprimir ou entravar a possibilidade de o consumidor intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso; e

- ter em conta o facto de que a comunicação ao consumidor, antes da celebração do contrato em causa, de informações gerais sobre as diferenças existentes entre o processo arbitral e o processo jurisdicional ordinário não permite, por si só, excluir o carácter abusivo dessa cláusula.

Em caso de resposta afirmativa, cabe ao referido órgão jurisdicional extrair todas as consequências daí decorrentes segundo o direito nacional, a fim de se certificar de que esse consumidor não está vinculado por essa cláusula.

Quanto às despesas

37 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.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

O artigo 3º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas

nos contratos celebrados com os consumidores, bem como o ponto 1, alínea q), do anexo dessa diretiva devem ser interpretados no sentido de que cabe ao órgão jurisdicional nacional em causa determinar se uma cláusula contida num contrato de mútuo com hipoteca celebrado entre um banco e um consumidor, que atribui competência exclusiva a um tribunal arbitral permanente, cujas decisões não são suscetíveis de recurso de direito interno, para conhecer de qualquer litígio que tenha origem nesse contrato, deve, à luz de todas as circunstâncias que rodeiam a celebração do referido contrato, ser considerada abusiva na aceção dessas disposições. No âmbito dessa apreciação, o órgão jurisdicional nacional em causa deve, nomeadamente:

– verificar se a cláusula tem como objetivo ou como efeito suprimir ou entravar a possibilidade de o consumidor

intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso; e

– ter em conta o facto de que a comunicação ao consumidor, antes da celebração do contrato em causa, de informações gerais sobre as diferenças existentes entre o processo arbitral e o processo jurisdicional ordinário não permite, por si só, excluir o caráter abusivo dessa cláusula.

Em caso de resposta afirmativa, cabe ao referido órgão jurisdicional extrair todas as consequências daí decorrentes segundo o direito nacional, a fim de se certificar de que esse consumidor não está vinculado por essa cláusula.

Assinaturas

* Língua do processo: húngaro.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CO0342&qid=1399026823495&from=>

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (7ª SECÇÃO)

1246/10.9TJLSB.L1.S1

7ª SECÇÃO

GRANJA DA FONSECA

EMPREENHIMENTO TURÍSTICO

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

PERIÓDICA

ACÇÃO INIBITÓRIA

CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL

DEVER DE COMUNICAÇÃO

DEVER DE INFORMAÇÃO

DEVER DE ESCLARECIMENTO

PRÉVIO

EQUILÍBRIO DAS PRESTAÇÕES

BOA -FÉ

04-2014

UNANIMIDADE

S

1

REVISTA

NEGADA A REVISTA

DIREITO CIVIL – DIREITOS REAIS

/ DIREITOS REAIS DE GOZO /

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

PERIÓDICA.

DIREITO DO CONSUMO –

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS.

Doutrina:

– António Pinto Monteiro, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Volume I, janeiro de 2002, Artigos Doutrinários, p.5.

Legislação Nacional

DL Nº 446/85, DE 25-10 (RCCG), COM AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELO DL Nº 249/99, DE 7-7, E PELO DL Nº 322/2001, DE 17-12: – ARTIGOS 1º, Nº1, 2º, 12º, 15º, 16º, 18º, 19º, 21º, 22º, 25º.

LEI DO CONSUMIDOR – LEI Nº 24/96, DE 31-7: – ARTIGOS 3º, ALÍNEA C), 8º.

REGIME JURÍDICO DA HABITAÇÃO PERIÓDICA – DL Nºs 275/93, DE 5-8, COM AS ALTERAÇÕES ENTRETANTO INTRODUZIDAS PELO DL Nº 180/99, DE 22-5, E PELO DL Nº 37/2011, DE 10-3: – ARTIGOS 5º, Nº 2, ALS. C), D), G) E P) A T), 45º, Nºs 3 E 5, 48º, Nº 5, AL. A), 60º, Nºs 6 E 7.

DIRECTIVA COMUNITÁRIA 93/13/CEE, DO CONSELHO DE 5/04/1993: – ARTIGO 5º.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

-DE 19-10-2010, IN WWW.DGSI.PT .

I – O regime jurídico da habitação periódica, resultante do regime jurídico constante dos DL nºs 275/93 de 5-08; 180/99, de 22-05 e 37/2011, de 10-03, inclui não só os direitos reais de habitação periódica como também os direitos obrigacionais de habitação turística.

II – Enquadra-se no seu âmbito de aplicação a actividade da ré, cujo objecto social é “a emissão e gestão de descontos em

estabelecimentos comerciais, hoteleiros e similares, bem como a gestão e exploração de estabelecimentos dessa natureza e organização de férias organizadas”.

III – A finalidade da acção inibitória é a de garantir, preventivamente, uma tutela complementar do aderente, proibindo, para o futuro e independentemente da sua inclusão em contratos singulares, o uso de cláusulas contratuais gerais violadoras do princípio da boa-fé ou que ponham em causa o equilíbrio das prestações.

IV – Nos contractos *INTERPASS CLUB* para venda de alojamento em unidades hoteleiras – em que as cláusulas, na sua quase totalidade, estão consignadas por escrito – são nulas, por afrontamento do princípio da boa-fé e violação do dever de informação, causador de desequilíbrio desproporcionado, aquelas em que “a informação sobre as unidades hoteleiras, seu custo e datas para efectivação de reservas é comunicado anualmente, por email ou outro meio que aquela considere adequado”, sem conter um mínimo de concretização das unidades hoteleiras que serão objecto da oferta do proponente, ou da sua localização.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

1.

O Ministério Público intentou acção declarativa constitutiva, sob a forma de processo sumário, contra AA, S.A., pedindo:

1 – Sejam declaradas nulas a cláusula 3ª nos nºs 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 dos formulários dos contratos: “CONTRATO BB”, “CONTRATO CC”, “CONTRATO DD” e “CONTRATO EE”, condenando-se a Ré a abster-se de se prevalecer delas em contratos já celebrados e de as utilizar em

contratos que de futuro venha a celebrar, especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição (artigos 12º e 30º, nº 1 do DL 446/85 de 25 de Outubro).

2 – Condenar-se a Ré a dar publicidade a tal proibição e a comprovar nos autos essa publicidade, em prazo a determinar na sentença, sugerindo-se que a mesma seja efectuada em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos (artigo 30º, nº 2 do DL 446/85 de 25 de Outubro), de tamanho não inferior a 1/4 de página.

3 – Dar-se cumprimento ao disposto no artigo 34º do aludido diploma, remetendo-se ao Gabinete de Direito Europeu certidão da sentença, para os efeitos previstos na Portaria nº 1093/95 de 6 de Setembro.

Fundamentando a sua pretensão, alegou o autor que a ré inclui nos referidos contratos que celebra com os seus clientes as identificadas cláusulas gerais e que as mesmas são nulas por violarem disposições da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

A ré contestou, defendendo que o regime consagrado no DL nº 275/93 não é directamente aplicável ao tipo de actividade por si exercida, além de que nenhuma das cláusulas questionadas é ofensiva do princípio da boa – fé.

Prosseguiram os autos, vindo a ser proferido saneador – sentença que, julgando a acção procedente por provada, decidiu:

1 – Declarar nula a cláusula 3ª nos seus nºs 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 dos formulários dos contratos: “CONTRATO BB”, “CONTRATO CC”, “CONTRATO DD” e “CONTRATO EE”;

2 – Condenar a Ré a abster-se do uso, em qualquer contrato, das cláusulas acima mencionadas;

3 – Condenar a Ré a, no prazo de 30 (trinta) dias, dar publicidade à parte decisória da presente sentença, através de anúncio a publicar em dois jornais diários de maior tiragem, que sejam editados em Lisboa e Porto, em três dias consecutivos, de tamanho não inferior a 1/4 de página, comprovando o acto nos presentes autos, até 10 (dez) dias após o termo do prazo supra referido».

Inconformada, recorreu a ré, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 29/10/2013, sem qualquer voto de vencido, confirmado a sentença proferida.

