

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. V | n. 18 | Junho 2015

#18

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume V, número 18, junho 2015

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Editor-chefe: Luiz Fernando de Queiroz

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabete Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Noeli do Carmo Faria – Olga Maria Krieger

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

55 (41) 3323-4020

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

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

Envio de artigos para revista: contato@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Curitiba - PR

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.– v. 1- , n. 1- ,
(mar. 2011)- .– Curitiba : Bonijuris, 2011- .

Trimestral

Diretor: Mário Frota

Editor responsável: Luiz Fernando de Queiroz

ISSN 2237-1168

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia)

1. Direito - Periódicos. 2. Direito do consumidor. 3. Defesa
do consumidor. 4. Relação de consumo. 5. Direito comparado.
6. Pareceres jurídicos. 7. Jurisprudência.

CDD (20. ed.) 343.071

CDU (2. ed.) 346.548

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 Moraes
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Angeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Moraes, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Patrocínio

Centro de Estudos Professor Dotti
Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.
Garante – Serviços de Apoio Ltda.

Apoio Institucional

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

SUMÁRIO

EDITORIAL

- 09 **Do crédito selvagem... Ao crédito responsável!**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 13 **Perspectivas Acerca do Combate a Certas Práticas Abusivas na
Prestação de Serviços Financeiros aos Consumidores na
União Europeia**
J. PEGADO LIZ
- 49 **La Información Precontractual en la Directiva de Crédito al Consumo**
BERNARDO HERNÁNDEZ BATALLER
- 81 **O Direito de Livre Revogação nos Contratos de Crédito ao Consumidor**
FERNANDO DE GRAVATO MORAIS
- 97 **Os Efeitos do Exercício do Direito de Arrependimento na Hipótese de
Coligação de Contratos, no Regime dos Contratos de Concessão de
Crédito ao Consumidor**
PAULO DUARTE
- 121 **Do Direito de Desistência ou de Retratação no Contrato de Crédito ao
Consumidor**
FRANCISCO SERRA LOUREIRO
- 143 **Crise Financeira & Direito do Consumo**
MÁRIO FROTA

PARECER

- 237 **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o Acesso ao
Crédito para os Consumidores e as Famílias: Práticas Abusivas (parecer
de iniciativa)**
MARIO CAMPLI

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 253 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: José Marcos Vieira
- 267 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**
Relator: Umberto Guaspari Sudbrack
- 274 **Ementário**
Julgados do TJ/MG e do TJ/GO

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 281 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**
Relator: Helder Roque
- 311 **Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Secção)**
Relator: M. Safjan

EDITORIAL

Do crédito selvagem... Ao crédito responsável!

“Só se empresta um cabrito a quem tem um boi.”

Provérbio angolano

A União Europeia, após a ruínosa experiência da diretiva original que estatuiu em matéria de concessão de crédito, cedo intuiu que mister seria superar o quadro em que se inscreviam os contratos de crédito ao consumidor, tingidos de práticas desleais, quantas delas particularmente gravosas para a bolsa e para o equilíbrio emocional das vítimas das instituições de crédito e das sociedades financeiras.

Aliás, por essa razão, no preâmbulo da Diretiva do Crédito ao Consumidor, editada em 23 de abril de 2008, em plena crise económico-financeira, se previne declaradamente:

“Os Estados-membros deverão tomar as medidas adequadas para incentivar práticas responsáveis em todas as fases da relação de crédito, tendo em conta as especificidades do seu mercado de crédito. Essas medidas podem incluir, por exemplo, a informação e a educação dos consumidores, designadamente advertências quanto aos riscos que advêm da falta de pagamento e do sobre-endividamento.

Num mercado de crédito em expansão, é especialmente importante que os mutuantes não concedam empréstimos de modo irresponsável ou não concedam crédito sem uma prévia verificação da solvabilidade e que os Estados-Membros efectuem a supervisão necessária para evitar tal comportamento e determinem as sanções necessárias para punir os mutuantes que adoptem tal comportamento. Sem prejuízo das disposições em matéria de risco de crédito contidas na Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício, os mutuantes deverão ser responsáveis por verificar, individualmente, a solvabilidade do consumidor.

Para o efeito, deverão ser autorizados a utilizar informações prestadas pelo consumidor não só durante a preparação do contrato de crédito em causa, mas também durante uma relação comercial de longa data.

As autoridades dos Estados-membros poderão também dar instruções e orientações adequadas aos mutuantes. Também os consumidores deverão agir com prudência e respeitar as suas obrigações contratuais.”

Para além da publicidade, a informação pré-contratual, como um dos pilares do consentimento, ocupa um lugar de realce neste modelo, como se dispõe de modo inequívoco no passo subsequente:

“É necessário que o consumidor seja exaustivamente informado antes da celebração do contrato de crédito, independentemente de haver ou não um intermediário envolvido na comercialização do crédito. Por conseguinte, de um modo geral, os requisitos de informação pré-contratual deverão também ser aplicáveis aos intermediários de crédito. Contudo, se os fornecedores de bens ou os prestadores de serviços actuarem na qualidade de intermediários de crédito a título acessório, não é conveniente impor-lhes a obrigação jurídica de prestarem informações pré-contratuais nos termos da presente directiva. Pode considerar-se, por exemplo, que os fornecedores de bens e serviços actuam como intermediários de crédito a título acessório se a sua actividade nessa qualidade não for o principal objectivo da sua actividade comercial ou profissional. Nestes casos, é ainda garantido um nível suficiente de protecção do consumidor, dado que o mutuante tem a responsabilidade de assegurar que o consumidor receba toda a informação pré-contratual, seja através do intermediário – se o mutuante e o intermediário assim o acordarem – seja de qualquer outro modo adequado.”

E, noutro ponto da disciplina legal imposta aos Estados-membros, como medida de reforço de um consentimento livre, esclarecido e ponderado, que irrefragavelmente se impõe ao consumidor que intente celebrar um contrato de crédito, um comando de todo indispensável se perfila no instrumento normativo emanado do Parlamento Europeu (e do Conselho da União):

“Para que possam tomar as suas decisões com pleno conhecimento de causa, os consumidores deverão receber informações adequadas, que possam levar consigo e apreciar, sobre as condições e o custo do crédito, bem como sobre as suas obrigações, antes da celebração do contrato de crédito. Para garantir a maior transparência possível e para permitir a comparabilidade das ofertas, estas informações deverão incluir, nomeadamente, a taxa anual de encargos efectiva global aplicável ao crédito e determinada da mesma forma em toda a Comunidade. Dado que a taxa anual de encargos efectiva global apenas pode, nesta fase, ser indicada através de um exemplo, este deverá ser

representativo. Assim sendo, deverá corresponder, por exemplo, à duração média e ao montante total do crédito concedido para o tipo de contrato de crédito em causa e, se aplicável, aos bens adquiridos. Para a determinação do exemplo representativo deverá ser tida igualmente em conta a frequência de certos tipos de contrato de crédito num determinado mercado. No que respeita à taxa devedora, à periodicidade das prestações e à capitalização dos juros, os mutuantes deverão recorrer ao método convencional para o cálculo do crédito ao consumidor em causa.”

Em suma, para que se operasse a inversão do paradigma do “crédito selvagem para o crédito responsável” curial seria que:

- a publicidade assentasse de todo no cabouco da veracidade;
- o contrato se fundasse em informação pré-contratual, contratual e pós-contratual;
- a assistência se desse em matéria de informação como ingrediente indispensável dos preliminares negociais;
- a avaliação da solvabilidade do aspirante ao crédito fosse estruturante do processo de concessão;
- e houvesse o reforço do período de reflexão ou ponderação (de sete para catorze dias) para que, ante os termos contratuais, o consumidor se pudesse retratar, dando o dito por não dito e desistindo do contrato por de todo não servir os seus interesses de modo responsável.

Eis do que carecem os regimes em que precauções desta ordem se não inserem para subtrair os consumidores da garra “assassina” dos novos “esclavagistas” que condenam à servidão os que pomposamente são apresentados como alguém que abandona os limiares da pobreza para se projetar no mercado de consumo...

Que, como vimos sustentando, se não subverta o quadro e se não “empreste um boi a quem nem sequer um ‘projeto’ de cabrito tem” (um *cabrito concepturo*...) por não ter obviamente sequer uma cabra no seu imaginário redil...

O bem dos povos não advém de sistemas hipócritas que condenam os consumidores ao fogo eterno, seduzindo-os com um paraíso de materialidades a que não estão, de nenhum modo, em condições de aceder...

Mário Frota

Passo Fundo, IV Seminário Internacional de Defesa do Consumidor, 2015

PERSPECTIVAS ACERCA DO COMBATE A CERTAS PRÁTICAS ABUSIVAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FINANCEIROS AOS CONSUMIDORES NA UNIÃO EUROPEIA

J. PEGADO LIZ*

Membro do Cese (Comité Economico e Social Europeu)
em representação dos consumidores

EXCERTOS

“A assimetria e a dificuldade em comparar os preços derivam frequentemente da diversidade dos preços e das fórmulas tarifárias, mas faltam amiúde os requisitos sobre as comissões aplicáveis”

“Só os consumidores com adequada cultura financeira têm suficiente consciência da complexidade em dar resposta às necessidades financeiras e, por conseguinte, podem apreciar o valor acrescentado do aconselhamento financeiro competente e independente”

“A crise financeira gerou inevitavelmente uma crise económica, que causou perdas avultadas de emprego e uma redução da atividade económica e das receitas individuais e familiares”

“O primeiro domínio onde se verificam práticas abusivas é o da informação aos consumidores, quer na fase pré-contratual, quer na fase contratual”

“No que em especial diz respeito aos serviços financeiros, a informação dos consumidores é indissociável de uma certa formação e capacidade em matéria financeira”

1. Algumas considerações gerais sobre o mercado dos serviços financeiros a retalho e a defesa dos consumidores à guisa de introdução

Em 2007, antes do eclodir da crise financeira económica e social dos últimos anos, a Comissão Europeia publicou um Livro Verde¹, com o objetivo de desenvolver o mercado único dos serviços financeiros de retalho, procurando identificar e remover todas as barreiras instrumentais e artificiais que pudessem obstar a que os cidadãos europeus desfrutassem direta e plenamente das vantagens em termos de custo e qualidade da oferta.

O princípio geral por que se pautava era a melhoria do bem-estar dos consumidores. A posterior integração dos serviços financeiros de retalho poderia traduzir-se na redução de custos graças à concorrência. Haveria vantagens para os consumidores se o sistema financeiro europeu conseguisse manter-se competitivo dentro e fora da União.

O que, no entanto, logo na altura se sublinhou foi que, em geral, os mercados de retalho são inevitavelmente mais segmentados do que os mercados grossistas e que as lógicas de mercado se estavam a orientar para outros modelos, designadamente que o mercado global se construía segundo processos de consolidação transfronteira. Mas os processos de consolidação transfronteira teriam ou poderiam ter repercussões muito negativas para o emprego. Prevvia-se já que as possíveis aquisições levassem à supressão de dezenas de milhares de postos de trabalho e daí a necessidade de serem adotadas medidas adequadas para responder a esta situação de urgência social com programas de formação e requalificação profissional e sistemas de amortecedores sociais.

Fundamental se afigurava também que fossem tomadas medidas apropriadas para aumentar as competências e a consciencialização dos consumidores, sendo indispensável facultar-lhes informação essencial e completa para os proteger, tendo sempre em consideração que os produtos e os serviços financeiros não podem ser comparados com outros produtos ou outros serviços. Nesta informação de que os consumidores precisam seria mais importante a qualidade do que a quantidade. Mas necessário seria também distinguir informação e aconselhamento. A primeira é uma obrigação de informação dos consumidores e deveria adaptar-se ao perfil de competência e de risco do cliente, que deveria ser informado dos riscos que corre, ao passo que o aconselhamento é um serviço profissional prestado a pedido do interessado e também poderá implicar responsabilidade do consultor.

Seria portanto indispensável abordar este assunto através de regulamentação clara que pusesse um freio às práticas susceptíveis de configurar conflito de interesses, de incentivo à venda de produtos e sistemas de prémios para os vendedores, de práticas copiadas da distribuição comercial e associadas a objetivos de venda de produtos específicos. Nesse sentido seria altamente recomendável que os bancos e companhias de seguros dessem formação profissional específica ao seu pessoal. Era convicção que seria possível melhorar a proteção dos consumidores com operadores mais competentes.

Questão maior à data era a necessidade de assegurar maior transparência das condições bancárias. A assimetria e a dificuldade em comparar os preços derivam frequentemente da diversidade dos preços e das fórmulas tarifárias, mas faltam amiúde os requisitos sobre as comissões aplicáveis.

A mobilidade dos clientes também era um importante fator de desenvolvimento, em termos de qualidade e de eficiência, do setor dos serviços financeiros. Daí que importasse examinar atentamente a legitimidade dos obstáculos à mobilidade dos consumidores tais como comissões de encerramento de conta elevadas, pouca transparência informativa e estruturas contratuais dos serviços financeiros que tendessem a dificultar uma mudança de produto ou de fornecedor. Mas era necessário evitar o risco de a simplificação das disposições em matéria de serviços financeiros resultar num nível menos exigente de proteção do consumidor. A supressão das barreiras não deveria conduzir nem ao encarecimento dos produtos, nem à moderação das atuais disposições em matéria de proteção.

Por outro lado, sendo os serviços financeiros apreendidos através dos prospectos informativos das condições gerais dos contratos, não se poderiam subestimar os problemas linguísticos e culturais. No entanto, tinha-se a consciencia de que o problema da barreira linguística se iria manter a médio prazo e continuaria a ser um grande freio à mobilidade transfronteira dos consumidores.

Por outro lado, só os consumidores com adequada cultura financeira têm suficiente consciência da complexidade em dar resposta às necessidades financeiras e, por conseguinte, podem apreciar o valor acrescentado do aconselhamento financeiro competente e independente. Seria pois necessário dedicar especial cuidado aos consumidores que não sabem lidar (ou que lidam mal) com as novas tecnologias.

Fundamental seria reduzir a distância entre empresas financeiras e clientes e para isso seria desejável estabelecer, como direito mínimo dos consumidores,

o direito de os residentes na UE, que satisfizessem requisitos de idoneidade, terem uma conta bancária entendido como um direito de cidadania.

A análise que então se fez passava por algumas considerações estruturais, de que se destacam, em razão dos efeitos da crise, as seguintes premonições:

a) Banco de retalho

Tradicionalmente os clientes obtêm todos os serviços bancários de retalho dirigindo-se a uma agência bancária, uma vez estabelecida a sua identidade e boa-fé. Na maior parte dos países há muitos bancos que concorrem uns com os outros. Para um banco estrangeiro que queira entrar no mercado doméstico é mais prático adquirir um banco existente do que criar um novo, o que levaria tempo e criaria mais concorrência. A escolha do consumidor depende da competitividade dos mercados nacionais, visto que os consumidores têm que escolher entre os bancos que operam no mercado nacional.

Os serviços de banca em linha (através da internet) estavam em plena expansão, mas era provável que mantivessem um cariz nacional, porque os consumidores têm que conhecer o nome do banco e confiar nele, e porque os bancos dependem da legislação nacional para determinar a identidade e a boa-fé dos seus clientes.

A banca em linha e por telefone estava já acessível vinte e quatro horas por dia, o que constituía um progresso considerável em relação à época em que este acesso dependia do horário de abertura dos bancos.

Se, por um lado, a concorrência entre bancos que fornecem toda a gama de serviços bancários estava necessariamente limitada aos bancos que oferecem estes serviços, por outro lado, a seleção da clientela (*cherry picking*) era muito grande, especialmente em relação a cartões de crédito de bancos como American Express e MBNA. Estes serviços prestados por canais de venda direta estavam disponíveis em toda a União Europeia. Os titulares de cartões de crédito tinham acesso às caixas automáticas e a uma vasta gama de tipos de crédito ao consumo. Desta forma, os consumidores podiam beneficiar da concorrência entre bancos nacionais e internacionais. Simultaneamente, também era de recear que isto contribuísse para agravar o endividamento dos particulares.

Os bancos de retalho não se limitavam a oferecer serviços de retalho. Com uma estratégia designada amiúde por “bancaseguros”, os bancos já ofereciam produtos e serviços que cobriam toda a gama de produtos e serviços financeiros de retalho. As suas agências e os seus ficheiros de clientes permitiam-lhes uma capacidade de distribuição a uma clientela cativa de enorme valor. Os bancos

tendiam a por a sua marca na maior parte ou em todos os produtos e serviços financeiros oferecidos aos clientes, mas estes produtos de marca não eram necessariamente os melhores do ponto de vista do preço e do valor.

b) Produtos de poupança e de investimento

Os produtos de poupança e de investimento são um dos principais segmentos da atividade da banca. É também o segmento que oferece a gama mais vasta de produtos concorrentes e o sistema mais desenvolvido de intermediários independentes. De acordo com a regulamentação vigente, os bancos que aconselham os clientes sobre produtos de poupança e investimento devem especificar que os seus agentes só podem vender produtos comercializados pelo seu próprio banco e que estes produtos não são necessariamente os melhores em termos de preço e de valor.

Os consumidores devem aproveitar os regimes de poupança promovidos pelo Estado. As empresas internacionais fornecerão produtos concorrentes no âmbito destes regimes sempre que atinjam um volume atrativo e existam canais de distribuição.

c) O crédito hipotecário

Nos mercados nacionais mais desenvolvidos são inúmeras as instituições de crédito hipotecário para além dos bancos e da rede muito sofisticada de consultores independentes apoiada por uma intensa atividade de marketing direto. A concorrência criou um mercado extremamente inventivo com uma vasta gama de produtos diferentes e um grande número de clientes que mudam de instituição consoante as condições e prazos dos empréstimos hipotecários. Com tantas opções os clientes precisam ser bem aconselhados.

d) Pensões, investimentos coletivos, valores mobiliários e produtos derivados do mercado bolsista são também produtos complexos que requerem aconselhamento baseado no conhecimento profundo da situação específica do cliente. Por conseguinte, o consumidor deveria ter acesso a consultores e intermediários competentes, os quais, por seu turno, deveriam ter acesso a uma grande escolha de produtos.

Apontavam-se então como objetivos e ações a empreender designadamente os seguintes:

a) Diminuição dos preços e mais escolha para os consumidores

Promover condições que permitam maior mobilidade aos consumidores poderia contribuir para um duplo efeito positivo: oferecer maior possibilidade de escolhas aptas a satisfazer necessidades muito mais variadas a preços competitivos.

Deveria ser examinada atentamente a legitimidade dos obstáculos à mobilidade dos consumidores, tais como comissões de fecho de contas, pouca transparência informativa e estruturas contratuais dos serviços financeiros que existem essencialmente para dificultar a mudança de produto ou de fornecedor. No entanto, tinha-se a consciência de que havia dificuldades técnicas e regulamentares, fiscais e jurídicas muitas vezes difíceis de superar. Outra dificuldade residia na coexistência de várias moedas a par do euro. Da zona não euro faziam parte ainda muitos Estados-membros e este problema vinha juntar-se a outros já referidos.

b) Aumentar a confiança dos consumidores

O intercâmbio de operações e de serviços financeiros só é possível quando reina a confiança entre as partes. A mobilidade dos consumidores só seria plenamente conseguida quando estes estivessem realmente convictos de que a proteção dos seus interesses não dependeria nem do lugar onde adquirem os serviços nem do canal de distribuição.

A Comissão considerava que, para atingir esta meta, era preciso proteger o interesse dos consumidores, fornecer um quadro normativo claro e certo, garantir acesso a um sistema de resolução de conflitos extrajudicial e fomentar a solidez dos intermediários financeiros.

No entanto, a dificuldade de harmonizar o quadro tutelar, pode dar aos consumidores a impressão de que o país onde adquirem o serviço condiciona de forma considerável o nível de proteção.

A definição clara do princípio da aplicação da lei do país de residência do consumidor poderia fazer progredir a confiança jurídica dos consumidores e contribuiria para simplificar a definição de uma regra geral e unívoca, quando é o intermediário que oferece os seus serviços aos consumidores de outros países, mas não quando são os consumidores que procuram ativamente fornecedores de serviços noutros países.

c) Dar mais força aos consumidores

Os consumidores manifestavam amiúde preocupação pelo fato de a existência de um leque demasiado grande de produtos causar confusão e dificultar a escolha de uma solução que melhor se adaptasse às suas exigências. Com efeito, só consumidores bem informados e com uma boa cultura financeira podem realmente utilizar em proveito próprio a maior mobilidade internacional no mercado único.

Estes problemas poderiam ser superados, pelo menos em parte, se os consumidores se pudessem apoiar em serviços de aconselhamento independentes que os ajudassem a decidir no seu interesse. Em muitos casos, os consumidores

procuram este apoio junto do fornecedor de serviços financeiros, provavelmente devido à relação de confiança que supõe a prestação de um serviço financeiro e ao fato de que este aconselhamento não tem um custo explícito. No entanto, é preciso ter consciência de que um serviço de aconselhamento não independente pode estar condicionado por um conflito de interesses latente que não deixa que o consumidor tire todo o proveito da situação.

Só os consumidores com adequada cultura financeira têm a percepção de que dar resposta às necessidades financeiras é algo de complexo e, por conseguinte, só eles podem apreciar o valor acrescentado do aconselhamento financeiro competente e independente. Por isso seria indispensável difundir esta cultura financeira mas também responsabilizar os aforradores pelas escolhas que fazem. Os peritos falam de “analfabetismo financeiro”, sendo que muitas pessoas deixam de ter uma visão global e não são capazes de tomar decisões autónomas sobre a sua segurança financeira, o que pode conduzir a perdas económicas. A escola poderia ajudar os jovens a adquirir competências financeiras basilares para poderem fazer escolhas conscientes em relação a investimentos futuros, sem prejuízo da responsabilidade dos operadores dos mercados financeiros.

Também haveria que estar muito atento à publicidade, em especial à difundida no espaço cibernético. Verificavam-se, com demasiada frequência, fortes discrepâncias entre as características reais dos produtos financeiros e as promessas de rendimento, unicamente com o intuito de incitar os consumidores a investir em determinados produtos. É certo que estes casos raramente envolviam os intermediários tradicionais como os bancos e as companhias de seguros, na medida em que estavam muito atentos às relações que mantinham com os seus clientes e estavam sujeitos a regras e controlos apertados. Mas os novos concorrentes nem sempre atuavam num quadro normativo seguro e não estavam sujeitos a fiscalização rigorosa.

Com o eclodir da crise foram muitos os que chamaram a atenção para a dimensão ética e social das instituições financeiras europeias².

Com efeito, não obstante os escândalos financeiros registados na Europa, nada de concreto foi feito e só tardiamente, quando a gravidade da crise teve efeitos dramáticos na economia, a sociedade civil se apercebeu de que as promessas de um capitalismo desenfreado e irresponsável, de crescimento desmedido e ilimitado, eram falsas e portadoras de crises profundas.

A convicção que então se firmou na sociedade civil foi a de que só a derrota definitiva do “capitalismo de casino” poderia permitir que se adotassem medidas mais oportunas para acautelar, no futuro, o sistema financeiro e, ao mesmo tempo, relançar a economia. Seria necessário

um esforço geral, na precisa medida do risco de toda a economia real ser infectada pelo vírus descoberto na finança. Investimentos em infraestruturas, em “investimentos verdes”, como por exemplo eficiência energética, fontes renováveis, inovação e investigação, poderiam ajudar a sustentar a procura. Um novo Fundo Europeu, garantido pelos Estados-membros e de cuja gestão se poderia incumbir o BEI, poderia resolver o problema do bloqueamento do financiamento da economia, em particular dos setores que mais carecem de investimentos a médio e longo prazo.

Mas seria indispensável que, para além das medidas financeiras necessárias para a consecução deste objetivo prioritário, se envidassem todos os esforços para conter a crise económica que se avizinhava.

Quando centenas de milhares de euros foram disponibilizados para salvar o sistema bancário era expectável que, com igual energia e prontidão, se salvassem as empresas, em particular as pequenas e médias, apoiando a procura através do crescimento dos salários e das pensões, para evitar que a recessão se transformasse rapidamente em depressão.

Daí que nos últimos anos, tivessem começado a operar os chamados “bancos éticos”, que visam a manutenção das relações comerciais e a disponibilização de apoio financeiro apenas para as empresas que cumpram requisitos rigorosos, baseados em valores partilhados pela comunidade que criou esses bancos e essas seguradoras. Os requisitos em matéria de sustentabilidade ambiental, uma posição intransigente relativa ao mercado de armamento e um compromisso firme no sentido do combate a qualquer tipo de discriminação são alguns exemplos desses “valores”, que constituem um marco de referência neste domínio.

Por finança ética entende-se a atividade financeira que promove iniciativas de âmbito humano, social e ambiental em função de uma avaliação ética e económica das respectivas repercussões no ambiente e na sociedade, realizada com o objetivo primordial de fornecer apoio financeiro às atividades em causa ou mesmo a particulares através do microcrédito³.

Por seu turno, o investimento ético tem por objetivo financiar iniciativas no domínio do ambiente, do desenvolvimento sustentável, dos serviços sociais, da cultura e da cooperação internacional. A seleção dos títulos não se

O investimento ético
tem por objetivo
financiar iniciativas no
domínio do ambiente,
do desenvolvimento
sustentável, dos
serviços sociais,
da cultura e
da cooperação
internacional

limita à aplicação dos critérios financeiros tradicionais, mas baseia-se também em critérios de responsabilidade social, como a qualidade das relações de trabalho, o respeito pelo ambiente e a transparência.

Infelizmente, o eco destas preocupações e sugestões foi diminuto. Ao contrário, aquilo a que se assistiu, durante os anos que se seguiram ao eclodir da crise, apesar das medidas de austeridade que foram impostas dramaticamente à generalidade dos cidadãos europeus e em especial aos países que foram objeto de intervenção da “Troica” (FMI, CE e BCE) e apesar do tratamento de favor a que foram submetidos os bancos em geral e em particular aqueles para os quais se canalizaram os maiores apoios financeiros para evitar a sua falência, com eventuais efeitos sistémicos na generalidade do tecido financeiro e económico europeu, foi, antes, o recrudescimento das práticas abusivas pela sua parte, em claro detrimento e prejuízo dos consumidores em geral⁴.

2. Uma noção de práticas abusivas na concessão de crédito em detrimento dos consumidores

Face à crise financeira mundial, a atenção centrou-se, num primeiro momento, em restituir a estabilidade e a liquidez dos mercados financeiros e, em seguida, no reforço da estabilidade e na renovação da arquitetura regulamentar do setor, a fim de evitar futuramente novas falhas no mercado e com a consciência de que esta ação deveria prosseguir e ser até intensificada, como meio imprescindível de canalizar todas as energias no sentido de restaurar a confiança dos cidadãos europeus no sistema financeiro e de crédito e de os tranquilizar em relação às várias formas de acesso ao crédito.

Com efeito, a crise financeira gerou inevitavelmente uma crise económica, que causou perdas avultadas de emprego e uma redução da atividade económica e das receitas individuais e familiares. Neste contexto, observou-se um aumento da exclusão social e financeira e da pobreza⁵.

O crédito é um instrumento importante para os consumidores e para as famílias porque lhes permite fazer frente às despesas indispensáveis a uma existência normal e ordenada. Neste sentido, o acesso ao crédito, a preços acessíveis, é um instrumento fundamental para a inclusão social. Um dos maiores desafios da política económica, fiscal e social seria assegurar o acesso responsável ao crédito sem criar uma situação de dependência. A consecução de tal objetivo requeria um quadro legislativo destinado a evitar atividades

irresponsáveis de concessão e contração de empréstimos, e combater todas as formas de informação assimétrica entre mutuantes e consumidores.

Esta questão foi objeto de um debate alargado no seio do Cese, no quadro da elaboração de um parecer em que se colaborou ativamente e que agora se toma como base e ponto de partida para as reflexões que se seguem⁶.

Desde logo a constatação de que o único instrumento legislativo comunitário de onde se pode extrair uma noção de prática comercial abusiva é a Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE, do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE, e o Regulamento (CE) 2006/2004 (diretiva relativa às práticas comerciais desleais)⁷, a qual, no entanto, tem o seu campo praticamente limitado ao domínio das comunicações comerciais e a certos aspectos da atividade da publicidade e do marketing.

Contudo, a evidência de que o seu âmbito não abrange todo o universo de práticas lesivas dos interesses dos consumidores, nem a sua formulação e a forma como tem sido aplicada nos diferentes Estados-membros, é suficiente para acautelar e pôr cobro a toda uma série de práticas utilizadas pela banca na sua atividade de concessão de crédito e de vendas de produtos financeiros.

Aquela diretiva, “em relação aos serviços financeiros, tal como definidos na Diretiva 2002/65/CE”⁸, deixa para os Estados-membros a possibilidade de “impor requisitos mais restritivos do que os previstos na diretiva, no domínio que é objeto de aproximação por esta”. Mas relativamente aos contratos de crédito ao consumo, a principal legislação a nível europeu é a Diretiva 2008/48/CE (CCD), que é uma diretiva de harmonização máxima, pelo que os Estados-membros não podem manter ou introduzir regulamentações nacionais divergentes, mesmo que estas protejam melhor os seus consumidores.

A diretiva estabelece o quadro geral dos direitos dos consumidores em matéria de concessão de crédito ao consumo, não sendo, no entanto, aplicável ao crédito hipotecário. Quanto a este, não existe uma regulamentação europeia, sendo que as normas nacionais variam em função das diferentes culturas e dos diferentes mercados internos; foi por isso que se acolheu com expectativa mas também com apreensão e reserva a proposta da Comissão de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação, de que se dará conta detalhada à frente.

Numa célebre audição pública sobre concessão e contratação responsável de empréstimos, realizada em Bruxelas, em setembro de 2009, comissários europeus à data afirmaram: *“A crise financeira mostrou os danos que as práticas irresponsáveis de concessão e contração de empréstimos podem infligir nos consumidores e nas instituições de crédito, no sistema financeiro e na economia em geral. Estamos determinados a aprender com os eventuais erros para garantir que as atividades de concessão e contração de empréstimos se processam de forma responsável”* (Charlie McCreevy, Comissário da UE para o Mercado Interno). E também: *“É nosso dever manter os olhos bem abertos em relação aos mecanismos viciosos que geraram as atividades irresponsáveis de concessão e contração de empréstimos que estão a prejudicar financeiramente um grande número dos nossos cidadãos”* (Meglena Kuneva, Comissária da UE para a Proteção dos Consumidores).

Infelizmente pouco ou nada fizeram entretanto estes ilustres representantes da Comissão, que nesse ínterim já deixaram de o ser, no sentido preconizado, nem os seus sucessores. Inúmeras são com efeito as práticas ilícitas, imorais e abusivas a que os consumidores são geralmente submetidos na concessão de crédito na União Europeia e para as quais, como se verá, o quadro regulamentar comunitário existente não dá adequada resposta, como se passa a ilustrar.

Em contrapartida acentuou-se a vulnerabilidade dos consumidores face às práticas comerciais no mercado único⁹. Com efeito, a redução progressiva do poder de compra da classe média, autêntica força motriz da sociedade de consumo, e de todos os consumidores em geral, bem como as dificuldades financeiras que as pequenas e médias empresas enfrentam para continuarem a subsistir, obrigaram, ante a escassez de benefícios no atual clima empresarial, a rever muitas das práticas comerciais habituais no mercado.

O impacto das distorções que as práticas desleais introduzem no mercado ocasionou o surgimento de consumidores cativos da sua situação económica desfavorecida, caracterizada pela perda da sua liberdade de decisão e pela dificuldade em fazer valer os seus direitos neste domínio.

Por outro lado, com a crise económica verifica-se uma tendência generalizada e contínua para o enfraquecimento progressivo dos consumidores potenciais, que leva a pensar que esta redução do consumo pode continuar a aumentar. Até à data, os poderes públicos não propuseram medidas sistémicas que preservem os consumidores desta deterioração e que a previnam.

Os interesses dos consumidores devem ser mais devidamente tidos em conta em todas as políticas da União. Assim, os programas pertinentes

da UE devem dedicar uma parte específica ao fomento do contributo das organizações de representação dos consumidores, através de atividades de interesse geral, a fim de favorecer a inclusão dos consumidores que a crise tenha tornado economicamente debilitados.

Em última análise, trata-se de impedir a transformação de um mercado único num mercado bipolar em que os que menos têm e mais necessitam fiquem expostos à sua faceta menos agradável. As práticas comerciais devem ser realizadas de forma mais escrupulosa quando se destinem aos consumidores economicamente mais debilitados. Devem ser tidas em conta as necessidades dos consumidores em matéria de acesso suficiente e ininterrupto aos bens, serviços e prestações essenciais para uma vida digna, o que deve ser garantido pelos poderes públicos competentes.

3. Identificação e análise de práticas ilegais, imorais e abusivas na concessão de crédito aos consumidores

3.1 Práticas abusivas no domínio da informação pré-contratual e contratual

O primeiro domínio onde se verificam práticas abusivas é o da informação aos consumidores, quer na fase pré-contratual, quer na fase contratual. De há muito que se tem defendido que o direito dos consumidores à informação, pré-contratual, contratual e pós-contratual, bem como à assistência e ao aconselhamento devem, sem prejuízo do princípio da subsidiariedade, ser objeto de regras específicas ao nível da UE¹⁰. E foi neste quadro que se elaborou a noção de “informação adequada”, onde a qualidade e não a quantidade deve ser privilegiada de forma a corresponder às reais necessidades e expectativas dos consumidores, aferida em função da sua finalidade, conteúdo, apresentação e contexto.

Com efeito, e sem prejuízo da aplicação do princípio da subsidiariedade e das competências partilhadas que gerem nesta matéria na ordem jurídica da UE, é hoje pressuposto fundamental do correto funcionamento dum modelo de livre concorrência, próprio do sistema de economia de mercado em que a UE assenta, a obrigação de garantir aos consumidores, enquanto agentes económicos, o perfeito conhecimento dos elementos determinantes das suas decisões racionais nesse mercado¹¹.

Ao mesmo tempo, tornou-se imperioso denunciar a noção de “consumidor médio”, tido como “normalmente informado e razoavelmente

atento e advertido”, sobre a qual a Comissão procurou fundar uma nova abordagem da política dos consumidores a nível europeu, fundada na harmonização total, no controle pelo país de origem e no reconhecimento mútuo em diversos documentos de estratégia, traduzidos em várias iniciativas legislativas recentes. Esta orientação, traduz-se numa efetiva diminuição dos níveis de proteção dos consumidores e num retrocesso inadmissível na política comunitária para a sua defesa.

Mas é, precisamente, à luz desta nova orientação que ganha acrescida importância a questão do direito dos consumidores à informação, já que se exige destes que estejam cada vez mais bem informados para tomar decisões racionais num mercado global. Com efeito, o modelo neoliberal que lhe está subjacente assenta em conhecidas premissas, de que se destacam a consciência crítica das suas necessidades e ordenação de preferências, a possibilidade de comparação entre os diversos produtos e serviços oferecidos no mercado e o conhecimento, em termos técnicos e económicos, da qualidade e preço de cada produto e serviço.

E é também a esta luz que tem maior acuidade a questão da natureza e da qualidade da informação a que os consumidores devem ter acesso. Contrariamente ao que recentes textos da Comissão apregoam, não é a quantidade da informação que conta; a informação deve corresponder às reais necessidades e às expectativas dos consumidores e a sua adequação deve ser aferida em função da finalidade, do conteúdo, da apresentação e do contexto.

Deve ainda ser permanentemente submetida ao teste da “adequabilidade” (*suitability*) para se aferir da sua qualidade para o fim a que se destina e o público consumidor a que se dirige e cujos parâmetros fundamentais são fiabilidade, atualidade, imparcialidade, exatidão, relevância, dimensão sucinta, compreensibilidade, clareza, legibilidade e fácil acesso.

Necessário se afigura também que a informação prestada (teor e formato) e o respectivo quadro regulamentar se mantenham estáveis por longos períodos. Alterar frequentemente os parâmetros da informação pode dificultar ao consumidor a sua compreensão.

No que em especial diz respeito aos *serviços financeiros*, a informação dos consumidores é indissociável de uma certa formação e capacidade em matéria financeira. A informação deve ser simplificada e a gíria jurídica e técnica deve ser reduzida. No entanto, alguns produtos financeiros são complexos e a informação tem que ser o mais preciso possível e, por conseguinte, refletir a complexidade do produto.

Tal situação é particularmente agravada pela expressa consagração na referida diretiva relativa às práticas comerciais desleais da admissibilidade da “prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”, mesmo quando dirigidas a grupos de consumidores “particularmente vulneráveis... em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade”.

E lesão ainda mais significativa é a que resulta da impossibilidade de, por força da mesma diretiva, serem mantidas disposições de direito comunitário ou nacional como as que consagram que as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito se consideram integradas no conteúdo dos contratos celebrados após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário.

Sendo certo que o direito do consumidor a tomar uma decisão livre e esclarecida que preside à imposição de deveres de informação antes da celebração do contrato persiste durante toda a execução dos contratos e mesmo, em certos casos, após o seu cumprimento e que da prestação desta informação depende a decisão do consumidor em manter ou não a vigência dum contrato e a

eventual responsabilização pelo modo de execução, não é menos verdade que o direito à informação encontra como principais obstáculos, para além da denegação pura e simples, os custos acrescidos para a sua satisfação.

Anote-se que a regra da gratuidade da informação ao consumidor não se encontra consagrada na generalidade das disposições comunitárias nem mesmo quanto à informação pré-contratual. Contudo, foi na Diretiva 2007/64/CE (SEPA)¹² que foram introduzidos dois deveres tendentes a assegurar o bom exercício dos direito/dever de informar que importa ressaltar:

a) gratuidade da informação: o prestador do serviço de pagamento não deve imputar ao utilizador do serviço de pagamento os encargos com a prestação dum determinado número de informações;

b) adequação dos encargos aos custos: quando as informações prestadas não devam ser gratuitas, os encargos devem ser adequados e corresponder a custos efetivamente suportados pelo prestador do serviço de pagamento.

O direito
à informação
encontra como
principais
obstáculos, para
além da denegação
pura e simples, os
custos acrescidos
para a sua
satisfação

Deve assim ser reconhecido um direito/dever de informar durante a execução do contrato e após a sua conclusão, particularmente nos casos de contratos de execução continuada, de média/longa duração ou cujos efeitos se prolonguem no tempo. Ainda deve ser consagrado o princípio geral da gratuidade da informação sobre aspectos fundamentais do contrato, complementado com o princípio da adequação do preço aos custos nos restantes casos.

No que em particular se refere aos documentos de informação fundamental para produtos de investimento, objeto de Proposta de Regulamento da Comissão¹³, apesar do avanço que representou em termos de comparabilidade de produtos financeiros complexos independentemente do tipo de entidade criadora, sejam bancos, seguradoras ou sociedades de investimento, não foram concretizados dois objetivos fundamentais: um mercado que recupere na sua totalidade um perfil de integridade absoluta e um mercado realmente integrado e aberto a todos os atores.

Designadamente não se verificaram progressos significativos no que respeita aos créditos imobiliários, à comparabilidade e à transparência das despesas das contas correntes e dos serviços principais, ao conteúdo dos produtos de base, ao acesso aos serviços bancários para grupos desfavorecidos específicos, às ações coletivas, ao reconhecimento da capacidade de agir das associações de utentes e de consumidores, à proteção dos contratos transfronteiras e aos procedimentos harmonizados de resolução de conflitos.

3.2 Práticas abusivas no aconselhamento dos produtos financeiros

A informação decorrente das obrigações legais de prestação pelos profissionais surge muitas vezes tipificada ou pré-formatada e nem sempre é suficiente para que o consumidor tome, de forma livre e esclarecida, a sua decisão de celebrar ou manter determinado contrato. Integra-se assim no direito/dever de informação o direito/dever a obter/prestar explicações quanto ao conteúdo.

Este direito de assistência ao consumidor, refletido por exemplo na Diretiva 2008/48/CE, relativa ao crédito aos consumidores, deve ser alargado à generalidade dos contratos com os consumidores, em especial relativamente a bens duradouros e serviços de execução continuada, de média/longa duração, complexos, ou que envolvam riscos para a saúde e a segurança. A prestação de informação ao abrigo do dever de assistência deverá, a pedido do consumidor, ser reduzida a escrito.

Importa, no entanto, distinguir o direito de assistência, que constitui uma normal decorrência do dever de informação prestado pelo profissional, do direito ao aconselhamento, cuja prestação pelo profissional só é exigível em casos precisos de produtos ou serviços complexos, de valor elevado ou que possam pôr em causa a saúde ou a segurança dos consumidores.

3.3 Práticas abusivas na definição das condições dos produtos financeiros

A desadequação da venda de produtos financeiros ao perfil dos consumidores é uma das principais consequências da crise financeira e das pressões comerciais a que os profissionais do setor financeiro e do crédito estiveram sujeitos. A consecução de objetivos de venda cada vez mais elevados, e os sistemas de incentivo e de bónus para os quadros superiores, cujas gratificações assumiram, por vezes, proporções absolutamente desmesuradas¹⁴, conduziu à disseminação dos chamados “produtos tóxicos”.

No caso especial dos cartões de crédito, também se verificaram situações de abuso em que os produtos oferecidos aos consumidores estão, por vezes, desajustados das suas necessidades. Esse é o caso quando lhes é oferecido um só tipo de crédito ou lhe são oferecidos indiscriminadamente cartões de crédito/débito para adquirirem produtos em certos grandes armazéns (agentes comerciais). A este propósito, afigura-se indispensável separar de modo inequívoco a oferta de cartões de crédito da oferta relativa aos produtos comerciais ou às práticas de promoção a eles associados.

A maior parte das situações de abuso no domínio do crédito verifica-se, no entanto, nas relações entre intermediários (de crédito) e consumidores. Com efeito sob a fachada de sociedades de mediação e de serviços financeiros, são várias as entidades que se dedicam a práticas predatórias e usurárias associadas a práticas criminosas materializadas em taxas de juro e várias formas de extorsão. Sem pretender uma enumeração exaustiva, merecem destaque:

- a) os empréstimos irregulares a consumidores e famílias em dificuldades que ultrapassaram um limite tolerável de endividamento;
- b) os empréstimos usurários, destinados a explorar o cliente, próprios de organizações criminosas.

O recurso ao crédito irregular pode revestir várias formas:

- a) adiantamentos de dinheiro ou outros serviços “não registados”, explorando ao máximo as possibilidades de liquidez dos particulares e prolongando o mais possível a duração de tais adiantamentos;

b) financiamentos realizados de forma irregular, em que as condições de rentabilidade do mutuante assentam no desrespeito dos códigos deontológicos, na aplicação de cláusulas abusivas, na falta de transparência das condições, no desencadear de uma escalada negocial e no exercício de pressão em relação às garantias exigidas;

c) empréstimos que, tipicamente, assumem a forma de exercícios abusivos de atividade parabancária;

d) empréstimos com manifesto caráter de usura nas suas várias modalidades criminosas e em contextos particulares.

O potencial de crescimento das situações de crédito irregular baseia-se no fato de muitas famílias e consumidores se encontrarem excluídos do mercado de crédito regular, em parte também em virtude da concessão de crédito irresponsável que os conduziu a situações de dependência e de extrema vulnerabilidade. Daí que os problemas associados aos baixos rendimentos das famílias e às diversas formas de estímulo ao consumo – que, entre outros fatores, estão na base da fragilidade que impele consumidores e famílias para práticas de empréstimo ilegais e para mercados monetários paralelos – não se podem resolver apenas através de uma regulamentação no âmbito do crédito.

No entanto, as práticas ilegais no domínio do crédito revestem-se amiúde de um caráter penal e deveriam, por isso, ser regulamentadas por iniciativas específicas em matéria penal do Espaço Europeu da Justiça e aplicadas pelas autoridades policiais. A plena aplicabilidade, em toda a União Europeia, de sentenças nacionais relativas à apreensão de bens de origem usurária e resultantes de extorsão criminosa poderia contribuir significativamente para a luta contra tais fenómenos.

Uma outra situação que não é abrangida pela legislação europeia é a usura. Em alguns Estados-membros (Espanha, França, Itália, Portugal), a usura é objeto de regulamentação. Este não é, todavia, o caso em todos os países. Além disso, estudos recentes revelam que a regulamentação da usura pode ter efeitos positivos na luta contra a exclusão social e a pobreza, bem como no combate às práticas abusivas.

Igualmente inaceitável é a manutenção da possibilidade de ser exigida uma indenização em caso de reembolso antecipado do crédito, sem a definição exata dos termos da sua determinação, antes deixando aos Estados-membros a concretização do que seja uma indenização “objetiva, equitativa e calculada com base em princípios atuariais”, o que pode produzir, além de fortes diferenças de tratamento entre os consumidores, até mesmo condições de distorção do mercado do crédito entre os diversos países.

3.4 Práticas abusivas na contratação: as cláusulas contratuais abusivas

Sendo a generalidade dos contratos de crédito e relativos a outros produtos financeiros realizados através de contratos de adesão, é na redação das suas cláusulas que se revelam os mais flagrantes casos de abuso.

No entanto, sobre esta matéria, já se teve oportunidade de publicar nesta revista extenso artigo que documenta a situação em geral na UE¹⁵, para que se remete e, que, em especial, aponta para a necessidade, há muito denunciada, de a UE se dotar de uma regulamentação que tipifique, por setores de atividade, os tipos específicos de cláusulas abusivas.

4. O enquadramento legal do crédito aos consumidores na UE; sua manifesta insuficiência face às consequências das práticas abusivas

4.1 Vícios e consequências da falta de informação

Uma das omissões evidentes nas diretivas que impõem sobre os profissionais deveres de informação é a de um quadro de sanções para o incumprimento desse dever, tarefa deixada pela UE aos diversos Estados-membros, que têm optado por um leque variado de consequências civis e penais, gerador de distorções no mercado único, negativas para os consumidores e para os agentes económicos.

Apenas em casos pontuais, algumas diretivas preveem que o consumidor goze dum direito de retratação do contrato celebrado a partir do momento em que a informação que deveria ter sido prestada é transmitida ou conhecida ou que o ónus da prova de que a informação foi prestada incumbe ao profissional, como sucede em sede de informação pré-contratual na Diretiva 2006/123/CE¹⁶, relativa aos serviços no mercado interno.

Os mecanismos de início da contagem do prazo de retratação a partir da data em que a informação é prestada ou o consumidor dela tome conhecimento e de atribuição do ónus da prova da prestação da informação ao profissional constituem garantias fundamentais da efetivação do direito à informação e são, a par do princípio da responsabilidade pelos danos causados pela falta de informação, já adotados em vários ordenamentos jurídicos nacionais, o corolário lógico do reconhecimento e da importância do direito de informação dos consumidores, a merecer expressa consagração geral a nível comunitário.

A nível comunitário esta lacuna só foi suprida em 2011 pela chamada “diretiva direitos dos consumidores”¹⁷.

4.2 Falta de adequação da oferta às necessidades dos consumidores

No atual quadro regulamentar, não há nos contratos de crédito qualquer obrigação de adequar a oferta às necessidades dos consumidores. A Diretiva 2008/48/CE (art. 8º) impõe a obrigação de avaliar a solvabilidade do consumidor. O artigo 5º, n. 6, estabelece apenas que os mutuantes devem fornecer explicações adequadas ao consumidor de modo a colocá-lo numa posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira, eventualmente fornecendo as informações pré-contratuais, explicando as características essenciais dos produtos propostos e os efeitos específicos que possam ter para o consumidor, dando aos Estados-membros uma certa margem na sua aplicação prática, mas não contém regras sobre a adequação do produto às necessidades.

Fundamental seria também aumentar a responsabilidade dos fornecedores de crédito, de modo a limitar a presença de produtos inadequados às necessidades dos consumidores. Para tal, entende-se necessária a introdução, a nível europeu, de procedimentos comuns para o tratamento das situações de sobre-endividamento, na sequência das quais se devem organizar igualmente ações de assistência e/ou de socorro às vítimas de sobre-endividamento em consequência de práticas abusivas dos mutuantes.