De novo inconformada, a ré veio lançar mão do recurso de revista excepcional, invocando os pressupostos das alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 672º do CPC, formulando as seguintes conclusões:

1ª – Entendeu o do Ministério Público, na acção inibitória por si apresentada, ser a actividade da Recorrente regulada pela disciplina constante do Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pelos Decretos-Lei 180/99, de 22 de Maio, 22/2002, de 31 de Janeiro, 76-A/2006, de 29 de Março e 116/2008, de 4 de Julho, contendo o Regime Jurídico da Habitação Periódica, e assim designado de ora em diante.

2ª – Sustentou ainda o Ministério Público o seu pedido no facto de, no exercício da sua actividade, a Recorrente proceder à celebração de contratos que designa de «CONTRATO BB», «CONTRATO CC», «CONTRATO DD» e «CONTRATO EE», dos quais constam cláusulas contratuais gerais, nomeadamente aquelas cuja nulidade vem requerer seja reconhecida e determinada.

3ª – E considerou serem as citadas cláusulas apostas nos contratos identificados

nulas em virtude de ofenderem o princípio da boa-fé, verificando-se um desequilíbrio em desfavor do aderente, pondo em causa a confiança suscitada nas partes pelo sentido global das cláusulas contratuais gerais.

4ª – Entendeu o Ministério Público que a redacção das citadas cláusulas não proporciona ao cliente informação pormenorizada e atempada, não defendendo adequadamente o consumidor.

5ª – Desconsiderando os argumentos apresentados pela Recorrente que defendeu, em sede de Contestação, por um lado, não lhe ser aplicável a disciplina constante do Regime Jurídico da Habitação Periódica, e, por outro lado, não estar a cláusula invocada ferida de nulidade que a invalide, o tribunal de 1ª instância entendeu dever o pedido formulado proceder, declarando nula a cláusula 3ª dos contratos mencionados, nos seus números 3.1., 3.2., 3.3. e 3.4., assim como condenando a Recorrente a abster-se de usar, em qualquer contrato, a dita cláusula, e ainda determinando que a Recorrente proceda à publicação em dois jornais de maior tiragem, em 3 dias consecutivos, da decisão então proferida.

6ª – Por não se poder a Recorrente conformar com a decisão então proferida, apresentou recurso de apelação junto do Tribunal da Relação de Lisboa.

7ª – Através deste recurso, a Recorrente novamente defendeu a inaplicabilidade à sua actividade da disciplina constante do Regime Jurídico da Habitação Periódica, bem como a inexistência de qualquer desproporção ou fragilidade na posição das partes intervenientes nos contrato em causa, por si elaborados, que pudesse levar a decidir pela nulidade das respectivas cláusulas contratuais gerais. Mais pugnou

a Recorrente pela revogação da sentença proferida na parte respeitante à publicação em dois jornais de maior tiragem do respectivo conteúdo decisório, por entender ser tal decisão desprovida de utilidade prática e desproporcionada nas respectivas consequências, em face dos benefícios dela decorrentes.

8ª – Mais veio a Recorrente invocar a nulidade da sentença proferida, com base na falta ou insuficiência da fundamentação respectiva, assim como com base na falta de pronúncia sobre questões que deveria conhecer e apreciar.

9ª – Depois de apresentadas contra-alegações pelo recorrido Ministério Público, veio o Tribunal da Relação de Lisboa proferir Acórdão, de que foi a Recorrente notificada.

10ª – Neste Acórdão, o Tribunal da Relação mantém integralmente a decisão proferida em 1ª instância, aderindo aos seus argumentos e fundamentos, e decidindo assim pela improcedência da apelação apresentada.

11ª – Considerando a factualidade assente, e que não foi posta em crise, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que a actividade da Recorrente deve ser enquadrada no âmbito de aplicação do Regime Jurídico da Habitação Periódica, assim como entendeu que as cláusulas insertas nos contratos utilizados pela Recorrente, com a redacção assinalada, para firmar acordos com os seus clientes violam o princípio geral da boa-fé e o dever de informação, e, como cláusulas contratuais gerais que são, devem, por consequência, ser declaradas nulas, por força do disposto no Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro.

12ª – Não tendo a decisão da 1ª instância sido revogada pelo Tribunal da

Relação de Lisboa, nem tendo sido mantida, desta vez, com base em fundamentação essencial e substancialmente diferente, dir-se-ia estar afastada a possibilidade de ser apresentado novo recurso, atento o princípio vigente da «dupla conforme», contido e descrito no artigo 671º, nº 3 do CPC, já que não existiria outra causa que afastasse a respectiva recorribilidade.

13ª – No entanto, e como já acima referido, a Recorrente entende estar-se, no caso dos presentes autos, perante uma situação enquadrável no âmbito do artigo 672º do CPC da revista excepcional.

14ª – Do que resulta largamente explanado nos autos, existe uma posição divergente da Recorrente, em face das posições assumidas pelas Instâncias e pelo Ministério Público, quanto à aplicabilidade do Regime Jurídico da Habitação Periódica e ao enquadramento do objecto social prosseguido pela Recorrente no citado Regime.

15ª – Importa ver esclarecido qual o âmbito de aplicação do mencionado Regime Jurídico da Habitação Periódica, nomeadamente no Capítulo que o mesmo dedica aos direitos de habitação turística, em face do espírito que subjaz a tal regime.

16ª – Não deve ser esquecida toda a problemática e discussão existente em torno deste tema, e que derivou da introdução relativamente recente na ordem jurídica portuguesa de regime jurídico destinado a regular os direitos reais de habitação periódica.

17ª – A necessidade de introduzir na ordem jurídica portuguesa a regulamentação deste direito real menor derivou em grande parte da dinamização do sector do turismo no país, em larga medida influenciado pela realidade europeia, e pela respectiva legislação.

18ª – A nova existência deste direito real no panorama jurídico português trouxe aos tribunais muitíssimas pendências, decorrentes do desconhecimento, da juventude e da incerteza resultantes deste regime jurídico, por parte maioritariamente dos particulares consumidores.

19ª – Ainda recentemente, os tribunais superiores se vêem chamados a pronunciar-se acerca de questões emergentes do Regime Jurídico da Habitação Periódica, acrescendo, inclusivamente, que a última alteração introduzida no regime legal mencionado data do recente ano de 2011.

20ª – Daqui decorre necessariamente a conclusão de que esta não é, de todo, uma matéria cuja aplicação está já estabilizada na ordem jurídica nacional, continuando a suscitar questões de diversa natureza, mais, quando se está perante uma questão não enquadrável no escopo e no espírito do Regime Jurídico da Habitação Periódica.

21ª – Entende a Recorrente que a sua actividade não pode caber no âmbito de aplicação deste regime legal desde logo, e sem necessidade de maiores considerações, porque delimitada pelo respectivo objecto social, do qual não se retira, nem pode retirar, que a Recorrente se dedique a qualquer actividade decorrente de ou conexa com direitos de habitação turística.

22ª – A Recorrente é uma sociedade anónima, tendo por objecto social a emissão, comercialização e gestão de cartões de desconto em estabelecimentos comerciais, hoteleiros e similares, bem como a gestão e exploração de estabelecimentos desta natureza e organização de férias organizadas.

23ª – Ora, a Recorrente entende que apenas poderá haver uma subsunção da respectiva actividade ao regime previsto

no artigo 45º do Regime Jurídico da Habitação Periódica por mero lapso, talvez justificadamente decorrente da terminologia utilizada.

24ª – Entende a Recorrente, no que respeita à aplicabilidade do Regime Jurídico da Habitação Periódica à actividade por si desenvolvida, que apenas este Venerando Tribunal poderá definitivamente esclarecer o escopo de aplicação do mencionado regime legal, devendo em consequência ser o presente recurso de revista excepcional de revista admitido, por se encontrarem preenchidos ambos os requisitos constantes das alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 672º do CPC acima transcrito.

25ª – Não só entende a Recorrente que está aqui em causa uma questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, se mostra claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, como também tal questão se revela como tendo interesses de particular relevância social.

26ª – Também no que respeita à consideração de que as cláusulas contratuais gerais insertas nos contratos cujos modelos são utilizados pela Recorrente são nulas por violarem o princípio geral da boa-fé, mostrou-se ao longo dos autos haver divergências constantes e profundas entre as partes e as Instâncias.