4.3 Publicidade

No atinente às informações publicitárias, salienta-se que, enquanto a regulamentação atual contém obrigações relativas às informações básicas necessárias para a celebração de contratos de crédito (Diretiva 2008/48/CE, art. 4º e seguintes), não inclui obrigações específicas relativas a práticas enganosas ou agressivas ou, pelo menos, passíveis de gerar endividamento¹⁸.

A Diretiva 2008/48/CE, relativa aos contratos de crédito aos consumidores, obriga os Estados-membros a imporem aos mutuantes ou aos intermediários de crédito que a publicidade destes produtos informe claramente o consumidor através de elementos de comparação, e prevê igualmente os principais dados financeiros que devem figurar no contrato.

Esta diretiva ancorada na informação do consumidor não é suficiente para prevenir o sobre-endividamento. Para ser eficaz neste domínio a legislação deve prever medidas de educação destinadas a profissionais e consumidores.

Assim, alguns Estados-membros vão mais além e preveem que o contrato de crédito ao consumo deve alertar os consumidores para determinados abusos, ou recordar o direito que os assiste de receber um quadro de amortização pormenorizado.

Afigura-se urgente uma legislação mais incisiva e ambiciosa do que a Diretiva 2006/114/CE em matéria de publicidade enganosa e de publicidade comparativa a fim de proibir certas formas de publicidade enganosa ou abusiva, sobretudo quando visam consumidores vulneráveis ou que já não conseguem reembolsar as dívidas.

4.4 A usura

A Comissão deveria elaborar um estudo oficial para averiguar a possibilidade e as modalidades de introdução de disposições europeias abrangentes sobre a usura, aprofundando os princípios e os elementos de base comuns com utilidade para a fixação de uma escala de taxas a aplicar ao nível europeu com base no qual seria possível definir uma situação de usura.

A fim de reforçar e valorizar experiências plurianuais realizadas em alguns Estados-membros, seria útil estabelecer um quadro jurídico europeu para a promoção de sistemas nacionais de luta contra a usura e de assistência às vítimas de usura.

Nesta matéria, as situações na Europa são muito heterogéneas. Regra geral, existem garantias para os créditos aos particulares, embora alguns países tenham liberalizado totalmente os seus regimes de usura para os créditos às empresas. Só França e Itália continuam a ser a exceção. Na maior parte dos países, o controlo das taxas de juro não se baseia na lei, mas na jurisprudência. É o caso do Reino Unido e de Espanha.

Na Alemanha, os tribunais avaliam a usura com base nas médias do mercado publicadas mensalmente pelo Bundesbank para os diferentes tipos de crédito. O desvio é considerado excessivo se for superior ao dobro do praticado no mercado.

Itália dispõe, tal como França, de uma lei que regula as taxas de juro. A taxa de usura é também reavaliada trimestralmente. No entanto, neste país, uma taxa é considerada usurária se ultrapassar em mais de 50% a taxa média aplicada pelos bancos.

4.5 Práticas bancárias como origem do sobre-endividamento

Se contratado de forma sustentável – quando não haja problemas laborais graves, quando o peso mensal das dívidas não ultrapasse um valor razoável do rendimento mensal disponível, quando o número de créditos não seja muito elevado e quando exista alguma poupança capaz de amortecer situações pontuais de perda de rendimento –, o crédito contribui para os cidadãos europeus poderem melhorar a sua qualidade de vida e acederem a bens e serviços essenciais que de outro modo não alcançariam ou só o fariam ao fim de muito tempo, como sucede com a habitação ou o meio de transporte individual.

No entanto, a perspectiva de algo correr menos bem na vida pessoal ou familiar que impeça de continuar a liquidar pontualmente os compromissos assumidos é um risco a que estão sujeitos todos os que celebram contratos de crédito. Deste modo, um endividamento normal, controlado, pode transformar-se, por razões diversas, em endividamento excessivo, incontrolado¹⁹.

Os numerosos estudos sociológicos efetuados em vários Estados-membros identificam, entre as principais causas de endividamento excessivo, as seguintes, todas ligadas a práticas na concessão de crédito pelas instituições financeiras:

- a) incentivos excessivos ao consumo e apelos ao crédito fácil, aos jogos de azar e na Bolsa e à promoção do status na publicidade e no marketing;
- b) aumento das taxas de juro, cujo efeito negativo se faz sentir sobretudo nos créditos de longo prazo, como o crédito à habitação;
- c) recurso excessivo ao cartão de crédito, ao crédito revolving e a formas de crédito pessoal concedidos por sociedades financeiras, com taxas de juro elevadas;
- d) obtenção de crédito no mercado informal, sobretudo pelas pessoas de baixos rendimentos, a taxas de juro usurárias;
- e) créditos utilizados para pagar outros créditos, criando um efeito ‘bola de neve’;
- f) indisponibilidade de certas instituições financeiras para renegociarem com os consumidores de menor riqueza o pagamento das suas dívidas em situações de dificuldades financeiras.

A exclusão social que daqui emerge traduz-se, normalmente, na dificuldade ou no impedimento do acesso ao mercado dos serviços financeiros de base, designadamente a abertura de conta à ordem, a posse de meios de pagamento eletrónicos, a possibilidade de efetuar transferências bancárias e de contratar seguros de proteção ao crédito.

Esta exclusão financeira abrange, por maioria de razão, o acesso a crédito de baixo custo que possibilite a aquisição de bens e serviços indispensáveis à economia familiar (casa, electrodomésticos, transportes, educação), à criação do autoemprego e à gestão de um pequeno negócio de base individual ou familiar.

Acontece que, hoje, o acesso a uma conta bancária, a certas formas de crédito, e a meios eletrónicos de movimentação de contas são condição essencial para, por seu turno, aceder a bens e serviços essenciais. O emprego, o pequeno negócio, a casa de habitação, o equipamento doméstico, o transporte, a informação, até a alimentação, o vestuário e o lazer passam pelo acesso ao crédito e à banca, que assume, assim, uma especial responsabilidade social de quase serviço público.

É aqui que a linha de fronteira entre uma classe média cada vez mais numerosa e empobrecida e os definitivamente excluídos, sem abrigo, mendigos, pedintes, dependentes da caridade pública, se tende a esbater e a diluir. Ora, é precisamente neste limiar da pobreza que a questão da prevenção do endividamento excessivo e do seu tratamento e recuperação ganha todo o sentido, como forma de evitar que pessoas social e economicamente inseridas ou recuperáveis caiam irremediavelmente no ciclo da pobreza e na exclusão social.

Nos diferentes sistemas nacionais o acento tónico é geralmente posto nas medidas de prevenção do endividamento excessivo²⁰.

No que diz respeito aos modelos de tratamento e recuperação dos devedores insolventes são usualmente referenciados dois modelos ou paradigmas:

a) O modelo do *fresh start*, de matriz norte-americana e acolhida em alguns países europeus, assenta nos princípios da liquidação imediata do património não isento do devedor e no perdão direto das dívidas não pagas, exceto daquelas que não podem legalmente ser perdoadas. Este modelo assenta na responsabilidade limitada do devedor, na partilha do risco com os credores e na necessidade de recuperar o mais rapidamente possível o devedor para a atividade económica e para o consumo, e na clara não estigmatização do sobre-endividado;

b) O modelo da reeducação, predominante em alguns países europeus, tem por base a ideia de que o devedor falhou e merece ser ajudado, mas não

O acesso a uma
conta bancária,
a certas formas
de crédito, e a
meios eletrónicos
de movimentação
de contas são
condição essencial
para, por seu turno,
aceder a bens e
serviços essenciais

deve ser exonerado sem mais do seu dever de cumprir as suas obrigações (*pacta sunt servanda*). Este modelo, assente na ideia da “culpa” do sobre-endividado nem que seja por imprevisão ou mera negligência, desenvolve-se em torno da renegociação das dívidas com os credores, tendo em vista a aprovação de um plano global de pagamentos. Esse plano pode ser negociado nos tribunais ou extrajudicialmente, sendo importante aqui o papel desempenhado pelos serviços de aconselhamento e mediação de dívidas.

Com a crise económica e social deasencadeada pela crise financeira, o fenómeno do sobre-endividamento acentuou-se e atinge cada vez mais pessoas de todas as categorias socioprofissionais. A situação é agora mais preocupante, uma vez que afeta trabalhadores pobres e desempregados que acumularam faturas por pagar de serviços essenciais como energia, água, seguros e telefone e têm rendas em atraso, pessoas da classe média, frequentemente devido a circunstâncias imprevistas, mas também pensionistas cujas pensões sofreram cortes em resultado de políticas de austeridade, ou que ajudam financeiramente os seus familiares.

O aumento recente do sobre-endividamento engloba outra categoria sociológica: as pessoas da classe média que perderam o emprego e se encontram confrontadas com pesados empréstimos hipotecários que incidem sobre a própria habitação, sem perspectivas a curto prazo de encontrar um novo emprego.

O recurso ao crédito numa sociedade da abundância, incentivado por campanhas publicitárias agressivas e enganosas para compensar a falta de rendimentos e adquirir bens e serviços, está igualmente na origem de inúmeros casos de sobre-endividamento. A este respeito, note-se que as categorias vulneráveis são “mal-endividadas”, porque não têm acesso a todas as formas de crédito devido à sua insolvência. São orientadas para as fórmulas que se revelam ser as mais dispendiosas, do tipo “crédito de tesouraria”, frequentemente associadas a cartões distribuídos através de diversos canais a taxas muito elevadas.

A questão das taxas do crédito imobiliário ou do crédito ao consumo merece igualmente uma atenção especial. Certos empréstimos são concedidos a taxas variáveis sem limites máximos que podem evoluir de forma muito significativa em função do mercado. Por vezes, pretensamente para tornar os agregados familiares solventes, alguns empréstimos são concedidos com taxas progressivas antecipando uma progressão dos rendimentos, o que não aconteceu devido à crise e aos tetos salariais praticados em alguns países, ou devido à perda dos salários.

4.6 O caso particular do crédito hipotecário

A crise financeira que levou à falência inúmeros mutuários, obrigados a vender a preços irrisórios os imóveis que tinham adquirido, demonstra bem a necessidade de legislação europeia adequada neste domínio, razão por que se aplaudiu o objetivo da Comissão de criar as condições necessárias para o desenvolvimento de um mercado único eficiente e competitivo, com vista a restaurar a confiança dos consumidores e a promover a estabilidade financeira²¹. No entanto, há fundadas razões para temer que o teor da proposta não seja suficiente para alcançar este desiderato e que não tem só a ver com a base jurídica escolhida, que haverá de ser o artigo 169º do Tratado, e não o artigo 114º. Com efeito, as medidas que visam assegurar a concessão de crédito de forma responsável não são, só por si, suficientes para sanear o mercado e contribuir para prevenir o sobre-endividamento.

Por outro lado, passa-se mais uma vez ao lado da necessidade primordial do enquadramento dos intermediários do crédito, que deveria ser objeto de uma regulamentação de carácter geral e não se limitar exclusivamente ao objeto restrito da proposta, como já se deixou referido antes.

As informações fornecidas ao consumidor devem também levá-lo a refletir atentamente sobre a sua futura capacidade de reembolso. Como é óbvio, nem sempre podemos esperar tal comportamento; assim, é necessário que o mutuante adote uma política responsável e que volte a aplicar sistematicamente a prática em tempos fixada por lei em vários Estados-membros de não conceder um montante de crédito superior a 70% ou 80% do valor do imóvel. Esta regra tinha um importante papel prudencial, dado que visava evitar as atitudes imprudentes das instituições financeiras. A crise dos empréstimos hipotecários de alto risco (*subprime*) demonstrou que essa prudência tinha fundamento. Convirá refletir sobre a reintrodução desta regra, sem prejuízo de cláusulas mais flexíveis para as habitações de tipo social, relativamente às quais existem facilidades financeiras na maioria dos Estados-membros.

A prática da limitação do capital financiado teria uma dupla vantagem. Por um lado, desencorajaria as pessoas não solventes de comprarem e de ficarem sobre-endividadas. Por outro, daria ao mutuante a garantia da seriedade do mutuário, já que este demonstraria a sua capacidade de poupança. Em suma, a medida preconizada pelo Cese baseia-se no princípio fundamental de empréstimos responsáveis para mutuários responsáveis.

Identicamente, a verificação da solvabilidade à data da celebração do contrato de crédito e em caso de aumento do montante total do crédito é

indispensável. Importa que os consumidores saibam que, se não puderem pagar, perderão o seu bem, que será objeto de hasta pública em condições de mercado que podem ser péssimas. Contudo, essa obrigação não deve conduzir a afastar certas categorias de consumidores do crédito ou a orientá-los abusivamente para este ou aquele tipo de crédito. Assim, a obrigação de fundamentar as recusas é essencial, tal como a possibilidade de solicitar a reapreciação do pedido quando a recusa é feita por processo automatizado. A avaliação objetiva da solvabilidade do mutuário visa prevenir o sobreendividamento. Em caso de incumprimento, deverá ser o mutuante a assumir a responsabilidade se a sua decisão se tiver baseado numa avaliação incorreta da solvabilidade do mutuário. Os custos da concessão irresponsável de crédito deverão ser suportados pelo mutuante.

4.7 O direito a uma conta bancária

É neste contexto que ganha todo o sentido a proposta da Comissão apresentada em 8 de maio de 2013²², que visa garantir a todos os cidadãos europeus o acesso a uma conta bancária com características básicas, visto que a inclusão bancária é essencial no mundo atual, e melhorar a comparabilidade dos encargos bancários e a mobilidade, com vista a lutar contra a exclusão financeira e a facilitar a participação dos consumidores no mercado interno.

No entanto, o exercício deste direito deverá obedecer às regras da União relativas ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e não deve facilitar a evasão fiscal.

Lamentável também o alcance limitado de algumas medidas propostas, sendo necessário que a harmonização da terminologia abranja todos os encargos e que o documento de informação não contemple unicamente a lista das operações mais representativas, uma vez que cada consumidor tem necessidades diferentes.

Sauda-se a obrigatoriedade de fornecer ao consumidor, pelo menos uma vez por ano, um cômputo de todos os encargos incorridos. Esta informação permite-lhe avaliar o custo dos serviços vendidos e escolher os produtos que mais lhe convêm. Este é o mínimo que se pode exigir e deve ser fornecido gratuitamente. Mais apropriado seria que esta medida fosse completada por uma obrigação de informar os consumidores antes da execução direta na sua conta de débitos de encargos excepcionais, de modo a poderem tomar as medidas necessárias antes do débito direto, de aprovisionar a conta ou, eventualmente, de contestar esses encargos.

Também por razões de transparência, deveriam ser criados sítios Web de comparação independentes, e o registo de recenseamento dos sítios Web existentes deveria permitir aos consumidores aceder às informações relativas às instituições baseadas em todos os Estados-membros.

No que se refere às propostas relativas à mobilidade bancária, importa avaliar a exequibilidade de um número de conta “móvel” e implementar de forma sistematizada um processo de reencaminhamento automático das operações. Estas medidas devem ser precedidas por um estudo independente.

De todo o modo, subsistem reservas quanto ao limiar mínimo de “pelo menos um prestador de serviços de pagamento” em cada Estado-membro, o que pode aniquilar a possibilidade de escolha do consumidor, dada a inexistência de qualquer oferta concorrente. Havendo uma única instituição a propor tal oferta, seria para ela um pesado encargo e um estigma tanto para si como para os consumidores clientes. De resto, a ausência de concorrência privaria os consumidores de qualquer possibilidade de escolha e obrigá-los-ia a aceitar as condições estabelecidas, em particular o preço dos serviços prestados.

5. Principais medidas para pôr cobro a certas práticas abusivas

No que se refere à adequação dos produtos de crédito aos perfis dos consumidores, uma resposta possível poderia ser a introdução no mercado europeu de uma gama apropriada de produtos de crédito “certificados” ou “normalizados”. Tais produtos completariam a oferta existente. Deste modo, os consumidores teriam a possibilidade de identificar melhor um produto mais conveniente e adaptado às suas necessidades. A Comissão deveria aprofundar as bases jurídicas e processuais para uma maior transparência no mercado europeu com produtos de crédito “certificados” ou “normalizados” e para a criação de um sistema de alerta rápido europeu, com o objetivo de monitorizar a emissão de produtos financeiros e de créditos tóxicos no mercado financeiro e de crédito europeu.

No que concerne aos intermediários de crédito, salienta-se que o Parlamento Europeu apelou à criação de um quadro comunitário para clarificar e harmonizar as responsabilidades e as obrigações dos intermediários de crédito, com base no princípio “mesma atividade, mesmos riscos, mesmas

regras”, visando garantir a proteção dos consumidores e evitar práticas de venda pouco transparentes e formas de publicidade incorretas, que prejudicam, em particular, as faixas dos consumidores mais vulneráveis e menos informadas.

Entende-se que esta iniciativa contribuiria para renovar o mercado da oferta e combater mais vigorosamente os abusos, a corretagem monetária irresponsável e a intermediação de natureza criminosa dos usurários (*loan sharks*). A instituição do registo dos intermediários de crédito – com critérios vinculativos para a inscrição, a atribuição da fiscalização a organismos constituídos por associações profissionais dos bancos, dos intermediários/mediadores financeiros e das associações de consumidores sob a supervisão dos órgãos de fiscalização, e a indicação das causas de suspensão, cancelamento, exclusão e de responsabilidade partilhada em caso de prejuízos constatados em processo penal – pode assegurar a transparência, a fiabilidade e o profissionalismo.

Relativamente à emissão de cartões de crédito, as instituições financeiras que emitem cartões de crédito deveriam ficar sujeitas a regras severas (promoções, máximos de endividamento global, idade do titular potencial, transparência nos extratos de conta), para evitar comportamentos predadores e estimuladores do sobre-endividamento. Importa, sobretudo, fixar os limites de crédito dos cartões de crédito, em acordo com o seu titular. Todo e qualquer aumento futuro desses limites apenas deveria ser possível após acordo explícito entre titular e emissor do cartão de crédito. Um quadro regulamentar reforçado para garantir a proteção completa e transparente na utilização dos dados fornecidos pelo cliente, especialmente dos ativados via internet e correio eletrónico, parece também imprescindível.

No tocante aos serviços de consultoria em matéria de crédito ao consumo, defende-se o apoio das organizações da sociedade civil, especialmente as associações de consumidores, no exercício de atividades de consultoria, as quais permitiriam àqueles que acedem ao crédito ter uma opinião objetiva, transparente e profissional sobre a adequação dos produtos oferecidos às suas exigências específicas. Importa sublinhar que a atividade de consultor de crédito deveria ser regulamentada para garantir, acima de tudo, um alto nível de transparência e de independência em relação aos mutuantes e aos intermediários.

Na luta contra a usura o consumidor europeu seria mais bem protegido se existisse um enquadramento europeu da usura. O mecanismo essencial de luta contra a usura consiste em fixar uma taxa máxima para o custo total do crédito que abranja todos os juros e encargos associados ao contrato de

crédito expresso em percentagem, segundo o método conhecido da taxa anual de encargos efetiva global (TAEG), que deverá variar em função do tipo de crédito e do montante do empréstimo. Uma definição, a nível da UE, dos critérios para a definição das taxas máximas de juro e das taxas usurárias, em função das mesmas variáveis, embora não necessariamente nos mesmos montantes absolutos.

Com efeito, a taxa usurária é uma taxa de juro anormal em relação à taxa de juro fixada pela lei ou em relação à honestidade e lealdade em matéria comercial, bem como aos conceitos de ordem pública e bons costumes, ou imposta aproveitando-se do estado de necessidade de quem pede o empréstimo. Nessa medida, a regulamentação sobre a usura, como parte integrante do ordenamento jurídico que regula a organização económica de mercado, devia ser considerada pelos Estados matéria de ordem pública.

Por outro lado, a questão da usura faz parte integrante das regras de interesse geral comunitário. Na verdade, os mutuantes devem respeitar a lei em vigor do Estado de acolhimento no que toca à usura, em particular no caso dos contratos transfronteiriços. Dado o caráter de ordem pública da regulamentação sobre a usura, podem suscitar conflitos entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.

Contra o movimento de harmonização da regulamentação sobre a usura tem-se argumentado que o respeito pelo dever de informação por parte dos mutuantes, designadamente da informação sobre a taxa de juro praticada, é suficiente, permitindo ao consumidor escolher. Contudo, verifica-se que, na prática, a usura acontece em situações em que o consumidor não tem liberdade de escolha. Argumenta-se ainda que a regulamentação da usura poderá levar a uma restrição do mercado, privando do crédito os consumidores que mais necessitam. No entanto, os consumidores que se encontram numa situação difícil devem ser protegidos dos prestamistas menos honestos.

De um modo geral impõe-se o reforço do regime de sanções no setor dos serviços financeiros pelo estabelecimento de um sistema supranacional de sanções que sejam realmente eficazes, dissuasoras e proporcionadas, garantindo um conjunto mínimo de critérios comuns que os Estados-membros deverão respeitar ao estabelecer sanções administrativas por infração às disposições sobre os serviços financeiros. Neste sentido convém dar ao termo “sanções” um sentido lato que abarque tanto as medidas administrativas de tributação como

Os mutuantes
devem respeitar
a lei em vigor
do Estado de
acolhimento no
que toca
à usura

as medidas de restabelecimento da legalidade, a apreensão, a desqualificação de dirigentes, as sanções rescisórias (como a retirada de autorizações) e pecuniárias, as multas coercitivas e outras medidas similares.

O confisco dos benefícios ilícitos e as indenizações punitivas devem ser previstos como medidas complementares das sanções a impor, cujas verbas devem reverter para um fundo de auxílio aos recursos coletivos, a fim de facilitar a interposição de ações coletivas de ressarcimento ou de reparação por parte das associações de consumidores.

Também seria recomendável prever um maior impacto da publicidade e a comunicação das sanções impostas aos infratores para que, além da publicação lógica destas informações nos jornais oficiais internos, as sanções possam, sempre em função da sua gravidade, ser igualmente publicadas no Jornal Oficial da União Europeia ou em meios de comunicação escrita ou de divulgação massiva, como os portais internet. Os custos da difusão destas informações deveriam ser imputados aos infratores.

Um futuro regime de sanções a adotar deveria estabelecer disposições para garantir o reforço das associações de consumidores neste âmbito. Entre outros mecanismos, deveria ser prevista a criação de canais permanentes de comunicação entre o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia, o Cese e as referidas organizações. Também convém garantir o seu financiamento público para assegurar um financiamento mais eficaz *ex ante* que alerte para situações potencialmente perigosas para a estabilidade dos mercados financeiros e facilite a elaboração de regras adaptadas à rápida evolução dos produtos e práticas dos mercados e tenha em conta o impacto nos clientes das sanções aplicadas aos organismos financeiros.

Seria mesmo aconselhável a criação de uma Agência Europeia de Proteção dos Consumidores de Serviços Financeiros e a necessidade de analisar a possibilidade de estabelecer, no ordenamento jurídico europeu, uma entidade análoga à que foi instituída nos Estados Unidos pela lei Dodd-Frank (Bureau of Consumer Financial Protection – Agência de Proteção Financeira dos Consumidores).

Notas

- * J. Pegado Liz. Advogado. Membro do Cese (Comité Economico e Social Europeu) em representação dos consumidores. Juiz árbitro do Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem (CIMPAS).
- 1. Livro Verde sobre os serviços financeiros de retalho no mercado único (COM (2007) 226 final, sobre o qual o Cese emitiu um bem elaborado parecer de que foram relator e correlatora respectivamente os conselheiros E. IOZIA e R.C.MADER SAUSSAYE.

2. Parecer de Iniciativa do Cese ECO/216, de 23 de outubro de 2008, sobre a dimensão ética e social das instituições financeiras europeias, Rel. Edgardo Maria IOZIA.
3. A atividade de finança ética baseia-se nos seguintes princípios:
 - a. não discriminação dos beneficiários do investimento em razão do sexo, da religião ou da origem étnica ou em razão do património, partindo do princípio que o crédito, em todas as suas formas, é um direito humano;
 - b. acesso aos mais desfavorecidos, com base na validade de formas de garantias pessoais, de categoria ou da comunidade, em pé de igualdade com garantias baseadas no património;
 - c. eficiência, que, no âmbito do financiamento ético, não é definida em termos de beneficência, mas de atividade economicamente vital e socialmente útil;
 - d. participação do aforrador nas escolhas da empresa que recolhe os fundos, através da indicação das preferências quanto ao destino desses fundos ou de mecanismos democráticos de participação no processo decisório;
 - e. total transparência e acesso a todas as informações, razão pela qual as poupanças devem ser nominativas e os clientes têm o direito de ser informados quanto ao modo de funcionamento da instituição financeira e quanto às decisões por esta tomadas relativas ao crédito e ao investimento;
 - f. renúncia ao enriquecimento com base unicamente na posse e na movimentação de dinheiro, de modo que as taxas de juro sejam mantidas ao nível mais justo possível, com base em critérios que não sejam apenas económicos, mas também éticos e sociais;
 - g. ausência de relações financeiras com intervenientes ou atividades económicas que constituam um obstáculo ao desenvolvimento humano e que contribuam para a violação dos direitos humanos fundamentais, como a produção e o comércio de armamento, a fabricação de produtos de forma gravemente prejudicial para a saúde e para o ambiente, as atividades com base na exploração de menores ou na repressão das liberdades cívicas, etc. (Parecer citado)
4. Para uma análise de excelência sobre as consequências da crise financeira na condição jurídico-material dos consumidores das sete partidas do globo, ver o estudo “Crise Financeira & Direito do Consumo”, do professor Mário Frota, citado no Editorial da Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, de março de 2015.
5. Ver segunda avaliação conjunta do Comité da Proteção Social e da Comissão Europeia do impacto social da crise económica e das respostas políticas – SPC/2009/11/13 FINAL; Inquérito Eurobarómetro sobre a pobreza e a exclusão social – Ano Europeu do Combate à Pobreza e à Exclusão Social (2010). Comunicação da Comissão – Relatório Conjunto sobre Proteção Social e Inclusão Social 2010 – <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=757&langId=en>.
6. Parecer INT/726 (Cese 791/2014), Relator Mario CAMPLI.
7. In JO L 149/22 de 11.06.2005, transposta no nosso ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Lei 57/2008 de 26 de março, objeto de artigo do A. “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva

- 2005/29/CE)”, in *Revista de Direito do Consumo*, APDC n. 44 de dezembro de 2005, p. 17. Ver igualmente, de Claudia Sofia GMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais”, in *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, v. 1, n. 1, de março de 2011, p. 121.
8. Diretiva 2002/65/CE, do PE e do Conselho de 23 de Setembro de 2002 relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Diretivas 90/619/CEE, do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE, in JO L 271/16 de 9.10.2002
 9. Objeto de Parecer de Iniciativa do Cese INT/732 “Vulnerabilidade dos consumidores face às práticas comerciais no mercado único”, Rel. Bernardo HERNANDEZ BATALLER.
 10. Ver designadamente o Parecer Cese 918/2003, INT/159, de 17 de julho de 2003, de que fui Relator no Cese; ver igualmente o meu artigo “Crédito ao Consumo: análise crítica da proposta de directiva da Comissão”, in *Revista de Direito do Consumo APDC*, n. 34, de junho de 2003, p. 71.
 11. Daí a necessidade de uma definição de requisitos gerais de deveres de informação, de acordo com as seguintes orientações:
 - a. Definição de um dever geral de informação pré-contratual que inclua informação sobre os bens e serviços, sobre o profissional, o preço e condições de execução do contrato, direito de retratação e modo de resolução de conflitos.
 - b. O conteúdo e a extensão da informação pré-contratual devem ser genericamente ajustados aos bens/serviços em causa, designadamente se o objeto for complexo ou tiver efeitos na saúde e segurança dos consumidores.
 - c. A forma de prestação da informação deve obedecer ao princípio geral da lealdade, não devendo ser enganosa nem omissa quanto a aspectos essenciais e ser clara e inteligível face não apenas ao objeto do contrato como ao modo de comercialização.
 - d. As informações pré-contratuais devem integrar o contrato celebrado pelo consumidor.
 - e. Deve ser consagrado o princípio da gratuidade da informação sobre aspectos fundamentais do contrato, complementado pelo princípio da adequação do preço aos custos nos restantes casos.
 - f. Com vista à formação da sua decisão de contratar, o consumidor deve poder aceder de forma fácil à informação pré-contratual disponibilizada e ter o direito a ser esclarecido sobre a mesma e sobre o conteúdo e consequências do contrato.
 - g. Deve prever-se um dever de assistência e de aconselhamento, a cargo do profissional, particularmente reforçado em produtos/serviços complexos ou que ponham em causa a saúde e segurança dos consumidores,
 - h. O ónus da prova de que a informação pré-contratual foi prestada e o dever de assistência foi cumprido deve recair sobre o profissional.
 - i. O incumprimento dos deveres de informação pré-contratual e assistência, sendo relevante, deve dar direito de retratação bem como de ressarcimento dos eventuais danos. (Citado Parecer)

12. Diretiva 2007/64/CE, do PE e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, sobre serviços de pagamento no mercado interior, que altera as Diretivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE e que revoga a Diretiva 97/5/CE, in JO L 319/1 de 5.12.2007.
13. COM (2012) 352 final.
14. Com efeito, chegou-se ao ponto de a diferença entre o rendimento anual de um trabalhador e do presidente do conselho de administração de uma das grandes instituições financeiras ser de 1 para 400. Apesar de todos os compromissos e das declarações solenes dos chefes de Estado e de Governo da UE, o Cese constata que ainda não foram tomadas medidas eficazes e concretas neste domínio.
15. “Acerca do regime jurídico das cláusulas contratuais abusivas no Direito da União Europeia”, J. Pegado Liz, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. IV, n. 16, dezembro de 2014; ver igualmente, o meu artigo “As condições gerais dos contratos”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, APDC, n. 13, março 1998, p. 20.
16. Diretiva 2006/123/CE, do PE e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, in JO L 376/36 de 5.1.2006.
17. Diretiva 2011/83/EU, de 25 de outubro de 2011, in JO L 304 de 22 novembro de 2011, artigo 9º, transposta para o direito nacional pelo Dec.-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro. Sobre a proposta de diretiva ver os meus artigos “Algumas reflexões a propósito da proposta de diretiva sobre ‘direitos dos consumidores’”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, APDC, n. 61, março de 2010, p. 11, e “A Nova Diretiva sobre direitos dos consumidores”, na *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, n. 2, junho de 2012, p. 186; sobre a transposição ver “Contratos celebrados à distancia e fora do estabelecimento comercial”, de Jorge Morais Carvalho e João Pedro Pinto-Ferreira, Almedina, 2014 e o artigo “Análise crítica da directiva dos direitos dos consumidores e da sua transposição” dos professores Catarina Frade e Mariana Pinheiro de Akmeida, in “Debater a Europa”, n. 11 julho/dezembro de 2014 (CIEDA e CEIS20, em parceria com GPE e a RCE).
18. Ao invés, a Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, contém uma boa definição de “ações enganosas” (art. 6º) ou “práticas comerciais agressivas” (art. 8º). Sobre a publicidade em geral na UE, ver o meu artigo “Publicidade na União Europeia, in *RPDC*, n. 48, dezembro 2006; sobre, especificamente, a “Publicidade Financeira”, ver o excelente artigo de Fernando GRAVATO DE MORAIS, in *RPDC*, n. 48, dezembro 2006, p. 82.
19. Cf. Parecer de iniciativa do Comité Económico e Social Europeu sobre “Crédito e exclusão social na sociedade da abundância”, 25 de Outubro de 2007, relator J. PEGADO LIZ.
20. De que se destacam as seguintes:
 - a) Uma informação mais completa e divulgada relativa aos serviços financeiros em geral, aos seus custos e ao seu funcionamento.

- b) A educação financeira, incluída cedo nos currículos escolares e noutros domínios da educação e formação, como um *long life learning process* que acompanha as necessidades e as competências dos destinatários, variáveis ao longo dos ciclos de vida e de acordo com a cultura, o sistema de valores, as características sociodemográficas e económicas, os padrões de consumo e de endividamento dos destinatários; de destacar que, nalguns Estados-membros, os “media” e, em particular a TV, na sua função de serviço público, com a colaboração das associações de consumidores e das próprias instituições financeiras, vêm editando programas de sensibilização para as questões do crédito e do endividamento, muitas vezes em “prime-time”. Além disso, há que aproveitar as estruturas da educação para adultos, como as garantidas pelos centros de acompanhamento e aconselhamento de famílias existentes em vários países.
- c) A criação ou o alargamento de redes de serviços de aconselhamento financeiro que ajudem os cidadãos a fazer uma gestão equilibrada do seu orçamento, a escolher as melhores opções de financiamento dos respectivos consumos, de modo a reduzir as assimetrias de informação face às instituições financeiras e a definir planos de reembolso sustentáveis, mediante simulações “ex-ante”.
- d) Incentivos à poupança (fiscais, sociais, educativos) como primeira linha de defesa das famílias quando são chamadas a enfrentar dificuldades financeiras e objeto de contrapublicidade para os apelos desenfreados ao crédito.
- e) Utilização de sistemas de *credit scoring*, próprios das instituições de crédito ou contratados com empresas especializadas, para avaliar o risco de crédito dos seus clientes, permitindo estimar o risco de insolvência através da avaliação de uma multiplicidade de variáveis e o estabelecimento objetivo de limites de endividamento individual e familiar.
- f) Crédito social, microcrédito e crédito abordável (*affordable*).
- g) Iniciativas como o microcrédito, os *credit unions*, as *caisses d'épargne*, os fundos sociais alemães e holandeses, os bancos postais e o crédito social, são, a par de outras iniciativas emergentes nos Estados-membros, exemplos a ter em conta na obtenção de créditos abordáveis por pessoas em risco de exclusão. O microcrédito, por exemplo, tem servido para financiar pequenos negócios e o autoemprego, o que permite recuperar alguns desempregados para o mercado de trabalho e para a atividade económica. A necessidade de apoio especializado (de gestão, contabilístico, comercial) aos beneficiários do microcrédito na gestão da sua atividade por parte das entidades financeiras é recomendável e está já a ser adotada em vários casos.
- h) Crédito responsável, significando um maior comprometimento das instituições de crédito com as necessidades e condições dos seus devedores individuais e a procura do instrumento financeiro mais ajustado às circunstâncias de cada um, ou mesmo a recusa de mais crédito em casos de risco iminente de sobre-endividamento.
- i) Ficheiros de crédito – A utilização de bases de dados contendo todo o historial financeiro dos seus clientes (ficheiros de crédito positivos) ou apenas os incidentes de pagamentos (ficheiros de crédito negativos) – apesar dos riscos que, em especial

quanto aos primeiros, são reconhecidos em termos de proteção da vida privada e de ineficácia nas situações de endividamento passivo, pela impossibilidade de previsão do fato futuro causador da situação, bem como pela não inclusão de outras dívidas de origem não financeira (por exemplo, dívidas dos serviços essenciais e fiscais) – permite às instituições de crédito conhecer o nível de endividamento de um cliente e fundamentar melhor uma decisão de concessão de um empréstimo.

j) A auto e correção conduzindo à elaboração de Códigos de Conduta pelas entidades financeiras, nomeadamente em parceria com organizações de defesa do consumidor, pode ajudar a prevenir algumas práticas abusivas e a incorporar a perspectiva mais social na atividade das instituições de crédito. Este tipo de medida é útil também para reforçar o controlo da atividade das *debt collection agencies* (empresas de recuperação de créditos), permitindo disciplinar a forma de lidar com os devedores, como complemento de um quadro legislativo rigoroso e efetivamente aplicado.

l) Prevenção de práticas creditícias abusivas

Face a práticas predatórias e usurárias que ameaçam os grupos mais desfavorecidos da população – como por exemplo, crédito por telefone ou telemóvel com taxas de juro muito elevadas, contratos de crédito interligados com contratos de compra e venda ou de prestação de serviços que não são conhecidos, concessão de créditos para aquisição de títulos em Bolsa por vezes do próprio banco, cláusulas penais draconianas, cartões de crédito e cartões de loja com vertente de crédito de acesso fácil, exigência de garantias reais e simultaneamente de garantias pessoais (colaterais) para contratos de crédito ao consumo de pequeno montante, informação incompleta ou pouco rigorosa, publicidade dirigida a jovens – algumas autoridades nacionais, organizações de defesa do consumidor e outras ONGs, e as próprias instituições de crédito têm acordado regras e procedimentos para evitar a sua utilização. Para além dos aspectos benéficos na concessão de créditos responsáveis, tais medidas contribuem para a diminuição de distorções à concorrência no mercado e promovem a responsabilidade social das instituições de crédito.

m) Fiscalização e controlo da publicidade ao crédito

Embora legítima enquanto estratégia de promoção dos produtos financeiros, a forma como estes são publicitados justifica que seja objeto de uma fiscalização atenta por parte das autoridades públicas. Também os conteúdos publicitários, os canais e as técnicas de publicidade devem ser objeto de uma disciplina forte e harmonizada, que não permita criar nos consumidores a imagem de que o crédito não tem riscos e de que é facilmente acessível e sem custos. Nesta área devem ser igualmente incentivadas as iniciativas de auto regulação e correção e as boas práticas empresariais. Estas iniciativas devem garantir que o mutuário tenha plena clareza sobre as condições do crédito contraído e que o mutuante assuma especial responsabilidade perante pessoas que, pelas suas capacidades psíquicas reduzidas, não estão à altura de avaliar as consequências decorrentes da assunção de um compromisso financeiro. (citado Parecer)

21. Ver Proposta de Diretiva do PE e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação (COM(2011)142 final de 3103.2011), que esteve na origem da Diretiva 2014/17/UE, do PE e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação e que altera as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n. 1093/2010, in JO L 60/34 de 28 de fevereiro de 2014.
22. Ver COM(2013) 266 final, Proposta de Diretiva do PE e do Conselho relativa à comparabilidade dos encargos relacionados com as contas de pagamento, à mudança de conta de pagamento e ao acesso a contas de pagamento com características básicas.

LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA DIRECTIVA DE CRÉDITO AL CONSUMO

BERNARDO HERNÁNDEZ BATALLER*

Consejero del Comité Económico y Social de la Unión Europea

EXCERTOS

“La obligación de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo”

“La Directiva establece una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos”

“Esta Directiva, es un instrumento legislativo de aproximación de legislaciones de los Estados con objeto de modificar y consolidar las diferentes Directivas existentes sobre la materia”

“La obligación de los Estados miembros de aplicar las disposiciones de la Directiva debe limitarse, por consiguiente, al ámbito de aplicación que dichas definiciones determinan”

1. Introducción: el denominado “deber precontractual de información”

El deber precontractual de información tiene en la actualidad, en la Unión Europea, una enorme trascendencia no solamente por la forma en que la información general e impersonalizada es transmitida a través de las nuevas tecnologías de la información sino también por la incidencia que ella tiene en la expresión del consentimiento para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos¹. El deber de informar en la sociedad de la información tiene gran entidad y comprende toda la información privada en poder del vendedor que pudiese afectar a la decisión del comprador. De ahí que, en las numerosas leyes que aluden a este deber, se sostenga que la información ha de ser exacta, suficiente y completa.

En teoría, el empresario debe suministrar con carácter previo los datos que han de considerarse “determinantes de la voluntad negocial” del consumidor, esto es aquella información que es *sustancial* en la medida en que es susceptible de afectar a la decisión de contratar del consumidor².

La obligación de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo. Por ello, la información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. De una buena información depende un consentimiento libremente formado y exento de vicios. Hay que tener en cuenta, además, que la obligación de informar, contemplada desde la perspectiva de la buena fe en sentido objetivo, adquiere utilidad como criterio de imputación de responsabilidad precontractual: la parte dañada se encuentra vinculada a un contrato que resulta insatisfactorio, y su actitud ante la configuración del mismo habría sido distinta de haber sido correctamente informada (por ejemplo, si la otra no le hubiera proporcionado datos falsos o no se hubiera callado los correctos).

La obligación de información encierra dos aspectos básicos: uno negativo (abstenerse de dar información errónea) y otro positivo (el de transmitir toda la información exigible). Así pues, será exigible aquella información que sea necesaria para el receptor de la misma al efecto de la formación adecuada de su consentimiento contractual.

Con carácter general, la información no es sólo un deber, sino también un derecho básico, que cobra especial relevancia en materia de consumo³.

1.1 El deber de información precontractual en algunos ordenamientos jurídicos europeos

Los ordenamientos jurídicos pertenecientes al derecho continental europeo se caracterizan por una aproximación más flexible con una cierta tendencia al establecimiento de deberes precontractuales de informar, mientras que, en los ordenamientos pertenecientes al *common law* la respuesta se decanta por la negativa⁴.

Cabe hacer una somera referencia, a la regulación de este deber en algunos ordenamientos de países europeos:

–En derecho inglés:

El derecho inglés opta por un modelo de deberes de información excepcionales, circunscrito a ciertos supuestos de hechos identificados por el legislador o los jueces. Los autores⁵ están de acuerdo en que durante la negociación de un contrato no existe lo que se podría denominar una *general obligation* de informar, es decir, durante la negociación de un contrato no existe un deber *general* de informar para las partes, aún cuando una de ellas conozca información que la otra ignore y dicha información sea determinante, para la decisión de esta última de contratar o no, o en qué términos hacerlo.

En el derecho inglés la regla era el *caveat emptor*, en base al cual cada parte se protege a sí mismo. Si no existen garantías explícitas o implícitas sobre la cosa y hubo oportunidad de inspeccionarla, ni se puede alegar luego que ésta carece de algunas cualidades determinantes de la voluntad de comprador. La expresión que suele utilizarse en el derecho inglés, y en general en el *common law* es *duty disclosure*.

En el derecho inglés existe una marcada diferencia en el tratamiento que se prodiga a suministro de información falsa y a la reticencia. Si bien, por una parte, se asume que, durante la negociación de un contrato, no existe un deber general de informar; de otra parte, sin embargo, existe una regla general y bastante estricta, según la cual una parte no debe formular declaraciones falsas a la otra. La formulación de declaraciones falsas es, salvo algunas excepciones, el supuesto de hecho de la *misrepresentation*⁶.

Debe clarificarse que, cuando se afirma que en el derecho inglés no existe un deber general de informar, no se incluye aquí las infracciones a

dicho deber a través de una acción: el suministro de información defectuosa. Quien elija suministrar información debe hacerlo de forma correcta. En general, la *misrepresentation*, puede definirse, como una declaración falsa de una parte que, induce a la otra a celebrar un contrato. Es más, existen, al menos, dos supuestos que, generalmente, se consideran como hipótesis de reticencia, respecto de los cuáles se considera que pueden ser alegados a través de la figura de la *misrepresentation*, el primero de ellos es el cambio de las circunstancias (*representation falsified by later events*) y, el segundo, las verdades a medias (*half-truths*).

Las verdades a medias son declaraciones, literalmente ciertas, pero engañosas (*statement literally true, but misleading*). Son hipótesis en las que aquello que se declara es cierto, sin embargo, se omite cierta información que cualifica dicha verdad e impide a quien recibe la declaración ponderarla adecuadamente.

Para que exista *misrepresentation* no es necesario que la declaración sea formulada con ánimo de engañar, ni siquiera de forma negligente. En cuanto a las declaraciones excluidas, la regla general es que, para que una declaración produzca los efectos propios de la *misrepresentation* es necesario que se satisfagan múltiples requisitos, a saber: que recaiga sobre una cuestión de hecho presente —no futura— que esa cuestión sea relevante y que la declaración no sea ambigua.

Por otra parte, la existencia de una declaración falsa es una condición necesaria pero no suficiente para que haya *misrepresentation*. Es necesario, además, que dicha declaración induzca a quien la recibe a celebrar el contrato.

Por último, hacer constar que el rechazo a la imposición de un deber general de informar en el derecho inglés, se encuentra en el ámbito de las abstenciones. La razón de esa prevención es la existencia de numerosos deberes precontractuales de informar específicos⁷. Puede considerarse al deber de informar como un error para prevenir el error (*mistake*) unilateral⁸.

—En derecho francés:

La doctrina francesa parece mostrarse de acuerdo en que es posible derivar un deber de informar directamente de las exigencias que impone la buena fe a las partes durante la negociación de un contrato⁹.

En general, se considera que, la existencia de un amplio deber de informar se deriva de las exigencias de la buena fe, si bien con límites a dicho deber fijados, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, en

especial, a que no toda información debe suministrarse, sino sólo aquella que es relevante y cuya revelación es lícita.

En definitiva, en el derecho francés permite derivar de las exigencias de la buena fe deberes precontractuales de informar sin necesidad de que el legislador los haya tipificado, es decir, permite derivar deberes atípicos.

–En derecho alemán:

En el derecho alemán¹⁰ un importante sector de la doctrina señala que, al negociar un contrato, se presume que cada parte debe proteger sus propios intereses y que, cada uno de los negociantes puede mantener en silencio cierta información, aun cuando sea relevante para la otra parte.

Sin embargo, existe un límite para la legitimidad del silencio, determinado por las exigencias de la buena fe: si mantenerse en silencio es contrario a las exigencias de la buena fe, entonces existe un deber de informar.

En general, se ha identificado, al menos, tres situaciones en las que se asume que las exigencias de la buena fe imponen un deber de informar:

a) la primera de ellas, se presenta, cuando una parte solicita información a la otra;

b) la segunda, sucede cuando la información se refiere a las circunstancias que, en forma evidente, son totalmente determinantes para la otra parte, y,

c) la tercera sucede cuando existe una relación de confianza entre las partes;

–En derecho italiano:

En el derecho italiano, existe una disposición concreta en el Código Civil –el artículo 1.337– que impone a las partes el deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones del contrato y otra –el artículo 1.338– que obliga a resarcir el daño a aquella parte que, conociendo o debiendo conocer una causa de ineficacia del contrato, no informa de ella a la otra.

La doctrina¹¹ suele afirmar que, la buena fe origina un deber precontractual de información y que, el artículo 1.338 no es más que una especificación del artículo 1.337.

En el derecho italiano, no se plantea dudas acerca de la existencia de un deber de informar la existencia de causas de nulidad del contrato, ni tampoco sobre el hecho que de la buena fe derive un deber de informar, aunque no existe un acuerdo acerca del alcance de dicho deber.

–En derecho español:

La información precontractual¹², está regulada en el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –que es fruto de la transposición de la Directiva 2011/83/UE– que, viene a establecer la obligación del empresario a suministrar al consumidor.

En base a dicho precepto el empresario debe facilitar la información “*antes que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente*”¹³.

El artículo 60 del TR obliga al empresario a informar sobre las “*características principales*” del contrato y, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Por su parte, el apartado 2º de este mismo artículo contiene una lista de menciones obligatorias, lista que es aún más extensa y detallada tras la nueva redacción de este precepto.

La información que se suministra debe satisfacer varias características:

a) Ha de ser comprensible y clara. Para ello, es preciso que sea fácilmente perceptible y legible, que sea susceptible de comprensión directa (sin reenvíos a otros documentos), y que se facilite en una lengua que el destinatario pueda comprender.

b) Ha de ser suficiente, esto es, sobre cada una de las menciones obligatorias, ha de informarse de todos sus aspectos relevantes, de manera que el consumidor pueda hacerse una idea exacta de los elementos que lo conforman.

c) Ha de ser veraz, es decir, exacta u ajustada a la realidad. Están prohibidas las informaciones inexactas y las omisiones engañosas que pueden confundir al consumidor, induciéndole a error¹⁴.

d) Esta información ha de facilitarse de forma gratuita al consumidor.

Por último, en cuanto a la forma, en que ha suministrarse la información precontractual, para la contratación con los consumidores, el ordenamiento jurídico español no exige con carácter general una forma determinada. En cambio en determinados sectores sí se requiere que se haga por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera, conforme establece la Directiva 2011/83/UE.

1.2 En la Unión Europea

Con carácter general, es posible derivar del acervo comunitario una regla general que imponga deberes contractuales de información, en cuanto que se viene a establecer un “régimen general” y otro

más concreto para lo que se denominan “sectores específicos”. El derecho de la Unión establece una diferencia entre información precontractual en las prácticas comerciales y la información precontractual en los contratos concluidos por consumidores.