27ª – Entende a Recorrente que a verificação da conformidade das cláusulas contratuais gerais com a legislação que as regula, nomeadamente com os princípios que devem reger a respectiva formação e conformação, é, sem dúvida alguma, uma questão de particular e especial relevância social.

28ª – À semelhança do que já se disse acerca da apreciação da aplicabilidade do Regime Jurídico da Habitação Periódica ao

caso em apreço, também todas as questões relativas à formação e aplicação de cláusulas contratuais gerais se mostram de especial relevância social.

29ª – Tanto mais que, estando-se no âmbito de uma acção inibitória, que visa proteger interesses colectivos e difusos, deve entender-se que a respectiva decisão é de interesse quase universal para a sociedade portuguesa.

30ª – A especial protecção que o regime das cláusulas contratuais gerais confere ao cidadão particular, que se vê confrontado com a inevitabilidade de ter forçosamente de contratar com entidades que assumem posição prevalente face a si e que fazem inserir nos formulários que utilizam cláusulas previamente redigidas, quanto às quais não pode propor ou fazer alterações, sob pena de ver a possibilidade de contratar efectivamente arredada.

31ª – A cláusula cuja nulidade se suscitou em sede de 1ª instância não é, no entender da Recorrente, nula, não violando o princípio da boa-fé nem o dever de informação, conforme decidido nas duas instâncias anteriores à presente.

32ª – Porque a determinação dos motivos que levariam à nulidade da cláusula mencionada não é pacífica, e porque a matéria em si em discussão assume particular relevância social, a Recorrente vem requerer ao Venerando Supremo Tribunal de Justiça que, também quanto a esta questão, admita o presente recurso de revista excepcional, enquadrando-a no regime previsto na alínea b) do nº1 do artigo 672º do CPC.

33ª – Como já acima se referiu, entende a Recorrente que o regime legal previsto no Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações que lhe foram subsequentemente

introduzidas pelos Decretos-Lei 180/99, de 22 de Maio, 22/2002, de 31 de Janeiro, 76-A/2006, de 29 de Março, 116/2008, de 4 de Julho e 37/2011, de 10 de Março, normalmente denominado de Regime Jurídico da Habitação Periódica, não lhe é aplicável, por não ser a respectiva actividade, como delimitada no seu objecto social, enquadrável no âmbito do mencionado diploma legal.

34ª – O Regime Jurídico da Habitação Periódica destina-se a regular a constituição de direitos de habitação periódica, sejam eles reais ou obrigacionais, assim como de habitação turística, e ainda a sua duração, transmissão, modo de funcionamento, direitos e deveres atribuídos às partes que venham a celebrar contratos no respectivo âmbito.

35ª – Estará sempre em causa, no âmbito do mencionado, regime a constituição ou aquisição de produtos ou direitos de longa duração.

36ª – Seja qual for a redacção da disposição legal transcrita a que se atenda, considerando as alterações que lhe foram introduzidas, a última das quais já após instauração da acção inibitória na qual se originaram os presentes autos, sempre será de considerar não ser a mesma aplicável à actividade prosseguida pela Recorrente, nem tão pouco à situação descrita nos autos.

37ª – A Recorrente, como acima já mencionado, apenas pode entender que se faça estender a aplicação do regime legal descrito à respectiva actividade por lapso decorrente da similitude dos termos usados entre a redacção legal e a redacção dada à descrição do seu objecto social.

38ª – A actividade da Recorrente nada tem a ver com a constituição, manutenção ou transmissão de direitos de habitação.

39ª – Do que o Regime Jurídico da Habitação Periódica trata é de toda a regulamentação relativa a Direitos Reais de Habitação Periódica ou Direitos de Habitação Turística.

40ª – Na integração de ambos os conceitos em causa, cujos institutos são regulados pela legislação identificada, não pode afastar-se a necessidade de se estar em face de direitos de habitação, sejam eles direitos reais de habitação periódica, sejam direitos de habitação turística.

41ª – Exige-se na construção dos dois conceitos em causa a estabilidade e duração da relação jurídica a instituir e manter.

42ª – E se a redacção do artigo 45º do Regime Jurídico da Habitação Periódica, na versão que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 180/99, de 22 de Maio, vigente à data da instauração dos presentes autos, se revelava menos elaborada e desenvolvida, o mesmo não se pode dizer da versão deste artigo introduzida pelo Decreto-Lei 37/2011, de 10 de Março.

43ª – O que se revela em ambas as redacções do artigo é que terá sempre de se estar perante direitos de habitação, tal como identificados pelo artigo em causa.

44ª – É no mesmo sentido, aliás, que se pronuncia o Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão proferido, ao fundamentar a respectiva decisão, apesar de, incompreensivelmente, concluir em sentido inverso, concluindo pela aplicabilidade deste regime à actividade desenvolvida pela Recorrente.

45ª – Não vê a Recorrente como possa ser essa a conclusão do que anteriormente se afirmara. É a própria Relação que faz apelo ao conceito de direito real de habitação

periódica, do qual deriva o conceito de habitação turística.

46^a – Considerando todo o espírito que preside à legislação em análise, entende a Recorrente que não pode, de todo, ser afastado o princípio que está na génese da sua formação – a existência de vínculos duradouros relativos a um determinado empreendimento ou imóvel, relativamente a um determinado período no ano.

47^a – Do que o artigo 45º do Regime Jurídico da Habitação Periódica trata é, no âmbito dos direitos de habitação turística, do estabelecimento de relações com o mesmo tipo de natureza e características. Ainda que a forma de o cliente/particular/cliente aceder a eles seja através de cartões ou clubes. Mas tem sempre de se verificar a existência de vínculos relativos a um determinado imóvel ou empreendimento no qual se faça o alojamento.

48^a – Nem pode ser outra a conclusão que se retira da leitura da alínea b) do nº 2 do artigo 45º, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei 37/2011, de 10 de Março, que tem sempre a sua aplicação limitada pela figura do direito de habitação turística, conforme nele expressamente mencionado por referência ao nº 1 do mesmo artigo.

49^a – Reforce-se que a redacção do nº 1 do artigo 45º, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei 37/2011, de 10 de Março, enquadra e delimita a figura do direito de habitação turística como sendo: (i) – Os direitos de habitação em empreendimentos turísticos por períodos de tempo limitados em cada ano e que não constituam direitos reais de habitação periódica; (ii) – Os contratos pelos quais, directa ou indirectamente, mediante um pagamento antecipado completado ou não

por prestações periódicas, se prometa ou se transmitam direitos de habitação turística.

50^a – Na integração dos conceitos constantes do nº 2 daquele artigo não pode deixar-se de atender ao disposto no nº 1, no sentido de ser nele que se encontra a determinação do que se deva entender por direito de habitação turística.

51^a – Veja-se como a alínea a) do citado nº 1 faz a delimitação do conceito pela negativa (*que não constituam direitos reais de habitação periódica*) daqui decorrendo necessariamente a similitude de conceitos entre a habitação turística e a habitação periódica, diferenciadas pela existência de direito real associado ou não.

52^a – Confrontando-se o objecto social da Recorrente com o regime legal em análise, entende a Recorrente que sempre será de afastar a aplicação da legislação em causa à sua actividade.

53^a – Não se vê como no objecto social que configura a actividade que a Recorrente desenvolve e explora (emissão, comercialização e gestão de cartões de desconto em estabelecimentos comerciais, hoteleiros e similares, bem como a gestão e exploração de estabelecimentos desta natureza; e organização de férias organizadas) possa caber o conceito de direito de habitação turística, pois que não existe qualquer vinculação a nenhum empreendimento ou imóvel em concreto, determinável.

54^a – Considerando que não é aplicável à actividade desenvolvida pela Recorrente a disciplina constante do Regime Jurídico da Habitação Periódica, forçoso será concluir também que a Recorrente não violou o disposto no artigo 48º do mesmo regime.

55^a – Semelhante conclusão deve decorrer da própria fundamentação

do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, quando afirma: “Os elementos em causa reportam-se no que aqui releva, à identificação do empreendimento e indicação da sua localização, classificação provisória ou definitiva do empreendimento”.

56ª – E ainda, “Os clientes não têm qualquer conhecimento sobre quais são as unidades hoteleiras que possam oferecer as regalias dos preços especiais”.

57ª – É o próprio Acórdão recorrido que, indirectamente, afasta a aplicabilidade do Regime Jurídico da Habitação Periódica à actividade desenvolvida pela Recorrente, já que, não havendo qualquer vinculação estável dos “clientes” a um determinado empreendimento hoteleiro, através da celebração do contrato com a Recorrente, não incidirá sobre esta qualquer dever de informação quanto às respectivas características, como enunciadas pela lei.

58ª – Mas ainda que assim não se entendesse, o que não se admite, sempre haveria que levar em linha de conta o momento em que a acção inibitória que deu origem aos presentes autos foi proposta, e a formulação legal vigente à data.

59ª – Aquando do pedido apresentado pelo Ministério Público, vigorava a versão do artigo 45º do Regime Jurídico da Habitação Periódica na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto, não tendo as alterações subsequentes, introduzidas a este diploma, trazido qualquer novidade ao respectivo conteúdo, que não a já mencionada redacção introduzida em 2011.

60ª – Para uma mais correcta apreciação da posição do Ministério Público haverá que apreciar o conteúdo das cláusulas cuja nulidade invocou em face da redacção

dada ao artigo 45º daquele diploma legal, na redacção vigente no ano de 2010.

61ª – Como decorre da redacção do citado artigo, não poderá deixar-se de considerar que, mesmo à luz desta disposição legal vigente no ano de 2010, não será aplicável à Recorrente e à actividade por si desenvolvida a respectiva disciplina.

62ª – No entanto, caso venha a entender este Venerando Tribunal que deverá ser aplicável à actividade da Recorrente a disciplina da Habitação Periódica, o que, repete-se, não se concede, sempre deverá esta douta instância, considera a Recorrente, determinar a aplicabilidade no tempo das alterações legislativas em causa.

63ª – Entende a Recorrente que não lhe deverá ser aplicado o regime constante do Regime Jurídico da Habitação Periódica, pelo que, com esse fundamento, não poderá deixar de se considerar não ter sido por si violado qualquer direito de informação dos clientes que livre e esclarecidamente consigo contratam.

64ª – O Ministério Público, ao intentar a acção inibitória que esteve na origem dos presentes autos, veio requerer que fossem declaradas nulas as cláusulas acima já identificadas insertas nos contratos celebrados pela Recorrente com os seus clientes, nomeadamente as constantes do nº 3.1., 3.2., 3.3. e 3.4. dos contratos «BB», «CC», «DD» e «EE» pelo facto de serem contrárias ao princípio da boa-fé, e por isso, proibidas.

65ª – É entendimento da Recorrente que não foi por si violado o princípio da boa-fé na celebração dos mencionados contratos com os seus clientes, não tendo sido omitido ou preterido o seu dever de prestar informação verdadeira e completa à sua contraparte, nem se tendo verificado

qualquer desequilíbrio desproporcionado entre ambas.

66ª – Não existe qualquer dúvida de que a Recorrente se apresente como *predisponente* e os respectivos clientes como *aderentes* nos contratos com eles celebrados, dos mesmos constando cláusulas que se tipificam como contratuais gerais, já que subtraídas à negociação concreta dos seus termos, por se mostrarem as mesmas previamente redigidas e estruturadas pela primeira.

67ª – O espírito subjacente ao mencionado Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais prende-se fortemente com a defesa da parte que tipicamente se apresenta como a mais fraca, o consumidor, perante a parte que “tudo pode”, e que estabelece cláusulas contratuais inalteráveis que eventualmente apenas a beneficiam, assim se verificando um desequilíbrio entre ambas.

68ª – O princípio basilar que o regime estabelece para a conformação das cláusulas contratuais gerais é o da boa-fé, cominando o artigo 15º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais com nulidade as cláusulas contratuais gerais que se mostrem contrárias àquele princípio.

69ª – Deste princípio derivam variados direitos e deveres, funcionando o artigo 16º do mencionado regime como conformador do respectivo conteúdo.

70ª – Aquilo que o Tribunal da Relação de Lisboa vem fazer, à semelhança do que já tinha sido decidido pela 1ª instância, é considerar que as indicadas cláusulas constantes dos formulários previamente elaborados que a Recorrente utiliza na contratação com os seus clientes são abusivas, por, a despeito da exigência da boa-fé, darem origem a um desequilíbrio

inaceitável e inadmissível entre as partes, assim se prejudicando o consumidor, por não ter sido respeitado o dever de informação que recai sobre o *predisponente* em face do *aderente*. Donde resultaria, necessariamente, a nulidade das mencionadas cláusulas.

71ª – Entende o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão proferido, que “*existe um deficit de informação e de comunicação, o que desemboca num desequilíbrio entre as partes contratantes, ou seja, o destinatário não pode interferir na medida em que é confrontado com situações pré-definidas, sem poder manifestar a sua discordância em negociação prévia*”.

72ª – Acrescentando ainda:

“*Com efeito, tal como as presentes cláusulas se encontram inseridas nos contratos, os consumidores não terão um total esclarecimento sobre o que estão a assinar, ou seja, sobre o que lhes está a ser vendido*”.

73ª – Não obstante se entender que no Acórdão proferido se analisa o respeito pelo direito à informação dos clientes da Recorrente à luz da disciplina legal constante do Regime Jurídico da Habitação Periódica, o facto de se defender que tal regime não é aplicável à actividade desenvolvida pela Recorrente não invalida que não impenda sobre a mesma um tal dever.

74ª – Deve, contudo, ser este dever analisado à luz de diverso regime jurídico, o que só por si impõe a reformulação da decisão proferida e a substituição por outra que seja proferida em conformidade com a legislação aplicável.

75ª – Analisando a questão à luz do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, determina o respectivo artigo 6º que sobre a parte que recorra à utilização de cláusulas contratuais gerais impende

o dever de informar conveniente e suficientemente a outra parte, prestando-lhe todos os esclarecimentos que a mesma lhe razoavelmente venha a solicitar.

76^a – A Recorrente não deixa de informar adequadamente os seus clientes dos direitos que lhes assistem ao abrigo do contrato celebrado, nomeadamente quanto aos termos das cláusulas em apreço.

77^a – A informação transmitida pelas cláusulas cuja nulidade se invocou é completa, clara e esclarecedora das condições em que os *aderentes* podem aceder às regalias que os contratos lhes conferem.

78^a – O que não consta, como refere o Acórdão proferido, nem pode constar, pelas razões aduzidas a propósito da aplicabilidade do Regime Jurídico da Habitação Periódica, é a identificação dos empreendimentos turísticos a que os aderentes poderão ter acesso por via das regalias mencionadas. Nem sequer é esse, acrescente-se, o aspecto central das cláusulas em apreço.

79^a – Os *aderentes*, ao celebrarem com a Recorrente os contratos nos quais se contam as cláusulas em causa, estão suficientemente informados das condições aplicáveis ao alojamento descrito nas mesmas, apresentando-se este aspecto como o escopo principal das ditas cláusulas, e sendo a determinação das unidades hoteleiras às quais tais condições serão aplicáveis um aspecto acessório ou secundário.

80^a – Não se verifica qualquer desequilíbrio entre as partes contratantes, ao invés do que se defende no Acórdão recorrido. Nem tão pouco esse desequilíbrio se verificaria em detrimento do cliente consumidor.

81^a – O facto de não ser feito um elenco exaustivo das unidades hoteleiras

com as quais a Recorrente tenha negociado quaisquer condições vantajosas que ponha ao serviço dos seus clientes apenas funciona em benefício dos próprios clientes.

82^a – Não existindo um *numerus clausus* nem sendo determinada qualquer espécie de classificação quanto às unidades hoteleiras que poderiam compor o lote de entidades com as quais a Recorrente celebrasse protocolos, dos quais decorressem vantagens para os consumidores, a Recorrente sempre poderá apresentar a melhor oferta.