En primer lugar, la Directiva 2005/29/CE¹⁵ sobre “prácticas comerciales desleales” resulta aplicable sólo en la medida en que no haya disposiciones específicas del derecho comunitario que regulen aspectos concretos de dichas prácticas comerciales desleales, como requisitos relativos a la información y normas sobre la manera en que ha de presentarse la información al consumidor.

El artículo 2,d) viene a definir a las “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” como, *“todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”*.

Su ámbito de aplicación viene establecido en el artículo 3 de la Directiva que la considera aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto, y, en todo caso, sus normas deben entenderse sin perjuicio del derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos¹⁶.

La Directiva establece una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos.

La Directiva complementa, pues, el acervo comunitario aplicable a las prácticas comerciales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores. La Directiva establece una única prohibición general de aquellas prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores. Establece también normas sobre las prácticas comerciales agresivas, que en la actualidad no están reguladas a escala comunitaria.

En los casos en que el derecho de la Unión establece requisitos de información relacionados con las comunicaciones comerciales, la publicidad y la comercialización (“sectores específicos”), esa información se considera sustancial con arreglo a dicha Directiva.

Los Estados miembros podrán mantener o añadir requisitos de información relacionada con el derecho contractual y con repercusiones en el ámbito del derecho contractual si así lo autorizan las cláusulas mínimas de los instrumentos de derecho comunitario vigentes.

En segundo lugar lo establecido en la Directiva 2011/83/UE¹⁷, regula aspectos relacionados con la reglamentación que deben armonizarse por afectar exclusivamente a los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores.

Esta Directiva establece normas relativas a la información que es preciso facilitar en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, así como en los contratos distintos de estos. Y debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones de la Unión relativas a sectores específicos¹⁸.

Contiene la regulación general en materia de contratos de consumo, algunas de cuyas normas se refieren al derecho a la información precontractual y a la información de proporcionar en los contratos a distancia. Pretende reforzar la información al consumidor y usuario ampliando con carácter general los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios.

Esta Directiva, de contratos a celebrar entre comerciantes y consumidores, viene a diferenciar entre los requisitos exigidos a los contratos fuera de establecimientos comerciales y ventas a distancia, a los que específicamente exige unos requisitos concretos en su artículo 6 y el resto de contratos suscritos por los consumidores, a los que exige unos requisitos con carácter general en el artículo 5 de la Directiva, en especial, el relativo a que el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto. Además, se faculta a los Estados miembros para que establezcan requisitos precontractuales de información adicionales.

La información que el comerciante debe facilitar al consumidor debe ser obligatoria y no debe modificarse. No obstante, las partes contratantes deben poder acordar expresamente un cambio en el contenido del contrato posteriormente celebrado, por ejemplo en lo relativo a los procedimientos de entrega.

La información
que el comerciante
debe facilitar al
consumidor debe
ser obligatoria
y no debe
modificarse

Por su parte, esta Directiva en su artículo 2,12, define el “servicio financiero”: como “*todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago*”, quedando excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva según establece el artículo 3,2, d). En todo caso, dicha exclusión es parcial, en tanto en cuanto, el artículo 3, 2º de la Directiva establece que si sus disposiciones entrasen en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y, será de aplicación a dichos sectores específicos.

Al considerar que la Directiva 2008/48/CE sobre crédito al consumo regula uno de los denominados “*sectores específicos*”, sus preceptos tienen prevalencia, en caso de discordancia con el régimen general, establecido en materia de información precontractual, tanto en lo relativo a prácticas comerciales como al contenido del contrato. Este régimen jurídico se va exponer pormenorizadamente más adelante.

Por último, hacer constar que con posterioridad a la aprobación de la Directiva sobre crédito al consumo, la Directiva 2014/17/UE¹⁹ contiene unas obligaciones que difieren de forma significativa a la de la Directiva 2008/48/CE, al considerar más oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo, al establecer que los intermediarios de crédito faciliten información más precisa sobre su situación legal y vínculo con los prestamistas, a fin de revelar posibles conflictos de intereses, y que cuantos intervienen en la emisión de los contratos de créditos para bienes inmuebles estén debidamente reconocidos y supervisados²⁰.

2. La Directiva de crédito al consumo y la armonización de legislaciones

2.1 Los objetivos de la Directiva

Esta Directiva²¹, es un instrumento legislativo de aproximación de legislaciones de los Estados con objeto de modificar y consolidar las diferentes Directivas existentes sobre la materia. Tiene una base jurídica en el artículo 114 del TFUE, es decir, para mejorar el funcionamiento del mercado interior, que es una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. Esto implica que la Unión y los Estados miembros tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes

por los Estados que ejercen su competencia, únicamente si la Unión no ha ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla y sólo en la medida en que no lo haya hecho, conforme establece el artículo 2,2 del TFUE.

El principal objetivo de la Directiva de crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008²²) es ofrecer un elevado grado de protección del consumidor y por lo tanto, aumentar la confianza de los consumidores, permitir la libre circulación de las ofertas de crédito transfronterizos y corregir las distorsiones de la competencia resultantes de diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de crédito al consumo²³. Al mismo tiempo cabe destacar que la Directiva no tiene como objetivo incitar a los consumidores a obtener más crédito, sino a darles toda la información y los derechos necesarios para reflexionar a fondo antes de obtenerlo. Pretende la Directiva que la obligación de facilitar asesoramiento al consumidor en la fase precontractual se precise y adapte a las circunstancias de la oferta de crédito.

La Comisión persigue tres objetivos fundamentales en el ámbito del crédito al consumo:

- establecer las condiciones necesarias para un auténtico mercado interior. La situación de hecho y de derecho resultante de las disparidades de las legislaciones nacionales produce en algunos casos distorsiones de la competencia entre prestamistas dentro de la Comunidad y entorpece el funcionamiento del mercado interior cuando las disposiciones obligatorias adoptadas por los Estados miembros son más restrictivas que las establecidas en la Directiva 87/102/CEE. Asimismo, reduce las posibilidades de los consumidores de acogerse directamente al crédito al consumo transfronterizo, cuya disponibilidad aumenta paulatinamente. Estas distorsiones y restricciones pueden, a su vez, afectar a la demanda de bienes y servicios.

- garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, con el fin de que el consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones en virtud del contrato, y éste deba contener toda la información necesaria de forma clara y precisa.

- aumentar la claridad de la normativa comunitaria refundiendo las tres Directivas vigentes sobre crédito al consumo (87/102/CE, 90/88/CE y 98/7/CE). La Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, que modifica la Directiva 87/102/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo²⁴.

Parte del principio que, para garantizar una total transparencia debe facilitarse al consumidor información sobre el tipo deudor, tanto en la fase precontractual como en el momento de la celebración del contrato. A lo largo de la relación contractual, debe informarse al consumidor sobre cualquier cambio significativo del tipo deudor, como señala en el Considerando 23 de la Directiva.

La Directiva era un aspecto clave de la estrategia de la Comisión para ampliar el mercado de servicios financieros al por menor, ya que:

- estaban surgiendo nuevas oportunidades de negocios que estimulaban el potencial del mercado interior; la tecnología, y en particular internet, al permitir a los consumidores y a los prestamistas celebrar contratos a distancia, con lo que era previsible que la demanda de crédito pudiese aumentar como consecuencia del incremento de las ventas al por menor en internet y el acceso creciente a internet estaba empezando a alentar las operaciones bancarias a distancia.

- la eliminación de las barreras a la competencia se podría traducir en una diversificación de las ofertas y en mejores productos. El nivel de innovación ya era bastante alto en algunos Estados miembros, pero a menudo sucede que ciertos productos crediticios que están disponibles en un Estado miembro no podían venderse en otro país de la Unión Europea. Para los consumidores era conveniente poder acceder a todos los productos de crédito existentes en la Unión Europea y, a la vez, tener garantizado un alto nivel de información y protección.

Sin embargo, dichos argumentos han quedado, parcialmente, disvirtuados por la crisis económica de los últimos años que ha hecho disminuir el número de contratos suscritos por los consumidores.

2.2 La armonización de la Directiva de crédito al consumo

La Directiva 2008/48/CE es una Directiva de armonización “plena” o “total”, siguiendo el nuevo criterio de la Comisión frente a la anterior armonización de mínimos, lo que implica –entre otras cuestiones– que los aspectos que son objeto de armonización no pueden ser modificados por los Estados miembros, al menos en teoría, aunque, luego se podrá comprobar que, no resulta, exactamente, así.

La Directiva 2008/48/CE no regula cuestiones de derecho contractual relativas a la validez de los contratos de crédito. Por consiguiente, en ese

ámbito, los Estados miembros pueden mantener o adoptar disposiciones nacionales que sean conformes con el derecho comunitario.

También, La Directiva, faculta a los Estados miembros para establecer el régimen jurídico de la oferta del contrato de crédito, en particular, cuándo debe darse ésta y durante, cuánto tiempo es vinculante para el prestamista. Si dicha oferta se hace al mismo tiempo que se comunica la información precontractual prevista en la Directiva 2008/48/CE, debe transmitirse, al igual que cualquier otra información adicional que el prestamista desee facilitar al consumidor, en un documento aparte que podrá adjuntarse a la información normalizada europea sobre el crédito al consumo.

Para facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio en el ámbito del crédito al consumo, la Comisión consideró que era necesario prever un marco comunitario armonizado en una serie de ámbitos que denomina “esenciales”.

En base a lo anterior y, teniendo en cuenta el desarrollo continuo del mercado del crédito al consumo y la creciente movilidad de los ciudadanos europeos, la Comisión propuso unas normas comunitarias orientadas hacia el futuro, que pudieran adaptarse a futuras formas de crédito y que permitiesen a los Estados miembros un grado idóneo de flexibilidad en su aplicación para poder contribuir a lograr una legislación moderna en materia de crédito al consumo²⁵.

Para poder llevar a término la armonización había que garantizar la confianza de los consumidores y que, el mercado les ofreciera un grado de protección suficiente. De este modo, por lo menos teóricamente, se consideraba que era posible que la libre circulación de las ofertas de crédito se efectúase en las mejores condiciones, tanto para los que ofrecen como para los que solicitan el crédito, teniendo debidamente en cuenta las situaciones específicas de cada Estado miembro.

La Comisión consideraba que la armonización de algunos elementos fundamentales de los contratos de crédito al consumo podría hacer aumentar la confianza de los consumidores y, en consecuencia, podría animar a suscribir un crédito en un país de la Unión Europea distinto del suyo. El reducido número de contratos transfronterizos de crédito al consumo existentes se debía, según la Comisión, también a las preocupaciones que suscita en cuanto al nivel de protección de los consumidores en los demás Estados miembros, lo que cierta forma ha sido desmentido con los datos públicos que actualmente existen²⁶.

Una armonización total, según la Comisión, se consideraba necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se pudieran beneficiar de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior.

En este sentido, los Estados miembros no debían poder mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las previstas por la presente Directiva, pero tal restricción solo debía aplicarse cuando en la Directiva haya disposiciones armonizadas. En caso de que no existan esas disposiciones armonizadas, los Estados miembros son libres de mantener o adoptar normas nacionales.

Las definiciones que contiene la Directiva determinan el alcance de la armonización. La obligación de los Estados miembros de aplicar las disposiciones de la Directiva debe limitarse, por consiguiente, al ámbito de aplicación que dichas definiciones determinan. No obstante, estas disposiciones deben entenderse, sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros, conforme al derecho de la Unión, apliquen las disposiciones de la misma a aspectos que no pertenezcan a su ámbito de aplicación²⁷.

No obstante, los Estados miembros, son los que deben determinar en qué medida y bajo qué condiciones el consumidor ha de recurrir contra el proveedor antes de poder ejercer un derecho de recurso contra el prestamista, determinando en particular si los consumidores han de interponer una acción contra el proveedor antes de poder recurrir contra el prestamista. Las disposiciones de la Directiva no privan a los consumidores de los derechos que les otorgan las disposiciones nacionales que prevén la responsabilidad solidaria del vendedor o proveedor de servicios y del prestamista.

La Comisión mantiene el enfoque de plena armonización, con lo que, después de haber pasado la propuesta de Directiva por el Parlamento Europeo y en conciliación con el Consejo, lo denomina “armonización con cierto grado de flexibilidad” para los Estados miembros en algunos ámbitos. En otros casos, la Directiva deja un margen de libertad para la aplicación nacional, debido principalmente a la heterogeneidad existente en cuanto a los mercados o las legislaciones nacionales. Es el caso, por ejemplo, en lo que se refiere al reembolso anticipado o lo que se denomina los rebasamientos (o descubiertos). Los aspectos sobre los que los Estados miembros tienen un margen de actuación versan sobre la posibilidad de opción de adoptar medias legales o reglamentarias sobre:

– la exención para las organizaciones creadas para el beneficio mutuo de sus miembros (artículo 2, apartado 5).

– contratos de crédito relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso (artículo 2, apartado 6).

– legislación nacional que requiere que figura la TAE (Tasa Anual Equivalente) en la publicidad que no indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con cualquier coste del crédito para el consumidor (artículo 4, apartado 1).

– la TAE en la publicidad, en la información precontractual y en los contratos de crédito contemplados en el artículo 2, apartado 3 (“descubiertos” que deben pagarse cuando se soliciten o bien en el plazo de 3 meses (artículo 4, apartado 2º, letra c); artículo 6, apartado 2 y artículo 10, apartado 5, letra f).

– normas nacionales relativas a la validez de la celebración de contratos de crédito (artículo 10, apartado 1º).

– derecho de desistimiento en el caso de los contratos de crédito vinculados (artículo 14, apartado 2).

– derecho de reembolso anticipado y compensación del prestamista (artículo 16, apartado 4).

A todo lo anterior cabe añadir que la Directiva contiene algunas formulaciones abiertas para permitir a los Estados miembros adaptarlas a su cultura jurídica y a la situación de mercado²⁸, tales como:

– el concepto de “gastos mínimos” en lo que se refiere a los contratos de crédito en virtud de los cuales el crédito deba ser reembolsado en el plazo de tres meses (artículo 2, apartado 2, letra f).

– el concepto de “con la debida antelación” en lo que se refiere a la provisión de información precontractual (artículo 5, apartado 1, y artículo 6, apartado 1).

– el concepto de “explicaciones adecuadas” y la prestación de asistencia al consumidor por parte de los prestamistas o los intermediarios de crédito (artículo 5, apartado 6).

– facilitación de información precontractual para determinados contratos de crédito por medio del formulario de información europea de créditos al consumo (SECCI) que figura en el anexo III (artículo 6, apartado 1).

– el concepto de “información suficiente” en lo que se refiere a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 8, apartado 1º).

– el concepto de “aumento significativo” en lo que se refiere a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 8, apartado 2).

– el término “rebasamiento importante” (artículo 18, apartado 2).

La armonización total, además va acompañada en la Directiva con otros preceptos que refuerzan el principio, tales como el artículo 22 de la Directiva que, considera que los derechos que contiene a favor de los consumidores son irrenunciables, y que no puedan eludirse para sustraerlos de su ámbito de aplicación. Por su parte, el artículo 23 establece las sanciones que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, siguiendo una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁹, relativa al principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 del TUE, en base al cual los Estados miembros, aunque conservan la facultad de elegir las sanciones, deben velar por que las infracciones del Derecho de la Unión sean sancionadas, en condiciones de fondo y de procedimiento, análogas a las aplicables a las infracciones del derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.

3. La información precontractual en la Directiva de crédito al consumo

3.1 El objetivo de la información precontractual y el contenido de la Directiva

La Directiva parte del principio consistente en que los consumidores deben estar protegidos contra las prácticas desleales o engañosas, especialmente en lo que se refiere a la revelación de información por el prestamista, conforme a lo dispuesto en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. No obstante, en la Directiva se adoptan disposiciones específicas sobre la publicidad relativa a los contratos de crédito y sobre algunos elementos de información básica que deben facilitarse a los consumidores para que puedan comparar diferentes ofertas.

Dicha información debe proporcionarse de forma clara, concisa y destacada³⁰, mediante un ejemplo representativo. Cuando no se pueda indicar el importe total del crédito, a saber, la suma de todas las cantidades puestas a disposición del consumidor, debe indicarse un importe máximo, en particular cuando el contrato de crédito dé al consumidor libertad

para disponer de los fondos con una limitación respecto del importe. El importe máximo debe indicar la cantidad máxima del crédito que se puede poner a disposición del consumidor. Además, los Estados miembros conservan la libertad de regular en su derecho nacional los requisitos en materia de información por lo que respecta a la publicidad en la que no incluye información sobre el coste del crédito.

A fin de que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, antes de la celebración del contrato, la Directiva 2008/48/CE establece que debe recibir información adecuada, que pueda llevarse consigo para su examen, sobre las condiciones y el coste del crédito, así como sobre sus obligaciones. Con objeto de lograr la mayor transparencia posible y que las ofertas puedan compararse, esta información debe incluir, en particular, la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de idéntica forma en toda la Unión³¹.

La transparencia en el funcionamiento del mercado afectado se refleja en que se pretende que el conocimiento real de los gastos que posee el prestamista se evalúe de forma objetiva, teniendo en cuenta los requisitos en materia de diligencia profesional, lo que ha dado lugar a algún pronunciamiento del Tribunal de Justicia al que más tarde nos vamos a referir. El coste total del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos, incluidos intereses, comisiones, impuestos, remuneración de los intermediarios de créditos y cualquier tipo de gastos que el consumidor deba abonar en relación con el contrato de crédito, exceptuando los gastos notariales.

Se insiste en esa “flexibilidad de la armonización plena” al establecer que los Estados miembros deben conservar la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales que prohíban al prestamista exigir al consumidor, en relación con el contrato de crédito, la apertura de cuentas bancarias o la celebración de contratos para otros servicios accesorios o el abono de los gastos o las remuneraciones de esas cuentas bancarias o de esos servicios accesorios. En los Estados miembros que autoricen esas ofertas combinadas, los consumidores deben ser informados antes de la celebración del contrato de crédito de los servicios accesorios que sean obligatorios para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas. Los gastos de estos servicios accesorios deben incluirse en el coste total del crédito o, cuando el importe de dichos gastos no pueda determinarse de antemano, los consumidores han de ser debidamente informados de su existencia en la fase precontractual³².

Sin embargo, en el caso de ciertos tipos específicos de contratos de crédito, y con el fin, alcanzar el doble objetivo de la Directiva que es, por una parte, de garantizar un nivel adecuado de protección de los consumidores y, por otra que todo ello se realice, sin imponer una carga excesiva a los prestamistas o, en su caso, a los intermediarios de crédito, se vienen a limitar los requisitos de información precontractual, teniendo en cuenta el carácter específico de dichos tipos de contratos.

En cuanto al contenido de ese deber de información precontractual que regula la Directiva, viene regulado en el capítulo II que se denomina “*Información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito*” en el que contempla los ámbitos siguientes:

- la información básica que debe figurar en la publicidad (artículo 4).
- la información precontractual (artículo 5).
- requisitos de información precontractual para determinados contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto y para ciertos contratos de crédito específicos (artículo 6).
- las excepciones a los requisitos de información precontractual (artículo 7).
- la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (artículo 8).

En todo caso, también podría entenderse incluido en esta materia, el capítulo III que se denomina “Acceso a bases de datos” que contiene un sólo precepto jurídico (artículo 9) con la misma denominación.

3.2 La denominada “información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito”

La Directiva 2009/48/CE establece que el consumidor debe ser ampliamente informado antes de la celebración del contrato, con independencia de que en la venta del crédito haya participado o no un intermediario de crédito. En consecuencia, como regla general, los requisitos de información precontractual deben aplicarse también a los intermediarios de crédito. No obstante, a los proveedores de bienes y servicios que actúen como intermediarios de crédito de manera subsidiaria no procede imponerles la obligación legal de proporcionar la información precontractual tal como se establece en la presente Directiva³³. Los Estados miembros pueden establecer la obligación del prestamista de facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato de crédito una oferta vinculante y el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por ella.

El artículo 5-1º establece los requisitos que debe reunir la información precontractual en los contratos de crédito al consumo:

“1. Con la debida antelación, y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar al consumidor, sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito. Esta información, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo que figura en el anexo II.....”

Para garantizar una total transparencia debe facilitarse al consumidor información sobre el tipo deudor, tanto en la fase precontractual como en el momento de la celebración del contrato. A lo largo de la relación contractual, debe informarse al consumidor sobre cualquier cambio del tipo deudor variable y de las modificaciones que tal variación comporte sobre los pagos³⁴.

La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (2005/29/CE) ya se ocupa de la publicidad, por lo que la Directiva 2008/48/CE propone sólo una lista de los elementos de información obligatorios que deben mencionarse en la publicidad sobre la financiación de créditos, de manera que la publicidad general sobre un servicio de crédito concreto no se vea afectada. La finalidad de la información precontractual permite al consumidor comparar ofertas³⁵.

La denominada información “básica” se contempla en el artículo 4-2º y abarca los elementos siguientes:

“2. La información básica especificará los elementos siguientes de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo:

a) tipo deudor, fijo y/o variable, junto con información sobre los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor;

b) el importe total del crédito;

c) la tasa anual equivalente; en el caso de los contratos de crédito indicados en el artículo 2, apartado 3, los Estados miembros podrán decidir que no es necesario estipular la tasa anual equivalente;

d) en su caso, la duración del contrato de crédito;

e) en el caso de los créditos en forma de pago aplazado de un bien o servicio en particular, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos, y

f) en su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de los pagos a plazos.”

Toda esta información “básica” puede ser examinada de oficio por el juez nacional que puede aplicar de oficio determinadas disposiciones de la Directiva 2008/48/CE³⁶. La sentencia “Rampion y Godard” versaba sobre la necesidad, para garantizar la efectividad de la protección a los consumidores, de una “intervención exterior”, es decir, de establecer la facultad del juez que conocía del asunto para aplicar de oficio las disposiciones por las que se trasponía la Directiva (en ese caso, la anterior sobre crédito al consumo, la 87/102/CE). Así, pues, el juez desde el momento en que se plantea la existencia de eventuales incumplimientos de las obligaciones precontractuales previstas en la Directiva 2008/48/CE puede, e incluso debe, acordar todas las diligencias necesarias para determinar si dichas obligaciones se han cumplido correctamente.

– La evaluación de solvencia del consumidor:

Los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor. A tal efecto, se les permite servirse de la información facilitada por el consumidor no solo durante la preparación del contrato de crédito, sino también durante toda la relación comercial. Las autoridades de los Estados miembros podrían también dar instrucciones y orientaciones adecuadas a los prestamistas. Los consumidores, por su parte, deben actuar con prudencia y cumplir sus obligaciones contractuales.

En la Posición común Consejo/Parlamento, si bien se mantiene el principio en base al cual los consumidores deben recibir información suficiente para poder tomar decisiones motivadas y responsables antes de firmar un contrato, entre los cambios introducidos, se procedió a suprimir el principio de “concesión responsable de crédito” que constaba en el artículo 5 y en su lugar se introdujo en el artículo 8 la obligación para el prestamista de evaluar la solvencia del consumidor.

No obstante, el vigésimo sexto considerando de la Directiva, todavía, indica que tiene por objeto la concesión de crédito de forma responsable, lo que supone en particular que los “*prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor*”. Este objetivo entraña que el prestamista debe asegurarse de la solvencia del candidato al préstamo a través del método o de los métodos que estime más oportunos. Dicha comprobación puede efectuarse mediante documentos acreditativos de su situación financiera, como nóminas,

extractos e historiales de cuentas bancarias y liquidaciones tributarias, aunque no exclusivamente.

El artículo 8-1º de la Directiva, respecto a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor establece que:

“1. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.”

Del artículo 8-1 de la Directiva 2007/48/CE, leído a la luz del Considerando 28 de ésta, se desprende que antes de celebrar un contrato de crédito el prestamista está obligado a evaluar la solvencia del consumidor, obligación que puede incluir, en su caso, la consulta a las bases de datos pertinentes.

También tiene por objeto la Directiva proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendudamiento y de insolvencia

Es más, el Considerando 26 de la Directiva enuncia que, *“en un mercado competitivo es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del consumidor, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como los medios necesarios para sancionar a los prestamistas en caso de que ello ocurra”*. Es decir, también tiene por objeto la Directiva proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendudamiento y de insolvencia, por lo que la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario contribuye a alcanzar el objetivo de la Directiva 2008/48/CE.

El artículo 8, apartado 1º de la Directiva atribuye un margen de apreciación al prestamista para determinar si la información de la que dispone es o no suficiente para acreditar la solvencia del consumidor y si debe verificarla por otros medios. El prestamista debe apreciar en cada caso y atendiendo a las circunstancias específicas de éste si la referida información es adecuada y suficiente para evaluar la solvencia del consumidor. En este sentido, la suficiencia de esa información puede variar en función de las circunstancias en las que se concluye el contrato

de crédito, de la situación personal del consumidor o del importe previsto por ese contrato.

La evaluación de la solvencia constituye una garantía tanto para el consumidor, en la medida en que evita que asuma un compromiso que no puede atender desde el punto de vista económico, como para el prestamista profesional que corre el riesgo de que no se efectúen los reembolsos convenidos.

Dicha evaluación de solvencia, que es de interés para ambas partes, se basa en obligaciones recíprocas. Por un lado, el prestamista debe recabar información suficiente que acredite la capacidad económica del consumidor. Por otro el consumidor debe colaborar lealmente y se entiende que actúa de buena fe al entregar los documentos solicitados.

Este precepto —el artículo 8-1º de la Directiva— ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia, en los asuntos C-565/12, cuya sentencia de 27 de marzo de 2014 (asunto LCL Le Crédit Lyonnais, S.A. y Fesih Kalhan), versaba sobre el carácter efectivo proporcional y disuasorio de la sanción prevista en un ordenamiento jurídico por el incumplimiento del prestamista de dicho deber y el asunto 449/13, cuya sentencia se dictó el 18 de diciembre de 2014 (asunto CA Consumer Finance, SA e Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, Florian Bonato) que versaba sobre la carga de la prueba en la obligación de información precontractual de comprobar la solvencia del prestatario.

En el asunto C-449/13, el Tribunal de Justicia se pronunció, en primer lugar, sobre la carga de la prueba, recordando la vigencia del principio de autonomía procesal³⁷ de los Estados miembros y el cumplimiento de los principios de equivalencia y efectividad³⁸, considerando que una normativa que atribuye la carga de la prueba del incumplimiento de estas obligaciones precontractuales al consumidor resultaba contraria a los artículos 5 y 8 de la Directiva, al igual que, en base a una cláusula tipo, se pueda considerar que el consumidor ha reconocido el, pleno y debido, cumplimiento de estas obligaciones.

Esta sentencia, recaída en el asunto C-449/13, hacía constar que no se opone la Directiva a una legislación nacional que contemple que esa evaluación de la solvencia del consumidor se realice a partir exclusivamente de la información presentado por éste, siempre que dicha información sea suficiente y que las simples declaraciones del consumidor se acompañen de documentos acreditativos, por una parte. Por otra parte dicho precepto de la Directiva no exige al prestamista comprobar sistemáticamente, la

información facilitada por el consumidor. También la indicada sentencia, considera que no debe formalizarse en un documento específico las explicaciones por parte del prestamista sobre la evaluación de la solvencia del consumidor, que se le facilitan a éste, pero deben hacerse en tiempo oportuno y, antes de la firma del contrato de crédito.

En el asunto C-565/12, antes citado, en el apartado 43 de dicha sentencia se interpreta, que las sanciones son una competencia de los Estados miembros, al declarar que:

“43. – A la luz de tal objetivo, que pretende garantizar una protección efectiva de los consumidores contra la concesión irresponsable de contratos de crédito que sobrepasen sus *capacidades financieras y puedan entrañar su insolvencia*, el artículo 23 de la Directiva 2008/48 establece, por un lado, el régimen de sanciones aplicables al supuesto de infracción de las disposiciones nacionales en materia de evaluación precontractual de la solvencia del prestatario, adoptadas con arreglo al artículo 8 de dicha Directiva, se defina de modo tal que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias y, por otro que, los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias que para aquéllas se apliquen. Se deriva además, del considerando 47 de la misma Directiva que, dentro de estos límites, la elección del régimen de sanciones queda a discreción de los Estados miembros”.

– La asistencia al consumidor por parte del prestamista:

Antes de concluir el contrato de crédito el consumidor puede necesitar ayuda complementaria para decidir qué contrato de crédito es, el que mejor, se ajusta a sus necesidades y su situación económica. El prestamista debe facilitar, por tanto, al consumidor explicaciones adecuadas y personalizadas gracias a las que éste se encuentre en condiciones de determinar si el contrato de crédito ofrecido se adapta a sus necesidades y a su situación económica, en su caso, dándole explicaciones sobre la información precontractual, las características esenciales de los productos ofrecidos y los efectos específicos que puedan tener en su situación, incluidas las consecuencias de un impago por el consumidor.

Esa obligación de proporcionar explicaciones adecuadas pretende hacer posible que el consumidor tome su decisión con pleno conocimiento sobre un tipo de contrato de crédito.

A pesar de la información precontractual que ha de proporcionarse, el consumidor puede necesitar ayuda para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera. Por consiguiente, los

Estados miembros deben asegurarse de que los prestamistas proporcionan dicha asistencia respecto de los productos crediticios que ofrecen al consumidor³⁹.

Según establece la Directiva, si fuera necesario, la información precontractual pertinente, así como las características esenciales de cada uno de los productos propuestos, deben explicarse al consumidor de forma personalizada, de manera que pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Si procede, la citada obligación de prestar asistencia al consumidor debe aplicarse también a los intermediarios. Los Estados miembros pueden determinar en qué momento y en qué medida han de facilitarse esas explicaciones al consumidor, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la situación en la que se ofrece el crédito, la necesidad de asistencia del consumidor y la naturaleza de cada uno de los productos crediticios.

Además de la información precontractual que debe proporcionarse, el consumidor puede necesitar ayuda para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera. Por ello, los Estados miembros velan, según la Directiva, por que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito, presten tal asistencia. Si fuera necesario, la información precontractual pertinente, así como las ventajas e inconvenientes de cada uno de los productos propuestos, deben explicarse al consumidor de forma personalizada, teniendo en cuenta la posible complejidad del contrato en cuestión.

Se ha modificado, en la Directiva 2008/48/CE, el concepto de deber de asesoramiento y así el artículo 5, párrafo 6, regula la asistencia que se debe prestar al consumidor:

“6. Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y, cuando proceda, los intermediarios de crédito faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual que se facilitará conforme a lo dispuesto en el apartado 1, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del consumidor. Los Estados miembros podrán adaptar el modo de prestación de esta asistencia y su alcance, así como la identidad de la parte que se hará cargo de ella, a las circunstancias particulares de la situación en que se ofrece el contrato de crédito, la persona a quien se ofrece y el tipo de crédito ofrecido.”

La obligación de facilitar explicaciones adecuadas tiene por objeto permitir a los consumidores suscribir un contrato de préstamo con pleno conocimiento de causa. Se trata de facilitar a los consumidores ayuda para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera, lo cual puede exigir que se expliquen al consumidor de forma personalizada de manera que pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Por ello, la Directiva, al regular la obligación de información que incumbe al prestamista, no le impone el deber de comprobar la situación financiera del prestatario. Así, pues, la comprobación de la adecuación del crédito a las necesidades y a la situación financiera del prestatario le incumbe al consumidor personalmente, mientras que el análisis de la solvencia es una tarea que compete ejecutar al prestatario.

– Acceso a las bases de datos:

Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes; las circunstancias jurídicas y reales pueden requerir que dichas consultas tengan distinto alcance. Para evitar toda distorsión de la competencia entre prestamistas, debe garantizarse su acceso a bases de datos privadas o públicas relativas a los consumidores de un Estado miembro en el que no estén establecidos en condiciones no discriminatorias en comparación con las de los prestamistas de ese Estado miembro.

El prestamista debe evaluar la solvencia del consumidor a partir de la información que éste le revele y, cuando proceda, mediante la consulta de bases de datos. De la amplia consulta realizada en el sector bancario la Comisión no ha deducido que esta obligación origine costes adicionales para los bancos, ya que responde a buenas prácticas del sector.

El artículo 9 de la Directiva regula dicho acceso a las base de datos, con pleno respeto a la normativa sobre protección de la intimidad por el tratamiento de los datos personales⁴⁰.

1. Cada Estado miembro garantizará que los prestamistas de los demás Estados miembros tengan acceso a las bases de datos utilizadas en su territorio para la evaluación de la solvencia de los consumidores. Las condiciones de acceso deberán ser no discriminatorias.

2. Si la denegación de una solicitud de crédito se basa en la consulta de una base de datos, el prestamista informará al consumidor inmediata y gratuitamente de los resultados de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.

3. La información deberá facilitarse a menos que esté prohibido por otras disposiciones de la legislación comunitaria o sea contrario a objetivos de orden público o de seguridad pública.

El acceso a las bases de datos no deberán ser discriminatoria, y en todo caso, deberán cumplirse los requisitos del artículo 6 de la Directiva 95/46/CE, en cuanto que los datos deben resultar adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se recaben y se utilicen posteriormente. Por otra parte, se establece el deber de información al consumidor, de forma gratuita e inmediata sobre los datos de la consulta efectuada, cuyos únicos límites vienen fijados por la propia legislación de la Unión o, en su caso, por resultar contraria a objetivos de interés público o de seguridad pública.

4. Conclusiones

Han transcurrido 7 años, aproximadamente, desde la aprobación de la Directiva 2008/48/CE, pero las circunstancias económicas han variado considerablemente desde su aprobación, por lo que la aplicación de la misma puede resultar desigual en los diferentes Estados miembros, según la dimensión e impacto que la crisis económica haya producido en cada uno de ellos.

La Comisión ya ha efectuado el primer informe de aplicación de la Directiva, donde quedan expuestos los problemas generados por una armonización denominada “total”, pero que ha suscitado una adaptación diferente en los Estados miembros del texto de la Directiva, que quedan reflejados pormenorizadamente en dicho informe y que deben hacer reflexionar sobre si la forma de proceder a la armonización de legislaciones es la más adecuada de todas las posibles.

Aunque se trate de una Directiva de mercado interior, que pretende mejorar el funcionamiento del mercado interior europeo del crédito, y, a la vez garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, su aplicación ha mejorado sustancialmente la protección de los consumidores, al menos en los aspectos de información precontractual y contractual que contiene la Directiva.

Lo que no ha quedado claro –hasta el momento presente– es en el supuesto de colisión de ambos objetivos entre sí, cuál de los dos objetivos debería prevalecer sobre el otro, aunque por la base jurídica utilizada y, por

las consideraciones efectuadas por las distintas instituciones de la Unión, incluidas las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia, todo parece indicar que existiría una prioridad de las disposiciones relativas al mercado único de crédito sobre el elevado nivel de protección de los consumidores.

A pesar de todo, actualmente en el proceso de integración europea, priman las denominadas “libertades económicas” sobre el principio general –establecido en el artículo 38 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión– de garantizar un elevado nivel de protección a los consumidores.

Por último, en el futuro deberán subsanarse las divergencias que existen sobre materias sustanciales de la Directiva, según la legislación de los diferentes Estados miembros, cuando éstos han procedido a la transposición de la Directiva y que ya han sido detectados en el primer informe de aplicación de la Directiva 2008/487CE.

Notas

- * Bernardo Hernández Bataller. Consejero del Comité Económico y Social de la Unión Europea.
- 1. En los Códigos Civiles de derecho continental, la regulación de la evicción y de los vicios redhibitorios plasma dos deberes precontractuales de información típicos, éstos poseen un funcionamiento objetivo, al proteger “objetivamente al comprador frente a la menor utilidad y el menor valor de la cosa, tratándose de los primeros y frente a la privación de la cosa tratándose de la segunda. El vendedor, garantiza que la cosa es lo que aparenta ser. Sin embargo, además de aquello que garantizan, los remedios propios de ambas figuras jurídicas extienden su protección más allá: a la tutela de la persona y de los bienes sólo se impide que el acreedor satisfaga su interés contractual, sino que, eventualmente, puede irrogarle otros daños a éste. La satisfacción del interés contractual se protege de forma objetiva; la tutela frente a otros daños no. Este último, es el ámbito de los deberes precontractuales de información. Véase, *Íñigo De la Maza Gazmuri*, “Los límites del deber precontractual de información”, págs 70 y siguientes, Ed. Civitas(Thomson Reuters), Madrid, 2010.
- 2. Véase, Carrasco Perera en “Desarrollos futuros del derecho del consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores” en S. CÁMARA LAUENTE(Dir.). “La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores”, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2012).
- 3. Véase, *María Ángeles Zurilla Cariñana*(Prof. Titular de Derecho Civil de la UCLM), en “El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios” en la Revista CESCO n. 9 (2014).

4. Véase, *Iñigo De la Maza*, op. cit.
5. Véase, ALLEN, d. *Misrepresentation*, Sweet & Maxwell, Londres, 1988, Beale, h. BISHOP, H. Y FURMSTORM, *Contract cases and materials*, 2ª Ed. Butterworth, Londres 1990; STONE, R. "The modern law of Contract", Cavendish, Londres 2005.
6. Exponer la regulación de la "misrepresentation" en el derecho inglés es una tarea complicada por, al menos, dos razones. La primera es que involucra reglas derivadas de precedentes (*common law*), soluciones en equidad (*equity*) y leyes. La segunda es que existen, otras figuras jurídicas cuya aplicación se superpone en los supuestos de hecho que suelen considerarse como de "misrepresentation", como sucede por ejemplo, con el error y el incumplimiento contractual (*breach of contract*).
7. Por ejemplo, en el contrato de seguro, en el cual se exige al asegurado suministrar información al asegurador acerca de todas aquellas circunstancias que resulten relevantes para determinar la relación entre la prima y la indemnización y para decidir si se asegura o no el riesgo.
8. El error unilateral puede considerarse como aquel en que una de las partes sabía o debía haber sabido que la otra estaba cometiendo un error y no se lo informó a la otra parte. El derecho inglés distingue entre tres manifestaciones del error; el que recae sobre el contenido del contrato (*mistake about the terms of the contract*); aquel que recae sobre el autocontrol de la identidad de la otra parte y, finalmente, aquel que recae sobre el objeto (*subject-matter*) del contrato.
9. Véase, a Mazeaud H.L. y Chabas F. "Leçons de Droit Civil: Obligations Théorie Générale", 9ª ed. Montchrestien, París, 1998 y Picod Y. "Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat", LGDJ, París, 1989.
10. Véase, Von Thur, A. "Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán", Vol. II, "Los hechos jurídicos".
11. Véase, Sacco, R. "Le invalidità" en Resigno P. (Dir), "Trattato di diritto privato" vol. 10, "Obbligazioni e contratti, 2º" UTET, Turín 1982.
12. Véase, a Manuel Jesús Marín López, en "Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar". Centro Estudios de Consumo, Revista CESCO.
13. Según redacción dada por la Ley 3/2014 que transpone la Directiva 2011/83/UE, ya que la redacción anterior se refería a "antes de contratar". El artículo 60-1 del TRLGDCU no señala con qué antelación debe hacerse. La antelación dependerá del tipo de contrato. Pero en todo caso, ha de ser con la antelación necesaria para que el consumidor pueda asimilar la información recibida y tenerla en cuenta para decidir si contrata o no.
14. Con ello, se dota de coherencia al ordenamiento jurídico, tener correspondencia con estos conceptos incluidos en los artículos 5, 7, y 19 y siguientes de la Ley 3/1991, sobre Competencia Desleal.
15. DO L 149 de 11.6.2005, p. 22.
16. Ahora bien, en lo que respecta a los "servicios financieros" definidos en la Directiva

2002/65/CE, los Estados miembros pueden imponer requisitos más exigentes o más restrictivos que los previstos en la Directiva, en el ámbito objeto de la aproximación que ésta realiza.

17. DOUE, L 304, de 22.11.2011.
18. Se consideran como “sectores específicos” los medicamentos para uso humano, los productos sanitarios, la intimidad y las comunicaciones electrónicas, los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, el etiquetado de los alimentos y el mercado interior de la electricidad y el gas natural.
19. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento(UE) nº 1093/2010. DO L 60 de 28 de febrero de 2014, p.34.
20. Véase, a tal efecto el Considerando vigésimo segundo de dicha Directiva.
21. Viene definida en el artículo 288 TFUE, y se caracteriza porque contiene una “obligación de resultado”, en la medida en que deja en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios de dar efectividad a sus preceptos en el ordenamiento jurídico interno. Véase, a Carlos F. Molina del Pozo, “Manual de Derecho de la Unión Europea”. También Araceli Mangas Martín y otro, “Instituciones y Derecho de la Unión Europea”, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
22. DO L 133 de 22.5.2008. Se aprobó más de veinte años después de la adopción de la primera Directiva sobre el crédito al consumo de 1987(Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, DO L 42 de 12.2.1987, p.48)
23. Es importante recordar que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva los siguientes contratos de créditos: 1.- todos los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble y; 2.- todos los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir. También debe tenerse en cuenta que todo contrato de crédito por un importe total inferior a 200 eur está, asimismo, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, aunque los Estados miembros puedan hacer extensiva, voluntariamente, la aplicación de la Directiva a los contratos de créditos que están fuera de su ámbito de aplicación.
24. DO, L 101 de 1.4.1998, p.17.
25. La Comisión, en fecha 14.5.2014, presentó el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo(COM(2014) 259 final).
26. Sin embargo, siete años después de la entrada en vigor de la Directiva, el crédito transfronterizo carece de relevancia en los respectivos países o su volumen es insignificante. En el indicado Informe de la Comisión(COM 2014) 259 final) se

hace constar que los préstamos transfronterizos son relativamente infrecuentes entre los consumidores, siendo, entre otros, los posibles obstáculos, la “dificultad para recuperar importes pendientes por vía contenciosa”, así como “obstáculos culturales y lingüísticos”.

27. Por lo tanto, un Estado miembro podría mantener o adoptar normas nacionales que correspondan a las disposiciones de la Directiva o a algunas de sus disposiciones en materia de contratos de crédito al margen del ámbito de aplicación de la Directiva, por ejemplo, en materia de contratos de créditos para cantidades inferiores a 200 euros o superiores a 75.000 euros. Por otra parte, los Estados miembros también pueden aplicar las disposiciones de la Directiva a los créditos vinculados que no se ajusten a la definición de crédito vinculado de la propia Directiva.
28. Puede consultarse: “Study on the Impact of the Legal Choices of the Member States and other Aspects of Implementing the Directive 2008/48/CE on the Functioning of the Consumer Credit Market in the European Union”.
29. Véase, en este sentido, en particular, las sentencias de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, apartados 64 y 65 y sentencia de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software, C-418/11, apartado 50).
30. En la posición común del Consejo/Parlamento (DO C 270 E de 13.11.2007), se hace constar la ampliación de la lista de información precontractual que deberá facilitarse al consumidor y la introducción del formulario de “información normalizada europea sobre el crédito al consumo, aclarándose la información precontractual que debe facilitarse en el caso de las comunicaciones a través de la telefonía vocal, para la venta a distancia de los servicios financieros.
31. Dado que, en esta fase sólo puede indicarse mediante un ejemplo, éste según la Directiva, debe ser representativo. Por tanto, debe corresponder, por ejemplo, a la duración media y al importe total del crédito concedido para el tipo de contrato en cuestión y, en su caso, a los bienes adquiridos. Al elegir el ejemplo representativo, debe tenerse en cuenta, también, la frecuencia de ciertos tipos de contratos de crédito en un mercado concreto. En lo que se refiere al tipo deudor, la frecuencia de los pagos a plazos y la capitalización de los intereses, los prestamistas deben recurrir al método de cálculo habitualmente utilizado para el respectivo crédito al consumo.
32. Debe suponerse que el prestamista conoce el coste de dichos servicios accesorios que, el mismo o en nombre de un tercero, ofrece al consumidor, salvo si el precio está en función de las características específicas del consumidor o de su situación particular.
33. Puede considerarse, por ejemplo, que los proveedores de bienes y servicios actúan como intermediarios de crédito a título subsidiario si su actividad como intermediarios no constituye el objeto principal de su actividad comercial, empresarial o profesional. En tales casos, el consumidor sigue estando suficientemente protegido, ya que el prestamista ha de garantizar que reciba la información precontractual completa, bien a través del intermediario, si el prestamista y el intermediario así lo acuerdan o bien por cualquier otro medio adecuado.
34. Esto se entiende sin perjuicio de las disposiciones de la legislación nacional no

relacionada con la información al consumidor que establece las condiciones o los efectos de las modificaciones, distintas de las modificaciones relativas a los pagos, los tipos deudores y otras condiciones económicas relativas al crédito, por ejemplo disposiciones que establezcan que el prestamista esté facultado para modificar el tipo deudor solo cuando exista un motivo válido, o que el consumidor pueda poner fin al contrato en caso de modificación del tipo deudor o de otra condición económica relacionada con el crédito.

35. Sin embargo, durante el proceso legislativo y de consulta, varias partes interesadas mostraron su temor a que un exceso de información pudiera inducir a confusión, por lo que se eliminaron algunos requisitos sobre información precontractual.
36. Al efecto, cabe citar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sentada en la Sentencia “Rampion y Godard” asunto C-y, también las Sentencias Arcor(C-55/06), apartado 191 y jurisprudencia citada y Steffensen(asunto C-276/01), apartado 62 y 63.
37. Véase, la Sentencia Specht y otros, asunto C-501/12, apartado 112 y jurisprudencia allí citada).
38. Véase a tal efecto, la Sentencia Kusioniová, asunto C- 34/13, en especial el apartado 52 y la jurisprudencia allí citada).
39. Frente a algunas peticiones del sector bancario, la Comisión ha mantenido que el prestamista no solo debe cumplir los requisitos de información precontractual sino que, además, debe facilitar explicaciones complementarias para que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento. Sin embargo, es siempre el consumidor el responsable final de su decisión de suscribir un contrato de crédito, por lo que la referencia al asesoramiento se especifica como la obligación de facilitar al consumidor las explicaciones necesarias para que este pueda sopesar las ventajas y los inconvenientes del préstamo. Asimismo, se ha dejado a los Estados miembros una mayor flexibilidad para adaptar sus disposiciones de transposición a la situación comercial de sus mercados.
40. En principio, regulada esta materia en la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

O DIREITO DE LIVRE REVOGAÇÃO NOS CONTRATOS DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR

FERNANDO DE GRAVATO MORAIS*

Professor Associado com Agregação da Escola de Direito da
Universidade do Minho

EXCERTOS

“Um dos riscos que subjaz ao financiamento para consumo é o de este se poder tornar irrefletido e precipitado, diluindo-se, com a ideia atraente das condições de crédito e com o forte poder de persuasão (e nalguns casos até de pressão psicológica) do respectivo dador, as decisões respeitantes ao financiamento, assim como ao preço e à utilidade do bem a adquirir”

“Não se impõe que a declaração de revogação chegue à esfera de poder do destinatário no prazo de 14 dias, pelo que o consumidor pode decidir, até ao último dia do prazo, se pretende (ou não) manter o contrato que concluiu”

“Verificando-se um caso de coligação contratual, o contrato de compra e venda extingue-se por efeito da revogação do contrato de crédito, embora, para tal, o consumidor deve declará-lo especificamente ao vendedor, já que a repercussão de um contrato no outro não se repercute imediata e automaticamente”

1. Evolução normativa do instituto

Em Portugal, o direito de (livre) revogação nos contratos de crédito ao consumo foi, pela primeira vez, consagrado no art. 8º do DL 359/91, de 21 de setembro, sendo um dos instrumentos nucleares de tutela do consumidor à luz desse regime jurídico.

Note-se que o referido texto legal operou a transposição da Diretiva 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, referente ao crédito ao consumo, mas este ato comunitário não curava da matéria em discussão, ao invés do que sucedia nos seus trabalhos preparatórios. Com efeito, a proposta modificada de diretiva de 1984 aludia, ainda que de modo ténue, no art. 6º, n. 2, nas suas várias alíneas a) 8 e b) 5, c) 4 e d) 5, ao “eventual período de reflexão”, sem estabelecer, contudo, qualquer disciplina¹.

Aproveitando o fato de a diretiva de 1987 ser de mínimos (cfr. art. 15º do referido diploma²), alguns Estados-membros optaram por introduzir este relevante e discutido tema na sua ordem jurídica interna. Assim, no nosso país, o art. 8º do DL 359/91, acolheu a figura em apreço.

À data da publicação deste diploma, a problemática em discussão era muito pouco debatida na nossa doutrina³ (e desconhecida na jurisprudência publicada), pelo que o passo dado representou, nesse específico domínio, uma inovação apreciável⁴.

Atualmente, com a entrada em vigor de um novo regime jurídico do crédito (agora designado) aos consumidores, emergente do DL 133/2009, de 2 de junho⁵, a temática encontra-se regulada no art. 17º, sem prejuízo de outras normas do mesmo texto lhe fazerem referências de relevo (cfr., *v.g.*, o art. 12º, n. 1, al. h) e o art. 18º, 1 – aqui apenas indiretamente, quando alude à “ineficácia do contrato de crédito”).

A disposição citada reproduz, no essencial, o art. 14º da Diretiva 2008/48/CE, efetuando-se algumas alterações⁶. Em especial, modifica-se o *nomen juris*⁷ do instituto e procede-se a uma reestruturação da disposição comunitária. De todo o modo, a maior novidade a destacar, em relação ao DL 359/91, traduz-se na imperatividade da norma, impedindo-se assim a renúncia do consumidor ao direito de livre revogação⁸.

2. Razão de ser

Um dos riscos que subjaz ao financiamento para consumo é o de este se poder tornar irrefletido e precipitado, diluindo-se, com a ideia atraente das condições de crédito e com o forte poder de persuasão (e nalguns casos até de pressão psicológica) do respectivo dador, as decisões respeitantes ao financiamento, assim como ao preço e à utilidade do bem a adquirir. A título exemplificativo, saliente-se que, na Alemanha, se usa a expressão *modernen Schuldturms* (modernas torres de dívidas) para explicar o surgimento do direito de revogação⁹.

Pretende-se traduzir com isso a seguinte ideia: o consumidor frequentemente subscreve propostas (aliciantes) de crédito, propõe-se pagar um número elevado de prestações que não pode cumprir e obter um financiamento de que não necessita.

No sentido de evitar este tipo de comportamento, procura-se proporcionar ao consumidor uma efetiva informação acerca do teor do contrato, visto que este é dado a conhecer, em regra, muito pouco tempo antes da assinatura. Simultaneamente, é-lhe concedido um determinado prazo para refletir acerca do negócio ao qual se vinculou. É, pois, neste contexto que surge o *direito de arrependimento*, que representa um “rude golpe no princípio *pacta sunt servanta*”¹⁰.

Na verdade, esta é “uma solução de compromisso entre a exigência de não colocar obstáculos à celeridade da contratação e a oposta exigência de reequilibrar a posição do adquirente sujeito ao poder do predisponente”¹¹.

A concessão de um tal *período de reflexão* permite ao consumidor avaliar não só com minúcia e com detalhe, mas também de modo (mais) ponderado e tranquilo, as cláusulas do contrato. Visa-se, por esta via, afastar comportamentos pouco meditados ou mesmo irreflexivos, suscetíveis de produzir efeitos nefastos na sua esfera jurídica e no seu património (*v.g.*, as consequências perigosas de um financiamento excessivo).

3. Regime jurídico: âmbito de aplicação

O direito de (livre) revogação¹² é aplicável, em princípio, a todos os contratos de crédito ao consumo.

Tal orientação decorre, em especial, dos vários números do art. 17º. Aí se alude sempre ao “contrato de crédito”, ao “credor” e ao “consumidor”, sem

fazer qualquer tipo de discriminação negativa, nem impondo limitações de qualquer espécie.

Mas uma semelhante leitura também resulta da própria razão de ser da norma: a proteção do consumidor a crédito – independentemente do particular negócio que se realiza – perante o respectivo dador.

Há, pois, que atender à noção ampla de contrato de crédito resultante do art. 4º, n. 1, al. c). Desta sorte, a compra e venda a prestações, o mútuo de dinheiro, a abertura de crédito, a emissão de cartão de crédito (bilateral ou trilateral), a locação financeira ou o aluguer de longa duração são alguns dos negócios sujeitos ao exercício do direito de revogação.

De todo o modo, deve relevar-se que na abertura de crédito ou na emissão de cartão de crédito, o direito de livre revogação só é suscetível de utilização no momento temporal imediatamente posterior à conclusão do contrato e não em função dos vários atos de utilização do crédito.

4. Regime jurídico: informação a prestar ao consumidor a crédito acerca do direito de livre revogação

No momento da celebração do contrato, o art. 12º, n. 3, al. h), consagra um dever de informação que incumbe ao dador de crédito acerca do direito de livre revogação, reforçando a informação pré-contratual emergente do art. 6º, n. 3, al. p), do mesmo diploma.

Cabe realçar que tal vinculação é agora mais exigente do que o dever de informação pré-contratual, já que se impõe a especificação das menções essenciais de tal obrigação. Deste modo, o dador de crédito deve referir-se, em especial, aos seguintes aspectos:

- à existência do direito (semelhantemente ao art. 6º, n. 3, al. p));
- ao prazo para o exercício do direito;
- ao procedimento previsto para tal exercício, que deve incluir em particular informações sobre a obrigação do consumidor que revogou o contrato de pagar o capital e os juros, bem como o montante de juros diários (art. 12º, n. 3, al. h)).

A omissão de informação acerca de qualquer destas menções importa a anulabilidade do contrato de crédito, nos termos do art. 13º, n. 3, sem prejuízo de outras consequências emergentes do art. 17º, n. 2, al. b): na falta de cumprimento (total) do dever de informação, o prazo para o exercício do direito de livre revogação não se inicia.

5. Regime jurídico: do exercício do direito pelo consumidor

5.1 Forma

O direito de revogação pode ser exercido por uma de duas vias: em papel (*v.g.*, carta registada com aviso de receção ou mediante declaração notificada ao credor) ou noutro suporte duradouro à disposição do credor (*v.g.*, disquetes informáticas, CD-ROM, DVD, bem como o disco duro do computador que armazene o correio eletrónico) – art. 17º, n. 3.

Embora qualquer dos procedimentos possa constituir uma forma relativamente segura para o exercício do direito, há que atender ao fato de o consumidor dever dispor de um meio probatório idóneo do envio da dita declaração. Daí que a carta registada com aviso de receção ou o envio de *e-mail* possam constituir vias apeteceáveis para o efeito.

5.2 Conteúdo

Quanto ao teor do direito de livre revogação, afastam-se quaisquer requisitos materiais que possam criar obstáculos ao exercício da pretensão. Tal solução é compatível com o caráter liberal que se pretende deste direito.

A declaração emitida pelo consumidor a crédito não necessita de ser motivada (art. 17º, nº 1, último trecho), operando, desta sorte, *ad nutum* ou *ad libitum*¹³. O consumidor (ou o seu representante, se for o caso) não tem, portanto, de justificar por que declara a revogação unilateral do contrato.

De todo o modo, mostra-se necessária a enunciação do contrato de crédito a revogar, bastando que o texto da declaração contenha os elementos básicos que permitam ao credor identificar que aquele consumidor pretendeu revogar aquele específico contrato. Por isso expressa o art. 17, n. 1, através do artigo “do [contrato de crédito]”.

São necessários, pois, a identificação do próprio consumidor, o contrato de crédito que irá ser afetado e, em regra, a assinatura do documento. O exercício do direito através de *e-mail* prescinde da subscrição, desde que o declarante (o beneficiário do crédito) esteja devidamente identificado.

Cumpre salientar que o vocábulo “revogação” não tem de integrar aquela declaração. Mas dela deve, pelo menos, retirar-se que o consumidor pretende exercer a pretensão.

O texto deve conter, portanto, todos os elementos que permitam ao credor (colocado na posição de um declaratório normal) deduzir que o consumidor pretendeu revogar o concreto negócio celebrado.

5.3 Do prazo

Suscitam-se algumas questões quanto ao prazo durante o qual pode ser exercido o direito, a saber: a sua duração, o momento do início da contagem e, por fim, a data limite para o exercício do direito.

5.3.1 Duração

Prevê-se um prazo de 14 dias seguidos – em vez dos anteriores sete dias úteis – para o respectivo exercício (art. 17º, n. 1). Dá-se, pois, um alargamento significativo do período para exercer o direito de livre revogação, numa tentativa de uniformização de tais prazos, no quadro da União Europeia, quanto a esta pretensão em termos globais.

O propósito é o de obter um ponto de equilíbrio entre o estado de incerteza gerado pela possibilidade (temporalmente limitada) de revogação da declaração negocial do consumidor e a segurança do credor que celebrou um contrato válido (e que não pode revogar a sua declaração negocial).

De todo o modo, se se constata um alargamento efetivo do prazo para o exercício do direito, não deixa de ser menos verdade que, em dadas circunstâncias, esse prazo pode, porventura, gerar um *prejuízo* para o consumidor: o da não entrega da coisa até que seja ultrapassado o período em causa. Na verdade, em especial nas operações de mútuo para aquisição de bens ou de locação financeira, há um risco (para o credor e para o vendedor) de entrega imediata dos bens e de ocorrer, posteriormente, a revogação do contrato pelo consumidor, pelo que aqueles não permitem a entrega da coisa até que caduque o direito de livre revogação. Nessas hipóteses, uma diminuição (*ex lege*) do prazo poderia trazer um benefício para todos os contraentes.

5.3.2 Início da contagem do prazo

Relativamente ao momento em que começa a contar-se o prazo de 14 dias de calendário – e ao contrário do art. 8º, n. 1, do DL 359/91, que aludia literalmente à “assinatura do contrato” como o início da contagem –, estabelecem-se agora dois momentos relevantes em que pode operar tal efeito:

- o da conclusão do contrato; ou
- o da recepção do exemplar do contrato pelo consumidor (ou pelo seu representante) e das menções essenciais do mesmo, que constam do art. 12º, quando isso ocorre após a data da celebração assinalada na al. a) do nº 2.

Esta clarificação (no tocante à segunda hipótese) é muito relevante em vários sentidos. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, assinala-se a importante referência ao fato de a data da entrega do exemplar ser posterior à da conclusão do contrato. Com efeito, pode dar-se o caso de tal momento ser anterior ao da celebração do contrato (por hipótese, não assinado), podendo entender-se que o prazo para revogar se iniciou no primeiro momento, o que não pode colher.

Em segundo lugar, destaca-se não só o momento da recepção do exemplar, como ainda o da data das informações a prestar pelo credor. Trata-se de requisitos cumulativos. Assim, a recepção de um exemplar do contrato que não contenha todos os elementos que integram o art. 12º, nº 3 (proémio e respetivas alíneas) não importa o começo da contagem do prazo. O período de 14 dias de calendário inicia-se no dia subsequente a qualquer dos momentos enunciados, consoante aquele que se aplique.

5.3.3 Data limite para o exercício do direito

Importa analisar, seguidamente, a data limite para o exercício do direito de livre revogação.

Releva-se, a nosso ver, a expedição da declaração no prazo de 14 dias, a contar de qualquer dos momentos assinalados no n. 2 do art. 17º. A solução é semelhante, neste aspecto, à do art. 8º, n. 1, do DL 359/91.

Derroga-se, portanto, a regra geral da eficácia das declarações receptícias decorrente do art. 224º, n. 1, 1ª parte, do Código Civil. Esta disposição acolhe a teoria da recepção ou a teoria do conhecimento: “a declaração... torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida”.

Desta sorte, não se impõe que a declaração de revogação chegue à esfera de poder do destinatário no prazo de 14 dias, pelo que o consumidor pode decidir, até ao último dia do prazo, se pretende (ou não) manter o contrato que concluiu.

Acolhe-se, ao invés, a teoria da expedição da declaração como mecanismo essencial de tutela do consumidor. Portanto, os 14 dias de calendários são efetivos, já que a declaração pode ser remetida no último dia do prazo. Ora, utilizando o consumidor a carta registada com aviso de recepção, é suficiente a expedição no último daqueles 14 dias. É o instante da expedição da declaração que determina o seu carácter (in)tempestivo.

Quanto a outras possíveis vias, há que as apreciar casuisticamente.

Optando-se pelo *fax*, pelo telegrama, pelo *e-mail* ou pela carta (apenas) registada, parece bastar igualmente a mera expedição. Escolhendo a entrega

direta de documento ao credor (*v.g.* a um seu funcionário) da declaração, mostra-se necessário que seja feita no último dia do prazo e no horário de atendimento ao público.

5.4 Termo do prazo para o exercício do direito de revogação e os possíveis modos de atuação do consumidor

Quanto aos possíveis modos de atuação do consumidor, figuram-se dois grupos de hipóteses:

- o consumidor remete-se ao silêncio ou envia a declaração de revogação, sendo que esta não preenche os requisitos formais ou substanciais exigidos (*v.g.*, não identifica o contrato de crédito) ou é extemporânea;
- o consumidor revoga, nos termos previstos, a declaração negocial dirigida à celebração do contrato de crédito.

5.4.1 Não exercício (regular) do direito de livre revogação

O decurso do prazo sem que o consumidor exerça regularmente o direito de livre revogação (ou se remeta ao silêncio) importa a caducidade da respectiva pretensão. Desta sorte, o contrato produz, a partir de então e sem restrições, todos os efeitos a que tendia.

5.4.2 Exercício regular do direito de livre revogação: a extinção do contrato

Importa agora descrever e analisar a situação oposta.

O exercício regular do direito em apreço acarreta a “revogação do contrato” – art. 17º, n. 3, primeira frase (ou, dito de outro modo, a revogação da declaração negocial dirigida à conclusão do contrato de crédito) – e, consequentemente, a extinção deste. Assim, com o exercício regular do direito, o consumidor a crédito “recusa a eficácia do contrato”¹⁴.

A regra aposta neste número, que tem a sua origem no art. 14º, n. 3, al. b) da Diretiva 2008/48/CEE, é inovadora em relação ao DL 359/91, onde nada se dispunha neste sentido.

5.4.3 Exercício regular do direito de livre revogação: a utilização do capital pelo consumidor

Não impede o exercício do direito de livre revogação uma eventual utilização (efetiva) do crédito pelo consumidor. É o que resulta do n. 4 do art. 17º. Dir-se-á, em primeira linha, que o credor suporta o risco da utilização do dinheiro pelo consumidor.

Vejam os requisitos exigidos para confirmar ou infirmar a nossa conclusão.

Impõe-se, por um lado, a restituição do capital em singelo. Assim, *v.g.*, o valor transferido para a conta do consumidor deve ser entregue ao credor. Esta obrigação é independentemente da utilização efetiva do dinheiro pelo consumidor.

No entanto, não só a restituição do capital está em causa, já que sobre esse valor incidem os juros (remuneratórios) calculados à taxa nominal estipulada no contrato, como consta do número 5. Tais juros incidem sobre um período específico: entre a data da utilização do capital e a data da sua restituição. O pagamento de tais juros parece pressupor, por um lado, a entrega do capital com o conhecimento e a autorização do consumidor e com a devida explicitação, pelo credor, das consequências resultantes da livre revogação do contrato. E, por outro lado, esse pagamento depende do levantamento, da utilização do capital.

O número em causa tem na sua base o art. 14º, n. 4, 2ª e 3ª frases, da Diretiva 2008/48/CE.

Estabelece-se agora a forma de cálculo dos juros a pagar pelo consumidor quando eles sejam devidos. Atende-se à taxa nominal estipulada entre as partes, que é aplicada numa base anual ao montante do crédito utilizado (cfr. o art. 4º, n. 1, al. j) do DL 133/2009).

Na relação credor/consumidor este é o único valor a pagar. Não pode assim prever-se no contrato outras indenizações, nomeadamente sob a forma de cláusula penal. Se tal fosse permitido não só se estaria a desvirtuar o direito de revogação, como também se estaria a tornar supletiva a regra (injuntiva) em causa.

Por fim, não deixa de se relevar – havendo neste aspecto larga proximidade com o art. 8º, n. 3, parte final do DL 359/91 – que o consumidor deve pagar uma indenização ao credor por eventuais despesas por este suportadas perante quaisquer entidades da administração pública (*v.g.*, a nível de impostos), posto que não suscetíveis de reembolso.

Acresce que se impõe um prazo máximo para a restituição do capital e do pagamento dos juros quando devidos: 30 dias de calendário. Tal prazo inicia-se com a data da expedição da declaração de revogação pelo consumidor (e não com o momento da utilização do crédito).

Da conjugação deste número infere-se que o consumidor, caso o capital tenha sido entretanto posto à sua disposição pelo credor e na hipótese de sua utilização, mantém a faculdade de exercício do direito de revogação. A utilização do capital não preclui a revogação do contrato de crédito.

No caso de atraso superior a 30 dias na restituição e no pagamento dos valores mencionados, há que apurar se aquele é indevido ou não. Caso a mora seja imputável ao consumidor, impor-se-á o pagamento de juros.

5.4.4 Exercício regular do direito de livre revogação: sua repercussão no contrato de compra e venda coligado

Determina o art. 18º, n. 1, que “a ineficácia do contrato de crédito coligado [se] repercute, na mesma medida, no contrato de compra e venda”.

A aplicação da norma pressupõe, portanto, uma situação de união de contratos, cuja noção resulta do art. 4º, n. 1, al. o), onde se destacam dois pressupostos específicos.

Assim, verificar-se-á o primeiro deles (conhecido por “designação finalista do crédito”), se “*o crédito concedido servir exclusivamente para financiar o pagamento do preço do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços específicos*”. Deve dizer-se que este pressuposto se retira da relação jurídica existente entre credor e consumidor,

Caso a mora
seja imputável
ao consumidor,
impor-se-á o
pagamento
de juros

seja do próprio contrato celebrado, seja das conversas – presenciais ou não – havidas entre eles. Acontece que agora se adiciona, por um lado, o advérbio “exclusivamente”. O que se pretende com isso é que o crédito sirva apenas e tão só para financiar a aquisição ou a prestação de serviços. Para além disso, o qualificativo específico parece ainda delimitar, embora com menor densidade, o campo de aplicação da norma. Desta sorte, se porventura o crédito servir para financiar mais do que uma compra, o que sucede por exemplo no caso dos contratos de emissão de cartão de crédito, não parece haver lugar à aplicação das consequências da união de contratos.

Quanto ao segundo requisito, enumeram-se, a título exemplificativo, duas hipóteses que configuram uma situação de unidade económica. Em relação à primeira via, basta que o financiamento exista – celebrando-se os dois contratos entre as duas partes – para que se verifique a aludida unidade económica. A segunda hipótese pressupõe o financiamento por terceiro e, portanto, a celebração de dois contratos entre três sujeitos distintos. Enumeram-se aí – também exemplificativamente – duas possibilidades. Por um lado, a existência, na preparação ou na conclusão do contrato de crédito, de uma colaboração do fornecedor em razão de o credor a ele

recorrer¹⁵. Por outro, a possibilidade de o bem ou o serviço específicos estarem expressamente previstos no contrato de crédito.

Concluindo, verificando-se um caso de coligação contratual, o contrato de compra e venda extingue-se por efeito da revogação do contrato de crédito, embora, para tal, o consumidor deve declará-lo especificamente ao vendedor, já que a repercussão de um contrato no outro não se repercute imediata e automaticamente.

5.4.5 Exercício regular do direito de livre revogação: alguns casos específicos

Sendo este o regime-regra consagrado, impõe-se tecer algumas considerações em relação a determinadas situações, às quais cremos que não se pode aplicar inteiramente a disciplina.

Figuremos dois exemplos.

Em sede de contratos coligados, a regra é a de que o credor entrega diretamente o valor mutuado (*v.g.*, 20.000 €) ao fornecedor. Ora, do exercício do direito de revogação decorre um dever de pagamento (do capital e dos juros vencidos desde o momento da utilização do crédito e até que seja entregue o valor mutuado), num dado prazo. Essa obrigação de restituição do capital a cargo do consumidor, atentos os valores envolvidos e sendo certo que o beneficiário do crédito nada recebeu, pode gerar a impossibilidade de exercício do direito de revogação e assim, indiretamente, ocorrer a derrogação do preceito, que tem cariz imperativo. Nesta hipótese, o exercício do direito de revogação não pode onerar o consumidor. Cabe ao vendedor – e não ao consumidor – a entrega do valor mutuado (o capital) ao credor, devendo o consumidor restituir, por sua vez, o objeto alienado ao fornecedor (no pressuposto de que foram revogados os dois contratos, de mútuo e de compra e venda, à luz do art. 18º). Aproveitamos aqui a razão de ser do art. 18º, n. 4.

Imagine-se agora que o contrato de crédito é celebrado sem que haja entrega do exemplar do contrato ou sem que tenham sido prestadas as informações devidas sobre o direito ao consumidor, de sorte que o prazo para revogar ainda nem sequer se iniciou. Logo após a conclusão do contrato de crédito, é entregue o dinheiro ao consumidor, que o utiliza. Sem prejuízo da aplicação do regime da nulidade (por falta de entrega do exemplar) ou da anulação (por omissão de informação sobre o direito de revogação), a revogação do contrato pelo consumidor, por hipótese cinco dias após a entrega do exemplar (que ocorreu 40 dias depois da respectiva conclusão), suscita a

questão de saber até que ponto são devidos juros a contar da utilização do capital. Ora, dado que foi o próprio credor que contribuiu para a utilização do capital sem que o consumidor conhecesse o conteúdo do contrato de crédito, cremos que tais juros não são devidos.

5.4.6 Exercício regular do direito de livre revogação: transferência para o credor do risco de atraso ou de perda da declaração

Cabe ainda referir, tendo em conta o valor atribuído à expedição da declaração de revogação – que faz, desde logo, operar os respectivos efeitos pretendidos –, que o risco de atraso na recepção da declaração se transfere, em princípio, para o dador de crédito.

Subjaz à orientação legislativa a seguinte premissa: se ocorreu um fato não imputável ao consumidor e, paralelamente, se ele fez tudo o que estava ao seu alcance para que o credor recebesse a declaração de revogação, então não há razões para não a considerar eficaz. Assim, se ocorre uma greve nos correios, sendo que a carta chegou ao poder do destinatário largos dias após a sua expedição, a declaração de revogação mantém-se eficaz, devendo o consumidor fazer a prova do envio atempado.

Quanto ao risco da perda da declaração, só é sustentável a sua transferência para o dador de crédito se se entender que a forma escolhida para o envio da declaração é a adequada (*v.g.*, a carta registada com aviso de recepção). Não pode desproteger-se o credor, onerando-o com tal risco, se o consumidor não é suficientemente diligente. Também aqui a prova da remessa diligente onera o consumidor.

Notas

- * Fernando de Gravato Morais. Professor Associado com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho
- 1. Ver sobre o tema, no quadro dos trabalhos preparatórios, ASTRID HÜTTEBRÄUKER, *Die Entstehung der EG-Richtlinien über den Verbraucherkredit*, Bonn, 2000, p. 131-4.
- 2. Determinava o normativo que a Diretiva “não impede os Estados-membros de manter ou adotar disposições mais severas de proteção dos consumidores que sejam compatíveis com as suas obrigações do Tratado”.
- 3. Ver as referências efetuadas por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 148.
- 4. Não se esqueça, porém, que existiam já algumas normas de outros diplomas que, nesse tempo, tratavam do mesmo instituto. Era o caso do primeiro regime jurídico das vendas

realizadas fora dos estabelecimentos comerciais, constante do DL 272/87, de 3 de julho, que transpôs a Diretiva 85/577/CEE, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.

Atualmente, a matéria em causa consta do DL 24/2014, de 14 de fevereiro (modificado já pela Lei 47/2014, de 28 de julho) – transpôs a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores –, que revogou o (segundo regime jurídico constante do) DL 143/2001, de 26 de abril.

5. A alusão, no presente texto, a normas sem referência expressa ao diploma legal devem entender-se como efetuadas ao DL 133/2009.
6. Ver sobre a figura, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 105 ss., GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 151 ss.
7. A designação do direito em causa (do ponto de vista legislativo) não tem sido uniforme. As locuções mais usadas nas diversas leis são “direito de revogação”, “direito de livre resolução” – paralelamente a “direito de livre resolução” e a “direito de resolução” – e não a constante da versão portuguesa da Diretiva 2008/48/CEE (“direito de retratação”). Cremos que as primeiras se mostram mais adequadas. O termo “livre” apenas pretende realçar a característica mais relevante do direito para o consumidor.
8. Determinava o art. 8º, n. 5, do DL 359/91 o seguinte: “Pode o consumidor, em caso de entrega imediata do bem, renunciar, através de declaração separada e exclusiva para o efeito, ao exercício do direito de revogação previsto no presente artigo [8º]”. Tal regra parece contrariar o sentido e a finalidade do direito de revogação, ou seja, o de que o consumidor, após ter sido informado do direito que lhe assiste, deve poder refletir uma vez mais sobre o contrato que celebrou.

Todavia, a renúncia não poderia ocorrer sem mais. Em primeiro lugar, deveria resultar de “declaração separada e exclusiva para o efeito” (art. 8º, n. 5, 2ª parte). Por outro lado, estava dependente da “entrega imediata do bem”. A locução usada não suscitava algumas reflexões e deixava até algumas dúvidas. Numa análise simplista, poder-se-ia afirmar que o legislador teria tido aqui em atenção a entrega efetuada pelo credor ao consumidor. Havia, no entanto, que atender à variedade contratual em sede de crédito ao consumo. Com efeito, o credor, sendo o crédito pessoal ou livre (*v.g.*, um mero mútuo de dinheiro), entrega o dinheiro ao consumidor. Diversamente, se se tratar do financiamento pelo credor de uma venda realizada por terceiro, o montante mutuado é entregue, em princípio, diretamente ao vendedor. Já na locação financeira para consumo pode discutir-se qual o âmbito da entrega do locador (o credor). Pode ainda suceder que o credor entregue uma coisa distinta de dinheiro. Tal sucede na venda a prestações. Acresce que pode nem sequer está em causa a entrega de uma coisa, mas a prestação de um serviço (com diferimento do preço). Aludia-se ainda à entrega imediata do bem. O uso da palavra “imediata” parecia ter por referência o momento da celebração do contrato. Caberia, porém, questionar-se o que sucederia quando a entrega da coisa fosse posterior à celebração do contrato (e à

entrega do exemplar). Imagine-se que o contrato de crédito é concluído no dia 5 e que o montante mutuado é entregue no dia 7. Ora, no caso apresentado, o consumidor poderia durante dois dias apreciar o clausulado contratual e refletir sobre a decisão que mais lhe conviesse. Ao invés, se renunciasse ao direito logo após a conclusão do contrato a sua decisão poder-se-ia revelar mais precipitada.

Mas tal renúncia pressupunha ainda um outro requisito implícito: que o consumidor tivesse sido devidamente informado de possibilidade de revogação da declaração negocial dirigida à celebração do contrato de crédito (devendo ser-lhe explicitado os termos do exercício do direito) e das consequências da referida renúncia.

Ora, do exposto poderia concluir-se que o direito de revogação, desde que verificados (todos) os pressupostos enunciados, seria suscetível – mas apenas com as limitações vistas – de ser afastado por vontade das partes.

9. Outros autores aludem à “problemática da torre de dívidas” (“Schuldturmproblematik”). É o caso de BARBARA DAUNER-LIEB, “Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften (§ 9 VerbrKrG)”, WM, 1991, *Sonderbeilage*, n. 6, p. 1.
10. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., p. 114.
11. SILVIA MASUCCI, “Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo (artt. 121-126 del d. lgs. 1º settembre 1993, n. 385)”, NLCC, 1994, p. 864.
12. Cfr., sobre esta figura e respectivo regime, GRAVATO MORAIS, “Do crédito ao consumo ao crédito aos consumidores”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), 2009, n. 12, p. 59 ss. e *Crédito aos Consumidores – Anotação ao DL 133/2009*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 77 e ss., JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 419 ss.
13. Pode ter na sua base em concreto motivações bem diversas (o consumidor pode obter um financiamento menos oneroso, apercebe-se que ia chegar a uma situação de sobre-endividamento ou pura e simplesmente não pretende mais aquele específico crédito), mas não é preciso expressá-las na declaração de revogação.
14. PETER ULMER, § 7 VerbrKrG, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., München, 1995, p. 684.
15. Cabe dar nota de alguns modos de colaboração, já assimilados na nossa prática e na nossa jurisprudência:
 - a informação dada pelo vendedor ao consumidor acerca de um determinado contrato de crédito (*v.g.*, por via das tabelas que dispõe referentes aos montantes das prestações a pagar ou das brochuras relativas a modos distintos de financiamento);
 - a posse pelo vendedor de formulários de pedidos de crédito e até de contratos de crédito, o auxílio no seu preenchimento, a recolha de elementos do consumidor para posterior envio ao financiador;
 - a inexistência de um contato direto entre o consumidor e o financiador;
 - as circunstâncias de tempo e de lugar da conclusão dos contratos.

OS EFEITOS DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA HIPÓTESE DE COLIGAÇÃO DE CONTRATOS, NO REGIME DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR

PAULO DUARTE*

Vice-Presidente do Conselho Distrital do Porto da
Ordem dos Advogados

EXCERTOS

“O requisito da destinação funcional implica uma espécie de consignação do contrato de crédito ao financiamento da aquisição de um bem através de um determinado contrato de compra e venda”

“O legislador não ensaia nenhuma definição de ‘unidade económica’ dos contratos integradores da coligação, deixando à ‘espiral hermenêutica’ da aplicação da norma a tarefa de, progressivamente, dar conteúdo à indeterminação do conceito”

“A coligação entre o contrato de compra e venda e o contrato de crédito é um fenómeno de eficácia jurídica ex lege e não uma manifestação jurisgénica ex contractu”

“Não há um direito geral de arrependimento que seja aplicável a todos os contratos de consumo”

1. A figura do “contrato de crédito coligado” no Regime dos Contratos de Crédito ao Consumidor (RCCC)¹

Com o propósito de “definir” o conceito de “contrato de crédito coligado”, o legislador, na alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC, considera “*que o contrato de crédito está coligado a um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços específico, se: i) O crédito concedido servir exclusivamente para financiar o pagamento do preço do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços específicos; e ii) Ambos os contratos constituírem objetivamente uma unidade económica, designadamente se o crédito ao consumidor for financiado pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiro, se o credor recorrer ao fornecedor ou ao prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito ou se o bem ou o serviço específico estiverem expressamente previstos no contrato de crédito*”.

Embora, literalmente, se refira ao “contrato de crédito coligado”, a “definição”² legal tem por objeto a *coligação* de contratos de que o contrato de crédito faz parte, *coligado* com o contrato de compra ou de prestação de serviços. Quer dizer, mais do que incidir sobre os contratos que se encontram em relação de coligação, identifica os elementos (os nexos) através dos quais a coligação se estabelece. A sua função lógico-normativa é a de enunciar a *hipótese* (o *Tatbestand*) da norma que, no art. 18º do RCCC, estatui os efeitos jurídicos de tal coligação. A definição legal de “contrato coligado” é, assim, uma parte (textualmente separada) da norma do art. 18º do RCCC, que completa e integra. Os específicos efeitos jurídicos (ou manifestações) da conexão coligacional entre aqueles dois contratos (o contrato de crédito e o contrato de compra e venda³) consistem, precisamente, na projeção (ou repercussão), em cada um dos contratos componentes da formação coligacional, dos efeitos (ou fenómenos de ineficácia) inicialmente produzidos na esfera do outro⁴. A coligação contratual prevista pelo legislador compreende *dois níveis de eficácia* (ou ineficácia) jurídica: no *primeiro nível*, situam-se os efeitos imediatamente produzidos na esfera de cada um dos contratos; no *segundo nível*, que depende da verificação da hipótese coligacional (isto é: da existência dos *nexos* ou *pontos de ligação* em que a coligação se apoia), ocorrem as projeções, em cada um dos contratos, dos efeitos de *primeiro nível* que afetem o outro.

O exercício do direito de arrendimento (em qualquer um dos contratos em que a coligação se polariza – o contrato de compra e venda e o contrato de crédito) gera, como veremos mais adiante, efeitos nos dois níveis: determina, ao *primeiro nível*, a ineficácia do contrato objeto do arrendimento; e, ao

segundo nível, operando já no interior da formação coligacional, determina a ineficácia do outro contrato, ao qual aquela se comunica.

1.1 Os elementos constitutivos da coligação

De acordo com a definição adotada pelo legislador, são dois os elementos de cuja verificação cumulativa depende a concreta ocorrência da hipótese coligacional prevista na alínea *o*) do n. 1 do art. 4º do RCCC (elementos que são, verdadeiramente, os *nexos* ou *pontos de ligação* recíproca entre os contratos de crédito e de compra e venda): é preciso, em primeiro lugar, que o crédito concedido sirva exclusivamente para financiar o pagamento do preço de um específico contrato de compra e venda; é preciso, em segundo lugar, que os dois contratos constituam “objetivamente uma unidade económica”⁵.

1.1.1 A destinação funcional da concessão do crédito

O primeiro daqueles nexos coligantes consiste, pois, numa ligação teleológica entre o contrato de crédito e o contrato de compra e venda, traduzida no fato de o crédito servir para financiar o pagamento do preço. Exige-se, portanto, que o contrato de crédito *se destine a servir* de instrumento financeiro capaz de proporcionar ao consumidor a liquidez indispensável para pagar a totalidade (ou uma parte) do preço devido ao vendedor. Esta *destinação funcional* não pode ficar encerrada no isolamento dos *motivos* individualmente determinantes de qualquer uma das partes, sem qualquer expressão no conteúdo do contrato. Por outras palavras, o requisito em apreço apenas se poderá reputar satisfeito quando entre o financiador e o consumidor se convençione que o capital adiantado pelo primeiro servirá para o pagamento do preço – quando, afinal, do conteúdo do contrato de crédito faça parte uma específica determinação do destino dos fundos adiantados. Não significa isto, contudo, que haja de impor-se uma estrita vinculação ao consumidor, no sentido de este, sob pena de responsabilidade contratual, ter de destinar a quantia mutuada a uma certa finalidade – não é preciso que se trate de um “mútuo de escopo”⁶. O que importa é que da interpretação do contrato de mútuo se possa inferir uma determinação descritiva da finalidade (*Zweckbestimmung*) reservada à quantia mutuada, sendo dispensável ir até ao ponto de a impor como objeto de um dever que ao mutuário (consumidor) se assinalasse (*Zweckbindung*).

O requisito da destinação funcional implica uma espécie de *consignação* do contrato de crédito ao financiamento da aquisição de um bem através de um determinado contrato de compra e venda. Parece ser esse o sentido do segmento do texto da alínea *o*) do n. 1 do art. 4º do RCCC em que o

legislador se refere à finalidade de financiamento do “*pagamento do preço do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços específicos*”. Creio que o substantivo a que o adjetivo “específico” se liga, qualificando-o, não é apenas o bem adquirido: é, mais restritamente ainda, o próprio *contrato*, tendo em consideração os respectivos sujeitos, em particular o vendedor. O *Tatbestand* da coligação contratual apenas se realiza, portanto, se o contrato de crédito estiver *especificamente consignado* à finalidade de financiar a aquisição de um determinado bem a um determinado vendedor (só esta *dupla determinação* cumpre a exigência de o crédito se destinar ao financiamento de um *específico* contrato de compra e venda). Não é suficiente a indicação *indeterminada* de uma certa categoria de bens ou de uma generalidade de fornecedores. Com esta configuração, ficam fora do alcance da previsão coligacional os contratos de concessão de crédito subjacentes à emissão de cartões de crédito, uma vez que estes permitem, indiscriminadamente, a aquisição de quaisquer bens ou serviços de quaisquer fornecedores que integrem a “rede” gerida pela entidade emitente.

O elemento coligante da *destinação funcional* implica ainda a *exclusividade* da *consignação específica* do contrato de crédito. Diz o legislador que o crédito deve “*servir exclusivamente para financiar o pagamento do preço do [específico] contrato*” de compra e venda. Com este requisito, parece ficarem afastados do alcance da previsão legal os contratos de crédito que, numa parte, sirvam o financiamento de uma aquisição *específica*, mas, noutra parte, estejam desligados de qualquer determinação de finalidade. Será o caso, por exemplo, de um empréstimo bancário de € 10 000,00, em que € 5 000,00 se destinam à aquisição de um certo automóvel vendido por um determinado comerciante e os restantes € 5 000,00 ficam à livre disposição do consumidor, que pode aplicar tal quantia na aquisição do que bem entender⁷. Diferentemente, o fato de o mesmo contrato de crédito se destinar ao financiamento de dois (ou mais) contratos de compra e venda, *especificamente* considerados, não impede a concretização da hipótese coligacional: decisivo não é o aspecto *quantitativo* do número de contratos de aquisição, mas o *critério qualitativo* da determinação finalística, através de uma *específica consignação* (ou afetação) do contrato de crédito⁸.

1.1.2 A unidade económica entre o contrato de compra e venda e o contrato de crédito

O segundo ponto de conexão em que se apoia a coligação é a “unidade económica” que, “objetivamente”, deve “constituir-se” entre ambos os contratos. É aqui que a influência do direito alemão mais se faz sentir: a

ideia da “unidade económica” (*Wirtschaftliche Einheit*) formada por dois contratos estruturalmente distintos foi longamente trabalhada e apurada pela jurisprudência alemã, sobretudo antes da VerbrKrG de 1991, que a consagraria legislativamente, no § 9º. Subjacente à ideia está uma opção valorativa: o desmembramento (*Aufspaltung*) de uma operação economicamente unitária em dois contratos jurídico-formalmente distintos não deve colocar o consumidor em pior situação (*Verbot der Schlechterstellung*) do que estaria se o crédito fosse diretamente concedido pelo vendedor no quadro de um (único) contrato de compra e venda a prestações¹⁰.

O legislador não ensaia nenhuma definição de “unidade económica” dos contratos integradores da coligação, deixando à “espiral hermenêutica” da aplicação da norma a tarefa de, progressivamente, dar conteúdo à indeterminação do conceito. Ainda assim, o intérprete não é deixado à deriva: também aqui continuando na senda da tradição germânica (entretanto sujeita ao refluxo da Diretiva 48/2008/CE, que inspirara), o legislador, na subalínea *ii*) da alínea *o*) do n. 1 do art. 4º do RCCC, fornece-lhe uma lista (exemplificativa) de situações em que considera existir unidade económica. A lista assenta numa *distinção* entre, por um lado, o tipo de *casos em que o financiamento é concedido pelo próprio vendedor*¹¹ e, por outro lado, o tipo de *casos em que é concedido por um terceiro*. Dentro deste segundo tipo (que compreende os casos em que o crédito é concedido por um terceiro)¹², o legislador considera que há “unidade económica” em duas situações: quando o credor “recorrer ao” vendedor “*para preparar ou celebrar o contrato de crédito*”¹³; e quando “*o bem ou serviço específico estiverem expressamente previstos do contrato de crédito*”.

Não se trata, em nenhum destes casos, de mero “indícios”, que exijam (dentro de um “sistema móvel” de pressupostos, e à semelhança da técnica dos “exemplos padrão”) uma indagação adicional sobre a sua suficiência para a concretização do conceito indeterminado da “unidade económica”. As coisas passam-se exatamente ao contrário: basta a ocorrência de qualquer um daqueles casos para afirmar a existência de unidade económica¹⁴, sem mais averiguações¹⁵. Trata-se de uma espécie de *marcadores legais imperativos* da “unidade económica” entre os contratos constitutivos da formação coligacional.

A simplicidade e a bilateralidade próprias da compra e venda a prestações dão lugar à complexidade e à trilateralidade inerentes à compra e venda financiada

Contudo, se, como acaba de salientar-se, a presença de qualquer daqueles *marcadores legais* é *suficiente* para o estabelecimento da unidade económica, não é de fato *necessária*. Pode afirmar-se a existência de um concreta “unidade económica” entre dois contratos sem que se verifique nenhum dos casos enumerados pelo legislador. O aproveitamento desta possibilidade pressupõe (e exige) um esforço racionalizador de densificação do conceito (indeterminado) de “unidade económica”. Poupano-me a mais desenvolvimentos, creio fazer sentido recorrer aqui à experiência jurisprudencial alemã, de cujo cadinho emergiu a ideia da “unidade económica” dos contratos (que salienta o contraste entre o *plano jurídico-estrutural*, onde a *pluralidade* se evidencia, e o *plano funcional*, onde a unidade se impõe) em que se envolve o consumidor que adquire a crédito. Numa fórmula mais ou menos estabilizada, os tribunais alemães consideram que existe “unidade económica” (*wirtschaftliche Einheit*) quando, “para além da relação de meio-fim, ambos os contratos estão de tal maneira ligados que nenhum deles teria sido concluído sem o outro, ou cada um deles apenas através do outro ganha sentido”¹⁶. A par da enunciação abstrata dos traços identificadores da ideia de “unidade económica”, a jurisprudência germânica desenvolveu também um “sistema móvel” de fatos indiciadores, entre os quais avulta, pela sua força reveladora (apesar de não constar do elenco dos *marcadores legais*¹⁷), o da exclusão do consumidor da livre disponibilidade do capital mutuado pelo financiador, que é diretamente transferido para o vendedor¹⁸.

1.2 A operacionalização prática da coligação contratual

O que se foi dizendo até aqui permite compreender melhor o prático modo de operar da coligação de contratos no crédito ao consumo (*rectius*: ao consumidor). Em termos de configuração fática, e considerando o seu figurino mais vulgarizado (abstraindo da hipótese de o crédito ser concedido pelo próprio vendedor), esta hipótese de coligação contratual (frequentemente denominada “compra e venda financiada”) consiste, já o vimos, na articulação de dois contratos distintos: por um lado, um contrato de compra e venda, que liga o vendedor ao consumidor; por outro lado, um contrato de mútuo (ou um contrato de abertura de crédito), por força do qual uma instituição de crédito adianta ao consumidor os fundos necessários para o pagamento do preço devido ao vendedor.

O consumidor que se financia através deste mecanismo contratual conclui, assim, dois contratos: um contrato de compra e venda, cujo preço se obriga a pagar a pronto, e um contrato de mútuo. Em vez de confrontado com um só sujeito no quadro de uma só relação contratual, como sucede no esquema da tradicional venda a prestações, o consumidor torna-se parte de

dois contratos, estabelecendo vínculos jurídicos diferentes com dois parceiros distintos. A *simplicidade* e a *bilateralidade* próprias da compra e venda a prestações dão lugar à *complexidade* e à *trilateralidade* inerentes à compra e venda financiada¹⁹.

Encarada numa perspectiva dinâmica, a compra e venda financiada, na sua manifestação mais típica e frequente, revela também a sua especificidade nas circunstâncias relativas ao modo de execução das prestações a cargo de cada um dos sujeitos intervenientes. Refiro-me, em primeiro lugar, ao fato de a quantia mutuada não chegar a entrar na disponibilidade efetiva do consumidor mutuário, uma vez que o mutuante a entrega imediata e diretamente ao vendedor, com base numa instrução (*Anweisung*) daquele²⁰ – instrução que, em regra, se concretiza na subscrição, por parte do consumidor, de um formulário pré-elaborado pelo mutuante, quase sempre incorporado no formulário que suporta o texto do próprio contrato de mútuo.

Característico do modo de funcionamento da “compra e venda financiada” é também o fato de o consumidor, depois de pago o preço ao vendedor por intermédio do mutuante (que, cumprindo a sua instrução, transfere a quantia mutuada para o património do vendedor²¹), apenas ficar vinculado em relação a este último, ao qual tem de reembolsar, em frações escalonadas no tempo, o capital adiantado, acrescido dos juros remuneratórios convencionados. Em termos estritamente empírico-económicos, a situação resultante do normal funcionamento do mecanismo da compra e venda financiada, vista sob o prisma do consumidor, é similar à que decorreria de uma simples compra e venda a prestações, sem intervenção de qualquer terceiro. Na realidade, o consumidor também aqui está obrigado ao pagamento de uma certa quantia em várias prestações – não já a quantia correspondente ao preço da coisa (pois que esse já foi pago a pronto), mas a que equivale ao reembolso do capital emprestado.

1.3 Duas notas sobre aspectos de “construção jurídica”: coligação ex lege/coligação ex contractu; pluralidade/unidade

1.3.1 A coligação contratual prevista no RCCC como fenómeno de eficácia jurídica ex lege, e não ex contractu

Tal como se acha consagrada no RCCC, a coligação entre o contrato de compra e venda e o contrato de crédito é um fenómeno de eficácia jurídica *ex lege* e não uma manifestação jurisgénica *ex contractu*. A afirmação desdobra-se em duas implicações.

Em primeiro lugar, implica que a *hipótese normativa* da coligação [recortada na alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC] não se reconduz a um qualquer acordo das partes – uma espécie de “negócio coligante”. A “vontade das partes” esgota-se no *primeiro nível* de eficácia da coligação, no quadro dos contratos individuais que compõem a coligação²². A coligação (independentemente e apesar da vontade das partes) instancia-se concretamente sempre que se verifique a parêntese de pressupostos previstos na alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC: a destinação funcional do crédito e a “unidade económica” dos contratos²³. Não significa isto, evidentemente, que, através dos procedimentos gerais da hermenêutica do negócio jurídico, não se conclua (daí depois desprendendo os correspondentes efeitos jurídico-negociais) que qualquer dos contratos que entram na estrutura complexa da compra e venda financiada é o *correspetivo sinalagmático*, a *condição*, o *motivo*, o *fim* ou a *causa* do outro, de modo a aplicar-se-lhes o regime jurídico-civil a que, em geral, se acham submetidas estas figuras. Mas, e é isto que aqui importa realçar, a aplicação do regime do art. 18º do RCCC não depende da verificação de nenhum desses pressupostos jurídico-negociais²⁴.

Implica aquela afirmação, em segundo lugar, que os efeitos jurídicos da concreta instanciação da hipótese coligacional (as manifestações de recíproca repercussão e propagação das ocorrências de um contrato no outro, previstas no art. 18º do RCCC) resultam *diretamente* da lei, *ex vi legis*, não constituindo o reconhecimento nem a atuação de qualquer vontade jurisgénica das partes.

No quadro deste entendimento *objetivo* da coligação contratual prevista no RCCC, compreende-se, sem nenhuma dificuldade, a ineficácia (mais do que isso: a irrelevância) das chamadas “cláusulas de separação” (*Trennungsklauseln*; *waiver of defenses clauses*), através das quais se pretende *desconectar* os contratos integrantes da coligação, isolando-os um do outro, tornando-os reciprocamente insensíveis às vicissitudes de cada um.

1.3.2 Pluralidade/unidade

A configuração da hipótese da coligação contratual desenhada no RCCC aponta claramente para uma formação contratual *plural*, marcada pela coexistência de *dois* contratos estruturalmente distintos (embora constitutivos de uma “unidade económica”), ajustando-se-lhe melhor, no plano dos modelos de compreensão deste fenómeno jurídico-contratual, a teoria da separação (*Trennungstheorie*) do que a teoria da unidade (*Einheitstheorie*)²⁵.

Parece, de resto, que é inerente à figura uma *essencial tensão* entre a *pluralidade jurídico-estrutural*, por um lado, e a *unidade económico-funcional*, por outro – no sentido em que a própria realização da unitária função económica opera através do desmembramento dos “procedimentos contratuais”²⁶.

Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho (que parece situar-se mais no plano geral da doutrina do negócio jurídico do que na exegese da figura consagrada no RCCC), mostrando as dificuldades e a “escassa utilidade dogmática” da “coligação funcional”, entende que “operação económica complexa” típica do crédito ao consumo deve ser tratada como “um negócio unitário” (dependente do requisito “subjetivo” da “consciência de vinculação no plano trilateral”), atendendo aos “nexos” (sobretudo de “condicionamento”, “sinalagmaticidade”, “causalidade” e “equivalência”) que intercedem entre os efeitos de cada um dos “contratos singulares”. O próprio autor, porém, relativiza o seu modelo de compreensão unitária das “operações económicas complexas” (e demais “formações complexivas”), distinguindo, dentro da correspondente “formação contratual complexa”, um “âmbito de unidade” – que integra os aspectos em que a formação complexa deve ser tratada como um só contrato – e um “âmbito de pluralidade” – que se corporiza na pluralidade dos “procedimentos contratuais estruturalmente autónomos”, os quais consistem nos comportamentos comunicativos (declarações negociais) das partes. Em suma: as “formações contratuais complexas” devem, “para determinados efeitos”, ser tratadas como uma unidade e, para outros efeitos, como uma pluralidade²⁷.

2. O direito de arrependimento

2.1 Caracterização geral

“Sob a designação de direito de arrependimento, compreendem-se todas as hipóteses em que a lei concede a um dos contraentes (o consumidor) a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, se desvincular de um contrato através de declaração unilateral e imotivada”.²⁸ “O direito de arrependimento pode considerar-se hoje como o *ex libris* do direito do consumo, quer por ser o seu instituto mais original quer por ser aquele que melhor representa uma ruptura com os pressupostos liberais e voluntaristas da teoria geral dos contratos como a herdámos do século XIX”²⁹.

Não há um direito *geral* de arrependimento que seja aplicável a todos os contratos de consumo³⁰. O que temos é a consagração (por diversas razões de política legislativa: umas vezes atinentes às características dos procedimentos

de contratação, como sucede nos contratos fora do estabelecimento e à distância; outras vezes respeitantes às particularidades do tipo contratual, como ocorre no contrato de concessão de crédito³¹⁾ de *vários e especiais* direitos de arrependimento³².

Quando se fala em *direito de arrependimento*, o discurso situa-se no plano *funcional*. A expressão evidencia a *função* deste poder de desvinculação unilateral que a lei, em situações específicas, atribui ao consumidor: permitir-lhe um *período de reflexão* adicional (*cooling off period*), que seja uma oportunidade para ponderações mais detidas e informadas, em regra ausentes de fases pré-contratuais frequentemente marcadas por *práticas comerciais desleais*. Já no plano *estrutural*, é muito *heterogénea e variável* a sua configuração propriamente jurídica, indo desde o “*direito de livre resolução*” (designação pela primeira vez utilizada no Decreto-Lei 143/2001, de 26/04, entretanto revogado pelo Decreto-Lei 24/2014, de 14/02) ao “*direito de rescisão*” (denominação adotada no Decreto-lei 61/2011, de 06/05, a propósito das “viagens organizadas”), passando pela simples “*resolução*” e pela “*livre revogação*” (como sucede, precisamente, no RCCC).

2.2 Os efeitos do exercício do direito de arrependimento na hipótese de coligação de contratos na concessão de crédito ao consumidor³³

Divido o tratamento da questão dos efeitos do exercício do direito de arrependimento na hipótese de coligação de contratos (em regra, uma compra e venda financiada por terceiro) em dois momentos: num primeiro momento, trato dos efeitos do direito de arrependimento em relação ao contrato de crédito; num segundo momento, ocupo-me dos efeitos do exercício do direito de arrependimento em relação ao contrato de compra e venda.

2.2.1 Os efeitos do exercício do direito ao arrependimento em relação ao contrato de crédito

Segundo o n. 1 do art. 15º do RCCC, “*o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de revogação do contrato de crédito, sem necessidade de indicar qualquer motivo*”.

Quando o consumidor exerça tempestivamente o seu direito, cessam os efeitos do contrato de crédito³⁴. Havendo coligação de contratos, a eficácia da revogação, projetando-se para o *exterior* do contrato de crédito (mas sem sair do *interior* da coligação), propaga-se, comunicando-se-lhe, ao contrato de compra e venda.

É precisamente essa a solução que resulta do n. 1 do art. 18º do RCCC, segundo o qual “*a invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma medida, no contrato de compra e venda*”. Ou porque a faz cessar ou porque a impede³⁵, a revogação do contrato de crédito, em exercício do direito de arrependimento, gera a sua *ineficácia* – e, portanto, *repercute-se* (ou *penetra* – “*Widerrufsdurchgriff*”) no contrato de compra e venda coligado.

Não é muito clara, nem parece ter apoio no direito comparado, o segmento da norma em que o legislador estatui a repercussão (da invalidade ou da ineficácia do contrato de crédito) “*na mesma medida*” (não parece que haja aqui um problema de quantidade ou de grau que justifique o termo “medida”).

A invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado

Ainda assim, creio que a melhor interpretação do preceito (e seguramente a que é mais favorável ao consumidor) aponta no sentido de os efeitos extintivos (ou impeditivos) da revogação do contrato de crédito se *estenderem automaticamente* ao contrato de compra e venda, do qual o consumidor fica, também, em consequência dela, desvinculado. O que significa, pelo menos, que a ineficácia do contrato de compra e venda não depende de nenhuma declaração revogatória adicional que tenha de ser dirigida ao vendedor.

Por outras palavras: a solução legal não consiste em atribuir ao consumidor o direito de, uma vez revogado o contrato de crédito, revogar também o contrato de compra e venda; consiste, isso sim, na *comunicação direta e imediata* do efeito extintivo da revogação do contrato de crédito ao contrato de compra e venda³⁶.

Com este mecanismo de propagação dos efeitos extintivos do contrato de crédito ao contrato de compra e venda, o legislador assegura as condições mínimas da liberdade de exercício do próprio direito de arrependimento, que decerto seria coartada se o consumidor, apesar de desobrigar-se do contrato de crédito, soubesse que permaneceria vinculado ao contrato de compra e venda que com ele estivesse coligado³⁷.

Para além disso, o legislador, evitando aquelas que seriam as consequências da aplicação plena do princípio da relatividade dos contratos, neutraliza o risco de ineficácia do contrato de crédito que enfrenta o consumidor que se envolve numa compra e venda financiada: nesse caso (no caso de ineficácia do contrato de crédito – aqui resultante do exercício do direito de

arrependimento), o consumidor, se entretanto já se tiver obrigado perante o vendedor, ver-se-á na iminência de inesperadamente ter de pagar a pronto e imediatamente a totalidade do preço sem para tanto dispor da liquidez necessária – ou porque o mutuante deixou de estar vinculado à entrega do dinheiro (se se trata de um mútuo consensual), ou porque este lhe tem de ser restituído (em razão da ineficácia do contrato) de uma só vez e de imediato. Trata-se aqui, no fundo, do risco de uma aquisição a crédito (de uma aquisição apenas financeiramente possível por ser a crédito) se transformar numa aquisição a pronto.

2.2.2 Os efeitos do exercício do direito ao arrependimento em relação ao contrato de compra e venda

Estabelece o n. 2 do art. 18º do RCCC que “*a invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado*”.

A hipótese do n. 2 está em relação de simetria com a do n. 1 do mesmo preceito: aqui, trata-se da repercussão da ineficácia (em sentido amplo, incluindo a invalidade e a ineficácia em sentido estrito) do contrato de crédito no contrato de compra e venda; ali, trata-se, em sentido inverso, da repercussão da ineficácia do contrato de compra e venda no contrato de crédito.

Todavia, a simetria não é perfeita: enquanto que o n. 1 abrange a invalidade e qualquer modalidade de ineficácia, o n. 2, compreendendo também a invalidade, parece prever apenas a ineficácia resultante da “revogação” do contrato de compra e venda.

Tomado à letra, o texto normativo determinaria a irrelevância do exercício do direito de arrependimento (quando a lei o conceda³⁸) em relação ao contrato de compra e venda – o que significaria que o consumidor, quando pudesse arrepender-se do contrato de compra e venda, continuaria amarrado ao contrato de crédito (o que constituiria forte constrangimento à liberdade de arrependimento).

Entendo que o âmbito referencial do termo “revogação”, usado no n. 2 do art. 18º do RCCC, deve ser estendido a todos os casos de exercício do direito de arrependimento em relação ao contrato de compra e venda: “revogação” é, aqui, sinónimo de exercício do direito de arrependimento, ainda que este, segunda a norma legal que o atribua, tenha um diverso perfil estrutural (por exemplo, “resolução” ou “rescisão”). São duas as razões que me convencem da “necessidade” desta interpretação.

Em primeiro lugar, é patente que o legislador, ao falar em “revogação”, “está a pensar” no significado com que o termo é usado no próprio RCCC – o significado, como vimos, de instrumento jurídico ao serviço do arrependimento desvinculante do consumidor. Porque decerto não se tratou de acaso, não se alcança, na verdade, que outra razão possa ter justificado tal opção terminológica³⁹.

Em segundo lugar, só conferindo ao preceito a referida amplitude (em termos de abarcar todos os direitos de arrependimento, independentemente da sua forma jurídica) se assegura a sua interpretação conforme à Diretiva 2008/48, em cujo art. 15º/1 se estabelece que, *“caso tenha exercido um direito de retratação com base na legislação comunitária referente a um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, o consumidor deixa de estar vinculado por um contrato de crédito ligado”*. A referência ao “direito de retratação” previsto na “legislação comunitária” mostra claramente que o legislador europeu obriga os Estados-membros a incluírem nos seus direitos internos disposições que garantam que o consumidor que se arrependa do contrato de compra e venda “deixa de estar vinculado” ao contrato de crédito que com ele se ache em relação de coligação.

Assim entendida, a solução adoptada no n. 2 do art. 18º do RCCC, para além de assegurar a liberdade do exercício do direito de arrependimento em relação ao contrato de compra e venda, imuniza também o consumidor, desmoronando os limites erguidos pelo princípio da relatividade dos contratos, de um outro risco típico da compra e venda e financiada: o risco de o consumidor, não obstante a ineficácia do contrato de compra e venda (por efeito do exercício do direito de arrependimento), ficar sujeito a prosseguir ininterruptamente o cumprimento do programa de prestações de reembolso (e de juros) da quantia que lhe haja sido creditada⁴⁰.

3. Propagação dos efeitos do exercício do direito de arrependimento em situações não abrangidas pela hipótese de coligação contratual prevista no RCCC

No que diz respeito aos contratos de concessão de crédito ao consumidor, não é apenas para a hipótese de o “contrato de crédito coligado” [descrita na alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC] que o legislador consagra arranjos normativos de propagação da ineficácia resultante do exercício do direito de arrependimento (incluindo aqui quer os casos em que a ineficácia do contrato

de crédito se estende a outro contrato com ele relacionado, quer os casos em que a extensão opera em sentido inverso). Há, na verdade, outras hipóteses para as quais o legislador estatui o mesmo regime. Identifico, pelo menos, três.

É de realçar, desde logo, o n. 5 do art. 18º do próprio RCCC, o qual dispõe que *“se o credor ou um terceiro prestarem um serviço acessório conexo com o contrato de crédito, o consumidor deixa de estar vinculado ao contrato acessório se revogar o contrato de crédito nos termos do artigo 17º ou se este se extinguir com outro fundamento”*.

Salienta-se, em segundo lugar, o art. 16º do Decreto-Lei 24/2014, de 14/02 (que transpõe a Diretiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores, contratos à distância, ao domicílio e equiparados e vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas), que dispõe assim: *“Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei n. 133/2009, de 2 de junho (...), o exercício do direito de livre resolução nos termos do presente decreto-lei⁴¹ implica a resolução automática dos contratos acessórios⁴² ao contrato celebrado à distância ou do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial sem direito a indenização ou pagamento de quaisquer encargos, excetuados os casos previstos no n. 3 do artigo 12º e no artigo 13º”*.

Importa, por fim, fazer menção ao art. 16º/6 do Decreto-Lei 275/93, de 05/08 (que estabelece o regime jurídico de habitação periódica), segundo o qual *“se o preço do bem imóvel, sujeito ao regime de direitos reais de habitação periódica, for total ou parcialmente coberto por um crédito concedido pelo vendedor, ou por terceiro com base num acordo entre este e o vendedor, e o adquirente exercer o direito de resolução previsto nos números anteriores, o contrato de crédito é resolvido, sem direito a indenização ou pagamento de quaisquer encargos”*.

Não é este o momento, nem o lugar, para entrar na análise destes preceitos, que descrevem hipóteses diversas de “formações contratuais complexas”; aqui, apenas pretendo equacionar algumas questões suscitadas pelo seu relacionamento com a norma da alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC, considerando que há “zonas” em que as suas hipóteses coincidem, gerando situações de parcial “confluência normativa”⁴³.

O n. 5 do art. 18º do RCCC, em bom rigor, não apresenta nenhum “ponto de fricção” com a previsão da alínea o) do n. 1 do art. 4º, uma vez que as respectivas hipóteses não têm zonas de sobreposição: enquanto que a primeira se refere às relações entre o contrato de crédito e os serviços que lhe são “acessórios”, a segunda tem por objeto a relação entre o contrato de crédito e o contrato de compra e venda.

Já o mesmo não pode dizer-se a respeito da hipótese do art. 16º do Decreto-Lei 24/2014, que determina a “resolução automática dos contratos acessórios” ao contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento (que é, necessariamente, um contrato de compra e venda ou de prestações de serviços, uma vez que os serviços financeiros, designadamente a concessão de crédito, estão excluídos do âmbito de aplicação do diploma). Considerando a definição de “contrato acessório” fornecida pelo legislador, não é difícil admitir a inclusão do contrato de crédito na sua extensão. Pode gerar-se, por conseguinte, uma situação de coincidência parcial das previsões das duas normas [art. 16º do Decreto-Lei 24/2014 e alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC]: alguns casos caem sob uma previsão, outros sob a outra, e outros sob as duas, simultaneamente⁴⁴. Se se admitisse que a norma de âmbito menos extenso (art. 16º do Decreto-Lei 24/2014) constitui uma *regulação especial*, a sua aplicação afastaria a norma de alcance mais amplo [alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC]. O que significaria, por exemplo, que, mesmo verificando-se os pressupostos da hipótese do “contrato de crédito coligado” (destinação funcional do crédito e “unidade económica”), a ausência de um “acordo” entre o financiador e o vendedor impediria a repercussão da ineficácia originada pelo exercício do direito de arrependimento no contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento. Sucede, todavia, que o legislador, no art. 16º do Decreto-Lei 24/2014, salvaguarda expressamente o RCCC, estabelecendo que a sua aplicação (do art. 16º supramencionado) se faz “*sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho*”. A relação entre as duas normas constitui, assim, um verdadeiro “curso cumulativo”: uma vez que (apesar da diversidade das hipóteses) a estatuição é essencialmente igual (repercussão automática da ineficácia derivada do exercício do direito de arrependimento), “ambas as normas são aplicáveis, de par uma com a outra”⁴⁵. Donde, mesmo que não se verifique o “acordo” previsto na hipótese do art. 16º do Decreto-Lei 24/2014, a verificação dos requisitos da figura do “contrato de crédito coligado” é suficiente para desencadear a propagação de ineficácia estatuída no art. 18º do RCCC.

Creio, por fim, que é também de “curso cumulativo” a relação entre o 16º/6 do Decreto-Lei 275/93 e a alínea o) do n. 1 do art. 4º do RCCC. É certo que, neste caso, o legislador não contém uma ressalva semelhante à que consta do art. 16º do Decreto-Lei 24/2014. Esta circunstância é, porém, muito pouco significativa, dado que, ao tempo da criação daquela norma, não estava ainda em vigor o actual RCCC (sendo certo que o seu antecessor, o Decreto-Lei 359/91, não tratava das implicações do exercício do direito de

arrependimento em relação ao contrato de compra e venda). E justamente porque não havia, ao tempo, nenhuma outra norma que com ela (com a norma do art. 16º/6 do Decreto-Lei 275/93) pudesse concorrer, não é de supor que o legislador pretendesse instituir um regime “especial” que afastasse outros preceitos com idênticas “pretensões de aplicação”^{46,47}.

Notas

- * Paulo Duarte. Advogado. Vice-Presidente do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Professor da Universidade Lusófona do Porto.
1. Regime aprovado pelo Decreto-Lei 133/2009, de 2 de Junho.
 2. Mais do que uma definição (uma enumeração exauriente e fechada dos elementos de um *conceito* susceptível de aplicação subsuntiva), trata-se de uma descrição dos elementos nucleares de um *tipo de configuração*.
 3. Para economia de texto, usarei doravante a expressão “contrato de compra e venda”, que deve ser tomada, metonimicamente, com o sentido de abranger também o contrato de prestação de serviços (incluindo, assim, no seu alcance os dois tipos principais de *contratos de aquisição financiados* por via da conclusão do contrato de crédito). Segue-se, de resto, a técnica expositiva do art. 18º do RCCC, que, referindo-se diretamente apenas ao contrato de compra e venda, manda depois, no seu n. 6, aplicar, “com as necessárias adaptações”, o regime da coligação “aos créditos concedidos para financiar o preço de um serviço prestado por terceiro”.
 4. Deve sublinhar-se, contudo, que nem todos os mecanismos de propagação de efeitos (previstos no art. 18º do RCCC) entre o contrato de crédito, por um lado, e o contrato de compra e venda, por outro, dependem da verificação do *Tatbestand* coligacional – sobre esta questão, ver, *infra*, no texto, o ponto 3.
 5. A noção legal de “contrato de crédito coligado” corresponde à transposição da alínea n) do art. 3º da Diretiva 2008/48/CE, do PE e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, a qual, por seu turno, se filia na tradição alemã do direito dos contratos de concessão de crédito ao consumidor, que, depois de um longo percurso de elaboração jurisprudencial (iniciado ainda no século XIX, então no quadro da *Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte*, de 16/05/1864), atingiria uma primeira cristalização normativa na *Verbraucher kreditgesetz* de 17/12/1990 (VerbrKrG), entretanto revogada pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 26/11/2001. O § 9 da VerbrKrG definia assim a noção de “negócio coligado” (*Verbunden Geschäft*): “o contrato de compra e venda e o contrato de crédito constituem um negócio coligado quando o crédito serve para financiar o preço da compra e ambos devem ser vistos como uma unidade económica” (*Ein Kaufvertrag bildet ein mit dem Kreditvertrag verbundenes Geschäft, wenn der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises dient und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind*). A matéria está hoje sediada no § 358/3 do BGB, que, já sob influência da Diretiva 2008/48/CE, considera que “um contrato que tem por objeto o fornecimento de uma coisa ou a realização de uma

outra prestação e um contrato de mútuo (...) estão coligados quando o mútuo sirva, total ou parcialmente, o financiamento do outro contrato e ambos constituam uma unidade económica (*Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder über die Erbringung einer anderen Leistung und ein Darlehensvertrag nach den Absätzen 1 oder 2 sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden*). Sobre a evolução do direito alemão, pode ver-se Peter Heermann, *Verbundene Geschäfte im Sinne des § 9 Abs 1 VerbrKrG*, AcP 200, 1-44 (2000). No direito português, a inspiração da VerbrKrG era já visível no diploma antecessor do atual RCCC, o Decreto-Lei 359/91, de 21 de Setembro, que, no art. 12º/1, fazia depender a validade do contrato de compra e venda do contrato de crédito “se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro (...), sempre que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito”. Sobre a interpretação do art. 12º do Decreto-Lei 359/91, ver o meu *Contratos de concessão de crédito ao consumidor: em particular as relações trilaterais resultantes da intervenção de um terceiro financiador*, dissertação apresentada no âmbito do curso de mestrado na área de ciências jurídico-empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, e Fernando de Gravato Morais *União de contratos de crédito e de venda para o consumo*, Coimbra, Almedina, 2004.

6. Sobre a figura do mútuo de escopo, ver M. Fragali, “Finanziamento (*dir. priv.*)”, in ED, v. XVII, 1968, p. 605-27, p. 605 ss. e M. Capecchi, “La qualificazione giuridica del mutuo di scopo”, in CI, 2, 1997, p. 539 ss.
7. O requisito da *exclusividade* parece ser perigoso para a tutela do consumidor (que é especialmente necessária nas hipóteses de coligação contratual): bastará que uma pequena (insignificante) parcela do crédito não esteja afetada a uma destinação específica para que a coligação deixe de produzir os seus efeitos – ainda que os abusos na manipulação da previsão legal possam ser bloqueados através de uma interpretação atenta à *fraude à lei*.
8. Diversa parece ser a posição de Fernando de Gravato Morais, *Crédito aos Consumidores*, Almedina, 2009, p. 34, segundo o qual “se porventura o crédito servir para financiar *mais do que uma compra* (...) não parece haver lugar à aplicação das consequências da união de contratos”.
9. Ver, supra, nota 5.
10. A ideia da “unidade económica” entre os contratos, e a correspondente afirmação do “princípio jurisprudencial” da proibição da *Verbot der Schlechterstellung*, nasceu umbilicalmente ligada à necessidade (praticamente sentida) de justificar a admissibilidade da recusa (*Leistungsverweigerungsrecht*), pelo comprador, do cumprimento do contrato de crédito com base em exceções fundadas no contrato de compra e venda que lhe permitiriam, perante o vendedor, se fosse ele a conceder o crédito, paralisar a pretensão de pagamento do preço (*Einwendungsdurchgriff* – “penetração de exceções”). A formulação original deste princípio coube ao BGH, no âmbito da jurisprudência produzida a propósito do *B. Geschäft* (uma particular modalidade de compra e venda

financiada), servindo de instrumento de concretização do princípio da boa-fé, no qual se apoiava a proteção do comprador. A *Verbot der Schlechterstellung* nunca deixou de servir de parâmetro orientador na resolução dos problemas postos pelo *B. Geschäft*. A provar a sua utilidade retórica, aí está, num outro plano, o fato de a exposição de motivos da VerbrKrG se lhe referir como fundamento justificador do *Einwendungsdurchgriff* previsto no § 9/3 (preceito correspondente ao atual § 359 do BGB) – neste sentido, Barbara Dauner-Lieb, *Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften (§ 9 VerbrKrG)*, ZWB, 1991, p. 4-5. A “estratégia valorativa” que orienta a *Verbot der Schlechterstellung* consiste em determinar a posição jurídica do consumidor que, de fato e realmente, se acha envolvido na conclusão de dois contratos, em função de uma coordenada que não é mais do que *uma situação hipotética e conjectural* (M. J. Marín López, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2000, p. 258) – aquela situação que se verificaria se o consumidor, em vez de um contrato de crédito e de um contrato de compra e venda, apenas celebrasse um contrato de compra e venda a prestações.

Note-se, contudo, que a ideia da *Verbot der Schlechterstellung* não tem vivido sem críticas. P. Heermann, *Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S. amerikanisches Rechtsentwicklung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 213, considera que não faz sentido fundamentar a solução de casos com dimensão trilateral num parâmetro que remete para uma relação meramente bilateral como é aquela que resulta da simples compra e venda a prestações. Por seu turno, Canaris, *Bankvertragsrecht*, 2ª Ed., p. 717-8, considerava que o princípio rector na matéria não deveria ser o da *Verbot der Schlechterstellung*, mas, diversamente, o princípio da proibição de deixar o comprador desmunido de qualquer direito (*Verbot der Rechtlosstellung*). Esta diferenciação sustentada por Canaris – de par com a ideia de o contrato de compra e venda ser “a base” (*Geschäftsgrundlage*) do contrato de mútuo (pois constituiria os seus *Sinn und Zweck*) – condu-lo, de resto, a negar a possibilidade de o comprador poder recusar o reembolso do mútuo com base na mera excepção do não cumprimento do vendedor (aquilo a que o autor se refere como *dilatorische Kleinkriege*).

11. Como a norma se move no terreno da coligação de contratos, é seguro que a referência à hipótese de o vendedor ser também o financiador não abrange a compra e venda a prestações (que é um só contrato), cingindo-se aos casos em que o vendedor celebra com o consumidor, para além do contrato de compra e venda, um contrato de crédito juridicamente autónomo. Há quem entenda, porém, que a venda a prestações é uma venda a pronto efetuada através da concessão “*collaterale*” de crédito – Gaetano Piepoli, *Il credito al consumo*, Napoli, Jovene Ed., 1976, p. 70. Diz o autor, no mesmo passo, que “quando, de fato, o comerciante realiza uma venda a prestações, aceitando que o comprador liquide fracionadamente o preço, na realidade não faz outra coisa que não seja antecipar o dinheiro para o pagamento do preço, concedendo o crédito e transformando, consequentemente, a normal obrigação do pagamento do preço na obrigação do devedor reembolsar o financiamento”.

12. Nos casos do primeiro tipo, a existência da unidade económica entre os contratos resulta logo da coincidência entre o vendedor e o financiador – é precisamente essa coincidência que constitui o “marcador” da unidade.
13. Pense-se nos casos, muito frequentes, em que é o próprio vendedor que recolhe as informações necessárias à avaliação da solvabilidade do consumidor e assegura o preenchimento dos formulários contratuais.
14. Talvez possa falar-se, aqui, de uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de “unidade económica”.
15. Neste sentido, M. Habersack, *Münchener Kommentar zum BGB*, 6.Auflage, 2012, § 358, Rn. 37.
16. “(...) wenn über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte miteinander derart verbunden sind, dass keines ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder der Verträge seinen Sinn erst durch den anderen erhält” – M. Habersack, *Münchener Kommentar zum BGB*, 6.Auflage, 2012, § 358, Rn. 36.
17. Ausência que também se regista no art. 18º do RCCC.
18. Sobre este ponto, ver M. Habersack, *Münchener Kommentar zum BGB*, 6.Auflage, 2012, § 358, Rn. 47-49.
19. Complexidade e trilateralidade que são, de resto, típicas, em geral, dos chamados *negócios de aquisição financiados por terceiro*, entre os quais se incluem, além da compra e venda financiada, figuras contratuais como o *leasing* e o *factoring* – sobre a matéria, ver Peter Heermann, *Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S. amerikanisches Rechtsentwicklung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
20. Vimos já (supra, nota 18) que se trata de uma circunstância indiciadora da existência de “unidade económica” entre os contratos.
21. No fato unitário em que consiste a transferência patrimonial efetuada pelo mutuante a favor do vendedor concorrem, portanto, em simultaneidade, duas prestações de execução de dois contratos diferentes: a prestação de adiantamento da quantia mutuada (prestação devida pelo mutuante ao consumidor); e a prestação de pagamento do preço da coisa vendida (prestação devida pelo consumidor ao vendedor).
22. Ainda que, contudo, a verificação do pressuposto da *destinação funcional* do crédito exija a indagação interpretativa dos enunciados contratuais das partes – mas, neste ponto, considerados como *puros fatos*, e não como *fatos jurídico-negocialmente relevantes* (isto é, relevantes enquanto manifestações de “vontade” jurisdicção).
23. Não é por acaso, creio, que o legislador acentua, quanto ao pressuposto da “unidade económica” que esta se constitui “*objetivamente*”, independentemente da vontade ou da perspectiva ou das impressões de qualquer uma das partes.
24. O recurso aos instrumentários gerais do direito do negócio jurídico e do contrato pode já revelar-se útil nos casos em que não se verifiquem os pressupostos da coligação contratual *ex lege*.
25. Sobre este problema dogmático, ver Fernando de Gravato Morais, *União de contratos*

de crédito e de venda para o consumo, p. 340 e ss, e Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora, 2014, p. 155 e ss.

26. Numa situação de pluralidade contratual, a obediência cega ao princípio da relatividade dos contratos (que tende a enclausurar a sua eficácia no círculo das respectivas partes, imunizando-os a influências exteriores) colocaria o consumidor sob a ameaça dos riscos próprios do desmembramento jurídico da “unidade económica”. Riscos que as soluções normativas de repercussão recíproca das ocorrências de um contrato no outro, acolhidas no art. 18º do RCCC (em desvio ao que resultaria da aplicação estreme do princípio da relatividade), visam, precisamente, neutralizar e inocuizar – sobre este ponto, ver o meu *A posição jurídica do consumidor na compra e venda financiada: confronto entre o regime em vigor (RJCC) e o Anteprojecto do Código do Consumidor* in *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 7.
27. Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, p. 135-224.
28. Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 105.
29. Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo*, p. 106.
30. Estabelece o n. 4 do art. 8º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de Julho) que, “*quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços*”. Não se trata, aqui, de um verdadeiro direito de arrependimento, de acordo com a concepção que dele perfilho (ver o texto) – precisamente porque a sua existência depende de um pressuposto: a violação da obrigação (geral) de informação.
31. Sobre a diversidade das ponderações de política legislativa determinantes da atribuição dos diferentes direitos de arrependimento consagrados no direito português (quase sempre por ocasião, e por causa, da transposição de Diretivas da União Europeia), ver Jorge Morais de Carvalho, *Os Contratos de Consumo, Reflexão Sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, 2012, p. 445 e ss.
32. Para uma visita guiada (e pormenorizada) ao elenco dos direitos de arrependimento concedidos pelo direito português, ver Jorge Morais de Carvalho, *Os Contratos de Consumo, Reflexão Sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, p. 391 e ss. – sendo certo que o autor defende um conceito mais alargado da figura, nele incluindo os direitos de desvinculação de fonte contratual e aqueles cujo exercício implica a sujeição a uma contrapartida monetária (ob. cit., p. 390).
33. Apenas se trata aqui dos específicos efeitos que resultam da ocorrência da própria coligação, que se localizam no *segundo nível de eficácia* (ver, supra, no texto, ponto 1.1.), ficando de fora das minhas considerações os efeitos produzidos logo no plano do próprio contrato singular de que o consumidor se arrepende (efeitos estes que situam no *primeiro nível de eficácia* da formação coligacional).

34. É possível que as partes convençionem que o contrato de crédito só produz efeitos (só então o consumidor podendo dispor do financiamento) após o decurso do prazo de exercício do direito de arrependimento. Nesta hipótese, “o contrato celebra-se sob condição suspensiva de não exercício do direito pelo consumidor, não produzindo efeitos até esse momento” – Jorge Morais de Carvalho, *Os Contratos de Consumo, Reflexão Sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, p. 427. Quer dizer, sendo a eficácia do contrato suspensivamente condicionada ao não exercício do direito de arrependimento, o efetivo exercício dele impede, *ab initio*, a eficácia do contrato – o que corresponderá a uma paradoxal *revogação impeditiva* (*Verhinderungswiderruf*).
35. Ver nota anterior.
36. O § 358/2 do BGB é, a este respeito, bem mais cristalino: “*Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung auf Grund des § 495 Absatz 1 wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden*”. (Se, ao abrigo do § 495/1, revogar eficazmente a sua declaração de vontade emitida no contrato de mútuo, fica o consumidor desvinculado da declaração de vontade que tenha emitido num contrato com ele coligado que tenha por objecto o fornecimento de um bem ou a realização de uma outra prestação.)
37. M. Habersack, *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, 2012, § 358, Rn.1.
38. Ver, supra, no texto, ponto 2.1.
39. O argumento vale o que vale, mas merece uma referência: Fernando de Gravato Morais, Crédito aos Consumidores (que informa, no prefácio, ter participado “ativa e substancialmente na transposição da Diretiva 2008/48”), diz, na p. 88, que o n. 2 do art. 18º do RCCC contempla “quer a invalidade quer a *livre revogação*” (o direito de “*livre revogação*” é, como vimos, o meio jurídico que o legislador, no art. 15º, põe ao serviço do consumidor arrependido).
40. Para a hipótese em que o consumidor, com fundamento no incumprimento do vendedor, resolva o contrato de compra e venda (ou exerça o direito à redução do preço), o n. 4 do art. 18º do RCCC determina que ele “*não está obrigado a pagar ao credor o montante correspondente àquele que foi recebido pelo vendedor*”. A norma, que pressupõe a propagação do efeito extintivo da resolução do contrato de compra e venda ao contrato de crédito – embora aqui mediada, como parece resultar da alínea c) do n. 3, por uma autónoma resolução do segundo –, concentra a “liquidação” de ambos os contratos (consistente na execução das obrigações restitutórias pecuniárias resultantes da eficácia extintiva da resolução) na relação entre vendedor e o financiador, implicando que seja este, e não o consumidor, a suportar o risco de insolvência daquele (o vendedor). Quer dizer, resolvidos ambos os contratos, por incumprimento do vendedor, é sobre este que pesa a obrigação de restituição em face do financiador. Esta solução, sem dúvida vantajosa para o consumidor, tem a sua fonte, iniludivelmente, no § 358/4 do BGB, segundo o qual “em relação aos efeitos jurídicos da revogação, o mutuante

sucede, em face do consumidor, nos direitos e deveres do vendedor emergentes do contrato coligado, desde que a quantia mutuada tenha sido já entregue ao vendedor antes do momento em que a revogação se torne eficaz” (*“Der Darlehensgeber tritt im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs bereits zugeflossen ist”*). Em lugar de duas relações de liquidação (uma entre o vendedor e o consumidor, por um lado, e outra entre o consumidor e o mutuante por outro), o direito alemão concentra as obrigações de restituição das quantias pecuniárias em circulação dentro da esfera da coligação contratual na relação entre o vendedor e o financiador – ver Habersack, *Münchener Kommentar zum BGB*, 6.Auflage, 2012, § 358, Rn. 82. O que se estranha é que o legislador português, tendo importado a solução germânica, não inclua no seu âmbito de aplicação a hipótese de origem: a cessação dos contratos coligados por efeito do exercício do direito de arrependimento do consumidor (pois, como vimos, o n. 4 do art. 18º do RCCC apenas se aplica ao caso de resolução – ou redução de preço – do contrato de compra e venda com fundamento em incumprimento do vendedor).

41. O legislador refere-se ao “direito de livre resolução” que o art. 10º concede ao consumidor.
42. Ao contrário do que sucede com o RCCC, que não define a noção de “serviço acessório”, o art. 3º-e) do Decreto-Lei 24/2014 oferece uma definição de “contrato acessório”: “contrato ao abrigo do qual o consumidor adquire bens ou serviços no âmbito de um contrato à distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, quando os bens ou serviços são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional”.
43. Sobre o conceito de “confluência normativa”, ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª Ed., FCG, 1997, p. 373.
44. Sobre estes varáveis de coincidências de hipóteses normativas, ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 376.
45. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 377.
46. Bem vistas as coisas, é mesmo defensável a tese de que, sendo-lhe cronologicamente posterior, a norma do RCCC revoga a norma do art. 16º/6 do Decreto-Lei 275/93. “Se uma das normas é anterior no tempo à outra, a mais antiga cede à mais recente, uma vez que deve aceitar-se que o legislador, ao estabelecer uma nova norma, quis abolir uma regra mais antiga em contrário” – Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 373.
47. Aglutinando numa única as várias hipóteses de “conexão de contratos” (muito semelhantes àquelas que, em relação ao direito português, se referem no texto, no ponto 3 – o que se compreende, uma vez que se trata de normas que transpõem diretivas da União Europeia) distintas do *Tatbestand* dos “verbundenen Verträge” (§ 358 do BGB), o legislador alemão, já em Setembro de 2013, introduziu, na mais recente redação do § 360 do BGB, uma nova figura, designada “*zusammenhängenden*

Verträge” (que talvez possa traduzir-se pela expressão “contratos interligados” ou, até, “contratos associados”). Sobre este novo instituto do direito germânico do consumidor (que só se aplica quando não se verifiquem os pressupostos do “*verbunden Vertrag*”), ver Domenik Henning Wendt/Barbara Lorscheid-Kratz, Das Wderrufsrecht bei “zusammenhängenden Verträge”, in BB, 2013, p. 2.434 e ss.

DO DIREITO DE DESISTÊNCIA OU DE RETRATAÇÃO NO CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR

FRANCISCO SERRA LOUREIRO*

Licenciado em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e
Gestão do Instituto Politécnico de Leiria

EXCERTOS

“A sociedade atual é, sem dúvida, uma sociedade de consumo com raízes na revolução industrial bem como na revolução comercial”

“A imotivabilidade deriva do fato de o consumidor não necessitar fundamentar o exercício do seu direito”

“O direito de retratação é um direito temporário ex lege, pois o seu exercício tem um enquadramento temporal decorrente da lei, que, caso não seja observado, caduca”

1. Introdução

Será possível uma sociedade sem consumo? Que somos todos consumidores é um fato, mas serão os consumidores conscientes das suas ações? Será que o consumidor é devidamente informado dos seus direitos? Com técnicas de marketing cada vez mais agressivas, estarão os consumidores devidamente protegidos? Todos os dias somos confrontados com estas e outras questões que tornam a temática do consumo tão significativa para o nosso quotidiano, o que leva a um constante e proveitoso labor doutrinal. A sua relevância aumenta ao mesmo tempo em que observamos um exponencial acréscimo de contratos relacionados com o direito do consumo que proliferam nos mais diversos quadrantes sociais e económicos.

A importância deste ramo do direito levou, inclusivamente, à elaboração de um anteprojeto de um código do consumo, o que, por si só, demonstra a crescente relevância atribuída pelo nosso ordenamento a esta área que considera a sua autonomização como imperativa para, assim, garantir uma mais eficaz informação e proteção ao consumidor.

A sociedade atual é, sem dúvida, uma sociedade de consumo com raízes na revolução industrial bem como na revolução comercial. Enquanto a primeira permitiu um incremento substancial da produção e uma exponencial multiplicação de bens, a segunda, assente nas novas tecnologias e em novos métodos de comercialização, permitiu um desenvolvimento elevado do comércio, contribuindo para uma mais fácil divulgação e distribuição dos bens produzidos (Rebelo, 2007, p. 574-5). É, como tal, um mercado de consumo transformado que hoje observamos, o qual conta com um consumidor mais exigente e informado.

Sem que nos apercebamos, o nosso quotidiano é profícuo em relações jurídicas de consumo. Desde a celebração de um contrato pela manhã, quando pedimos o nosso café na pastelaria, até ao final do dia, quando efetivamos a compra de um novo *smartphone*, o nosso dia está repleto de situações que consubstanciam a realização de contratos de consumo.

Se a compra do café um consumidor médio não tem problemas para efetivar, já no que tange ao telemóvel ou outros bens de valor mais elevado, nem sempre aquele tem capacidades para adquiri-lo sem o recurso a crédito, que ganha assim contornos de elevada importância na nossa sociedade hodierna.

Hoje o recurso fácil ao crédito, elemento caraterizador desta sociedade de consumo, promove, por um lado, uma satisfação imediata do consumidor, agrado com a facilidade com que consegue adquirir determinados bens

até há algum tempo inacessíveis, mas, por outro, acarreta, não raras vezes, situações de sobre-endividamento dos consumidores.

Devido à perigosidade deste acesso fácil ao crédito em constante expansão, o legislador vem dotar o consumidor, como contraente de um contrato de crédito ao consumo, com determinados mecanismos que lhe garantam uma maior proteção numa sociedade cheia de “facilidades aparentes”, municiadas por estratégias de marketing agressivas e uma falta de informação adequada que muitas vezes encaminham o consumidor para uma situação de crédito não suportável ou desejável para as suas possibilidades económicas.

O nosso estudo irá incidir, concretamente, sobre um desses mecanismos protecionistas, mais precisamente o direito de desistência ou retratação por parte do consumidor no contexto de celebração de contratos de crédito ao consumo. No fundo, é a possibilidade que o consumidor tem de, após um período de “reflexão”, optar por não dar seguimento ao contrato previamente acordado, desonerando-se assim das suas obrigações para com a instituição com a qual contratou esse mesmo crédito.

Para tal abordaremos este direito, considerado por Almeida (2005, p. 106) como o *ex libris* do direito do consumo, através da observância do regime jurídico do contrato de crédito ao consumo.

É também nosso fito abordar a qualificação jurídica desta figura, cuja designação, onerada com alguma controvérsia e disparidade de tratamento nas diferentes leis que regem os contratos de consumo, tem vindo a ser alvo de constante debate doutrinal.

Por fim, analisaremos o direito de retratação no atual regime do contrato de crédito ao consumo, efetuando, para tal, uma comparação com o regime anteriormente em vigor, com espaço para destaque das alterações entretanto verificadas.

Face ao exposto, procuraremos analisar estas e outras questões, socorrendo-nos da doutrina e da jurisprudência existente, mas sempre de um ponto de vista crítico.

2. O direito de desistência ou de retratação¹

2.1 Generalidades

A presente sociedade, manifestamente de carácter consumista, promove a celebração diária de inúmeros contratos de consumo dos quais decorrem obrigações para ambos os contraentes. É nosso entendimento que esta relação

contratual manifesta um gravoso desequilíbrio entre as partes, opinião partilhada não só pela generalidade da doutrina mas também pelo próprio legislador. Ao reconhecer o consumidor² como parte mais fraca da relação jurídica³ em apreço, o legislador vem conceder àquele um conjunto de direitos, dos quais destacamos o direito à informação e o direito de desistência ou de retratação.

In casu, para o nosso estudo abordaremos o direito de retratação, também denominado como direito de arrependimento (Almeida, 2005, p. 109). Considera Carlos Ferreira de Almeida este direito como o mais importante meio de alcançar a satisfação do cliente. Concordamos com o autor quando este refere que, ao possibilitar o exercício deste direito, observamos um “rude golpe no princípio *pacta sunt servanda*” (Almeida, 2005, p. 114), pois a lei vem enquadrar uma exceção à força obrigatória dos contratos permitindo que uma das partes não o cumpra, sendo que para o exercício do direito em causa não observamos, sequer, necessidade de fundamentação.

No entendimento de Carvalho (2012, p. 389), “o direito de arrependimento constitui atualmente uma das figuras jurídicas mais emblemáticas do direito do consumo”. Partilhamos do entendimento do estudioso, pois, além do peso que este direito tem para uma efetiva proteção do consumidor, a própria divergência no que tange à sua denominação leva a um intenso e interessante debate teórico.

É, no entanto, consensual na doutrina a relevância deste direito para uma maior proteção do consumidor, permitindo uma reflexão de modo a assegurar que “as obrigações por este assumidas o sejam com efetiva consciência e ponderação” (Leitão, 2006, p. 12).

Compreende-se a existência deste direito também numa perspetiva de incentivo ao consumo consciente, pois como nos refere Almeida (2005, p. 109) “o conforto dado pela faculdade de desistir livremente de um negócio constitui afinal o mais forte apelo à sua realização”. Acrescentamos, ainda, que muitas vezes o consumidor não tem um acesso direto a um determinado bem, não o “percebe”, ou seja, só efetuando o contrato é que tem a possibilidade de se inteirar de tudo o que aquele bem/serviço lhe pode oferecer, consubstanciando assim uma experimentação deste na sua “propriedade”.

2.2 Qualificação jurídica

O direito de retratação, objeto do nosso estudo, tem a particularidade de não observar uma consensualidade no que tange à sua qualificação jurídica. Vejamos algumas das suas definições doutrinárias.

Rebello (2007, p. 571) define este direito como um *direito de livre resolução*, entendido como “um direito subjetivo reconhecido pela ordem jurídica ao consumidor de se desvincular de um contrato, sem pagamento de qualquer indenização e sem indicação de motivos”. Por outro lado, Almeida (2005, p. 105) designa este direito como de *arrependimento*, compreendendo “todas as hipóteses em que a lei concede a um dos contraentes (o consumidor) a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, se desvincular de um contrato através de declaração unilateral e imotivada” (nossos sublinhados).

Referimos somente dois exemplos da disparidade de tratamento dado pela doutrina no que à qualificação deste direito diz respeito. Como refere Frota (2013, p. 248), o nosso ordenamento já denominou o direito em causa indistintamente como: direito de livre resolução⁴, resolução unilateral, renúncia⁵, livre revogação⁶, revogação unilateral, retratação⁷, desistência ou arrependimento. Apercebemo-nos, assim, da existência de profundas divergências na doutrina no que concerne à qualificação jurídica do direito constituído para proteção do consumidor.

No fundo trata-se da possibilidade dada ao consumidor de, num determinado lapso temporal, poder desistir do negócio que entretanto havia celebrado, desonerando-se assim das obrigações assumidas. Almeida (2005, p. 107) descreve este período de tempo como um “período de *cooling off*”, ou seja, um período que protege o consumidor da sua eventual precipitação num negócio, não raras vezes influenciado por táticas de marketing extremamente agressivas e pela falta de informação desejada e legalmente prevista.

Como referido supra, além do legislador, também alguma doutrina tende a classificar este direito como de (livre) resolução, mas é nosso entendimento que tal classificação não se afigura a mais correta. Admitimos que a tarefa desta classificação não é nem fácil nem consensual, indo ao encontro do entendimento de Proença (2011, p. 173) quando refere que “a tarefa de procurar delimitar mais uma figura de desvinculação unilateral parece missão impossível se pensarmos na pouca linearidade das múltiplas formas de cessação contratual e na indiferenciação terminológica que as atinge”.

No entanto, a resolução de um contrato que “é uma forma de extinção dos contratos por vontade unilateral” (Prata, 2012, p. 1.298-9) é também, como refere a autora, vinculada, ou seja, assenta num fundamento legal ou convencional de um dos contraentes. Seguindo a mesma corrente de pensamento, também Proença (2011, p. 180-1) entende que é difícil explicar “a concessão legal de um direito de resolução, aparentemente não motivado”.

Devemos ainda assentir que, numa situação de resolução e implicando um incumprimento da outra parte, o consumidor para ter direito a resolver o contrato deve dar cumprimento ao estabelecido no art. 808º, n. 1, do Código Civil (CC), concedendo à outra parte um prazo para cumprir a obrigação em falta⁸, situação que não se verifica para o exercício deste direito.

Pelo exposto, não consideramos como correta a aplicação da figura da resolução a este direito do consumidor, pois, de acordo com os vários diplomas existentes, ele pode ser exercido sem necessidade de fundamentação. Entende Proença que, ao invés do termo resolução, “os termos retratação, revogação ou arrependimento são mais consonantes na sua expressão linguística e conceituação jurídica” (2011, p. 210-1). Acrescentamos nós, salvo melhor opinião, que somente os termos retratação, desistência ou arrependimento se afiguram como enquadráveis neste direito do consumidor.

Não se deve confundir a figura da retratação com a revogação

Esta discrepância estendeu-se, ao longo dos tempos, também ao próprio legislador, pois ao mesmo direito foram correspondendo designações diferentes. Embora exista, hoje, nos diversos diplomas que regulam contratos de consumo uma convergência para designar o direito como sendo um direito de livre resolução, ainda encontramos alguns diplomas que incluem outra designação como, por exemplo, livre revogação⁹.

É o caso da letra da lei ínsita no DL 133/2009¹⁰, referente aos contratos de crédito ao consumo, onde, no seu art. 17º, verificamos a presença da epígrafe “direito de livre revogação”, termo utilizado ao longo de todo o preceito. Ora, como já referido, o nosso entendimento é que este termo não se afigura correto. Em consonância com os melhores ensinamentos de Frota (2013, p. 116-7), nada obsta a que, em sede de um contrato de crédito ao consumo, se possa considerar o recurso à figura da revogação não nos termos do art. 17º, mas sim através de mútuo consentimento das partes. No entendimento do autor, não se deve confundir a figura da retratação com a revogação, considerada por este como um “modo extintivo da relação contratual, por mútuo acordo”. Acrescentamos ainda que, de acordo com Prata (2012, p. 1.322), a revogação é “uma forma de extinção de um negócio jurídico por manifestação de vontade, em regra discricionária, do seu autor ou por acordo entre as partes (se se tratar de contrato)”. Desta noção extraímos que a figura da revogação é aplicável, em caso de contrato, a um acordo entre as partes

para terminar a relação em causa, situação que não se verifica neste direito potestativo do consumidor que pode assim, sem necessidade de acordo com a outra parte, terminar a relação contratual.

Na senda de Frota, analisando as formas usualmente utilizadas para cessação de uma relação contratual, só nos é possível vislumbrar este mecanismo de proteção do consumidor como um direito de retratação. O autor considera este direito de retratação como algo distinto das outras figuras jurídicas existentes: “o rol do modo de extinção das relações obrigacionais complexas” (Frota, 2011, p. 63-5).