83^a – Não cabe, para além do mais, no espírito do contrato celebrado a exaustiva enumeração das unidades hoteleiras que integrem o elenco de entidades com as quais a Recorrente estabeleça parcerias. Nem caberia no âmbito de todos os outros contratos da mesma espécie e natureza que a Recorrente ou qualquer outra entidade que desenvolva actividade similar à sua celebrasse com clientes consumidores *aderentes*.

84^a – Tem razão o Acórdão proferido e ora recorrido quando afirma que, na aplicação do princípio da boa-fé, devem presidir, entre outros, os objectivos que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado. Nesse mesmo sentido vai a previsão do artigo 16º, alínea b) do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais.

85^a – O que as partes, *proponente e aderente*, nos contratos em causa nos autos pretendem é estipular entre ambas o acesso, pelo *aderente*, ao alojamento em unidades hoteleiras em condições preferenciais, que a *proponente* se compromete a disponibilizar-lhe.

86^a – O escopo da previsão das cláusulas em apreço não é determinar

que tais condições sejam aplicáveis no alojamento em unidade hoteleira A ou B. É, antes, estabelecer segura e estavelmente as condições de alojamento disponibilizadas. É este o espírito que subjaz à estipulação constante das cláusulas em apreço e é à sua luz que deve ser analisado o conteúdo respectivo.

87^a – As partes apenas podem ter pretendido que, através da Recorrente, os respectivos clientes tivessem acesso a condições preferenciais e vantajosas no alojamento em unidades hoteleiras a determinar. Pois que, decorrente até do objecto social daquela e da actividade por si desenvolvida, não poderia ser expectável que a mesma pudesse garantir a manutenção de unidades hoteleiras específicas no rol daquelas com as quais celebre protocolos ou acordos.

88^a – Não poderá deixar-se de reputar como suficiente a informação, clara e esclarecedoramente, transmitida aos clientes *aderentes*, considerando o fim que as partes visaram atingir com a celebração do contrato, e que decorre da leitura e interpretação conjugada de todo o clausulado.

89^a – Vem também o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão proferido, entender que a forma de comunicação estabelecida na Cláusula 3.4. dos contratos em apreço é abusiva e violadora do princípio da boa-fé, por considerar que a mesma fica ao livre arbítrio da Recorrente.

90^a – Da leitura da dita cláusula, na redacção que lhe é dada em todos os contratos “Gold” supra identificados, não vê a Recorrente como possa ser considerado que a comunicação das unidades hoteleiras que concretamente venham a integrar o

conjunto com as quais a Recorrente possa estabelecer protocolos ou acordos, seja deixada ao livre arbítrio da mesma.

91^a – Nem que da respectiva redacção decorra uma menor protecção da posição jurídica dos seus clientes consumidores.

92^a – Aquilo que se estabelece é que a Recorrente comunicará com os seus clientes através de e – mail, de publicação em jornal nacional de grande tiragem, ou por outra forma que considere adequada, não vendo a Recorrente como possa ser violado o princípio da boa-fé, ou deixada fragilizada a posição dos *aderentes*.

93^a – A comunicação através de e – mail terá de ser feita, necessariamente, através de endereço de correio electrónico que o cliente forneça à Recorrente – não se vê de que outra forma poderia ter a mesma conhecimento deste endereço se não lhe fosse directamente transmitido pelo seu cliente. Assim, sempre será de entender que a via em causa será totalmente apta a fazer chegar a mensagem ao conhecimento do seu destinatário.

94^a – A opção de publicação de anúncio em jornal de grande tiragem a nível nacional não pode igualmente ser considerada como inapta a fazer transmitir a mensagem aos clientes da Recorrente. Por maioria de razão, por confronto com a decisão proferida no Acórdão de que se recorre, na parte em que determina a publicação da parte decisória da sentença proferida em jornais diários com maior tiragem a nível nacional.

95^a – Sendo este um meio judicialmente considerado apto a dar publicidade à decisão ora recorrida, sempre terá de se entender como bastante para que a Recorrente faça transmitir aos seus clientes a informação em causa.

96^a – A publicitação em meio que a Recorrente entenda como adequado sempre terá de ser compreendida, no espírito do contrato em análise, como aquela que, dos dados de informação transmitidos pelos clientes consumidores à Recorrente se mostrem como elementos aptos a consigo comunicar.

97^a – Resulta claro que as cláusulas contratuais em análise não padecem do vício de nulidade que lhe é apontado, não violando quaisquer princípios legais, nomeadamente o da boa-fé, nem colocando os consumidores em posição de especial fragilidade em face da Recorrente.

98^a – Por último, sempre se dirá que em nenhum momento foi devidamente comprovado qualquer incumprimento por parte da Recorrente do dever de informação à luz do regime das cláusulas contratuais gerais. Nem poderia ser já que é indiscutível que a Recorrente sempre prestou todas as informações que está legalmente obrigada estando por isso certa os contratantes estão perfeitamente cientes das cláusulas que aceitam com a assinatura do presente contrato.

99^a – Assim sendo e sem conceder, ainda que se pudesse concluir que o Regime Jurídico da Habitação Periódica, à luz da nova redacção, se aplica aos contratos celebrados pela aqui Recorrente, sempre se dirá, salvo melhor opinião, que tal alteração legislativa não pode ferir de nulidade as cláusulas em causa.

100^a – Face ao exposto, sempre se deverá considerar que, aquando da celebração dos contratos, estávamos perante cláusulas totalmente conformes à Lei em vigor, o que não foi devidamente apreciado pelo Tribunal a *quo*.

101^a – Neste sentido, a declaração de nulidade, na presente data, de cláusulas contidas nos contratos em causa, implicaria, por razões óbvias, a retroactividade dos seus efeitos à data da celebração do contrato, o que só por si violaria o princípio segurança jurídica e protecção da confiança.

102^a – Sempre haverá que acrescentar que entende a Recorrente que a apreciação, em concreto, da proibição em que a Recorrente foi condenada de utilização das cláusulas em apreço se mostra já desprovida de efeito útil.

103^a – A Recorrente não faz actualmente incluir nos contratos que apresenta aos seus clientes as cláusulas em causa, com a redacção que lhes foi assinalada.

104^a – O certo é que os pontos 3.1., 3.2., 3.3. e 3.4. estão integralmente substituídos por cláusula com a seguinte redacção:

Cláusula 3^a – Alojamento em unidades hoteleiras, em Portugal ou em qualquer outro país do mundo, com preços especiais que se encontram permanentemente disponíveis no sítio electrónico (www.interpass.pt) onde também se encontram, detalhadamente, todas as características das referidas unidades hoteleiras.

105^a – A redacção dada às cláusulas cuja nulidade se invocou foi concebida e concretizada considerando o teor da redacção legal vigente à data de apresentação da acção inibitória que está na origem dos presentes autos, pelo que não deverá ser afastada a eventual relevância da aplicabilidade da lei no tempo.

106^a – A disponibilização da informação relativa às condições de acesso aos empreendimentos hoteleiros que em cada momento a Recorrente logrou negociar com

os mesmos através do seu sítio na internet, torna aquela informação consultável em tempo real pelos seus clientes.

107^a – Fica afastado qualquer obstáculo que os clientes da Recorrente pudessem sentir em obter informação quanto aos empreendimentos em causa, na medida em que a dita informação está constantemente disponível e actualizada, podendo ser consultada em qualquer circunstância ou local, não obstante a Recorrente entender, como acima descrito, que não impende sobre si qualquer obrigação desta natureza que decorra do Regime Jurídico da Habitação Periódica, como decide o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão proferido.

108^a – Sempre haverá que ponderar a necessidade de virem as instâncias pronunciar-se sobre a questão suscitada pelo Ministério Público.

109^a – Fazer constar da decisão proferida a proibição de utilização das cláusulas cuja nulidade se invocou, na redacção que lhes está largamente assinalada nos autos, torna-se, de certa forma, anacrónico.

110^a – A Recorrente não faz já actualmente uso das cláusulas em causa com outra redacção que não a transcrita, pelo que vir agora proferir uma decisão de proibição no sentido em que o foi no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa representa uma tomada de decisão que se mostra inútil e desprovida de sentido útil, porque já desajustada da realidade.