Devemos, no entanto, referir que uma parte da doutrina não considera a utilização do termo retratação como correta. De acordo com Carvalho (2012, p. 455), o direito de retratação no ordenamento jurídico português “é uma figura reservada” para uma declaração com o objetivo de evitar a produção de efeitos de outra declaração, exigindo-se como requisito de validade que o destinatário tenha conhecimento dela antes da (ou em simultâneo com a) outra, conforme previsto no art. 230º, n. 2, do CC, que segundo o autor regula a retratação da proposta contratual. Posição idêntica perflha Almeida (2005, p. 113), que exclui a retratação como possibilidade de designação deste direito.

Não corroboramos a predita posição, pois, no nosso entendimento, parece concebível a aplicação da retratação. Primeiro porque, como refere Frota (2011, p. 63), a retratação implica mostrar “público arrependimento por palavras ditas ou escritas”, condição verificada através da emissão de declaração de retratação por parte do consumidor, como veremos posteriormente. Depois, porque se atentarmos no art. 230º do CC, parece-nos que o n. 2 regula a exceção à irrevogabilidade da proposta, o que, na nossa opinião, não se afigura como enquadrável, pois a discussão prende-se com a possibilidade de desfazer um contrato já eficaz e não a proposta negocial de um dos contraentes.

Como a própria lei prevê a possibilidade de alterar a intenção inicial de contratar por parte do consumidor, sem a fundamentar e de uma maneira unilateral, parece-nos que concede assim àquele a possibilidade de se retratar da sua intenção contratual, libertando-o deste modo das suas obrigações através de uma declaração contrária à inicial.

Afastadas que estão, no nosso entendimento, as mais comuns figuras de extinção do contrato que, a nosso ver, erroneamente o legislador entendeu utilizar nas diversas leis de contrato de consumo, devemos referir que, ao longo do estudo e pese embora as diferentes denominações que encontramos ao longo de toda a legislação de contratos de consumo, este direito do consumidor será designado como um direito de retratação ou de desistência.

2.3 Características

Se quanto à sua qualificação observamos alguma dificuldade de alcançar um consenso, no que tange às suas características o direito de retratação não granjeia divergências. Nos melhores ensinamentos de Frota (2011, p. 64), o direito de retratação apresenta três características essenciais, a saber: a imotivabilidade, a inindenizabilidade e a irrenunciabilidade. Acrescente-se ainda que é um direito temporário e potestativo.

A *imotivabilidade* deriva do fato de o consumidor não necessitar fundamentar o exercício do seu direito. A sua aceitação por parte do outro contraente não depende de qualquer justificação por parte do consumidor, sendo, obviamente, um direito discricionário.

Devemos entender este direito como um direito *potestativo* do consumidor, pois, se exercido por este, os seus efeitos produzem-se inelutavelmente na esfera jurídica da contraparte, mesmo existindo oposição desta, dado que se sujeita ao seu exercício.

O direito de retratação é um direito *temporário ex lege*, pois o seu exercício tem um enquadramento temporal decorrente da lei, que, caso não seja observado, caduca.

Se exercido neste lapso de tempo, não será exigível qualquer contrapartida financeira ao consumidor, prerrogativa da qual decorre a sua característica de *inindenizabilidade*. No entanto, embora a regra seja a aqui enunciada, devemos atender a algumas situações de “exceção”, nomeadamente a previsão de pagamento de juros sobre o capital utilizado num contrato de crédito ao consumo. Pese embora, nesta situação, o consumidor seja obrigado a entregar uma contrapartida financeira, não entendemos como uma indenização, mas sim como uma justa contrapartida pelo uso de determinado montante do capital mutuado e não pelo exercício do direito de retratação.

Além disso, é exercido por uma declaração unilateral não receptícia, o que significa que é eficaz desde que emitida dentro do prazo concedido legalmente e, por conseguinte, não é relevante a recepção da contraparte dentro do prazo previsto para tal exercício.

Devemos finalizar esta caracterização com referência à *irrenunciabilidade* deste direito, pois, mesmo que as partes entrem num consenso, a verdade é que decorre dos diversos diplomas legais a impossibilidade do consumidor renunciar a este direito.

É assim mister perceber as consequências que esta “desistência” implica, os seus efeitos e como se processa.

3. O direito de retratação no contrato de crédito ao consumidor

3.1 Conceito e caracterização do contrato de crédito ao consumidor

Na definição dada pelo DL 133/2009, concretamente no seu art. 4º, n. 1, al. c), o contrato de crédito ao consumo é o “contrato pelo qual o credor concede ou promete conceder a um consumidor de crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante”.

Da leitura desta definição decorre, no nosso entender, que para se considerar a existência de um contrato de crédito ao consumo um dos contraentes terá obrigatoriamente de ser um consumidor que, como dispõe o art. 4º, n. 1, al. a), do predito diploma, é a pessoa singular que atue com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional. Logo, devemos excluir qualquer pessoa coletiva bem como qualquer pessoa singular que realize um contrato de crédito no âmbito da sua atividade profissional ou comercial¹¹.

Devemos acrescentar que se num dos lados da relação contratual devemos encontrar um consumidor, no outro extremo negocial temos invariavelmente um comerciante, pois efetivamente o crédito ao consumo não se aplica a relações contratuais entre consumidores, nem entre “profissionais”.

O contrato de crédito ao consumo, como decorre da própria norma, caracteriza-se por uma relação jurídica de carácter sinalagmático, devido à correlação entre as obrigações assumidas pelo consumidor e pelo credor, seja este ou não simultaneamente fornecedor do bem ou prestador do serviço. Devemos considerá-lo como um contrato de adesão¹², pois, pese embora o consumidor tenha a possibilidade de negociar, por exemplo, a duração das prestações, o conteúdo substancial do contrato está previamente definido pelo financiador, limitando-se o consumidor a aceitar ou a rejeitar as cláusulas prévia e unilateralmente estabelecidas por aquele¹³.

Estamos perante um contrato formal, conforme o estipulado no art. 12º, n. 1, do DL 133/2009, o qual prevê a exigência de ser exarado em papel ou outro suporte duradouro, consubstanciando assim uma exceção ao princípio da liberdade de forma consagrada no art. 219º do CC. O contrato de crédito ao consumidor reveste sempre um carácter oneroso, porquanto o próprio diploma exclui “os contratos de crédito em que o crédito seja concedido sem juros e outros encargos”¹⁴.

3.2 Regime jurídico no contrato de crédito ao consumidor – do período de reflexão até ao direito de livre resolução

O art. 17º do DL 133/2009 apresenta-nos, na sua epígrafe “Direito de livre revogação”, o que consubstancia uma alteração relativamente ao preceituado no DL 359/91, que, no seu art. 8º, apresentava como epígrafe “Período de reflexão”. Abordaremos neste ponto as principais alterações com a entrada em vigor do primeiro diploma, bem como as suas repercussões no modo de exercício do direito de retratação. Devemos, no entanto e devido à sua natureza “europeia”, começar por fazer uma breve referência às diretivas que conduziram à preparação dos vários diplomas entretanto emanados em Portugal.

3.2.1 A Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho

O direito de retratação tem as suas origens nos anos 70 do século passado, surgindo inicialmente “em áreas específicas de alguns países europeus” (Carvalho, 2012, p. 389). Cedo se percebeu a sua relevância para uma área do direito tão “sensível” como o direito do consumo e, atendendo à sua relevância nas relações jurídicas no espaço europeu, surgem as primeiras diretivas ainda sob a égide da Comunidade Económica Europeia (CEE).

No que tange à regulação jurídica do crédito ao consumidor, esta surge por iniciativa da CEE, nomeadamente através da Diretiva 87/102/CEE, do Conselho, de 22 de dezembro. O fito desta diretiva era a harmonização¹⁵ das normas reguladoras do crédito ao consumidor nos diversos Estados-membros. Foi, posteriormente, alvo de revogação pela Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, que no seu corpo já observava uma mais detalhada e extensa lista de artigos com vista a uma mais eficaz transposição para os ordenamentos jurídicos internos. Analisaremos somente esta última pela sua relevância no nosso ordenamento jurídico para o instituto em análise.

Assim, quanto ao direito de retratação, encontramos no considerando 34 da Diretiva 2008/48/CE a explicação para a sua regulação. Desse mesmo considerando extraímos a necessidade de prever esse direito de retratação sem penalizações e sem obrigatoriedade de indicar motivo. Como veremos infra, o atual regime no nosso ordenamento jurídico é em tudo semelhante ao estatuído na diretiva. Como tal a nossa apreciação neste ponto será sucinta, sendo abordado com maior profundidade na análise do DL 133/2009.

No art. 14º da mesma diretiva encontramos a sua regulação. O citado preceito estabelece um prazo de 14 dias para o exercício desse direito e, como

referido supra, a desnecessidade de apresentar motivo¹⁶. O exercício do direito deve ser realizado através de um meio com força probatória de acordo com o direito de cada Estado-membro, devendo a declaração ser enviada antes do final do prazo estipulado, conforme estabelecido pelo art. 14º, n. 3, al. a), da Diretiva 2048/48/CE.

Se o consumidor exercer o direito de retratação, deve observar o previsto no n. 3, al. b), do predito artigo, nomeadamente devolver o capital mutuado bem como eventuais juros, caso tenha utilizado esse mesmo capital. Além destes valores, não existe nenhuma indenização por parte do consumidor, exceto a entrega ao credor de eventuais valores correspondentes a despesas não reembolsáveis pagas pelo financiador à Administração Pública.

3.2.2 O período de reflexão no DL 359/91

No que tange ao nosso ordenamento jurídico, a transposição da primeira diretiva deu-se com o DL 359/91, de 21 de setembro. Este decreto-lei, que foi o primeiro diploma no nosso ordenamento jurídico a versar sobre contratos de crédito ao consumidor, deu assim transposição ao estipulado nas Diretivas 87/102/CEE e 90/88/CEE sobre o mesmo assunto.

Tal como nos outros contratos de consumo, também neste caso existiu uma preocupação do legislador de conceder ao consumidor um período para reflexão após a celebração do contrato para que pudesse “refletir com toda a calma, sem pressões ou condicionamentos de qualquer espécie, acerca da decisão tomada” (Rebelo, 2007, p. 610).

Ao contrário do “direito de retratação” estatuído noutros contratos de consumo, *in casu* o diploma estabelecia um modelo diferente, pois, de acordo com o artigo 8º do predito decreto-lei, concedia um período de tempo para reflexão. Enquanto os outros contratos de consumo eram eficazes desde a sua formação, o contrato de crédito ao consumidor só se tornava eficaz no final do período de reflexão¹⁷ caso o consumidor não tivesse, entretanto, revogado a declaração negocial¹⁸. Este período de reflexão observava um lapso temporal de sete dias úteis, contados a partir da assinatura do contrato para que o consumidor remetesse a declaração de retratação. Esta era admitida por qualquer meio, embora a própria norma previsse desde logo, “numa referência pedagógica”, o envio de carta registada com aviso de recepção¹⁹ (Carvalho, 2012, p. 421).

Esta caracterização da eficácia, de acordo com a doutrina alemã, observa dois modelos. Vejamos. Por um lado, encontramos o já referido e aqui observado modelo de eficácia suspensa, no qual o contrato só produzirá efeitos

após o não exercício de um direito de retratação por parte do consumidor. Nos ensinamentos de Almeida (2005, p. 110), “o acordo contratual começa por ser ineficaz, podendo tornar-se eficaz mediante a verificação de uma omissão (fato negativo)”. Quanto ao outro modelo, denominado como modelo de eficácia resolúvel, o contrato é eficaz *ab initio* sendo que a sua ineficácia depende da verificação de uma ação por parte do consumidor, nomeadamente o exercício do direito de arrependimento (Almeida, 2005, p. 110).

Se no prazo concedido por lei o consumidor exercesse o direito em causa, teria direito a todas as importâncias pagas até à data, não podendo ser imputado nenhum encargo em consequência do exercício deste direito depois de deduzido o valor de eventuais encargos tributários por parte do credor, conforme estatuído no art. 8º, n. 3, do DL 359/91.

Ao contrário do atual regime, caracterizado pela imperatividade deste direito, o consumidor podia, de acordo com o n. 5 do art. 8º do predito diploma, renunciar a este prazo de reflexão desde que o contrato de crédito se destinasse à aquisição de um bem que, desde logo, se havia tido como entregue. Era, efetivamente, uma prática muito comum no contrato de crédito ao consumidor, mas que no nosso entendimento foi bem revogada pelo legislador. Parece-nos que esta prática obstava à finalidade do próprio direito de retratação, pois estaríamos assim a privar o consumidor do seu período de “reflexão consciente”. Claro que seria ele o responsável por prescindir desse direito, mas estaria a decidir em consciência? Ou esta decisão também seria passível de alguma precipitação, ou mesmo das já referidas práticas comerciais agressivas? Parece-nos que esta decisão do consumidor poderia padecer da mesma precipitação da própria celebração do contrato e, como tal, entendemos a alteração legislativa que decorreu do DL 133/2009 como ajustada ao verdadeiro sentido do direito de retratação.

3.2.3 O panorama atual pelo DL 133/2009

3.2.3.1 A retratação do consumidor

Com a entrada em vigor do DL 133/2009, de 2 de junho²⁰, hoje com a redação dada pelo DL 42-A/2013, de 28 de março, obedecendo à transposição da Diretiva 2011/90/UE, existe uma aproximação do regime dos contratos de crédito ao consumidor aos demais contratos de consumo. Esta convergência vai de encontro ao previsto no ACC, que na sua redação de 2006 estipulava a regulação do crédito ao consumidor nos seus arts. 282º

e ss., remetendo o exercício do direito de retratação para o regime geral dos contratos de consumo, nomeadamente para o seu art. 187º *ex vi* art. 300º do ACC.

Com a entrada em vigor do DL 133/2009, foram introduzidas diversas alterações ao regime do contrato de crédito ao consumidor, sendo também o direito de retratação alvo de marcantes alterações a considerar para o nosso estudo.

É visível, desde logo, a alteração do *nomen juris* do instituto agora apresentado como um direito de livre revogação, conforme a epígrafe do art. 17º deste diploma, abolindo assim o período de reflexão da anterior regulamentação entretanto revogada. Não obstante esta qualificação legal, defendemos, como já referido anteriormente, a utilização do termo direito de retratação, ao contrário de Morais (2009, p. 79), que entende o recurso à figura do direito de revogação como a mais correta. Como observámos anteriormente, este é um direito caracterizado pela imotivabilidade sendo hoje consagrado expressamente na norma essa desnecessidade de fundamentar o exercício do direito (art. 17º, n. 1, *in fine*, do DL 133/2009).

Contrariamente ao anterior período de reflexão, com a alteração promovida por este diploma, o contrato é eficaz *ab initio* sendo que pode observar uma causa de cessação, imotivada, num determinado lapso de tempo, durante o qual o consumidor tem a faculdade de exercer o seu direito de retratação perante a posição contratual previamente assumida pelas partes.

Outra alteração significativa é a atual previsão de 14 dias (de calendário)²¹ para que o consumidor possa exercer o seu direito de retratação, que consubstancia um alargamento do prazo se atendermos ao prazo de sete dias úteis anteriormente previsto²². O prazo começa a contar a partir da celebração do contrato de crédito ou da recepção do exemplar do contrato por parte do consumidor, caso esta data seja posterior, com as informações devidas²³, de acordo com o art. 17º, n. 2, al. *a*), do DL 133/2009.

Parte da doutrina, nomeadamente Morais (2009, p. 81), defende que o consumidor tem, efetivamente, os 14 dias para o exercício do seu direito, pois defende a “teoria da expedição da declaração como mecanismo essencial de tutela do consumidor” na qual se entende que o consumidor tem de exercer o direito de retratação dentro do prazo estabelecido no art. 17º, n. 1, do DL 133/2009, não relevando a data de recepção por parte do financiador, mas sim a data da expedição da declaração de retratação. O financiador pode, eventualmente, ter conhecimento da vontade do consumidor após

os 14 dias que tal não obsta ao reconhecimento da retratação deste. Se eventualmente o prazo para o exercício do direito terminar a um domingo ou dia feriado, na falta de disposição especial, devemos aplicar o art. 279º, al. e), *ex vi* art. 296º do CC, transferindo assim o final do prazo para o dia útil seguinte.

Para que o direito seja eficazmente exercido, o consumidor deve expedir a sua declaração de retratação em papel ou outro suporte duradouro, cumprindo os requisitos do art. 12º, n. 3, al. h), *ex vi* art. 17º, n. 3, do DL 133/2009²⁴.

Se exercido o direito de retratação, o consumidor além de entregar a totalidade do capital mutuado deve pagar os juros vencidos²⁵ se houver, entretanto, utilizado o crédito que lhe havia sido concedido, conforme o disposto no art. 17º, n. 4, do DL 133/2009. A mesma norma prevê um prazo de 30 dias para o cumprimento dessa entrega. No entendimento de Morais (2009, p. 82-3), o prazo começa a contar na “data de expedição da declaração de revogação pelo consumidor (e não com o momento em que se utiliza o crédito)”. De referir também que a utilização do capital mutuado não inibe o direito de retratação, opinião defendida também pelo autor. Entendemos que se alguma dúvida subsistisse a esse respeito, o fato de se prever o pagamento de juros num cenário de retratação é desde logo sinal suficiente de que se prevê a possibilidade de exercer esse mesmo direito após a utilização de parte ou totalidade do crédito.

Para que o direito seja eficazmente exercido, o consumidor deve expedir a sua declaração de retratação em papel ou outro suporte duradouro

As eventuais despesas que o credor haja suportado perante quaisquer entidades da administração pública são ressarcidas ao consumidor, conforme estipulado pelo art. 17º, n. 5, do DL 133/2009, embora no entendimento de Frota (2011, p. 67-8) esta responsabilidade não se justifica, pois assim o “Estado locupletar-se-á sem justa causa, uma vez que as operações financeiras (que levaram ao pagamento de determinado tributo) se frustram”.

Destacamos, por fim, a irrenunciabilidade deste direito de retratação por força do carácter imperativo estatuído no art. 26º, n. 1, do DL 133/2009, que se aplica a todos os direitos conferidos ao consumidor neste diploma²⁶. Como tal, qualquer cláusula que viole este preceito é considerada nula, podendo o consumidor optar pela redução do contrato nos termos do n. 2 do mesmo art. 26º, dando assim a possibilidade de manter o contrato.

3.2.3.2 Contrato de crédito coligado

Além dos efeitos inerentes ao próprio contrato de crédito ao consumo, podemos observar efeitos nos contratos conexos com ele. Falamos de contratos coligados com o contrato de crédito, situação que se verifica, de acordo com o art. 4º, n. 1, al. o), do DL 133/2009, se observados dois requisitos: se o crédito concedido é aplicado exclusivamente no pagamento do preço do bem ou serviço específico do contrato conexo, e se ambos os contratos constituem objetivamente uma unidade económica. Esta unidade verifica-se quando o crédito de consumo for financiado pelo próprio fornecedor de bens ou prestador de serviços. A mesma unidade económica ocorre ainda numa situação de financiamento por terceiro quando o credor recorrer ao fornecedor/prestador de bens/serviços para celebrar o contrato de crédito bem como numa situação em que o bem/serviço esteja expressamente previsto no contrato de crédito.

Se o consumidor exercer o seu direito de retratação sobre o contrato de crédito de consumo, por aplicação do art. 18º, n. 2, do DL 133/2009, ao contrato coligado sucede o mesmo que ao contrato de crédito: a relação contratual entre o consumidor e o fornecedor de bens ou prestador de serviços extingue-se. Se invertida a situação, ou seja, caso o consumidor exerça o direito de retratação num determinado contrato de consumo e exista um contrato de crédito ao consumidor conexo com aquele, ambos cessam^{27/28}.

Decorre também deste dispositivo, nomeadamente do seu n. 5 que, em caso de retratação pelo consumidor nos termos do art. 17º do mesmo diploma, aquele deixa de estar vinculado a qualquer serviço acessório ao contrato de crédito prestado pelo próprio financiador ou mesmo por um terceiro. Aqui, em regra, estamos a falar de um contrato de seguro conexo com esse crédito²⁹.

4. Considerações finais

Numa sociedade marcadamente caracterizada pelo consumo, coube-nos analisar uma figura jurídica tendente a proteger o consumidor de situações de precipitação que, não raras vezes, surgem em âmbito de relações contratuais de consumo. Falamos do direito de retratação e, *in casu*, do seu exercício em matéria de contratos de crédito ao consumidor.

Para tal análise, iniciámos este estudo abordando a divergência doutrinal sobre a qualificação jurídica do direito em causa. Este direito, salvo melhor

opinião, tantas vezes mal designado como direito de livre resolução ou livre revogação (as formas mais comuns) e que já teve diversas denominações também na própria legislação, observa hoje uma convergência no que tange ao seu *nomen juris*. Pese embora essa convergência, a verdade é que, no nosso entendimento, a designação mais correta seria direito de retratação, pois entendemos estar diante de uma efetiva retratação do consumidor perante uma opção contratual previamente tomada muitas vezes sobre pressão ou não devidamente esclarecida e informada pela outra parte.

Afastamos a designação de resolução, pois este é um direito caracterizado pela imotivabilidade, ou seja, o consumidor pode exercê-lo sem necessidade de fundamentar, ao contrário do que sucede para que possa proceder à resolução de um contrato. Não concebemos igualmente a ideia de revogação, pois no âmbito de um contrato bilateral, como verificado numa relação de consumo, para que esse contrato fosse revogado teríamos de observar um consenso de ambas as partes. Quanto ao direito que aqui assiste ao consumidor, este é um direito potestativo que não depende da não oposição do credor para que produza os efeitos desejados, já que este se sujeita à produção de tais efeitos.

A falta de consenso doutrinal bem como do próprio legislador no que tange ao *nomen juris* deste instituto jurídico não obsta a que os seus efeitos se repercutam nos contratos de consumo. Ao usar da prerrogativa concedida por lei, o consumidor, sem necessidade de motivo, promove a cessação do contrato de crédito ao consumo, desonerando-se assim das suas potenciais obrigações.

Quanto à sua aplicação aos contratos de crédito ao consumidor, verificamos uma evolução legislativa que, no nosso entender, se torna hoje mais justa para ambas as partes. A banalização do recurso ao crédito para permitir a aquisição de bens de consumo leva, no nosso entendimento, a uma maior preocupação por parte do legislador que promoveu uma aproximação do regime jurídico aplicável aos outros regimes concernentes aos diversos contratos de consumo existentes no nosso ordenamento jurídico.

Hoje, ao direito de retratação, está inerente uma irrenunciabilidade: não se permite ao consumidor numa situação de precipitação ou má informação na realização do contrato renunciar a esse direito. No fundo, a renúncia deste poderia estar enferma da mesma precipitação que observava a aceitação do contrato pelo consumidor.

Com a entrada em vigor do DL 133/99 deixámos de observar um período de reflexão, em que os efeitos do contrato estavam suspensos, observando hoje, em semelhança com os outros regimes jurídicos, uma imediata eficácia

do contrato. Este contrato, todavia, pode cessar se o consumidor fizer uso do seu direito de retratação no período de 14 dias presentemente consagrado por lei, contrariamente aos sete dias úteis previstos no anterior diploma. Hoje, o consumidor vê alargado o período para ponderar sobre a sua decisão, o que, no nosso entender, é de todo compreensível visto ser este o período de tempo aplicável à maioria das relações de consumo. Sendo o crédito ao consumo uma relação contratual que, não raras vezes, observa um período contratual longo e que tem repercussões diretas sobre o orçamento das famílias, parece-nos que esta solução foi efetivamente a mais acertada para uma melhor proteção do consumidor.

No entanto, deve ter o consumidor em atenção que ao exercer este direito e caso tenha utilizado parte ou a totalidade do crédito contratado deve devolvê-lo com eventuais juros sobre o capital mutuado que haja utilizado, evitando assim situações de abuso de direito por parte do consumidor bem como assegurando um justo ressarcimento para o financiador.

No caso de estarmos perante uma situação em que o crédito concedido é aplicado exclusivamente no pagamento de determinado bem ou serviço ou se o contrato de crédito constituir uma unidade económica conjuntamente com outro contrato de consumo, deve o consumidor ter em mente que ao cessar o contrato de crédito o contrato de consumo conexo cessa também, pois a dependência entre eles assim o obriga.

Terminamos fazendo uma apreciação positiva ao atual regime jurídico do direito de retratação nos contratos de crédito ao consumidor. No nosso entender, esta última alteração veio ao encontro de uma maior proteção do consumidor, impossibilitando a renúncia do consumidor e efetivando desse modo uma proteção absoluta no que ao direito de retratação diz respeito.

Assistimos também a uma convergência com o regime jurídico deste instituto nos diversos contratos de consumo que, embora desejável, não pode deixar de ser alvo da nossa crítica devido a uma uniformização através de uma errónea denominação deste mesmo direito que, a nosso ver, pode promover algumas dificuldades de interpretação e aplicação por parte do próprio consumidor.

Conforme exposto, entendemos que a designação deste direito deveria ser efetuada com um maior rigor. A confusão com outras figuras jurídicas no nosso ordenamento jurídico não é aceitável numa altura em que, não só, assistimos a vários entendimentos doutrinários que corroboram a nossa opinião, mas essencialmente porque temos assistido a várias alterações legislativas no que tange aos direitos dos consumidores, alterações essas que poderiam e

deveriam ter sido aproveitadas para promover a adequação do *nomen juris* desta figura na diversa legislação.

Não obstante a sua eficácia não ser colocada em causa, um maior rigor na sua denominação seria acolhida de bom grado, seja em âmbito da diversa legislação já existente ou inclusivamente num eventual e desejado código do consumidor.

Notas

- * Francisco Serra Loureiro. Licenciado em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Mestrando em Solicitadoria de Empresa na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.
- 1. Como oportunamente se poderá observar ao longo do estudo, a denominação deste direito não é consensual nem a nível doutrinal nem no que tange à legislação consultada. Pela nossa parte será sempre referido como direito de retratação, mas em situação de referência a outras obras ou aos diversos diplomas, por óbvio respeito ao entendimento dos seus autores, serão utilizadas as denominações defendidas por cada um dos responsáveis pelas afirmações citadas/referidas.
- 2. Das várias definições de consumidor, entendemos como mais relevante a dada pela Lei de defesa do consumidor, no seu art. 2º, n. 1, que o define como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestado serviços ou transmitidos quaisquer direitos destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional, uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.” Para mais desenvolvimentos, consulte-se Carvalho (2014, p. 14-22).
- 3. Rebelo (2007, p. 574) refere o consumidor como o contraente “sujeito a perigos, riscos e abusos provenientes da denominada “sociedade de consumo””.
- 4. Cfr. art. 16º do Decreto-Lei 275/93, de 5 de agosto; arts. 10º a 13º do DL 24/2014, de 14 de fevereiro; arts. 19º a 25º do DL 95/2006, de 29 de maio; art. 118º do DL 72/2008, de 16 de abril.
- 5. Cfr. art. 27º do DL 12/2006, de 20 de janeiro.
- 6. Cfr. art. 17º do DL 133/2009, de 2 de junho.
- 7. Cfr. art. 8º da Lei 24/96, de 31 de julho.
- 8. Cfr. Acórdão (Ac.) do Tribunal da Relação do Porto, processo n. 4357/10.7BGDM. P1, de 04 de novembro de 2013 (Soares de Oliveira), disponível em: www.dgsi.pt, consultado pela última vez no dia 19 de dezembro de 2014.
- 9. A ideia de uniformização deste direito já se encontrava patente com a concepção do Anteprojeto do Código do Consumidor (ACC), onde encontrávamos uma designação aplicável a todos os contratos de consumo, nomeadamente nos seus arts. 187º e ss., que regulavam o direito de livre resolução e que tem vindo a ser uniformizada com a entrada em vigor de nova legislação.

10. Ao longo deste estudo, sempre que fizermos referência ao DL 133/2009 deve considerar-se a redação dada pela última alteração promovida pelo DL 42-A/2013.
11. A mesma pessoa (singular) pode celebrar um contrato de crédito ao consumo se este visar o colmatar de necessidades pessoais, e por outro lado celebrar um contrato de crédito comercial, se o seu intuito for providenciar crédito para o exercício da sua atividade profissional ou comercial.
12. *Vide*. Ac. do Tribuna da Relação de Coimbra, processo 4334/10.8T2AGD-AC1, de 21 de outubro de 2014 (Freitas Neto), disponível em: www.dgsi.pt, consultado pela última vez no dia 19 de dezembro de 2014.
13. Como refere Varela (2012, p. 252), ao consumidor “fica apenas, na prática, a liberdade (tantas vezes bastante precária) de aceitar ou não o contrato que lhe é facultado, mas não a de *discutir* a substância das soluções nele firmadas”.
14. Cfr. art. 2º, n. 1 al. *f*), do DL 133/2009.
15. Cfr. Considerando 9 da Diretiva 2008/48/CE.
16. Cfr. art. 14º, n. 1, da Diretiva 2008/48/CE. O prazo é contado a partir de uma das datas elencadas nas alíneas deste mesmo número.
17. Opinião contrária é defendida por Carvalho (2012, p. 419), que entende que estamos perante “um direito do consumidor a pôr termo a um negócio jurídico já perfeito”.
18. Cfr. redação do art. 8º, n. 1, do DL 359/91, que transcrevemos: “Com excepção dos casos previstos no n. 5, a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito só se torna eficaz se o consumidor não a revogar, em declaração enviada ao credor por carta registada com aviso de recepção e expedida no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato, ou em declaração notificada ao credor, por qualquer outro meio, no mesmo prazo.”
19. Cfr. art. 8º, n. 1, do DL 359/91, na sua parte final, a declaração de revogação deveria se enviada ao credor por carta registada com aviso de recepção, observando o prazo de sete dias para a sua expedição.
20. Este diploma foi ainda alterado pelo DL 72-A/2010 de 17 de junho, observando agora a redação dada pelo DL 42-A/2013.
21. Cfr. art. 17º, n. 1, do DL 133/2009.
22. Este alargamento visa prosseguir a uniformização prevista nas diretivas, sendo transversal a todos os contratos de consumo.
23. Cfr. art. 12º do DL 133/2009.
24. A mesma forma é observada para a elaboração do contrato, nos termos do art. 12º, n. 1. Carvalho (2012, p. 377) destaca a necessidade da existência da forma escrita, “para que o consumidor tome consciência da celebração do contrato e tenha a possibilidade de refletir sobre o seu conteúdo”.
25. Os juros são calculados com base na taxa nominal estipulada, conforme estipulado no art. 17º, n. 5, do DL 133/2009.
26. Como refere, e bem, Morais (2009, p. 115), “consagra-se assim a sanção ordinária para o caso de ultrapassagem dos direitos do consumidor”.

27. *Vide* Ac. do Tribunal da Relação do Porto com o processo n. 359/06.6TBARC-A. P1, de 23 de fevereiro de 2012 (Maria Cecília Agante), disponível em: www.dgsi.pt, consultado pela última vez no dia 19 de dezembro de 2014.
28. Em sentido contrário, ou seja, se não existir uma conexão entre os contratos, as obrigações do contrato de crédito ao consumo subsistem. Podemos observar numa situação de nulidade do contrato de consumo, que também sucede em caso de retratação pelo consumidor. *Vide* Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, processo 08B074, de 14 de fevereiro de 2008 (Oliveira Vasconcelos), disponível em: www.dgsi.pt, consultado pela última vez no dia 19 de dezembro de 2014.
29. Entende Moraes (2009, p. 92-3) que este n. 5 do art. 18º do DL 133/2009 é aplicável não só às situações de retratação por parte do consumidor, mas também a qualquer caso de extinção pelo consumidor.

Referências

- ALMEIDA, C. F. (2005). *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, J. M. (2012). *Os contratos de consumo: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, J. M. (2014). *Manual de direito do consumo*. 2. ed. Coimbra: Almedina.
- FROTA, M. (2011). Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. In: *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, v. 1, (pp. 43-77).
- FROTA, M. (coord.). (2013). *Manual de serviços financeiros*. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo.
- LEITÃO, L. M. (2006). O crédito ao consumo: o seu regime actual e regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor. In: *Revista Sub judice – Justiça e Sociedade*, n. 36, (pp. 9-17).
- MORAIS, F. G. (2009). *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n. 133/2009*. Coimbra: Almedina.
- PRATA, A. (2012). *Dicionário Jurídico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, v. I.
- PROENÇA, J. C. B. (2011). A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução? In: *Estudos dedicados ao professor doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça*, v. II (pp. 173-220). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- REBELO, F. N. (2007). O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor. In: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, homenagem aos professores doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, v. II (pp. 571-617). Coimbra: Coimbra Editora.
- VARELA, J. M. A. (2012). *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, v.1.

CRISE FINANCEIRA & DIREITO DO CONSUMO

MÁRIO FROTA*

Fundador e presidente da Associação Portuguesa
de Direito do Consumo – APDC

RESUMO

Após uma breve referência à consigna das Jornadas, à desjudicialização da conflitualidade de consumo e à delimitação do tema proposto (crise financeira, crédito malparado e soluções perseguidas pelo ordenamento para acudir a situações de franca hipossuficiência), o autor debruça-se, em primeira linha, sobre a crise financeira, enunciando as respectivas causas, consequências e repercussões na esfera dos consumidores. De seguida, o autor analisa o direito do consumo como fonte de tutela do consumidor ante as anomalias do mercado financeiro, contexto em que aborda os elementos característicos do crédito “selvagem” e o fenómeno do superendividamento correlacionado com o crédito malparado, passando, nesta arquitetura, à defesa da inversão do paradigma no sentido da prevalência do crédito responsável, sobretudo no palco do crédito ao consumo e do crédito hipotecário. Por fim, aborda as medidas extraordinárias de prevenção e gestão do risco de incumprimento no âmbito do crédito ao consumo e do crédito hipotecário, afluindo ainda a questão da dação em cumprimento.

*Firme convicção é a nossa de que as Instâncias, e agora o Supremo**, não tiveram minimamente em conta a proteção do consumidor lesado, valor em que fundamentalmente assenta o direito do consumo, de raiz comunitária, como é o caso.*

*Aliás, por fim, permita-se a liberdade de expressão:
O direito do consumo ainda não sensibilizou,
de vez, os operadores judiciais.
Infelizmente, nem os recorrentes (tanto pior, o autor!)
invocaram este valor a benefício da sua proteção.*

Neves Ribeiro
Vice-presidente do Supremo Tribunal de Justiça
(Voto de vencido – *in* acórdão de 03 de abril de 2003)

I. Preliminares

1. A consigna das Jornadas e as tendências desenhadas no ordenamento europeu

“A criação judicial de direito no limiar do século XXI”, eis o que propõe o colégio de juízes – na génese de tão relevante evento na Região – para a eloquente manifestação que nos congrega *hic et nunc*.

De significar que neste particular, no segmento próprio do direito do consumo e dos conflitos que estalem no seu seio, haverá lugar a uma cada vez menor criatividade, pelas razões que se expenderão no passo subsequente, como pela menor apetência da judicatura, ao que parece, para uma tal realidade, como temos vindo a advertir *urbi et orbi*¹.

Ademais, em casos em que os tribunais são chamados a dirimir tais conflitos, nem sempre as soluções são positivamente criativas. Repare-se na subversão total ínsita em dois arestos, um do tribunal superior de Coimbra e outro do Porto, em que se ressuscita os atos de comércio unilaterais *contra legem*, em atitude de favor ao fornecedor e, no polo oposto, de desfavor ao consumidor².

Em detrimento do consumidor, decisões do estilo das enunciadas não são de saudar e constituem um retrocesso manifesto. A peculiar natureza dos princípios que regem ou pairam sobre o direito do consumo deveria convocar a judicatura a afrontar as concretas hipóteses de fato

com a abertura exigível face aos interesses em presença e ao que o acervo respectivo (emanado ou não da União Europeia) reflete na conformação das soluções perspectiváveis *em cada uma das situações*.

Daí que não haja neste particular base suficiente que permita articular o tema ou visualizá-lo sob um tal prisma, como no passo subsequente se sustentará.

A que acresce o fato de as pontuais medidas administrativas adptadas – susceptíveis de responder às necessidades mais prementes criadas pela crise instalada – subtraírem ao império da judicatura a apreciação dos interesses contrapostos em presença, como é patentemente o caso tanto do diploma que estabelece “princípios e regras a observar pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito pelos clientes bancários”³, como no que tange ao “regime extraordinário de proteção de devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil”⁴.

2. A desjudicialização das lides de consumo

Regra de ouro dos sucessivos planos de ação editados na União Europeia é a de se subtrair a resolução dos litígios aos convencionais órgãos de judicatura de molde a imprimir às controvérsias celeridade, em condições de graciosidade ou, ao menos, de não onerosidade. Quer no que tange aos conflitos suscitados no quadro do crédito ao consumidor (crédito pessoal, crédito ao consumo), quer no que se prende com o crédito hipotecário.

Com efeito, o primeiro dos instrumentos, no seu artigo 24, sob a epígrafe “resolução extrajudicial de litígios”, prescreve de forma significativa que

1. “Os Estados-Membros devem assegurar a instauração de procedimentos extrajudiciais adequados e eficazes de resolução dos litígios de consumo relacionados com contratos de crédito, recorrendo, se necessário, a organismos existentes.

2. Os Estados-Membros devem incentivar os referidos organismos a cooperarem no sentido de também poderem resolver litígios transfronteiriços relacionados com contratos de crédito.”

Portugal traduziu a norma – no passo precedente transcrita –, no artigo 32 do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor (DL 133/2009, de 2 de Junho), do modo que segue:

“Resolução extrajudicial de litígios

1 – A Direção-Geral do Consumidor e o Banco de Portugal, em coordenação com o Ministério da Justiça, colaboram, no âmbito das respectivas competências, na implementação de mecanismos extrajudiciais adequados e eficazes para a resolução dos litígios de consumo relacionados com contratos de crédito e com o endividamento excessivo de consumidores.

2 – As instituições competentes para a resolução extrajudicial de litígios de consumo relacionados com contratos de crédito devem adoptar políticas de cooperação com as instituições congéneres dos restantes Estados-Membros da União Europeia.”

E, conquanto o dispositivo não haja tido, volvido um lustre sobre a entrada em vigor do dispositivo de que se trata, eventual concretização, o fato é que os tribunais arbitrais adstritos aos centros de arbitragem instalados detêm competências, se bem que na órbita da arbitragem voluntária institucional, para dirimir conflitos suscitados no domínio dos serviços financeiros. E, ao que se julga, vêm exercendo tais competências, conquanto pouco expressivos os conflitos suscitados. Claro que o serão em maior número decerto se acaso as instituições de crédito e as sociedades financeiras, sob influxo da autoridade reguladora, aderirem previamente à convenção de arbitragem. Não se ignore que os tribunais arbitrais, em Portugal, sem exclusão dos “necessários” que dirimem conflitos no quadro dos serviços públicos essenciais são estruturas de mão única susceptíveis de serem acionados – só e tão só – pelos consumidores que não pelos fornecedores.

No tocante ao crédito hipotecário, sublinhe-se que a diretiva respectiva (ainda não transposta) propugna soluções análogas. Veja-se o artigo 39 da Diretiva 2014/17/UE, de 04 de fevereiro de 2014, que em tema de “*mecanismos de resolução de litígios*” prescreve:

“1. Os Estados-Membros asseguram o estabelecimento de procedimentos adequados e eficazes de reclamação e recurso para a resolução extrajudicial de litígios de consumo com os mutuantes, os intermediários de crédito e os

Os tribunais
arbitrais adstritos
aos centros
de arbitragem
instalados detêm
competências, se
bem que na órbita
da arbitragem
voluntária
institucional, para
dirimir conflitos
suscitados
no domínio
dos serviços
financeiros

representantes nomeados em relação a contratos de crédito, utilizando as entidades já existentes, se for caso disso. Os Estados-Membros asseguram que esses procedimentos se apliquem aos mutuantes e aos intermediários de crédito e abrangam as atividades dos representantes nomeados.

2. Os Estados-Membros exigem que as entidades responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo cooperem para que os litígios transfronteiriços relacionados com contratos de crédito possam ser resolvidos.”

Sucessivos instrumentos normativos emanados da União Europeia arrancam de análogos princípios e apontam na mesma orientação. Razão por que a desjudicialização tende a conferir aos órgãos que relevam da administração pública da justiça preponderância neste particular, subtraindo aos tribunais judiciais a apreciação e julgamento dos litígios com o timbre das relações jurídicas de consumo controvertidas.

3. A delimitação do tema

Curial seria se entresse a intervenção que nos cabe como algo de introdutório ao tema que os ilustres preletores que se nos seguirão se propõem tratar, a saber, o da perspectiva da dação em pagamento e execução hipotecária (e correlato abuso de direito), tanto em terras de Cervantes como de Camões.

Não será, porém, essa a abordagem, tanto mais que a crise financeira se não limitou a um tal segmento, por si só relevante e de uma acuidade extraordinária, mas convoca outros e mais angustiantes problemas que aos consumidores hipervulneráveis e hipossuficientes, sobretudo, se deparam com inusitada aspereza.

A crise financeira que se abateu com particular intensidade sobre Portugal e o resgate que – em decorrência de uma iminente bancarrota – se impôs, ditaram as coordenadas de uma “austera, vil e apagada tristeza” que vem condicionando o quotidiano de cada um e (quase) todos...

O tema que se nos cometeu será, pois, pontuado pela enunciação das causas da crise, de resto, sumárias para impacto tamanho, das suas consequências e da repercussão efetiva na situação do consumidor com relevância na espiral do crédito malparado, do emergente superendividamento e das insolvências que, entretanto, dispararam (e que se projetam nos dias que correm). E, em consequência, da resposta,

nem sempre oportuna nem sequer ajustada à realidade, do ordenamento pátrio às situações desesperantes que se vivem um pouco por todo o território⁵.

Respostas susceptíveis de se traduzir em iniciativas peculiares, a saber:

- em matéria de informação para os serviços financeiros, como de educação financeira em vista da atenuação dos preocupantes índices de iliteracia financeira que se registam entre nós, como se tem por líquido

- a criação da figura do Mediador do Crédito, ainda em 2009

- no regime jurídico do crédito ao consumidor, em decorrência de uma diretiva europeia de 2008, de molde a superar-se, invertendo-se o paradigma, o quadro assente no “crédito selvagem”, trasmutando-se no do crédito responsável...

- no alargamento – e dos períodos de carência – do horizonte do crédito imobiliário, que, numa das vertentes, se projetou por meia centena de anos com os encargos daí advenientes e a sujeição dos mutuários a uma situação quase servil, se não mesmo de um escravagismo fora de contexto

- na garantia dos depósitos ante a quebra iminente de instituições financeiras que desfrutem de condições de menor estabilidade

- na constituição de uma rede extrajudicial de apoio ao consumidor endividado

- na criação em cada uma das instituições financeiras de um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI)

- na instituição de um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), subtraindo-se destarte a apreciação de situações quejandas à judicatura

- na criação de um Regime Extraordinário de Proteção dos Devedores de Crédito à Habitação que se encontrem em Situação Económica Muito Difícil, diploma falho por desajustado da realidade, que houve que reformular, após o insucesso por que se saldou, em agosto de 2014

- no estabelecimento de salvaguardas dos mutuários do crédito à habitação

- ...

Eis, pois, os domínios que balizam a intervenção que segue.

II. A crise financeira

1. Causas da crise financeira

As causas da crise financeira poder-se-ão perfilar *brevitatis causa* como segue:

a) Endividamento público excessivo, de países com debilidades patentes, *v.g.*, como os do sul da Europa (Portugal, Espanha, Itália, Grécia) e, noutro quadrante, a Irlanda.

b) Ausência de coordenação política da União Europeia em ordem à resolução do excessivo endividamento público dos Estados-membros, nos antípodas da solidariedade *interinstitucional* que mister seria se edificasse mercê da essência própria do bloco político, económico e social destarte arquitetado.

Nem se nos afigura de desenvolver os pontos em destaque que constituem o eixo fulcral da situação que se abateu sobre o país com a corte de consequências, aliás, de extrema gravidade na esfera própria dos cidadãos-consumidores confrontados com o inopinado quadro que a todos se deparou.

2. Consequências da crise

Em decorrência de fatores como os enunciados, os efeitos imediatos que refulgem e emergem traduzem-se em:

a) Evasão de capitais de investimento (debandada dos investidores)

b) Rarefação de recursos em ordem a prover os processos de concessão de crédito

c) Agravamento das situações de insolvência de sociedades mercantis de maior ou menor talhe

d) Espiral de desemprego como consequência imediata ou de reajustamentos do tecido empresarial

e) Reação popular, por vezes a roçar violência extrema, pelas medidas de compressão e austeridade encetadas pelos Estados-membros em ordem à contenção da crise e ao reequilíbrio das contas públicas

f) Redução dos *ratings* (pelas agências de valoração de risco) das nações e das instituições de crédito dos Estados de todo envolvidos na crise

g) Precipitação ou reduzido crescimento do PIB dos Estados-membros da União Europeia em função do arrefecimento da economia dos países do bloco

h) Contágio da crise a países outros com relações comerciais com a União Europeia. A crise é susceptível de degenerar – e degenera em regra – em recessão económica global.

3. Repercussões na esfera dos consumidores intra muros

Na esfera própria dos consumidores, em si mesmos fatores de desenvolvimento e expansão dos mercados e, a jusante, do mercado de consumo, as repercussões imediatas exprimem-se como segue, fruto da quotidiana experiência que ao longo do triénio se foi sedimentando:

- a) Drástica redução dos rendimentos do trabalho
- b) Substantial afetação das pensões de aposentados e reformados com uma enorme frustração não só de expectativas fundadas como de direitos que se haviam acastelado na esfera própria de cada um e de todos e em parcelas do seu património atingidas pelo *maremoto* da crise
- c) Surpreendente agravamento de impostos e taxas a todos os níveis
- d) Espiral recessiva
- e) Preços de produtos e serviços essenciais a disparar *a se* ou em razão dos gravosos impostos que sobre eles passaram a recair (o paradoxo de sobre a energia elétrica impender um imposto de análoga expressão nominal da de produtos sumptuários...)
- f) Atualização regular de preços de tais produtos e serviços em percentagens superiores aos índices de preços no consumidor com reflexos no empobrecimento geral, tanto mais que as remunerações do trabalho se acham há anos congeladas
- g) Brutal agravamento das rendas de casa em consequência da denominada Lei das Rendas (*rectius*: do Novíssimo Regime do Arrendamento Urbano assente numa brutal irracionalidade que escapa à percepção dos pretensos “responsáveis” políticos) menos ponderada e, a um tempo, injusta para locadores, em certos termos, e locatários, em extensão e profundidade
- h) Vertiginosa ascensão dos índices de pobreza com uma dorida expressão sobre as crianças, como se vem realçando, aliás
- i) Ausência de uma concorrência salutar em segmentos relevantes do mercado de consumo (combustíveis, eletricidade, serviços postais, em determinadas vertentes das comunicações eletrónicas, conceito abrangente que vai para além do serviço fixo e do móvel...)

j) Explosão dos índices de desemprego

k) Clamorosa redução das prestações sociais (no *quantum* e no *quando*) em termos de equidade

l) Agravamento das condições de acesso à saúde, à educação, aos serviços públicos essenciais (em que os viários se situam, fora de catálogo, porém) com as consequências ruinosas para a qualidade de vida de cada um e todos

m) Agravamento das situações de hipossuficiência e hipervulnerabilidade dos consumidores (com a destruição maciça da classe média) que atrai exponencialmente as fraudes: recrudescem as situações de artifícios e embustes com reflexos na magra bolsa das vítimas: pirâmides financeiras, produtos explorados em esquemas multinível, produtos de férias, audiotexto, serviços de valor acrescentado, pretensos passatempos das televisões para públicos-alvo economicamente débeis, à margem de princípios éticos e deontológicos elementares... que se denegam e proscovem

Da comunicação
comercial enganosa
a práticas
não menos
falaciosas, a
tudo se assistiu
impunemente

n) Explosão das insolvências de particulares, de forma inusitada e em contraponto com o que até então se registara.