111^a – Nunca se poderá considerar nula a cláusula em apreço com a redacção que lhe está actualmente dada. Aliás, e como também acima referido, entende a Recorrente que nunca se poderia ter considerado tal cláusula nula, em nenhuma circunstância, do que não se prescinde.

112^a – Em face das exigências decorrentes do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais acima identificado, sempre deverá considerar-se que aos *aderentes* é transmitida clara e suficientemente a informação relativa ao acesso ao conhecimento quanto aos estabelecimentos hoteleiros de que podem usufruir por via do contrato celebrado com a Recorrente. Pelo que, também por esta via, nunca a cláusula em causa poderia ser declarada nula.

113^a – Entende a Recorrente que sempre será de considerar que a decisão proferida carece de sentido e utilidade prática, sendo a mesma extemporânea em face da redacção ora introduzida na cláusula cuja nulidade se suscitou.

O Ministério Público contra – alegou, sustentando a inadmissibilidade do recurso de revista excepcional ou, caso assim se não entenda, defendendo a confirmação do acórdão recorrido.

A “Formação”, depois de considerar que o que aqui está em causa é, no essencial, na óptica da recorrente, a caracterização da sua actividade que não deve ser inserida na disciplina do Regime Jurídico da Habitação Periódica, sendo, outrossim, certo que dos contratos em causa não constam cláusulas geradoras de desproporção ou de fragilidade na posição das partes, considerou verificada a relevância jurídica e social destas questões, admitindo a revista excepcional [vide alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 672.º].

Foram colhidos os vistos legais.

2.

Atendendo à delimitação do objecto do recurso em razão das alegações de recurso da recorrente, conforme resulta do teor das

disposições conjugadas dos artigos 608º, nº 2, 635º e 639º do CPC (anteriores artigos 660º, nº 2, 664º, 684º e 685º-A, todos do CPC), e à decisão da “Formação”, as questões a dirimir consistem em saber:

a) – Se a actividade da Recorrente deve ou não ser enquadrada no âmbito de aplicação do Regime Jurídico da Habitação Periódica, sendo, em consequência, aplicável ou não o Decreto – Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações entretanto introduzidas ao artigo 45º desse diploma pelo Decreto – Lei nº 180/99, de 22 de maio e Decreto – Lei nº 37/2011, de 10 de Março.

b) – Se as referidas cláusulas põem ou não em causa o princípio da boa – fé e o dever de informação.

3.

As instâncias consideraram provados os seguintes factos:

1º – A Ré encontra-se matriculada sob o nº ... e com a sua constituição inscrita na 4ª Secção da Conservatória do Registo Comercial de Lisboa.

2º – A Ré tem por objecto social a «emissão, comercialização e gestão de cartões de desconto em estabelecimentos comerciais, hoteleiros e similares, bem como a gestão e exploração de estabelecimentos dessa natureza. Organização de férias organizadas».

3º – No exercício de tal actividade, a Ré procede à celebração dos contratos que designa de «CONTRATO BB», «CONTRATO CC», «CONTRATO DD» e «CONTRATO EE», constantes de fls. 19 a 26.

4º – No exercício da sua actividade, a Ré propõe aos interessados que com ela pretendam contratar os referidos clausulados

previamente elaborados, constantes de fls. 19 a 26.

5º – Acompanhados de uma folha para ser preenchida com espaços reservados à identificação do(s) titular(es), valor e condições de pagamento (constantes de fls. 19 a 26).

6º – Na parte final desses clausulados existe um espaço reservado às assinaturas do representante da Ré e do cliente, precedido dos dizeres: «O titular do contrato declara que tomou conhecimento prévio e pleno de todas as cláusulas e aceita o seu conteúdo, tendo-lhe sido entregue uma cópia deste instrumento contratual» (constantes de fls. 19 a 26).

7º – E a assinatura do cliente é precedida dos dizeres: «O titular tomou conhecimento e declara aceitar o presente contrato» (constantes de fls. 19 a 26).

8º – As cláusulas n.ºs 3.1, 3.2 e 3.3 dos referidos formulários, que estabelecem a contrapartida pelo pagamento, por parte do aderente, do preço do cartão de férias, têm a seguinte redacção:

“3 – REGALIAS DO CONTRATO EE

3.1 – Alojamento em unidades hoteleiras anualmente indicadas pelo FF, em Portugal ou qualquer outro país do mundo, com preços especiais.

3.2 – Alojamento em estúdio e apartamentos T 1, com capacidade, respectivamente, para 2 ou 4 pessoas, em unidades hoteleiras anualmente indicadas pelo FF, cuja diária não poderá ser superior a 20% do ordenado mínimo nacional.

3.3 – Alojamento grátis, em estúdio ou apartamentos T.1, com capacidade, respectivamente, para 2 ou 4 pessoas, durante 2 anos, uma vez por ano, numa

das unidades hoteleiras a indicar pelo FF, pelo período de 7 dias, não fraccionáveis e sujeitas a disponibilidade do alojamento. O período de utilização da estadia grátis é compreendido entre 1 de Janeiro e 31 de Março e 1 de Novembro e 31 de Dezembro, dele se exceptuando, porém, as épocas festivas do Fim de Ano, Carnaval e Páscoa”.

9º – Estabelece, ainda, a cláusula 3.4 dos formulários dos contratos BB, CC e DD:

3.4 – A informação sobre as unidades hoteleiras FF, seu custo de utilização e datas para efectivação de reservas, será comunicado anualmente a todos os titulares por e – mail ou anúncios publicados num jornal de grande tiragem, até 31 de Dezembro do ano anterior”.

10º – Do mesmo modo, dita a cláusula 3.4 do formulário do contrato EE:

“3.4 – A informação sobre as unidades hoteleiras FF, seu custo de utilização e datas para efectivação de reservas, será comunicado anualmente pelo FF a todos os titulares, por e – mail ou qualquer outro meio, que considere adequado”.

4.

4.1.

Se a actividade da Recorrente deve ou não ser enquadrada no âmbito de aplicação do Regime Jurídico da Habitação Periódica, sendo, em consequência, aplicável o Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei nº 180/99, de 22 de Maio e pelo Decreto-Lei nº 37/2011, de 10 de Março.

Entende a Recorrente que a sua actividade se não encontra abrangida pelo Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações posteriormente nele

introduzidas pelos diplomas atrás referidos, pois que, apesar de compreender um objecto social mais amplo, a sua actividade limita-se a uma intervenção muito específica, que consiste na comercialização de um cartão que permite aos aderentes beneficiar de ofertas e descontos em prestações de serviços em áreas diversas, não disponibilizando aos aderentes do cartão, quaisquer direitos de habitação turística, nem produtos ou serviços.

Entendimento diferente foi o sufragado pelas instâncias e, a nosso ver, com razão.

O Decreto-Lei 355/81, de 31 de Dezembro, criou um novo direito real – o direito de habitação periódica – que, na prática, equivale a um regime de propriedade fraccionada, já não por segmentos horizontais, mas por quotas – partes temporais, garantindo melhor os investidores, que, à data, através da modalidade vulgarizada pelos títulos de férias, tinham apenas acesso à protecção legal precária de tipo obrigacionista.

Entretanto, o Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto, veio proceder à revisão deste diploma. “De um lado, por opções de política do turismo que aconselham a adopção de medidas destinadas a melhorar a qualidade e o funcionamento dos empreendimentos turísticos no regime do direito real de habitação periódica. Depois, porque se entendeu ser conveniente reforçar o grau de protecção dos adquirentes de direitos reais de habitação periódica, atendendo a que os respectivos contratos exigem, na maior parte das vezes, uma tutela particular da parte mais fraca”.

Mas o legislador não se ficou por aqui. O novo diploma apresenta-se no final como largamente inovador.

Assim, “estabeleceu-se, finalmente um regime básico para todos os direitos que, embora não tendo a natureza de direito real, preenchem um fim análogo ao do direito real de habitação periódica, consagrando-se, assim, um conjunto de regras destinado a assegurar um mínimo de protecção aos que adquiram tais direitos^[1]”.