Et pour cause...

o) O assédio e a influência indevida em produtos financeiros para que são atraídos os consumidores (o caso dos cheques de Natal não encomendados nem solicitados e que não constituem o resultado de quaisquer contratos de serviços financeiros validamente celebrados...)

p) Agravamento das condições de acesso aos serviços financeiros, com comissões exacerbadas e injustificadas, etc.

q) O sucesso fácil das sociedades financeiras à custa dos incautos e dos consumidores economicamente débeis, pecúlio nada desprezível ante o risco do negócio em condições de normalidade...

r) A captura dos reguladores pelos regulados e o que daí emerge em termos de desregulação, de arbitrariedades, de prepotências e iniquidades... que se abatem inexoravelmente contra os cidadãos-consumidores.

III. Direito do consumo – Fonte de tutela do consumidor ante as anomias do mercado financeiro

1. O quadro factual

1.1 O crédito selvagem

Se se pretender listar as causas que subjazem a um processo de concessão de crédito nos antípodas do que o ordenamento jurídico ora prescreve, poderemos captar um amplo lastro de situações desviantes, a saber:

1.1.1 Ausência de supervisão (comportamental)

Deficiente atuação do regulador a permitir que as instituições de crédito e as sociedades financeiras agissem a seu bel talante sem eventuais barreiras ou constrangimentos, deixando a mão livre a mediadores e dadores de crédito pouco escrupulosos.

1.1.2 Publicidade ilícita (ante os padrões do Código da Publicidade)

Da comunicação comercial enganosa a práticas não menos falaciosas, a tudo se assistiu impunemente, sem uma reação das entidades a que cumpriria pôr cobro a esse rol de enormidades que afetaram decisivamente a bolsa e a vida dos consumidores, *v. g.*:

- mensagens eivadas, penetradas de artifícios, sugestões e embustes susceptíveis de enredar os consumidores
- logros nos juros anunciados
- embustes nas taxas nominais
- equívocos no cálculo dos sucessivos encargos (que se ocultavam)
- valores expressos nas mensagens inferiores aos reais, opostos ulteriormente às vítimas, sem que às suas imprecisões fossem dados ouvidos pela pretensa regulação.

E os exemplos avultam sem que as autoridades públicas ousassem, ao tempo, intervir, porque as instituições financeiras desfrutavam de uma aura de intangibilidade, como se ungidas houvessem sido, ancoradas em superlativa probidade que a ninguém seria lícito afrontar, em ato de fé sem paralelo.

E as consequências, quer da publicidade ilícita, quer de estratégias mercadológicas outras cabíveis no conceito de comunicação comercial, traduziram-se na vinculação de consumidores a contratos de crédito que, em condições de franca normalidade, jamais se subscreveriam. E a responsabilidade não poderá ser assacada por inteiro aos consumidores atraídos por tais artifícios, sugestões e embustes para negócios de características ruinosas.

1.1.3 Práticas negociais desleais

Práticas, a um tempo, enganosas e agressivas.

Práticas enganosas na esteira da publicidade com análogo timbre.

Práticas agressivas não só em resultado do assédio como da influência indevida exercida pelos gestores de conta que enredam, quantas vezes, os consumidores em tramas de toda a ordem.

O assédio quer na remessa de cheques de desconto imediato montantes apreciáveis como na subscrição de determinados produtos financeiros sem adequada informação acerca dos riscos e do mais.

Influência indevida através da posição de ascendência assumida em ordem à novação de empréstimos e de operações outras, aparentemente mais favoráveis, mas, em suma, muito mais gravosas e propiciadores de endividamento acrescido, não controlado pelo consumidor.

Para além do estímulo à consolidação dos créditos (de distintas proveniências) com um agravamento substancial dos montantes devidos a final, uma vez mais em detrimento dos interesses económicos dos consumidores.

1.1.4 Manifesta ausência de probidade de mediadores de crédito

Por mediadores de crédito se entende, neste passo, os intermediários, tal como o conceitua a Lei do Crédito ao Consumidor: “a pessoa, singular ou coletiva, que não atue na qualidade de credor e que, no exercício da sua atividade comercial ou profissional e contra remuneração pecuniária ou outra vantagem económica acordada:

- i) Apresenta ou propõe contratos de crédito a consumidores;
- ii) Presta assistência a consumidores relativa a atos preparatórios de contratos de crédito diferentes dos referidos na subalínea anterior; ou
- iii) Celebra contratos de crédito com consumidores em nome do credor.”

Os “mediadores de crédito”, porque impreparados, outro propósito não tinham do que oferecer produtos (ou quiçá, serviços) recobertos por um qualquer crédito, omitindo, as mais das vezes, que os consumidores celebrariam contratos do jaez destes, dissimulando os contratos de crédito por entre as folhas dos contratos de compra e venda. Procedimento simples, aparentemente inocente, mas que provoca perturbações de tomo.

Há quem entenda que está a celebrar um contrato de compra e venda a prestações pela força própria do cocontraente, mas o que está é a celebrar um contrato de crédito sem disso se aperceber porque assina as folhas sequencialmente, sendo que as que se acham no topo são as da compra e venda e, o mais, é a oito...

1.1.5 Contratos dissimulados feridos de nulidade, ainda que sob a óptica da lei de 1991

Valem, a este propósito, as considerações expendidas no passo antecedente, com particular relevância para a dispensa do direito de desistência ou retratação a que se reportava o artigo 8º do revogado DL 359/91, de 21 de setembro, que de todo escapava ao consumidor, que podia prescindir de tal direito se acaso a entrega do bem se processasse no ato de celebração do contrato. E tal sucedia sistematicamente, ainda que a entrega da coisa não ocorresse.

Eis o teor da invocada disposição:

“Artigo 8º

Período de reflexão

1 – Com excepção dos casos previstos no nº 5, a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito só se torna eficaz se o consumidor não a revogar, em declaração enviada ao credor por carta registada com aviso de recepção e expedida no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato, ou em declaração notificada ao credor, por qualquer outro meio, no mesmo prazo.

2 – A fim de facilitar o exercício do direito de revogação previsto no presente artigo, é anexado ao contrato de crédito um formulário da declaração de revogação, a subscrever, se for caso disso, pelo consumidor.

3 – A revogação efectuada nos termos do n. 1 não envolve qualquer encargo ou obrigação para o consumidor, tendo este o direito à restituição de qualquer quantia que tenha pago, depois de deduzidas as importâncias desembolsadas pelo credor a título de impostos.

4 – O cumprimento do contrato de crédito por parte do credor e a entrega, por parte do vendedor, do bem objecto do respectivo financiamento, nos termos do n. 1 do artigo 12º, não são exigíveis enquanto se não tornar eficaz a declaração negocial do consumidor.

5 – Sem prejuízo do disposto no n. 2, pode o consumidor, em caso de entrega imediata do bem, renunciar, através de declaração separada e exclusiva para o efeito, ao exercício do direito de revogação previsto no presente artigo.”

Embustes destes eram frequentes, como quem detém o domínio da realidade o não ignora.

E no entanto...

1.1.6 Contratos ligados à margem da lei

Em tese geral, os contratos ligados (contratos acessórios alvo de imposição irremovível – casados se diz no Brasil) proíbe-os a lei.

Não se ignore que a LDC – Lei de Defesa do Consumidor – prescreve no n. 6 do seu artigo 9º:

“É vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros.”

A despeito, tal constituía prática usual das instituições de crédito e das sociedades financeiras que se não arredavam perante fosse o que fosse, com a complacência do regulador.

Não seria sequer necessário que lei especial o prevenisse, como agora ocorre, para se considerar vedada uma tal prática⁶.

Em geral, os produtos associados apresentavam preços mais elevados que os das instituições concorrentes, o que revela à exaustão de que forma se preclui o consentimento do consumidor, na circunstância, e do seu direito de escolha.

1.1.7 Preclusão dos deveres de comunicação e informação dos dadores de crédito e seus intermediários

Celebração de contratos pré-redigidos, ao estilo habitual, sem que as cláusulas sejam objeto de comunicação, tão pouco de informação, tanto na fase pré-contratual como na da conclusão do contrato. Como prática corrente.

1.1.8 Juros e demais encargos insindicáveis

Os consumidores, mercê de estratégias menos transparentes, ignoram em regra o preço do dinheiro (ao celebrar-se o contrato ninguém, mas ninguém, ficaria a saber o preço do dinheiro)⁷.

Não há simulações. Os juros não conferem. “Esconde-se” os mais encargos que pesam sobre a taxa efetiva global...

Perturba-se o consumidor com as designações técnicas que parecem ser de uso corrente, mas que o interessado mal domina, ignorando de todo o seu sentido e alcance: TAEG, TAB, TAN, TNF, CTCC, MTC...

Tal parece ser deliberado, já que o obscurantismo serve à maravilha objetivos decerto menos transparentes das entidades que tiram vantagens de procedimentos do estilo.

E, no entanto, clama-se por “literacia financeira”, algo que nem de candeia acesa se consegue vislumbrar no seio da turba multa...

1.1.9 Vantagens acrescidas auferidas pelos dadores de crédito em caso de inadimplemento dos devedores em razão do anatocismo mercê de dilatados lapsos de prescrição das dívidas

A ausência de curtos prazos de prescrição, à semelhança do que ocorre noutras circunstâncias, permite se confirmam vantagens desmarcadas aos credores relapsos que se prevalecem do mero decurso do tempo para avolumarem créditos.

E diz-se “credores relapsos” com propriedade porque em lugar de notificarem os consumidores quando os sinais de incumprimento se consolidam permitem que as coisas se protelem no tempo com gravame para os hipossuficientes.

1.1.10 Perturbantes as decisões dos tribunais sempre que cedem perante o falacioso argumento de abuso do direito ao arguirem os consumidores lesados a nulidade dos contratos de crédito

Veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de setembro de 2008 que envereda estranhamente pela absurda concepção do “abuso de direito” *in casu*, quantas vezes repetida à exaustão tanto pelas instâncias quanto pelo Supremo Tribunal de Justiça:

“I – O contrato de crédito ao consumo é válido, desde que reduzido a escrito com a assinatura dos contraentes – art. 6º do DL n. 359/91, de 21 de setembro.

II – No caso em apreço uma vez que os contratos não foram assinados pelos AA. enfermam de nulidade.

III – A consequência da nulidade é a repristinação das partes ao statu quo ante por força do art. 289º, n. 1, do CC – ou seja, declarada a nulidade, in casu, os AA. devolveriam ao Réu as quantias que lhes foram concedidas pelo financiamento que podemos qualificar como um contrato de mútuo.

IV – Provado que no caso, o resultado do agir ilícito da Ré não se deveu apenas à sua atuação enquanto gerente do Banco réu, sem dúvida funcionalmente abusiva; mas tal “resultado” não seria possível sem a consciente cooperação dos AA., a censura que é possível fazer aos AA. não se mostra compatível com a responsabilidade objetiva que poderia ser assacada ao Banco, que assim fica excluída.

V – A pretensão dos AA. exprime abuso do direito, na modalidade de venire contra factum proprium, porquanto o que agora almejam – a declaração de nulidade dos contratos e a sua irresponsabilização – não é compaginável como o seu comportamento, sem o qual não seria possível a atuação censurável da Ré com a qual compactuaram.”

A factualidade envolvente, aliás, do domínio público, parece ser patentemente ignorada numa perspectiva do direito que, ao que se afigura, não toma em devida conta os desequilíbrios subsistentes e os invios processos negociais adotados...

No entanto, ainda que de algo de raro se trate, decisões há que de todo denegam o invocado e falacioso “abuso de direito”, como segue:

(acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de outubro de 2007)

“VI) Quanto à ponderação de abuso do direito por parte do consumidor que invoca vícios do contrato, após o início da sua execução, o Tribunal deve atuar com particular prudência, já que, na relação de financiamento à aquisição de bens de consumo, é patente a desigualdade de meios entre o fornecedor dos bens ou serviços e o consumidor, sendo de equacionar se, ao atuar como atuou, a entidade financiadora da aquisição, prevalecendo-se de superioridade negocial em relação a quem recorreu ao crédito, não infringiu ela mesmo, em termos censuráveis, os deveres cooperação, de lealdade, e informação, em suma os princípios da boa-fé.

VII) Se assim tiver acontecido, não deve ser paralisado o direito do consumidor.”

1.2 O crédito malparado

Remonta a 1971 o regime das vendas a prestações de bens de consumo.

O escopo do normativo (o DL 490/71, de 10 de novembro, reformulado pelo DL 451/75, de 21 de agosto), na sua meridiana clareza, era o de

- garantir os direitos dos consumidores, designadamente através da sujeição de tais operações a regras contratuais precisas e à prestação de informação adequada sobre o custo total do crédito envolvido;
- prover ao controlo da inflação refletida no índice de preços no consumidor, moderando a procura, através da imposição de um desembolso inicial mínimo e de prazos máximos para pagamento da totalidade das prestações.

Em 1979, em fase ainda de não explosão do consumo, o DL 457/79, de 21 de novembro, reflete em absoluto tais objetivos.

O quadro dos bens de consumo acessíveis através do regime de vendas a prestações comportava restrições significativas, não sendo lícito o recurso a tal regime se se pretendesse, por hipótese, modelo superior ao estabelecido: os automóveis, por exemplo, não poderiam exceder os 1200 c.c. de cilindrada.

E, consoante a natureza dos bens, o número limite de prestações variava, mas a lapsos contidos, apertados no tempo.

A abertura, dir-se-ia, incondicionada aos mercados de serviços financeiros só se operou em 1992, em distinto enquadramento, com a publicação do Decreto-Lei 359/91, de 21 de setembro, que transpôs para o direito interno as Diretivas do Conselho 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, e 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990. Conquanto, mercê de reverberável omissão do legislador, o DL 457/79, de 21 de novembro, dada a sua imprestabilidade manifesta, só em 1994 viesse a ser revogado.

E, como se sustentara no preâmbulo do DL 63/94, de 28 de fevereiro, “com a consolidação crescente do processo de desinflação e a liberalização plena dos movimentos de capitais, ocorrida nos finais de 1992, as restrições ao regime de vendas a prestações deixaram de proporcionar um benefício macroeconómico, podendo até criar incentivos microeconómicos indesejáveis”.

E daí a corrida ao crédito ao consumo com um regime aparentemente protetivo, no geral ignorado, e com clamorosas falhas que a jurisprudência em geral não soube colmatar.

O crédito selvagem, tal como o caracterizamos, teve, anos mais tarde, o seu marco decisivo. De par com as vendas as prestações, proliferaram os contratos de compras em grupo que visavam exatamente superar as limitações de regime, num sistema híbrido, contributivo, de base aparentemente cooperativa – o DL 393/87, de 31 de dezembro, mais tarde reformado pelo DL 237/91, de 2 de julho – e que feneceu com o crescendo do acesso indiscriminado ao crédito.

Registe-se como inovador o acórdão da Relação de Lisboa de 2 de outubro de 1997 (nota, relatado por Luís Noronha Nascimento⁸ que – face a um mútuo em vista da aquisição de um veículo automóvel que o vendedor jamais entregara à consumidora e ante a execução das letras que titulavam o crédito – deu como fundada a *exceptio non adimpleti contractus*, uma vez que a concessão do crédito era incindível da compra e venda da viatura, sendo que a sorte de um dos contratos estaria indissolúvelmente ligada à do outro. E daí que não haja procedido, em sede de apelação, a tese da sociedade financeira que reclamara em execução os montantes pretensamente em dívida.

Decisão que, na altura própria, saudáramos como efetivamente criativa, ao invés do que ocorreu em inúmeras outras hipóteses.

O endividamento das famílias cresceu, entre nós, de forma particularmente acentuada ao longo da década de 90 do século transacto: de 18% do rendimento disponível em dezembro de 1990 atingiu os 88,4% em finais de 2000.

A explosão do crédito ao consumo na década de 90, em particular depois da abertura operada em 1991, altura em que Portugal transpôs para o ordenamento jurídico interno o regime plasmado nas diretivas do Conselho de 1986 e de 1990, ocorreu de forma relativamente célere, por contraposição com o período anterior em que o acesso ao crédito, mediante a compra e venda a prestações, registava valores francamente moderados e com restrições assinaláveis.

A modificação dos padrões culturais, a queda das taxas de juro, o aumento do rendimento disponível, a contenção dos índices de desemprego e a oferta desenfreada e irracional do crédito permitiram a sua veloz expansão.

Em 2001 o rácio de endividamento situar-se-ia cerca dos 93% com fortes perspectivas de agravamento. Em 2007 a taxa de endividamento passou para 130,0%, evolução que se operou essencialmente pela explosão do crédito à habitação.

A crise fez precipitar sobretudo o crédito malparado, avolumando os índices de superendividamento que afeta os consumidores com contratos de crédito ao consumo, mas de forma mais impressionante os que deixaram de honrar, por razões compreensíveis, os compromissos assumidos no âmbito do crédito à habitação.

O volume do crédito malparado tem vindo em crescendo, algo que se reveste de notoriedade geral. E as razões que concorrem para tão preocupante fenómeno lobrigamo-las. Dados mais recentes, emanados do Banco de Portugal, circunscritos ao segundo semestre de 2014 em curso, oferecem-nos cifras ascendentes.

No início de 2014, o crédito de cobrança duvidosa ultrapassou 4% da globalidade dos empréstimos concedidos e desde então atinge novos máximos todos os meses.

O malparado registado no total do crédito concedido a particulares subiu de 4,21% em julho para 4,27% em agosto, perfazendo um acréscimo de 0,06 pontos percentuais.

Também os créditos de cobrança duvidosa na habitação em percentagem do total do crédito concedido para uma tal finalidade subiram de 2,43% em julho para 2,46% em agosto.

Em matéria de crédito ao consumo, os dados do Banco de Portugal mostram que o malparado voltou a aumentar ligeiramente de 10,92% em julho para 10,98% em agosto, depois de ter reduzido 0,07 décimas entre junho e julho.

Quanto ao crédito para outros fins, os números do regulador dão conta de que o malparado aumentou de 14,53% para os 14,77% nos dois últimos meses, alcançando também um novo máximo. Os créditos de cobrança duvidosa neste domínio vinham em crescendo desde dezembro de 2013.

O crédito malparado das famílias de novo em ascensão em setembro de 2014, atingindo os 5.363 milhões de euros, o equivalente a 4,29% do total do crédito concedido a particulares, segundo dados do Banco de Portugal.

De acordo com o Banco Central, em setembro, dos 125.034 milhões de euros que as instituições de crédito tinham emprestado às famílias, 5.363 milhões eram considerados créditos de cobrança duvidosa, representando 4,29% do total dos empréstimos.

Comparando com o mês anterior, o total do crédito concedido aos particulares caiu dos 125.499 milhões em agosto para os 125.034

milhões de euros em setembro de 2014, mas o crédito malparado subiu dos 5.348 milhões de euros para os 5.363 milhões de euros no mesmo período.

No caso das empresas, o crédito malparado também aumentou em setembro, tanto em termos homólogos como face ao mês anterior, atingindo os 93.165 milhões de euros, ou seja, 13,88% do total do crédito concedido às empresas.

Há um ano, as empresas tinham créditos no montante total de 100.639 milhões de euros e, destes, 11.995 milhões eram considerados de cobrança duvidosa, o equivalente a 11,91% do total de créditos concedidos.

Numa análise por atividade económica, o crédito concedido a empresas de construção caiu em setembro, passando dos 16.103 milhões concedidos em agosto para os 15.971 milhões em setembro, e os empréstimos às empresas com atividades imobiliárias aumentou ligeiramente para os 12.550 milhões em setembro.

O crédito malparado aumentou nestas duas atividades económicas, atingindo os 4.404 milhões de euros no caso da construção e os 2.612 milhões de euros no caso das atividades imobiliárias.

Em outubro, o crédito malparado das famílias correspondia a 4,29% do total do crédito concedido a particulares, representando 5.373 milhões de euros dos 125.034 milhões concedidos.

Os créditos de cobrança duvidosa na habitação em percentagem do total do crédito concedido para este fim subiram de 2,50% em setembro para 2,52% em outubro, atingindo 2.586 milhões.

No domínio do crédito ao consumo, os dados do Banco de Portugal revelam que o malparado voltou a aumentar ligeiramente de 10,79% em setembro para 10,82% em outubro, fixando-se nos 1.308 milhões de euros.

No que tange ao crédito para outros fins, os números do Banco Central dão conta de que o malparado aumentou de 14,84% para os 14,90% nos dois últimos meses, alcançando também um novo máximo.

No caso das empresas, o crédito malparado teve também um incremento de 13,87% em setembro para 14,1% em outubro, atingindo um novo máximo. Em outubro, o crédito de cobrança duvidosa nas empresas correspondia a 13.064 milhões de euros dos 92.679 concedidos.

Sublinhe-se que desde fevereiro que o crédito malparado para as empresas superou os 10% do crédito global concedido e que todos os meses tem alcançado um novo máximo, ultrapassando em outubro os 14% do global de créditos outorgados.

Segundo a agência de notação FITCH, o crédito malparado das instituições de crédito e sociedades financeiras nacionais deverá atingir o ponto mais elevado em 2015, pressentindo-se, depois, uma trajetória descendente assente na previsível recuperação económica interna do país.

Em nota divulgada a 16 de dezembro de 2014, a agência reconhece como relevantes reptos dirigidos aos bancos nacionais a elevada “reserva” de ativos problemáticos, a imperiosa necessidade de avantajear os réditos de forma sustentável e o reforço das almofadas de capital indispensáveis à estabilidade exigível.

Como se sustentou algures⁹, antes das transformações operadas no tempo, e é vulgar fazê-lo, “o crédito ao consumo para não se tornar perigoso tem de ser regulado, tornado conceito com limites e princípios que o orientem, exatamente porque ele existe, com maior ou menor intensidade, quando a economia funciona bem ou mal. Existe e é figura-chave em termos de influência dos padrões sociais. Atualmente manifesta-se, cada vez com menos regras, com mais facilidade de acesso, com menor exigibilidade de garantias.

É um *lobo disfarçado com pele de ovelha*. É uma tentação que aparece a toda a hora nos intervalos dos programas de televisão, apresentando-se como a solução para todos os males. É assustador pensar que um mecanismo que deveria existir para estimular a atividade económica de forma sustentável, através da promoção razoável do consumo, pelo conforto básico de uma sociedade moderna, se tenha tornado num mecanismo feroz que põe em causa a solvabilidade das famílias e a sua estabilidade social e familiar. Isto porque estes cenários de promoção ao endividamento excessivo colocam as famílias numa situação de especial vulnerabilidade às oscilações das variáveis que determinam a sua capacidade financeira: como a “*subida das taxas de juro, o desemprego ou a precariedade do emprego, a dissolução da estrutura económica de suporte do endividado por divórcio, doença ou morte de um familiar etc.*”, fatores

O crédito ao
consumo para
não se tornar
perigoso tem
de ser
regulado

que a qualquer momento podem tornar o agregado familiar incapaz de responder aos seus compromissos financeiros, por falta de rendimentos.”

O superendividamento, sabêmo-lo, para além da *causa efficiens* que é a de uma concessão, em geral despojada de cautelas, sem eventual avaliação da solvabilidade do cocontraente consumidor (em autêntico processo de crédito selvagem, sem rei nem roque), assenta, em regra, em fatores outros (insolvência original do mutuário, em dados termos, à parte), associados ao que denominamos, não pelos proverbiais 3, mas pelos 5 D's.

A saber:

- o decesso (com a redução dos réditos familiares e a sobrecarga para os supérstites do passivo do *de cujus*)
- o desemprego (que cria acentuada quebra de rendimentos para ocorrer aos encargos regulares assumidos no quadro da vida familiar)
- o divórcio (ou a ruptura da relação conjugal ou paraconjugal)
- a doença (que incapacita)
- os desastres (a sinistralidade que leva à incapacidade e à afecção dos rendimentos, em geral).

Eis, pois, o quadro geral que conduz a este carcinoma social com as nefastas consequências dele advenientes. E que importa, de todo o modo, contrariar!

2. A inversão do paradigma: do crédito selvagem ao crédito responsável (os antídotos ao crédito selvagem)

2.1 No crédito ao consumidor

2.1.1 Educação para o consumo: educação financeira

A Diretiva do Crédito ao Consumidor que a lume veio no Jornal Oficial da União Europeia a 23 de abril de 2008 exprime o domínio da realidade em decorrência da *praxis* das instituições de crédito ou sociedades financeiras no Mercado Interno de Serviços Financeiros: havia que sustar o crédito selvagem, o crédito irresponsável que campeava em detrimento dos consumidores e das famílias; mister seria suprir a iliteracia financeira reinante e impor padrões de informação financeira; curial seria que houvesse uma supervisão autêntica, genuína, criteriosa.

Este fragmento do preâmbulo da Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, é eloquente nos seus termos:

“Os Estados-Membros deverão tomar as medidas adequadas para incentivar práticas responsáveis em todas as fases da relação de crédito, tendo em conta as especificidades do seu mercado de crédito. Essas medidas podem incluir, por exemplo, a informação e a educação dos consumidores, designadamente advertências quanto aos riscos que advêm da falta de pagamento e do sobre-endividamento. Num mercado de crédito em expansão, é especialmente importante que os mutuantes não concedam empréstimos de modo irresponsável ou não concedam crédito sem uma prévia verificação da solvabilidade e que os Estados-Membros efetuem a supervisão necessária para evitar tal comportamento e determinem as sanções necessárias para punir os mutuantes que adotem tal comportamento. Sem prejuízo das disposições em matéria de risco de crédito contidas na Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício, os mutuantes deverão ser responsáveis por verificar, individualmente, a solvabilidade do consumidor. Para o efeito, deverão ser autorizados a utilizar informações prestadas pelo consumidor não só durante a preparação do contrato de crédito em causa, mas também durante uma relação comercial de longa data. As autoridades dos Estados-Membros poderão também dar instruções e orientações adequadas aos mutuantes. Também os consumidores deverão agir com prudência e respeitar as suas obrigações contratuais.”

A educação financeira, parte integrante da educação para o consumo, há-de abarcar todas as vertentes – e as vertentes todas – dos serviços financeiros, em que se considera quer o crédito pessoal, quer o hipotecário, como os demais aspectos.

Os créditos pessoais em *sentido lato* (crédito consumidor) abrangem, de harmonia com a classificação traçada pela autoridade reguladora:

- “Crédito Pessoal”,
- “Crédito Automóvel” e
- “Cartões de Crédito, Linhas de Crédito, Contas Correntes Bancárias e Facilidades de Descoberto”.

E em cada uma das modalidades do crédito pessoal, eis como se nos apresenta o quadro, nele se incluindo o percentual da estrutura do crédito:

Crédito Pessoal (45,6%)

- Finalidade Educação, Saúde e Energias Renováveis 1,5%
- Locação Financeira de Equipamentos 0,4%
- Outros Créditos Pessoais 43,7%

Crédito Automóvel (34,1%)

- Locação Financeira ou ALD: novos 5,5%
- Locação Financeira ou ALD: usados 0,6%
- Com reserva de propriedade e outros: novos 12,6%
- Com reserva de propriedade e outros: usados 15,4%

Cartões de Crédito, Linhas de Crédito, Contas Correntes Bancárias e Facilidades de Descoberto 20,3%

E estes aspectos, na sua universalidade, mister será se considerem nos processos de aprendizagem que se encetarem, para além de especificidades outras que importa de todo versar.

2.1.2 Informação financeira

De par com todo o processo de educação financeira que exige *a se se* protraia no tempo, é indispensável que haja informação, em geral, como forma de se aperfeiçoar o suporte educacional que será preciso estruturar. E informação em cada uma das situações em que o consumidor entenda envolver-se em uma qualquer negociação do jaez destas.

Como se alude na Diretiva do Crédito ao Consumidor:

“É necessário que o consumidor seja exaustivamente informado em momento prévio ao da celebração do contrato de crédito, independentemente de haver ou não um intermediário envolvido nas operações de crédito. Por conseguinte, de um modo geral, os requisitos de informação pré-contratual deverão também ser aplicáveis aos intermediários de crédito. Contudo, se os fornecedores de bens ou os prestadores de serviços atuarem na qualidade de intermediários de crédito a título acessório, não é conveniente impor-lhes a obrigação jurídica de prestarem informações pré-contratuais nos termos da presente diretiva. Pode considerar-se, por exemplo, que os fornecedores de bens e serviços atuam como intermediários de crédito a título acessório se a sua atividade nessa qualidade não for o principal objetivo da sua atividade comercial ou profissional. Nestes casos, é ainda

garantido um nível suficiente de proteção do consumidor, dado que o mutuante tem a responsabilidade de assegurar que o consumidor receba toda a informação pré-contratual, seja através do intermediário – se o mutuante e o intermediário assim o acordarem –, seja de qualquer outro modo adequado.

2.1.3 Precaução nos preliminares

Por preliminares se entende não só as vertentes por que se desdobra a comunicação comercial, a saber, a publicidade, as estratégias mercadológicas por distintas que sejam, os prospectos e o mais, como ainda a informação pré-contratual que se carreie ao consumidor.

E o legislador europeu estabeleceu um ror de diretrizes por forma a obviar a que o consumidor se deixe influenciar por elementos susceptíveis de se apartarem das condições reais em que os serviços financeiros, mormente os contratos de concessão de crédito, são deveras oferecidos aos consumidores, enredando-os em tramas e fraudes de consequências inenarráveis.

2.1.3.1 Publicidade cruzada com informação pura e dura

A propósito da licitude a exigir-se na comunicação comercial, como preliminares negociais, já o sustentámos: a publicidade ou, com maior propriedade, ante a evolução conceitual entretanto operada, a comunicação comercial constitui um dos mais poderosos meios de sedução e o polo primacial de atração de créditos que se oferecem como acessíveis, denominador comum das campanhas que se empreendem, quando em verdade o não são e, a breve trecho, caem com fragor sobre a estabilidade financeira dos visados.

Os artifícios, sugestões e embustes em que se enredam – por esta via – os consumidores – e suas mais fundas repercussões na esfera própria de cada um e de todos – determinaram se estabelecessem peculiares regras susceptíveis de reforçar a *veracidade* que é um dos princípios norteadores da publicidade. E por forma a travar as dissimulações que levam a que os consumidores se precipitem em ordem à celebração de contratos que lhes queimarão os bolsos doravante.

Daí que a publicidade haja de ser veraz e nela, por imposição da lei, se cruzem inalienáveis elementos de informação, que não podem ser senão rigorosos.

O que define a este propósito a diretiva? Que da publicidade constem elementos de *informação* normalizados. A publicidade a contratos de crédito que indique uma qualquer taxa de juros ou os valores relativos ao custo do crédito terá de incluir informações normalizadas, como de imediato se revelará.

Tal obrigação não se aplica às hipóteses em que o direito interno exija que a publicidade indique a taxa anual de encargos efetiva global e não uma taxa de juros ou eventuais valores relativos a qualquer custo do crédito.

As informações normalizadas, porém, devem especificar de modo claro, conciso e visível, por meio de um exemplo representativo, um sem-número de elementos, a saber:

a) a taxa devedora, fixa ou variável ou ambas, juntamente com o detalhe de quaisquer encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito para o consumidor;

b) o montante total do crédito;

c) a taxa anual de encargos efetiva global;

d) se for caso disso, a duração do contrato de crédito, no caso de um crédito sob a forma de pagamento diferido para um produto ou serviço específico, o preço a pronto e o montante de um eventual pagamento de sinal; e

e) se for caso disso, o montante total imputado ao consumidor e o das prestações.

Se a celebração de um contrato cujo objeto seja um serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente um seguro, for obrigatória para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e condições de mercado, e o custo desse serviço não puder ser antecipadamente determinado, deve igualmente ser mencionada de modo claro, conciso e visível a obrigação de celebrar esse contrato, bem como a taxa anual de encargos efetiva global.

O preceito de que se trata aplica-se sem prejuízo das regras vertidas a propósito das práticas comerciais desleais, cuja disciplina se impõe em plenitude no domínio em causa¹⁰.

É à autoridade de supervisão, no caso, ao Banco Central, que incumbe apreciar da licitude ou ilicitude da publicidade vertida neste particular, aplicando as sanções que na lei de cada um dos Estados-membros se cominam e que às hipóteses de fato couberem, distintas de Estado para Estado-membro, como vem sendo de regra, já que não há

qualquer harmonização no domínio do arsenal repressivo para o efeito estabelecido.

2.1.3.2 Repressão da publicidade ilícita

Força é que tanto a entidade reguladora como a Direção-Geral do Consumidor atuem sempre que as expressões reais da publicidade ofendam a geometria do sistema.

Não basta, porém, reprimir. Urge desde logo prevenir.

Em 2009 o Banco de Portugal deu conta de uma atividade singular, para nós inédita, consistente exatamente em medidas cautelares no tocante a campanhas de publicidade promovidas por instituições e crédito e sociedades financeiras. Eis a notícia:

“O Banco de Portugal suspendeu em 15 meses oito campanhas de publicidade de um total de 1440 anúncios analisados em televisão, rádio, imprensa, Internet e também em cartazes.

Em 2008, foram emitidas 53 determinações específicas, das quais resultaram cinco suspensões (oito até final de Março de 2009) e 48 alterações (101 até ao final do mês passado).

Durante o ano passado foram analisadas um total de 675 campanhas, a que se somam mais 765 efectuadas durante os primeiros três meses do ano.”

Para além do mais, importa que se alardeie *urbi et orbi* as ilicitudes quando detectadas e as penalidades infligidas aos prevaricadores.

2.1.3.3 Reforço da Informação: a informação pré-contratual

Para além da publicidade, que ora obedece a uma padronização no que tange ao cruzamento de informações normalizadas para que a Diretiva incisivamente aponta, no que aos preliminares negociais se reporta há regras estritas e extensas que cumpre observar em todo o Espaço Económico Europeu.

A obrigação geral de informação, se não mesmo a obrigação especial decretada neste particular, espraia-se por três fases ou períodos distintos:

- nos preliminares, *i.é.*, no momento pré-contratual
- na fase da conclusão do contrato, ou seja, na da celebração propriamente dita – a da informação contratual
- e na da execução do contrato, vale dizer, no decurso da vida do contrato, se for o caso, ante as modificações objetivas de que possa padecer a relação em apreciação – a da informação pós-contratual.

Neste passo ocupar-nos-emos da informação pré-contratual, que representa assinalável esforço do dador de crédito ou seu intermediário, e obriga a uma tarefa de inteligibilidade a fim de se dissiparem eventuais dúvidas subsistentes para que o consentimento, em fase ulterior, seja livre e esclarecido.

A informação pré-contratual, tal como se acha plasmada no artigo 5º do instrumento normativo de que se trata, comporta um sem-número de tarefas que se desdobrarão como segue:

“Em tempo útil, antes de o consumidor se encontrar obrigado por um contrato de crédito ou uma oferta, o mutuante e, se for caso disso, o intermediário de crédito devem, com base nos termos e nas condições do crédito oferecidas pelo mutuante e, se for caso disso, nas preferências expressas pelo consumidor e nas informações por este fornecidas, dar ao consumidor as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de tomar uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito.”

Tais informações, em papel ou noutro suporte duradouro¹¹, devem ser prestadas através do formulário sobre *“Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores”*.

A Diretiva considera que o dador de crédito cumpre os requisitos de informação previstos neste particular e ainda no que tange aos do regime europeu do contrato de serviços financeiros à distância se fornecer ao consumidor a *“Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores”*, que em anexo figura.

Considere-se, porém, que as informações pré-contratuais terão de especificar um extenso rol de elementos, susceptível de se configurar como obstáculo aos objetivos que em si mesmo se compendiam:

- a) O tipo de crédito;
- b) A identificação e o endereço geográfico do mutuante, bem como, se for caso disso, a identificação e o endereço geográfico do intermediário de crédito envolvido;
- c) O montante total do crédito e as condições de levantamento;
- d) A duração do contrato de crédito;
- e) Nos casos de um crédito sob a forma de pagamento diferido para um bem ou serviço específicos e de contratos de crédito coligados, o bem ou serviço em causa, bem como o respectivo preço a pronto;
- f) A taxa devedora¹², as condições aplicáveis a esta taxa e, quando disponíveis, quaisquer índices ou taxas de juros de referência relativos à

taxa devedora inicial, bem como os períodos, condições e procedimentos de alteração da taxa devedora; em caso de aplicação de diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, as informações acima referidas sobre todas as taxas aplicáveis;

g) A taxa anual de encargos efetiva global¹³ e o montante total imputado ao consumidor, ilustrada através de um exemplo representativo que indique todos os pressupostos utilizados no cálculo desta taxa; se o consumidor tiver comunicado ao mutuante um ou mais componentes do seu crédito preferido, tais como a duração do contrato de crédito e o montante total do crédito, o mutuante deve ter em conta esses componentes; se um contrato de crédito estipular diferentes formas de levantamento com diferentes encargos ou taxas devedoras e o mutuante fizer uso dos pressupostos enunciados na alínea b) da parte II do anexo I, deve indicar que o recurso a outros mecanismos de levantamento para este tipo de acordo de crédito poderá resultar numa taxa anual de encargos efetiva global mais elevada;

h) O montante, o número e a periodicidade dos pagamentos a efetuar pelo consumidor e, se for caso disso, a ordem pela qual os pagamentos devem ser imputados aos diferentes saldos devedores a que se aplicam taxas devedoras diferenciadas para efeitos de reembolso;

i) Se for caso disso, os encargos relativos à manutenção de uma ou mais contas para registar simultaneamente operações de pagamento e levantamentos de crédito, a menos que a abertura de uma conta seja facultativa, bem como os encargos relativos à utilização de meios que permitam ao mesmo tempo operações de pagamento e levantamentos de crédito, quaisquer outros encargos decorrentes do contrato de crédito e as condições em que esses encargos podem ser alterados;

j) Se for caso disso, os custos a pagar pelo consumidor a um notário na celebração do contrato de crédito;

k) A eventual obrigação de celebrar um contrato de serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente uma apólice de seguro, se a celebração de tal contrato for obrigatória para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e condições de mercado;

l) A taxa de juros de mora, bem como as regras para a respectiva adaptação e, se for caso disso, os custos devidos em caso de incumprimento;

m) Uma advertência relativa às consequências da falta de pagamento;

n) Se for caso disso, as garantias exigidas;

- o) Existência ou inexistência do direito de retratação;
- p) O direito de reembolso antecipado e, se for caso disso, informações sobre o direito do mutuante a uma indenização e a forma de determinar essa indenização;
- q) O direito de o consumidor ser informado imediatamente e gratuitamente do resultado da consulta de uma base de dados para verificação da sua solvabilidade;
- r) O direito de o consumidor obter, mediante pedido e gratuitamente, uma cópia do projeto de contrato de crédito. Esta disposição não é aplicável se, no momento em que é feito o pedido, o mutuante não estiver disposto a proceder à celebração do contrato de crédito com o consumidor;
- e
- s) Se for caso disso, o período durante o qual o mutuante se encontra vinculado pelas informações pré-contratuais.

Todas as informações adicionais que o mutuante entenda prestar ao consumidor devem ser oferecidas em documento separado, que constitua apenso ao formulário da “Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores”.

No entanto, tratando-se de comunicações por telefonia vocal no quadro do regime dos serviços financeiros à distância, a descrição das principais características do serviço financeiro a fornecer deve incluir, pelo menos, os elementos referidos nas alíneas c), d), e), f) e h) precedentemente enunciadas, bem como a taxa anual de encargos efetiva global ilustrada através de um exemplo representativo e o custo total do crédito imputável ao consumidor.

Se o contrato tiver sido celebrado, a rogo do consumidor, por meio de comunicação à distância que não permita o fornecimento das *informações pré-contratuais* prescritas anteriormente, nomeadamente as adicionais, a que noutro passo se alude, o dador de crédito deve facultar ao consumidor as *informações pré-contratuais* via formulário de “Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores”, na íntegra, imediatamente após a celebração do contrato de crédito¹⁴.

Mediante solicitação, fornecer-se-á graciosamente ao consumidor, para além da “Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores”, como se assinalou, o projeto ou a minuta do contrato de crédito.

Tal disposição, acentue-se, não se observará, porém, se, no momento em que a solicitação se formular, o dador se não propuser celebrar o contrato de crédito com o consumidor.

No caso de contrato de crédito em que os pagamentos não constituam amortização imediata correspondente do montante total do crédito, mas se destinem à reconstituição do capital nos períodos e nas condições previstos no respectivo contrato ou em contrato adicional, as informações pré-contratuais noutro passo previstas devem incluir uma declaração clara e concisa de que não é exigida eventual garantia a terceiros no âmbito do contrato de crédito para assegurar o reembolso do montante total do empréstimo levantado ao abrigo de tal contrato, salvo se tal garantia for prestada espontaneamente.

Os Estados-membros garantirão que mutuantes e, se for o caso, intermediários de crédito esclareçam pormenorizada e adequadamente o consumidor, descodificando as fórmulas adotadas, de modo a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira, fornecendo eventualmente as informações pré-contratuais previstas no lugar próprio, esmiuçando as características essenciais dos produtos propostos e os efeitos específicos a que tendem, em que se incluem as consequências do incumprimento na esfera própria do consumidor. Os Estados-membros podem adaptar a forma e a extensão em que a assistência é dispensada, bem como identificar quem a presta, as circunstâncias específicas da situação em que o contrato se propõe, a quem é proposto e ao tipo de crédito oferecido.

Ponto é saber se um tão extenso rol de informações ainda nas primícias negociais não constituirá decisivo obstáculo à integral satisfação dos ditames da lei, a que se aliará a proverbial *iliteracia* dos consumidores, não suprida porque inexistentes as ações de informação e de educação financeira apropriadas, amiúde afirmadas mas permanentemente denegadas, já que, como proclamavam os romanos, *summum jus summa injuria...*

Todas as
informações
adicionais que
o mutuante
entenda prestar
ao consumidor
devem ser
oferecidas em
documento
separado

2.1.3.4 Informações pré-contratuais a fornecer em determinados contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto

Nas hipóteses em epígrafe, a Diretiva estabelece regras segundo as quais, em tempo útil, antes de o consumidor se encontrar obrigado por um contrato de crédito ou uma proposta atinente a um contrato do estilo em distintas modalidades¹⁵, o dador de crédito e, se for caso disso, o intermediário devem, com base nos termos e nas condições oferecidas e, se for ainda o caso, nas preferências expressas pelo consumidor e nos dados por ele carreados, prestar as informações necessárias para que diferentes ofertas se mostrem susceptíveis de ser comparadas, a fim de a decisão quanto à celebração do contrato de crédito se haver por criteriosa.

As informações em causa enuncia-as a Diretiva: mantém-se um tronco comum, a que acrescem cláusulas específicas em homenagem à tipicidade dos contratos em epígrafe.

2.1.3.5 Isenções dos requisitos de informação pré-contratual

As disposições precedentes não são aplicáveis aos fornecedores ou prestadores de serviços que intervenham a título acessório como intermediários de crédito. Tal não obsta a que o dador de crédito haja de assegurar que o consumidor receba tempestivamente as informações pré-contratuais a que se reportam as disposições visadas de molde a que se observem em plenitude as normas imperativas a tal propósito editadas.

2.1.4 Dever de assistência do dador de crédito ao consumidor

O credor e, se for o caso, o mediador de crédito devem esclarecer de modo adequado o consumidor, por forma a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira, cabendo-lhes, designadamente, fornecer as informações pré-contratuais previstas no artigo anterior, explicitar as características essenciais dos produtos propostos, bem como descrever os efeitos específicos deles decorrentes para o consumidor, incluindo as consequências da respectiva falta de pagamento.

Estes esclarecimentos devem ser fornecidos antes da celebração do contrato de crédito, devem ser entregues ao consumidor em suporte

duradouro reprodutível e devem ser apresentados de forma clara, concisa e legível. Sendo a informação da responsabilidade do credor, os mediadores de crédito têm o dever de a transmitir integralmente ao consumidor.

Compete ao credor e, se for o caso, ao mediador de crédito fazer prova do cumprimento das obrigações previstas neste artigo.

2.1.5 Avaliação da solvabilidade do candidato ao crédito: poder-dever pré-contratual do dador de crédito

A obrigação de avaliação da solvabilidade de quem se proponha aceder ao crédito incumbe obviamente à instituição de crédito ou à sociedade financeira. Cumprindo, para tanto, empreender à exaustão as diligências que se requerem para travar quaisquer laivos de precipitação: “*só se pode emprestar um cabrito a quem tenha um boi*”, para usar uma velha máxima de típico sabor africano!

Como incidentalmente se expressou noutro passo, no art. 10º do diploma legal derivado (por que se operou a transposição do texto emanado do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia para o ordenamento pátrio) se concretizaram preceitos e critérios tendentes ao preenchimento da obrigação que impende sobre o dador de crédito em ordem à contração ou ao deferimento de créditos de modo responsável.

Exprimem-se tais critérios (*quod abundat non nocet*) singularmente no que segue.

Previamente à celebração do contrato de crédito, deve o putativo dador avaliar a solvabilidade do consumidor, tanto pelos elementos oferecidos pelo aspirante ao financiamento, como pela indeclinável consulta à Central de Responsabilidades de Crédito adstrita ao Banco de Portugal.

O potencial dador¹⁶ procederá, em complemento, à avaliação da solvabilidade pela perquirição da lista pública de execuções¹⁷ ou das mais bases valiosas para a consecução dos objetivos *imprescritivelmente* assinados.

Rejeitada a pretensão deduzida pelo consumidor perante o dador de crédito, com fundamento nos dados recolhidos, cumpre à instituição financeira dar do fato parte imediata, gratuita e justificadamente ao interessado, bem como do que das bases a tal respeito constar (para eventual impugnação, se for o caso, e exercício do contraditório, como se tem por elementar, para além da responsabilização dos gestores das bases

pelos elementos que atinjam de modo irrefragável a reputação económica dos consumidores sem fundamentos de base), salvo se tal for vedado por disposição impositiva do direito europeu ou do ordenamento nacional, ou se se tiver como contrário a objetivos ou interesses de ordem ou segurança pública. Ponto é saber se, neste particular, os dados são fiáveis e as bases responsabilmente geridas e criteriosamente fundadas, o que nem sempre sucede, entre nós, ao menos, em razão das perturbações que os atribiliários processos de celebração de contratos coligados – compra e venda ou prestação de serviços e de crédito ao consumo –, como o não ignora quem da vida percebe os sinais adequados, acarretam a uma geometria defensável das relações jurídicas de consumo fundadas nos princípios éticos estruturantes, aliás, plasmados na Diretiva das Práticas Comerciais (Des)Leais.

Se os contraentes, após a celebração do contrato, se propuserem ampliar o montante global do crédito, o concreto dador atualizará a informação financeira de que dispõe e avaliará de novo a respectiva solvabilidade, procedendo, pois, em conformidade.

Ónus da prova: compete ao dador de crédito a prova do estrito cumprimento das disposições precedentes.

E, ante o desenho, o projeto de um Mercado Interno de Serviços Financeiros, em que decisivamente se aposta, nos termos precedentemente enunciados, a saber, bordejado ou marginado pelas fronteiras físicas exteriores dos diferentes Estados nacionais e com um impressionante número de almas ali radicadas – 500 milhões de consumidores é o que ora oferece o Espaço Económico Europeu –, curial será se dispense o acesso a bases de dados a quem quer, de entre as entidades legitimadas para o efeito, onde quer que se situem, de Malmö, na Suécia, à Mamarrosa, em Portugal, e de Brest, em França, a Bucareste, na Roménia.

Em Portugal um tal *desideratum* é susceptível de se captar em preceitos do estilo dos que se condensam no artigo 11 do regime legal vigente, que prima, entre nós, pela novidade:

– As entidades gestoras de bases de dados construídas e disponíveis, ainda que de modo restrito, em Portugal, em vista da avaliação da solvabilidade dos consumidores, assegurarão, em condições de reciprocidade e de forma não discriminatória, o acesso das instituições de crédito e das sociedades financeiras alienígenas ou não – que operem em distintos Estados-membros da União Europeia – a tais bases.

– Conformemente ao que se estatui, o Banco de Portugal assegurará o acesso dos dadores de crédito esparsos pelos distintos Estados-membros à base de dados da Central de Responsabilidades de Crédito.¹⁸

– Se ocorrer a rejeição do crédito com fundamento nos dados constantes da lista pública de execuções ou decorrer dos dados disponíveis nas mais bases, incumbe ao credor transmitir ao consumidor, como noutro ponto se assinalou, imediata, gratuita e justificadamente o fato e bem assim os elementos específicos delas resultantes e que reclamam a adoção de uma tal medida, salvo se os dados colhidos forem proibidos por outras disposições do direito europeu ou contrários a objetivos outros de interesse e ordem ou de segurança pública.

– As informações veiculadas pelo Banco de Portugal, no caso, consignam-se exclusivamente às instituições de crédito e às sociedades financeiras, cumprindo a tais entidades assegurar, de acordo com a Lei de Proteção da Privacidade, e com o dispositivo próprio do diploma que rege no domínio da Central da Responsabilidade de Créditos, a proteção dos dados pertinentes às pessoas singulares, sendo vedada a sua transmissão a quem quer, exceptuados os visados, nas condições precedentemente descritas.

As sanções cominadas para a inobservância da obrigação à qual se adscrive *ex vi legis* o dador de crédito (a de conceder, só e tão só, crédito de modo exigentemente responsável) exprimem-se em coimas (sanções com tradução pecuniária) cujos montantes se cifram entre um mínimo de aproximadamente 750 € a um máximo que ronda os 750 000 €, para além obviamente de sanções acessórias de distinta natureza, de harmonia com o que prescreve o artigo 30 da LCC – Lei do Crédito ao Consumo (DL 133/2009), que remete para a alínea *i*) do artigo 210 e para o artigo 212 do Regime Jurídico das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras de 31 de Dezembro de 1998.

Ponto é que a autoridade de supervisão – que tão omissa se revelou desde o começo de vigência da Lei Antiga, em Setembro de 1991, até à declarada eclosão da crise, com nefastos reflexos na esfera de todos e cada um – se não distraia de todo e que... *da lei nos textos à lei em acto* não diste o abismo a que com “*notório exagero*” (!) se referem os anglo-americanos!

O crédito selvagem não aproveita nem à comunidade, nem à família, menos ainda às pessoas singularmente consideradas: só aproveita, em termos correntes, às instituições financeiras, como se tem por óbvio! Com

a toxicidade social e a ruína que daí advêm, como hoje consabidamente é insusceptível de negar-se!

Não nos iludamos, porém: é que importa deixar a ingenuidade à porta da Escola! A vida é muito mais contundente que os filmes de violência que gratuitamente se nos oferecem nos espaços públicos dos *media*, nos *mass media* que marcam desmesuradamente o quotidiano de cada um e todos!¹⁹

2.1.6 Reforço do direito de desistência (impropriamente denominado de livre revogação) do contrato tanto pela adoção de um formulário uniforme como da ampliação do lapso dentro do qual o direito é susceptível de ser exercido

Eis o que o artigo 17º da Lei do Crédito ao Consumidor prescreve a este propósito, em claro distanciamento do que vigorara até ao começo de vigência da LN – Lei Nova:

“1 – O consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de revogação do contrato de crédito, sem necessidade de indicar qualquer motivo.

2 – O prazo para o exercício do direito de revogação começa a correr:

a) A partir da data da celebração do contrato de crédito; ou

b) A partir da data de recepção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações a que se refere o artigo 12º, se essa data for posterior à referida na alínea anterior.

3 – Para que a revogação do contrato produza efeitos, o consumidor deve expedir a declaração no prazo referido no n. 1, em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do credor e ao qual este possa aceder, observando os requisitos a que se refere a alínea h) do n. 3 do artigo 12º.

4 – Exercido o direito de revogação, o consumidor deve pagar ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data de utilização do crédito até à data de pagamento do capital, sem atrasos indevidos, em prazo não superior a 30 dias após a expedição da comunicação.

5 – Para os efeitos do número anterior, os juros são calculados com base na taxa nominal estipulada, nada mais sendo devido, com excepção da indenização por eventuais despesas não reembolsáveis pagas pelo credor a qualquer entidade da Administração Pública.

6 – O exercício do direito de revogação a que se refere o presente artigo preclui o direito da mesma natureza previsto noutra legislação

especial, designadamente a referente à contratação à distância ou no domicílio.”

2.1.7 Afetação do contrato coligado por qualquer vicissitude que atinja o contrato principal (retratação, invalidade, resolução...)

Se de contrato de crédito coligado se tratar, os efeitos são patentes.

A invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma medida, no contrato de compra e venda.

A invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado.

No caso de incumprimento ou de desconformidade no cumprimento de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços coligado com contrato de crédito, o consumidor que, após interpelação do vendedor, não tenha obtido deste a satisfação do seu direito ao exato cumprimento do contrato, pode interpelar o credor para exercer qualquer uma das seguintes pretensões:

- a) A exceção de não cumprimento do contrato;
- b) A redução do montante do crédito em montante igual ao da redução do preço;
- c) A resolução do contrato de crédito.

Nos casos previstos nas alíneas b) ou c) precedentes, o consumidor não está obrigado a pagar ao credor o montante correspondente àquele que foi recebido pelo vendedor.

Se o credor ou um terceiro prestarem um serviço acessório conexo com o contrato de crédito, o consumidor deixa de estar vinculado ao contrato acessório se desistir do contrato de crédito nos termos noutro passo enunciados ou se este se extinguir com outro fundamento.

Estas disposições são aplicáveis, com as necessárias adaptações, aos créditos concedidos para financiar o preço de um serviço prestado por terceiro.

2.1.8 Cálculo uniforme no seio da UE da TAEG

Relevante inovação: a do cálculo uniforme da TAEG (taxa anual de encargos efetiva global):

1 – A TAEG torna equivalentes, numa base anual, os valores atuais do conjunto das obrigações assumidas, considerando os créditos utilizados, os reembolsos e os encargos, atuais ou futuros, que tenham sido acordados entre o credor e o consumidor.

2 – A TAEG é calculada determinando-se o custo total do crédito para o consumidor de acordo com a fórmula matemática constante da parte I do anexo I ao presente decreto-lei, que dele faz parte integrante.

3 – No cálculo da TAEG não são incluídas:

a) As importâncias a pagar pelo consumidor em consequência do incumprimento de alguma das obrigações que lhe incumbam por força do contrato de crédito; e

b) As importâncias, diferentes do preço, que, independentemente de se tratar de negócio celebrado a pronto ou a crédito, sejam suportadas pelo consumidor aquando da aquisição de bens ou da prestação de serviços.

4 – São incluídos no cálculo da TAEG, excepto se a abertura da conta for facultativa e os custos da conta tiverem sido determinados de maneira clara e de forma separada no contrato de crédito ou em qualquer outro contrato celebrado com o consumidor:

a) Os custos relativos à manutenção de conta que registre simultaneamente operações de pagamento e de utilização do crédito;

b) Os custos relativos à utilização ou ao funcionamento de meio de pagamento que permita, ao mesmo tempo, operações de pagamento e de utilização do crédito; e

c) Outros custos relativos às operações de pagamento.

5 – O cálculo da TAEG é efetuado no pressuposto de que o contrato de crédito vigora pelo período de tempo acordado e de que as respectivas obrigações são cumpridas nas condições e nas datas especificadas no contrato.

6 – Sempre que os contratos de crédito contenham cláusulas que permitam alterar a taxa devedora e, se for caso disso, encargos incluídos na TAEG que não sejam quantificáveis no momento do respectivo cálculo, a TAEG é calculada no pressuposto de que a taxa nominal e os outros encargos se mantêm fixos em relação ao nível inicial e de que são aplicáveis até ao termo do contrato de crédito.

7 – Sempre que necessário, podem ser utilizados os pressupostos adicionais enumerados no anexo I ao presente decreto-lei para o cálculo da TAEG.

2.1.9 Repressão dos contratos em fraude à lei

Se de contratos em fraude à lei se tratar, a lei comina com a nulidade um tal vício.

Eis o que a tal propósito se prescreve:

1 – São nulas as situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação do disposto no presente decreto-lei.

2 – Configuram, nomeadamente, casos de fraude à lei:

a) O fracionamento do montante do crédito por contratos distintos;
b) A transformação de contratos de crédito sujeitos ao regime do presente decreto-lei em contratos de crédito excluídos do âmbito da aplicação do mesmo;

c) A escolha do direito de um país terceiro aplicável ao contrato de crédito, se esse contrato apresentar uma relação estreita com o território português ou de um outro Estado-membro da União Europeia.

2.1.10 Ressurgimento do crime de usura em dados moldes

O crime de usura ressurge neste congenho, como se impõe:

Eis o teor do dispositivo correspondente:

1 – É havido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, exceda em um terço a TAEG média praticada no mercado pelas instituições de crédito ou sociedades financeiras no trimestre anterior, para cada tipo de contrato de crédito ao consumo.

2 – A identificação dos tipos de contrato de crédito ao consumo relevantes, a TAEG média praticada para cada um destes tipos de contrato pelas instituições de crédito ou sociedades financeiras e o valor máximo resultante da aplicação do disposto no número anterior são determinados e divulgados ao público trimestralmente pelo Banco de Portugal, sendo válidos para os contratos a celebrar no trimestre seguinte.

3 – Considera-se automaticamente reduzida ao limite máximo previsto no n. 1 a TAEG que os ultrapasse, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal.

4 – Os efeitos decorrentes deste artigo não afetam os contratos já celebrados ou em vigor.

2.1.11 Proibição de vendas associadas

De harmonia com o que, em tese geral, se estatui, as vendas ligadas estão neste particular expressamente proibidas.

Às instituições de crédito e sociedades financeiras está vedado fazer depender a celebração dos contratos abrangidos por este decreto-lei, bem como a respectiva renegociação, da aquisição de outros produtos ou serviços financeiros.

2.1.12 Resolução extrajudicial de litígios de molde a obviar a justiça que tarde, sempre e só com o travo amaríssimo da injustiça

Com noutro passo já se realçou, a desjudicialização dos conflitos que neste particular se suscitam é a “palavra de ordem” da União Europeia para que se cumpram os objetivos de justiça célere, segura, eficaz e economicamente acessível.

Eis o que reza, a tal propósito, o artigo 32º:

“Resolução extrajudicial de litígios

1 – A Direção-Geral do Consumidor e o Banco de Portugal, em coordenação com o Ministério da Justiça, colaboram, no âmbito das respectivas competências, na implementação de mecanismos extrajudiciais adequados e eficazes para a resolução dos litígios de consumo relacionados com contratos de crédito e com o endividamento excessivo de consumidores.

2 – As instituições competentes para a resolução extrajudicial de litígios de consumo relacionados com contratos de crédito devem adotar políticas de cooperação com as instituições congéneres dos restantes Estados-Membros da União Europeia.”

2.2 No crédito hipotecário

2.2.1 A occasio legis

O Parlamento Europeu e o Conselho, no preâmbulo da Diretiva do Crédito Hipotecário, reconhecem de modo eloquente:

“A crise financeira mostrou que o comportamento irresponsável de alguns participantes no mercado pode minar os alicerces do sistema financeiro, provocando desconfiança entre todas as partes, em especial nos consumidores, com consequências sociais e económicas potencialmente graves.

Muitos consumidores perderam a confiança no setor financeiro e os mutuários têm cada vez mais dificuldade em reembolsar os seus

empréstimos, daí resultando um aumento das situações de incumprimento e de venda coerciva do imóvel.”

E de imediato a revelação:

“Nesta conformidade, o G20 solicitou a colaboração do Conselho de Estabilidade Financeira para estabelecer princípios sobre normas idóneas em matéria de concessão de crédito para imóveis de habitação.

Ainda que alguns dos maiores problemas associados à crise financeira tenham ocorrido no exterior da União [Europeia], os níveis de dívida dos consumidores na União são significativos e concentram-se em grande parte em créditos para imóveis de habitação.

Portanto, convém assegurar que o enquadramento regulamentar da União nesta área seja robusto e coerente com os princípios internacionais e utilize adequadamente o leque de instrumentos existentes, o que poderá incluir o recurso ao rácio entre o valor do empréstimo e o valor da garantia, ao rácio entre o valor do empréstimo e o rendimento, ao rácio entre o rendimento e o endividamento ou a outros rácios semelhantes, com níveis mínimos abaixo dos quais nenhum crédito seria considerado aceitável, ou outras medidas compensatórias para as situações em que os riscos subjacentes sejam maiores para os consumidores ou em que as referidas medidas sejam necessárias para prevenir o endividamento excessivo das famílias.”

Se propuseram
conceder crédito
a quem não
revestia condições
económico-
financeiras para
o efeito e por
montantes muito
para além do
valor venal dos
imóveis

E, ao diagnosticar-se os males de que se achavam inquinados os processos neste passo enunciados, referência elucidativa a propósito do crédito selvagem, irresponsável, como sem rodeios o apodam Parlamento Europeu e Conselho, promovido pelas instituições de crédito que, à revelia de uma qualquer avaliação da solvabilidade dos consumidores e de uma rigorosa aferição dos imóveis, se propuseram conceder crédito a quem não revestia condições económico-financeiras para o efeito e por montantes muito para além do valor venal dos imóveis:

“Foram identificados vários problemas nos mercados de crédito hipotecário no interior da União relacionados com a concessão e a

contração irresponsáveis de empréstimos e com os potenciais comportamentos irresponsáveis dos intervenientes no mercado, incluindo os intermediários de crédito e as instituições que não são instituições de crédito. Alguns desses problemas diziam respeito a créditos em moeda estrangeira, pelos quais os consumidores tinham optado para tirar vantagem das taxas devedoras oferecidas mas sem terem a informação ou compreensão adequadas do risco de taxa de câmbio inerente. Esses problemas são motivados por deficiências dos mercados e da regulamentação, bem como por outros fatores como a conjuntura económica geral e os baixos níveis de literacia financeira. Outros problemas prendem-se com a ineficácia, a incoerência ou a inexistência de regimes aplicáveis aos intermediários de crédito e às instituições que, não sendo instituições de crédito, concedem crédito para imóveis de habitação. Os problemas identificados têm repercussões potencialmente significativas a nível macroeconómico, podendo resultar em prejuízos para os consumidores, constituir obstáculos económicos ou jurídicos à atividade transfronteiriça e criar condições de concorrência desiguais entre os diversos intervenientes.”

Ao afrontar os problemas que de todo lhe não escapavam e que representavam pronunciados desvios de conduta de instituições e intermediários, a União Europeia, na sequência, aliás, de um detido processo reflexivo, entendeu intervir e manifestou-se nestes termos:

“Face aos problemas revelados pela crise financeira e tendo em vista garantir a existência de um mercado interno eficiente e competitivo que contribua para a estabilidade financeira, a Comissão, na sua comunicação de 4 de março de 2009 intitulada “Impulsionar a retoma europeia”, propôs medidas relativas aos contratos de crédito para imóveis de habitação, nomeadamente um enquadramento fidedigno para a intermediação de crédito, na perspectiva da criação de mercados responsáveis e de confiança para o futuro e do restabelecimento da confiança dos consumidores. Na sua comunicação de 13 de abril de 2011 intitulada “Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua”, a Comissão reafirmou o seu empenho num mercado interno eficiente e competitivo.”

E, noutro passo e de forma mais incisiva, proclamou:

“A fim de criar um verdadeiro mercado interno com um nível elevado e equivalente de proteção dos consumidores, a presente diretiva contém disposições que são objeto de harmonização máxima no que respeita à prestação de informação pré-contratual através do formato normalizado da ficha de informação normalizada europeia (FINE) e ao cálculo da TAEG.

Todavia, tendo em conta a especificidade dos contratos de crédito para bens imóveis e as diferenças na evolução do mercado e nas condições existentes nos Estados-Membros, especialmente no que diz respeito à estrutura do mercado e aos participantes no mercado, às categorias de produtos disponíveis e às formalidades inerentes ao processo de concessão de crédito, os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de manter ou introduzir disposições mais restritivas do que as previstas na presente diretiva nos domínios que não estejam claramente identificados como objeto de harmonização máxima. Esta abordagem diferenciada é necessária para evitar prejudicar o nível de proteção dos consumidores relativamente aos contratos de crédito abrangidos pelo âmbito da presente diretiva. Os Estados-Membros deverão, por exemplo, ser autorizados a manter ou introduzir disposições mais restritivas no que diz respeito aos requisitos de conhecimentos e competências aplicáveis ao pessoal e às instruções de preenchimento da FINE.”

Com um tal instrumento normativo, tem-se em vista ainda
“melhorar as condições de estabelecimento e funcionamento do mercado interno mediante a aproximação das legislações dos Estados-Membros e o estabelecimento de normas de qualidade para determinados serviços, nomeadamente no que se refere à comercialização e concessão de crédito através de mutuantes e intermediários de crédito e à promoção de boas práticas. A definição de normas de qualidade para os serviços de concessão de crédito envolve necessariamente a introdução de determinadas disposições respeitantes ao acesso às atividades, de supervisão e aos requisitos prudenciais.”

Mas oferece um leque de respostas susceptíveis de colmatar os vazios do mosaico de legislações dos Estados-membros com notórios reflexos na estabilidade dos mercados financeiros, nos equilíbrios dos parques imobiliários em cada um dos espaços geográficos, na solvabilidade dos consumidores e na rejeição de práticas sedimentadas de negócios temerários que subvertem a estabilidade social e arruinam as condições e vida das famílias.

2.2.2 As respostas do ordenamento da União Europeia (com repercussões nos ordenamentos pátrios)

De molde a tornar menos densa a apresentação, não se contemplará em extensão e profundidade os mecanismos introduzidos em um tal instrumento normativo europeu; antes aflorar-se-á o que se nos afigura de mais relevante:

- a formação financeira dos consumidores e, em particular, dos que recorrem ao crédito imobiliário;
 - os preliminares negociais com o enfoque na comunicação comercial e na informação em geral como na informação pré-contratual;
 - a exigência de estritos deveres de conduta às instituições de crédito e aos intermediários que operam na cadeia da concessão do crédito hipotecário;
 - a imposição da avaliação da solvabilidade dos que se habilitam à concessão do crédito imobiliário;
 - a avaliação fidedigna dos imóveis;
 - regras acerca dos contratos associados (ligados) obrigatórios e facultativos;
 - empréstimos em moeda estrangeira e a taxas de juro variável;
 - aspectos inerentes à boa execução dos contratos;
 - reembolso antecipado;
 - mora e execução do crédito hipotecário;
 - atividade de supervisão dos intermediários;
 - molduras sancionatórias;
 - mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios.
- Eis, pois, o que a tal propósito se consigna os passos subsequentes.

2.2.2.1 Formação financeira

Domínio particularmente sensível, como, de resto, já se salientara a propósito do crédito ao consumo *lato sensu*, a formação e a educação financeiras constituem as ferramentas-chave para a compreensão, entre outros, do fenómeno do crédito hipotecário.

Para além, pois, da formação que força é promover no domínio do crédito ao consumo ou ao consumidor, na ampla acepção formulada e de que se curou em sede própria, há que determo-nos em particular no crédito hipotecário.

Daí que importe colmatar o substancial défice que neste plano se regista através de adequados programas de formação e de molde a proporcionar aos consumidores as bases indispensáveis à inteligibilidade do processo da concessão de crédito hipotecário e suas projeções, suas consequências.

A normativa europeia estabelece diretrizes para o efeito.

O artigo 6º da Diretiva do Crédito Hipotecário contempla uma tal perspectiva, estabelecendo que os Estados-membros promoverão medidas para apoiar a formação dos consumidores, tanto no que se prende com

- a contração responsável de créditos, como com
 - a gestão criteriosa de dívidas,
- em especial nos contratos de crédito imobiliário.

Como regra, prescreve-se se carrie aos interessados informações gerais de modo simples, acessível, decodificado sobre o processo de concessão de crédito para que saibam em rigor com que contar. Informações do estilo terão necessariamente cariz eminentemente formativo, pedagógico-didático, como se tem por curial.

Mas tal acresce às ações de formação que indispensável será desenvolver de modo adequado, se possível no âmbito dos *curricula* escolares e no que se relaciona com a formação para a vida dos consumidores em geral, seja de que escalão etário for.

Às instituições de consumidores – públicas e privadas – emanar-se-ão de análogo modo diretrizes (e instruções) para as ações que lhes compete desenvolver neste relevante segmento da educação para o consumo. E um tal poder-dever incumbe aos Estados-membros por imperativo da diretiva em epígrafe.

À Comissão Europeia cumprirá promover a *avaliação* da formação financeira que se administrar aos consumidores em cada um dos espaços nacionais, realçando os exemplos marcantes de boas práticas que se registarem de molde a sensibilizar os consumidores para questões do estilo.

O paradigma é de todo outro. E o passo primeiro é, na realidade, o que se imprime pela educação e, de modo contínuo, pela formação no que tange a produtos e serviços financeiros.

2.2.2.2 Preliminares negociais: publicidade – informação normalizada a figurar na publicidade

Lealdade, transparência e ausência de eventuais práticas de indução em erro

Para além da observância do dever geral de lealdade nas práticas negociais, impõe-se que os Estados-membros exijam que quaisquer

comunicações comerciais (nomeadamente a publicidade) sobre contratos de crédito sejam pontuadas pela lealdade, clareza e efetiva transparência (de molde a não induzir em erro o consumidor)²⁰.

É proibida, em especial, qualquer formulação que possa criar falsas expectativas nos consumidores quanto à disponibilização ou ao custo de um crédito.

Informação normalizada a inserir imperativamente na publicidade

Aos Estados-membros cumpre assegurar que a publicidade a contratos de crédito (mensagem que apresente uma taxa de juro ou valores do custo do crédito) inclua a informação normalizada que para o efeito se dispõe.

Poderão dispensar, porém, tal informação se acaso o direito interno exigir a TAEG – taxa anual de encargos efetiva global – na publicidade relativa a tais contratos²¹.

Se a celebração de um contrato relativo a serviço acessório, nomeadamente um seguro, seja obrigatória para a obtenção do crédito ou para a sua consecução nos termos e condições objeto da publicidade, sem que o custo de tal serviço possa ser previamente determinado, a obrigação de celebração do contrato deve ser de análogo modo expressa de maneira clara, concisa e destacada, de par com a TAEG.

As informações precedentemente referenciadas devem ser facilmente legíveis ou claramente audíveis, conforme o caso, em função do meio adotado para a mensagem de publicidade de que se trate.

Os Estados-membros podem exigir a inclusão nos distintos meios de comunicação comercial de uma advertência concisa e proporcionada sobre os riscos específicos associados aos contratos de crédito.

2.2.2.3 Informações gerais e informação pré-contratual

Dominante nas relações jurídicas de consumo é o dever de informar a cargo do pré-disponente, que constitui, de resto, o cabouco de qualquer negócio jurídico fundadamente celebrado. Ponto é que um tal requisito de fundo se não subverta porque informação em excesso ou insusceptível de adequado cumprimento equivale a informação nenhuma.

A informação pré-contratual, ora exigida, constitui a pedra angular de um contrato de crédito hipotecário, como se estabeleceu para os contratos de crédito ao consumidor.

O dador de crédito tem de cumprir uma tal obrigação, observando as prescrições pertinentes a tal propósito estatuídas. O que a diretiva diz é que

“os Estados-membros assegurarão que a instituição de crédito e, se for o caso, o intermediário ou o representante nomeado prestem ao consumidor a informação personalizada necessária para comparar os produtos de crédito disponíveis no mercado, avaliar as suas implicações e tomar uma decisão esclarecida e ponderada em ordem à celebração do contrato de crédito:

a) Sem demora indevida após a prestação das informações necessárias pelo consumidor quanto às suas necessidades, situação financeira e preferências nos termos do artigo 20, noutro passo transcrito; e

b) Em tempo útil antes de o consumidor ficar vinculado por uma proposta contratual ou por um contrato de crédito.”

A informação personalizada a que se alude no parágrafo precedente é prestada, em papel ou noutro suporte duradouro, através da Folha de Informação Normalizada Europeia (FINE), cujo modelo consta de um dos anexos da diretiva.

Os Estados-membros asseguram que qualquer proposta contratual feita ao consumidor pelo mutuante seja apresentada em papel ou noutro suporte duradouro e acompanhada de uma FINE se:

a) Não tiver sido anteriormente disponibilizada nenhuma folha de informação ao consumidor; ou

b) As características da proposta forem diferentes das informações constantes da FINE anteriormente disponibilizada.

Os Estados-membros podem determinar a disponibilização obrigatória da FINE antes da apresentação de qualquer proposta contratual pelo dador de crédito. Nesse caso, disporão que só deve ser disponibilizada novamente uma FINE caso as características da proposta sejam diferentes da anteriormente apresentada.

Além disso, estabelece-se um prazo de, pelo menos, sete dias durante o qual o consumidor terá tempo suficiente para comparar propostas, avaliar as suas implicações e tomar uma decisão ponderada.

Os Estados-membros estabelecem que o prazo a que se alude constitui um período de reflexão prévio à celebração do contrato de crédito, um

período para o exercício do direito de desistência após a celebração do contrato ou uma conjugação de ambos.

Caso um Estado-membro fixe um período de reflexão antes da celebração do contrato de crédito:

a) A proposta contratual do mutuante mantém-se durante todo o período de reflexão; e

b) O consumidor pode aceitar a proposta contratual em qualquer momento durante o período de reflexão.

Aos Estados-membros se confere a faculdade de dispor que os consumidores não poderão aceitar a proposta contratual durante um período que não pode exceder os primeiros dez dias do período de reflexão para o efeito atribuído.

Caso a taxa devedora ou outros custos aplicáveis à proposta contratual sejam determinados com base na venda de obrigações ou outros instrumentos de financiamento de longo prazo subjacentes, aos Estados-membros se confere o poder-dever de regar que a taxa ou os outros custos variem face aos indicados na proposta contratual em função do valor das obrigações ou outros instrumentos de financiamento de longo prazo que lhes subjazem.

Caso o consumidor disponha do direito de desistência (que, com impropriedade embora, se denomina na diretiva como de resolução), não se aplica o artigo 6º da Diretiva 2002/65/CE²².

Só se considera que o dador de crédito (ou, se for caso disso, o intermediário ou o representante nomeado), que facultou a FINE, cumpriu os requisitos de prestação de informações ao consumidor, antes da celebração de um contrato à distância, se o tiver feito realmente antes de tal celebração.

Os Estados-membros só podem introduzir no modelo da FINE as alterações previstas no anexo respectivo: eventual informação adicional que o dador possa prestar (ou esteja obrigado a prestar pela legislação nacional) ao consumidor deve ser dada em documento separado, que se pode anexar à FINE.

No caso das comunicações por telefonia vocal, a que se refere a Diretiva dos Serviços Financeiros à Distância, a descrição das características principais do serviço financeiro deve incluir, pelo menos, os elementos a que se refere o Anexo II da Diretiva do Crédito Hipotecário sob apreciação.

Os Estados-membros asseguram que, pelo menos nos casos em que não existe um direito de desistência, o dador de crédito (ou, se o for

caso, o intermediário ou o representante nomeado) disponibilize ao consumidor uma cópia da minuta de contrato de crédito no momento da apresentação da proposta contratual.

Se existir direito de desistência, porém, asseguram que o dador (ou os mais, se for caso disso) disponibilize ao consumidor uma cópia da minuta de contrato de crédito no momento da apresentação da proposta respectiva.

2.2.2.4 Normas de conduta impositivas a quantos se perfilam na cadeia da concessão do crédito

Probidade, lealdade, transparência e deontologia – eis o que as normas imporão a quantos se perfilam nos sucessivos elos da cadeia.

Os Estados-membros decretarão que, aquando da elaboração de produtos de crédito ou da concessão, mediação ou prestação de serviços de consultoria sobre crédito e, se for caso disso, de serviços acessórios aos consumidores ou aquando da execução de um contrato de crédito, o mutuante, intermediário de crédito ou representante nomeado aja de forma honesta, leal, transparente e profissional, tendo em consideração os direitos e interesses do consumidor.

As atividades enunciadas basear-se-ão em informações sobre a situação do consumidor e em eventuais requisitos específicos por si transmitidos, bem como em pressupostos razoáveis sobre os riscos expectáveis ao longo da vigência do contrato.

No que tange à prestação de serviços de consultoria, a atividade deve, além disso, basear-se em informações apropriadas²³.

Os Estados assegurarão que a forma como os mutuantes remuneram o seu pessoal e os intermediários de crédito (e estes o pessoal a eles adscrito e os seus representantes nomeados) não ponha em causa o cumprimento do escopo assinalado.

Os Estados assegurarão ainda que, na definição e aplicação de políticas de remuneração dos responsáveis pela avaliação de solvabilidade, os dadores respeitem os princípios a seguir enunciados, de forma e em medida adequadas à sua dimensão, à sua organização interna e à natureza, escala e complexidade das suas atividades:

a) A política de remuneração deve ser consentânea com uma gestão dos riscos sã e eficaz, deve promover a gestão e não pode incentivar a assunção de riscos a níveis superiores ao risco tolerado pela instituição de crédito;

b) A política de remuneração deve ser coerente com a estratégia empresarial e os objetivos, valores e interesses a longo prazo da instituição de crédito, e prever medidas destinadas a evitar conflitos de interesses, nomeadamente estabelecendo que a remuneração não depende do número ou da proporção de pedidos aceites.

Os Estados assegurarão, por outro lado, que caso as instituições de crédito, os intermediários ou os representantes prestem serviços de consultoria, a estrutura das remunerações do pessoal em questão não prejudique a sua capacidade para agir no interesse dos consumidores e, em especial, não dependa de objetivos de vendas, cerceadores da autonomia e imparcialidade requeridas.

De molde a alcançar tal objetivo, aos Estados é lícito proibir o pagamento de comissões pelas instituições de crédito aos intermediários.

Os Estados-membros podem proibir ou impor restrições aos pagamentos de consumidores a dadores ou a intermediários antes da celebração de um contrato de crédito imobiliário.

2.2.2.5 Obrigação de avaliação de solvabilidade

À semelhança do que ocorre com a Diretiva do Crédito ao Consumidor, a obrigação de avaliação da solvabilidade do consumidor que se habilite a um crédito hipotecário é imposta às instituições de crédito que celebrem contratos do estilo no mercado financeiro.

No ponto 55 do preâmbulo da Diretiva do Crédito Hipotecário, aliás, ainda não transposta, se estabelece de modo inequívoco que:

“É essencial, antes da celebração de um contrato de crédito, avaliar a capacidade e propensão do consumidor para reembolsar o crédito.

Essa avaliação da solvabilidade deverá ter em conta todos os fatores necessários e relevantes susceptíveis de afetar a capacidade do consumidor para reembolsar o crédito ao longo da sua vigência. Em particular, a capacidade do consumidor para assumir o serviço da dívida e reembolsar integralmente o crédito deverá ser incluir o valor de pagamentos a efetuar no futuro, de pagamentos mais elevados necessários em caso de amortizações negativas ou de pagamentos diferidos de capital ou de juros, e deverá ser apreciada atendendo a outras despesas regulares, dívidas e outros compromissos financeiros, bem como a rendimentos, poupanças e ativos. Deverá haver lugar também a adaptações razoáveis associadas a acontecimentos futuros durante a vigência do contrato de crédito proposto, por exemplo a diminuição de rendimento que

ocorre na parte do período do crédito que extravasa para a fase da vida durante a reforma ou, se for caso disso, o aumento da taxa devedora ou uma evolução negativa da taxa de câmbio. Embora o valor do imóvel seja um elemento importante na determinação do montante do crédito que pode ser concedido a um consumidor no âmbito de um contrato de crédito com garantia associada, a avaliação da solvabilidade deverá incidir na capacidade do consumidor para cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito. Consequentemente, a possibilidade de o valor do imóvel exceder o montante do crédito ou aumentar no futuro não deverá, de um modo geral, ser condição suficiente para conceder o crédito em questão. Todavia, caso a finalidade do contrato de crédito seja a construção ou renovação de um bem imóvel existente, o mutuante deverá poder ter em conta essa possibilidade. Os Estados-membros deverão poder emitir orientações adicionais sobre esses critérios ou critérios adicionais e sobre métodos de avaliação da solvabilidade do consumidor, por exemplo, estabelecendo limites para o rácio entre o valor do empréstimo e o valor da garantia, ou o rácio entre o valor do empréstimo e o rendimento, e deverão ser incentivados a aplicar os princípios do Conselho de Estabilidade Financeira em matéria de boas práticas de constituição de hipotecas para habitação.”

Eis, pois, os considerandos estabelecidos preambularmente em vista do cumprimento de uma obrigação principal que impende sobre os dadores de crédito imobiliário, nos termos da Diretiva em referência.

A avaliação da solvabilidade do consumidor representa, pois, algo de angular no processo de concessão de crédito hipotecário, por forma a prevenir situações marcadas de insolvência ou de ausência manifesta de capacidade financeira para acudir aos compromissos eventualmente contraídos irresponsavelmente ou irresponsavelmente impostos pelos dadores de crédito²⁴.

2.2.2.6 Avaliação fidedigna dos imóveis

A denominada bolha imobiliária, na génese da crise financeira que de todo nos não abandonou, assentara sobretudo em avaliações temerárias, fantásticas, sem eventual aderência à realidade.

E há não só entre nós, como em particular em Espanha, exemplos frisantes do desvario que campeou mercê de uma deliberada ausência de rigor de banda das instituições de crédito, sobrevalorizando os imóveis nas avaliações arbitradas com manifestas desvantagens a todos os níveis.

Do preâmbulo da Diretiva, como do seu corpo e regras, tal emerge de forma inconcussa. Aí se assevera de modo formal:

“É de suma importância se assegure uma correta avaliação do imóvel de habitação em momento anterior da celebração do contrato de crédito, nomeadamente quando a avaliação é susceptível de afetar a obrigação residual do consumidor em caso de incumprimento.

Os Estados-membros deverão, pois, prever a existência de normas de avaliação fidedignas.

Para o serem, dever-se-á ter em conta as normas reconhecidas internacionalmente, em particular as desenvolvidas pela Comissão Internacional de Normas de Avaliação, pelo Grupo Europeu de Associações de Avaliadores e pela Royal Institution of Chartered Surveyors.”

Tais normas de avaliação internacionalmente reconhecidas assentam em princípios de elevado nível que exigem que os dadores de crédito adotem, designadamente:

- procedimentos adequados em matéria de gestão interna dos riscos, de gestão de garantias, e adiram aos procedimentos de que se trata que incluem métodos de avaliação sólidos,

- normas e métodos de avaliação conducentes a avaliações realistas e fundamentadas dos imóveis, por forma a assegurar que todos os relatórios de avaliação sejam elaborados com o cuidado e a diligência profissionais adequados, e que os avaliadores satisfaçam determinados requisitos de qualificação, e mantenham documentação adequada sobre a avaliação das garantias que seja completa e razoável.

A este respeito é também conveniente assegurar um controlo adequado dos mercados de imóveis de habitação e a consonância dos mecanismos previstos nessas disposições com relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das empresas de investimento. Às disposições da Diretiva em apreciação relativas a normas de avaliação de imóveis pode ser dado cumprimento, por exemplo, através de legislação ou de normas autorregulatórias.

2.2.2.7 Contratos associados obrigatórios e facultativos

Dadas as características específicas dos contratos de crédito para imóveis de habitação, é prática corrente os dadores oferecerem aos consumidores produtos ou serviços susceptíveis de ser adquiridos, em conjunção, com o contrato de crédito.

O legislador europeu reconhece o óbvio: que as instituições de crédito impõem aos consumidores os denominados contratos ligados (ou associados, como no diploma se denominam), em geral *contra legem*.

Como comando ínsito na diretiva em epígrafe, no seu artigo 12, avulta o de os Estados-membros autorizarem as vendas associadas facultativas, proibindo-se as vendas associadas obrigatórias.

Não obstante, aos Estados-membros é lícito dispor que os dadores de crédito exijam que o consumidor, um membro da sua família ou alguém que lhe seja próximo:

a) Abra ou mantenha uma conta de pagamento ou uma conta poupança, cuja única finalidade seja a acumulação de capital destinado a reembolsar o capital do crédito, pagar os juros do crédito, juntar recursos a fim de obter o crédito ou constituir uma garantia suplementar para o mutuante em caso de incumprimento;

b) Adquira ou mantenha um produto de investimento ou um produto de poupança-reforma de cariz privado que, tendo o objetivo principal de garantir um rendimento na reforma, sirva também para constituir uma garantia suplementar para o mutuante em caso de incumprimento, para reembolsar o capital do crédito, pagar os juros do crédito ou para juntar recursos a fim de obter o crédito;

c) Celebre um contrato de crédito autónomo conjuntamente com um contrato de crédito de investimento partilhado (*shared equity credit agreement*) a fim de obter o crédito de que se trata.

A despeito do que se estabelece precedentemente, os Estados-membros podem consentir na celebração de contratos ligados obrigatórios caso a instituição consiga demonstrar à autoridade de supervisão que os produtos ou categorias de produtos propostos, em termos e condições semelhantes, que o não sejam separadamente, resultam num claro benefício para os consumidores se se tiver devidamente em conta a disponibilidade e os preços dos produtos em causa oferecidos no mercado.

Os Estados-membros, se o entenderem, autorizarão os dadores de crédito a exigir a constituição de um seguro adequado ao contrato a celebrar.

Em tais casos, providenciarão por que o dador de crédito aceite a apólice de seguro de um prestador que não seja o da sua preferência, se tal apólice tiver um nível de garantia equivalente à que se permitira propor.

Os Estados-membros, se o entenderem, autorizarão os dadores de crédito a exigir a constituição de um seguro adequado ao contrato a celebrar

2.2.2.8 Empréstimos em moeda estrangeira e créditos a taxa de juro variável

Sempre que tal ocorra, os Estados-membros disciplinarão aspectos tais por forma a que no momento da celebração do contrato se assegure, pelo menos, que:

a) O consumidor tenha o direito de converter o contrato de crédito numa moeda alternativa, em condições determinadas; ou

b) Haja outras formas de limitar o risco de taxa de câmbio a que o consumidor se expõe por força do contrato de crédito.

c) A moeda alternativa será:

– A moeda em que o consumidor aufer o seu principal rendimento ou detém os ativos usados para reembolsar o crédito, conforme indicado no momento da avaliação da solvabilidade mais recente relativa ao contrato de crédito; ou

– A moeda do Estado-membro em que o consumidor residia no momento da celebração do contrato ou onde ainda reside.

Os Estados-membros podem determinar (ou autorizar os dadores a que o façam) que o consumidor disponha de ambas as opções constantes das precedentes alíneas a) e b) ou apenas uma delas.

Se o consumidor tiver o direito de converter o contrato de crédito em moeda alternativa, os Estados asseguram que a taxa de câmbio utilizada para efetuar a conversão seja a do mercado aplicável no dia do pedido de conversão, salvo se outra coisa se acordar.

Os Estados-membros determinarão que, se um consumidor tiver um empréstimo em moeda estrangeira, a instituição o advirta, regularmente, em papel ou noutro suporte duradouro, pelo menos quando a variação do montante total imputado em dívida ou das prestações exceder em mais de 20% a que resultaria da aplicação da taxa de câmbio entre a moeda do contrato de crédito e a moeda do Estado-membro no momento da celebração do contrato.

A advertência deve:

a) recair sobre o aumento do montante total imputado ao consumidor,

b) indicar, se for caso disso, o direito a converter o empréstimo numa moeda alternativa e as condições para o fazer e

c) explicar ainda qualquer outro mecanismo aplicável de limitação do risco de taxa de câmbio a que o consumidor está exposto.

Os Estados-membros podem reforçar a regulação dos empréstimos em moeda estrangeira, desde que tal não tenha efeitos retroativos.

O consumidor deve ser informado sobre os mecanismos aplicáveis através da FINE e do contrato de crédito.

Se não constar do contrato de crédito cláusula tendente a limitar o risco da taxa de câmbio a que o consumidor está exposto a uma flutuação inferior a 20%, incluir-se-á na FINE um exemplo indicativo do impacto de uma oscilação dessa ordem na taxa de câmbio.

2.2.2.9 Boa execução dos contratos de crédito e direitos associados

2.2.2.9.1 Reembolso antecipado

O reembolso antecipado constitui, quantas vezes, questão transcendente, já admitindo-se que não se libera os consumidores dos encargos a que se sujeitariam não fora a antecipação. Na vertente situação, a União Europeia admite expressamente o reembolso antecipado em dadas condições.

Os Estados-membros conferirão ao consumidor o direito de cumprir total ou parcialmente as obrigações decorrentes de um contrato de crédito antes do termo do contrato de que se trata.

Em tais hipóteses, o consumidor tem direito a uma redução do custo total do crédito, correspondente aos juros e demais encargos relativos ao período remanescente do contrato.

Os Estados poderão dispor que o exercício de um tal direito se subordine a determinadas condições. Nelas se podem incluir limitações temporais ao exercício do direito, um tratamento diferenciado em função do tipo de taxa devedora ou do momento em que o consumidor exerce o direito, ou ainda quanto às circunstâncias em que o direito é susceptível de se exercer.

Aos Estados se consente disponham que o dador de crédito tem direito a uma indenização justa e objetiva, caso tal se justifique, em razão dos eventuais custos diretamente associados ao reembolso antecipado, vedando-se-lhes imponham outras indenizações ao consumidor.

Daí que a indenização não possa exceder o prejuízo financeiro da instituição de crédito.

Neste enquadramento, os Estados podem prever que a indenização não exceda determinado nível ou que seja autorizada apenas durante um determinado período.

Se um consumidor pretender cumprir as suas obrigações decorrentes de um contrato de crédito antes do seu termo, o dador deve prestar-

lhe sem demora, após a recepção do pedido, em papel ou noutro suporte duradouro, as informações necessárias para estudo de tal opção. As informações devem, pelo menos, quantificar as implicações para o consumidor do cumprimento das suas obrigações antes do termo do contrato de crédito e enunciar claramente os seus pressupostos. Pressupostos que devem ser razoáveis e justificáveis.

Se o reembolso ocorrer durante um período em que a taxa de juro é fixa, aos Estados se confere a faculdade de dispor que o exercício do direito está condicionado à existência de um interesse legítimo por parte do consumidor.

Eis, pois, o enquadramento normativo de tão candente questão no âmbito do crédito hipotecário e em moldes algo similares aos do crédito ao consumidor prescritos na diretiva de 2008.

2.2.2.9.2 Pagamentos em atraso e execução de hipotecas

No que em particular se reporta a situações de mora e execução de hipotecas no crédito imobiliário, determinadas medidas se preveem de harmonia com o artigo 28 da diretiva que se podem sintetizar como segue.

Adoptar-se-ão medidas destinadas a incentivar as instituições de crédito a agir com ponderação adequada antes de instaurarem quaisquer ações executivas.

Aos Estados-membros se confere a faculdade de exigir que, caso o dador de crédito seja autorizado a fixar e impor ao consumidor encargos decorrentes do incumprimento, que não excedam o necessário para compensar o dador dos custos suportados em resultado do incumprimento.

Os Estados poderão autorizar os dadores de crédito a impor ao consumidor encargos adicionais em caso de incumprimento. Nesse caso, estabelecer-se-á um limite máximo a tais encargos.

Não poderão ser impedidas as partes de acordarem expressamente que a devolução ou a transferência para o dador da garantia ou do produto da respectiva venda é suficiente para reembolsar o crédito.

Se o preço obtido pelo imóvel afetar o montante devido pelo consumidor, há que instituir procedimentos ou adotar medidas que assegurem o melhor preço pelo imóvel objeto de execução hipotecária.

Se, após a execução, subsistirem montantes em dívida, os Estados adotarão medidas que viabilizem o reembolso, a fim de proteger os consumidores.

2.2.2.10 Supervisão dos intermediários de crédito e dos representantes nomeados

As atividades correntes dos intermediários de crédito sujeitar-se-ão à supervisão das autoridades competentes do Estado-membro de origem.

Os Estados-membros de origem disporão que os intermediários vinculados se sujeitem à supervisão direta (ou integrada na supervisão da instituição de crédito em nome da qual agem) se o dador for uma instituição de crédito legalmente autorizada ou outra instituição financeira submetida, nos termos da sua lei nacional, a um regime de autorização e supervisão equivalente.

Se, porém, o intermediário de crédito vinculado prestar serviços num Estado-membro diferente do de origem, fica sujeito à supervisão direta.

Os Estados-membros de origem que autorizarem os intermediários a nomear representantes assegurarão que estes se sujeitem à supervisão direta ou integrada na daquele em nome do qual agem.

As autoridades competentes dos Estados-membros em que o intermediário de crédito tenha uma sucursal são responsáveis por assegurar que os serviços por eles prestados no seu território estejam em conformidade com todas as obrigações para o efeito estabelecidas.

Se o intermediário de crédito com sucursal em um dado Estado-membro violar as disposições aí aprovadas, deve o Estado respectivo exigir que cesse a situação irregular.

Se o intermediário não adotar as medidas preconizadas, as autoridades competentes do Estado de acolhimento forçá-lo-ão a fazê-lo. A natureza das medidas é comunicada às autoridades competentes do Estado de origem.

Se, apesar das medidas impostas, o intermediário persistir na violação das disposições em vigor no Estado de acolhimento, este pode, no limite, impedir que o visado inicie novas operações no seu território. Do fato se dará notícia, sem detença, à Comissão Europeia.

Em caso de conflito entre Estados, a EBA (Autoridade Bancária Europeia) dirimi-lo-á.

Se a autoridade do Estado de acolhimento tiver motivos claros e demonstráveis para concluir que um intermediário de crédito que opere no seu território ao abrigo da liberdade de prestação de serviços (ou uma sucursal) viola as obrigações decorrentes das disposições aprovadas por força da directiva que não as especificadas neste particular, dá do fato nota à autoridade do Estado de origem, que tomará as medidas adequadas.

Se a autoridade competente o não fizer no lapso de um mês ou se, a despeito das medidas, o intermediário persistir em agir de forma claramente prejudicial aos interesses dos consumidores do Estado de acolhimento ou ao correto funcionamento dos mercados, a autoridade do Estado de que se trata:

a) Após informar a congénere do Estado de origem, tomará as medidas imprescindíveis para proteger os consumidores e assegurar o correto funcionamento dos mercados, impedindo nomeadamente o intermediário relapso de iniciar novas operações no seu território.

b) Pode remeter a questão para a EBA e requerer a sua assistência, caso em que a entidade europeia agirá no exercício das suas competências.

Os Estados de acolhimento inspecionarão, em dados termos, as sucursais que neles se instalem.

2.2.2.11 Aparelhamento de molduras sancionatórias pelos Estados-membros per se

Como é de regra, a União Europeia não estabelece uma qualquer moldura sancionatória uniforme ou susceptível de harmonização, seja em que plano ou a que nível for, cuja observância se imporia a cada um dos Estados-membros singularmente considerados.

O regime de sanções cabe, de modo singular, a cada um dos Estados-membros no quadro dos sistemas neles estabelecidos. Como critérios aferidores, os da efetividade das medidas sancionatórias, da proporcionalidade e da dissuasão.

Ademais, apela a União Europeia, *in casu* através dos órgãos legiferantes, a que se confira publicidade às decisões das sanções administrativas infligidas aos infratores, com uma reserva, porém: a publicidade cederá nas hipóteses em que a divulgação se revele susceptível de pôr seriamente em risco os mercados financeiros ou se mostre susceptível de causar danos desproporcionados às partes envolvidas.

2.2.2.12 Mecanismos de resolução extrajudicial de litígios

Regra de ouro no particular dos litígios suscitados em tema de relações jurídicas de consumo é a de que, a ocorrerem, se dirimam através de meios alternativos aos da administração convencional da justiça, ou seja, não de tribunais que relevem das ordem judicial ou administrativa e fiscal, consoante os casos, mas de tribunais arbitrais institucionais ou de julgados de paz, como sucede em Portugal.

Nos *consideranda* da diretiva se diz expressamente, sem grande rigor, porém, que “os consumidores deverão ter acesso a procedimentos de reclamação e recurso para a resolução extrajudicial de litígios emergentes dos direitos e obrigações conferidos pela presente