Deste modo, enquanto o capítulo I do Decreto-Lei 275/93 trata do direito real de habitação periódica, o capítulo II trata dos direitos de habitação turística, ou seja, enquanto o Decreto-Lei 355/81 consagrava exclusivamente o direito real de habitação, este diploma passa a consagrar o direito real de habitação periódica a par do direito de habitação turística.

E, se dúvidas houvesse, o artigo 60º, embora regulando quanto à aplicação da lei no tempo, distingue entre os direitos reais de habitação periódica, e os direitos obrigacionais de habitação turística. Sendo os primeiros direitos reais menores, são os segundos direitos pessoais de gozo, mas fazendo ambos parte do mesmo diploma.

Com as alterações entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei nº 180/99, de 22 de Maio, o Decreto-lei nº 275/93, de 5 de Agosto, por força de algumas evoluções registadas no mercado, com a consolidação da utilização de determinados contratos referentes a cartões e clubes de férias, veio de forma inequívoca garantir a submissão dessas realidades ao regime aplicável aos direitos de habitação turística, adaptando os requisitos actualmente existentes a essa nova realidade.

Assim, o seu artigo 45º, relativo ao regime dos direitos de habitação turística, passou a estabelecer:

1 – “Os direitos de habitação em empreendimentos turísticos e casas e

empreendimentos de turismo no espaço rural por períodos de tempo limitados em cada ano e que não constituam direitos reais de habitação periódica, bem como os contratos pelos quais, directa ou indirectamente, mediante pagamento antecipado completado ou não por prestações periódicas, se transmite ou prometa transmitir direitos de habitação turística, ficam imperativamente sujeitos à disposição deste capítulo”.

2 – Os direitos de habitação turística a que se refere o número anterior incluem, nomeadamente, os direitos obrigacionais constituídos no âmbito de contratos referentes a cartões e clubes de férias, cartões turísticos ou outros de natureza semelhante”.

O artigo 60º, depois de regular quanto à aplicação no tempo e no espaço, determina que “todos os contratos relativos a direitos reais de habitação periódica e a direitos de habitação turística em empreendimentos turísticos sítios em Portugal, por períodos de tempo limitados em cada ano, ficam sujeitos às disposições do presente diploma, qualquer que seja o lugar e a forma da sua celebração” (nº 7).

Seguidamente, a disciplina do Decreto-Lei nº 37/2011, de 10 de Março, nada alterou, antes pelo contrário, pois lê-se, desde logo no seu preâmbulo, que «mantém-se como soluções importantes para o reforço da protecção dos consumidores, bem como para a dinamização da actividade de oferta destes produtos de férias, a aplicação do regime previsto no decreto-lei aos denominados produtos de férias de longa duração, qualificados como direitos de habitação turística no direito português, nos quais se incluem os cartões de desconto, de férias ou de outras vantagens».

E assim, o artigo 45º, com a mesma epígrafe (regime jurídico dos direitos de habitação turística), e inserido no mesmo capítulo II (que trata dos direitos de habitação turística), explicitando a norma na redacção anterior, passou a estabelecer:

1 – “Ficam sujeitos às disposições do presente capítulo:

a) – Os direitos de habitação em empreendimentos turísticos por períodos de tempo limitados em cada ano e que não constituam direitos reais de habitação periódica;

b) – Os contratos pelos quais, directa ou indirectamente, mediante um pagamento antecipado completado ou não por prestações periódicas, se prometa ou se transmitam direitos de habitação turística.

2 – Os direitos de habitação turística a que se refere o número anterior incluem, nomeadamente, os direitos obrigacionais constituídos ao abrigo de:

a) – Contratos de utilização periódica de bens, entendendo-se estes como os contratos de duração superior a um ano, mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito de utilizar um ou mais alojamentos, por mais do que um período de ocupação, que não configure um direito real de habitação periódica;

b) – Contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração, entendendo-se estes como os contratos de duração superior a um ano, mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito a beneficiar de descontos ou de outras vantagens a nível de alojamento, por si só ou em combinação com serviços de viagens ou outros, nomeadamente contratos referentes a cartões e clubes de férias, cartões turísticos ou outros de natureza semelhante.

3 – (...).”

A propósito da aplicação no tempo e no espaço, veio também o artigo 60º determinar:

1 – O presente diploma aplica-se aos direitos reais de habitação periódica, ficando ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que este se destina a regular.

(...).

6 – O presente diploma aplica-se aos direitos obrigacionais de habitação turística, constituídos ao abrigo do Decreto-Lei nº 130/89, de 18 de Abril, salvo o disposto no nº 1 do artigo 47º.

Analizando os citados diplomas, torna-se patente que cada um deles distingue entre direitos reais de habitação periódica e direitos obrigacionais de habitação turística, sendo certo que cada um desses diplomas se aplica não só aos direitos reais de habitação como também aos direitos obrigacionais de habitação turística.

In casu, ficou provado que a Ré tem por objecto social a «emissão, comercialização e gestão de cartões de desconto em estabelecimentos comerciais, hoteleiros e similares, bem como a gestão e exploração de estabelecimentos dessa natureza. Organização de férias organizadas».

Significa isto que, atento o preceituado no artigo 45º, se aplica à actividade desempenhada pela recorrente o regime instituído pelo Decreto-Lei 275/93, com as alterações entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei 180/99 e Decreto-Lei 37/2011, independentemente de na prática a Ré exercer uma actividade mais lata ou mais restrita, concluindo-se, deste modo, que os contratos em apreço estão submetidos à disciplina do citado diploma.

4.2.

Se as referidas cláusulas põem ou não em causa o princípio da boa-fé e o dever de informação.

Discorda a recorrente do entendimento perfilhado no acórdão recorrido, no sentido de declarar nulas as cláusulas em apreço, porquanto, em seu entender, as mesmas não contendem com o princípio da boa-fé.

Aliás, acrescenta, sempre teria adoptado comportamentos honestos e leais em relação aos seus clientes, diligenciado sempre no sentido de os manter informados e satisfeitos, nunca tendo pretendido obter, nem obteve de facto, qualquer vantagem através da utilização das mesmas.

Vejamos:

Com a presente acção, pretendeu o Ministério Público que se declarasse nula a cláusula 3ª nos seus n.ºs 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 dos formulários dos contratos: “CONTRATO BB”, “CONTRATO CC”, “CONTRATO DD” e “CONTRATO EE”, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, ou seja, do diploma respeitante às cláusulas contratuais gerais.

Dispõe o artigo 25º deste diploma, com o título de acção inibitória, que as cláusulas contratuais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15º, 16º, 18º, 19º, 21º e 22º, podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares

Ou seja, o legislador consagrou, como forma complementar de tutela do aderente, uma acção inibitória com finalidades preventivas.

Assim, “independentemente da sua inclusão numa concreta relação jurídico – negocial já encetada, as cláusulas contratuais

gerais elaboradas para utilização futura, desde que interditas pela lei, podem, desde logo, ser proibidas por decisão judicial”^[2].

Na verdade, o regime da LCCG é um regime de fiscalização em abstracto que pretende expurgar cláusulas abusivas de formulários a montante de qualquer contrato em concreto, sem ter em atenção se, na prática, a Ré faz, ou tem feito, uma aplicação equilibrada e justa destas cláusulas.

Determina o nº 1 do artigo 1º daquele diploma, tendo em conta as alterações legislativas introduzidas pelo Decreto-Lei nº 249/99, de 7 de Julho e pelo Decreto-Lei nº 322/2001, de 17 de Dezembro, que o regime ali contemplado se aplica às cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar.

Aplicando-se, ainda, nos termos do artigo 2º, às cláusulas inseridas «em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.

Como salientou o acórdão recorrido, a disciplina das cláusulas contratuais gerais (LCCG) impõe a observância de requisitos formais e materiais, conformes com os princípios da boa-fé, da proibição do abuso do direito e da protecção da parte mais fraca, funcionando como guardião da protecção de quem as utiliza como destinatário.

E o afloramento destes princípios estão espelhados nos seus artigos 15º e 16º, onde como princípio geral se consideram proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé, sendo que, na sua aplicação se devem ponderar os valores fundamentais do direito, especialmente, a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas

em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis, bem como ainda, o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado.

No âmbito da acção inibitória, perante os termos do artigo 25º do diploma, podem ser declaradas proibidas por decisão judicial, as cláusulas que tenham a ver com relações entre empresários ou entidades equiparadas ou relações com consumidores finais, nos termos dos artigos 17º a 22º, protegendo-se ainda, como se diz no Ac. do STJ de 19-10-2010, in <http://www.o.tráfico.jurídico.em.si.próprio>, o qual se pretende ver expurgado de cláusulas tidas por iníquas.

Na situação sub judicio, o que está em causa, é aquilatar se as cláusulas em apreço, são ou não nulas, por afrontamento ao princípio da boa-fé, por violação do dever de informação, causador de desequilíbrio desproporcionado.

Ficou já demonstrado que a actividade da ré se encontra abrangida pelo Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações posteriormente introduzidas pelos supra – citados diplomas legais.

No âmbito do Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, alterado pelo Decreto – Lei 180/99, de 22 de Maio, dispunha, à data da propositura da acção, a alínea a) do nº 5 do seu artigo 48º que os contratos de transmissão de direitos de habitação turística, aplicável à actividade dos autos, por força do nº 3 do artigo 45º, devem mencionar os elementos a que se referem as alíneas c), d), g) e p) a t) do nº 2 do artigo 5º.

Já depois da propositura da acção, entrou em vigor o Decreto – Lei 37/2011, de

10 de Março, aplicável aos autos por força do disposto no artigo 60º, nº 6, dispondo o nº 5 do artigo 45º que os contratos de transmissão de direitos de habitação turística devem mencionar os elementos a que se referem as alíneas c), d), g) e p) a t) do nº 2 do artigo 5º.

Os elementos em causa reportam-se no que aqui releva, à identificação do empreendimento e indicação da sua localização, classificação provisória ou definitiva do empreendimento.

Ora, as cláusulas dos autos, cuja nulidade se discute, são, em termos informativos, muito parcas para os contraentes clientes e muito latas para a ré.

A redacção da cláusula 3ª – REGALIAS DO CONTRATO EE – dispõe nos seus pontos 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4, na parte que nos interessa, o seguinte:

3.1 – Alojamento em unidades hoteleiras anualmente indicadas pelo FF.

3.2 – Alojamento em estúdio e apartamentos T 1, com capacidade, respectivamente, para 2 ou 4 pessoas, em unidades hoteleiras anualmente indicadas pelo FF..

3.3 – Alojamento grátis, em estúdio ou apartamentos T 1, numa das unidades hoteleiras a indicar pelo FF.

Dos formulários dos contratos BB, CC e DD:

3.4 – A informação sobre as unidades hoteleiras FF, seu custo de utilização e datas para efectivação de reservas, será comunicado anualmente a todos os titulares por e – mail ou anúncios, publicados num jornal de grande tiragem, até 31 de Dezembro do ano anterior».

3.4 – Do formulário do contrato EE:

A informação sobre as unidades hoteleiras FF, seu custo de utilização e datas

para efectivação de reservas, será comunicado anualmente pelo FF a todos os titulares, por e – mail ou qualquer outro meio, que considere adequado».

Como se verifica, não há, como ajustadamente salientaram as instâncias, um verdadeiro conhecimento sobre a identificação dos empreendimentos abrangidos no contrato, sua localização ou classificação.

“Os clientes não têm qualquer conhecimento sobre quais são as unidades hoteleiras que possam oferecer as regalias dos preços especiais.

Falando-se em unidades hoteleiras em Portugal ou em qualquer outro país do mundo, sem mais, isto tanto pode significar um número reduzido, como uma imensidão de oferta a este nível, ou seja, não há um mínimo de concretização, nem de definição do objecto ou local da oferta, o que nada tem a ver quer com a celebração de novos protocolos, quer com o encerramento de estabelecimentos. O que implica é que com uma tal amplitude da cláusula, nenhum conhecimento se fornece ao cliente”.

De igual modo, deixa-se ao livre arbítrio da ré, a forma de comunicação da informação respeitante às unidades hoteleiras, seu custo de utilização e datas para efectivação de reservas, levando a que o cliente compre, sem saber o que está a negociar, no momento da formalização do contrato.

Ou seja, tal como as presentes cláusulas se encontram inseridas nos contratos, os consumidores não terão um total esclarecimento sobre o que estão a assinar, ou seja, sobre o que lhes está a ser vendido.

Ora, “no caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam,

na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível”, como se determina no artigo 5º da Directiva Comunitária 93/13/CEE, do Conselho de 5/04/1993.

Há aqui, portanto, uma violação do dever de informação, sendo tal dever igualmente previsto nos artigos 3º, alínea c) e 8º, da Lei do Consumidor, porquanto a ré não informa o consumidor de forma clara, objectiva e adequada. Tal faz com que a ré assuma uma posição de superioridade face ao consumidor.

Como atrás se salientou, não importa aqui aquilatar sobre o contentamento dos clientes até à data, relativamente aos serviços prestados pela ré, na medida em que não se está aqui a averiguar sobre casos concretos, mas a analisar princípios disciplinadores da actividade, ou seja, se as cláusulas em termos objectivos e abstractos violam ou não princípios como o da boa-fé. Dito de outro modo, se acaso se encontrarão ou não salvaguardados os direitos dos consumidores, atenta a sua posição de inferioridade perante a massificação dos contratos de adesão, na sociedade actual.

Na situação sub judice, constata-se que, nas cláusulas em causa, há, como realçou o acórdão recorrido, um deficit de informação e de comunicação, o que desemboca num desequilíbrio entre as partes contratantes, ou seja, o destinatário não pode interferir na medida em que é confrontado com situações pré-definidas, sem poder manifestar a sua discordância em negociação prévia.

A ré age, assim, contrariamente às regras da boa – fé, uma vez que as cláusulas criam um manifesto desequilíbrio entre as partes contratuais e em desfavor do consumidor.

Tais cláusulas são proibidas e, consequentemente, nulas (artigos 15º e 12º da LCCG). As instâncias, ao decretarem a sua proibição para o futuro, nenhum reparo merecem por isso.

5.

Concluindo:

I – O regime jurídico da habitação periódica, resultante do regime jurídico constante dos DL n.ºs 275/93 de 5-08; 180/99, de 22-05 e 37/2011, de 10-03, inclui não só os direitos reais de habitação periódica como também os direitos obrigacionais de habitação turística.

II – Enquadra-se no seu âmbito de aplicação a actividade da ré, cujo objecto social é “a emissão e gestão de descontos em estabelecimentos comerciais, hoteleiros e similares, bem como a gestão e exploração de estabelecimentos dessa natureza e organização de férias organizadas”.

III – A finalidade da acção inibitória é a de garantir, preventivamente, uma tutela complementar do aderente, proibindo, para o futuro e independentemente da sua inclusão em contratos singulares, o uso de cláusulas contratuais gerais violadoras do princípio da boa-fé ou que ponham em causa o equilíbrio das prestações.

IV – Nos contractos *FF* para venda de alojamento em unidades hoteleiras – em que as cláusulas, na sua quase totalidade, estão consignadas por escrito – são nulas, por afrontamento do princípio da boa-fé e violação do dever de informação, causador de desequilíbrio desproporcionado, aquelas em que “a informação sobre as unidades hoteleiras, seu custo e datas para efectivação de reservas é comunicado anualmente, por email ou outro meio que aquela considere adequado”, sem conter um mínimo de concretização das unidades hoteleiras que serão objecto da oferta do proponente, ou da sua localização.

6.

Nos termos expostos, negando a revista, confirma-se o acórdão recorrido.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 10 de Abril de 2014

Granja da Fonseca (Relator)

Silva Gonçalves

Pires da Rosa

^[1] Vide Preâmbulo do DL 275/93, de 5 de Agosto.

^[2] António Pinto Monteiro, O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, Volume I, janeiro de 2002, Artigos Doutrinais, página 5.

Patrocínio:



Apoio:

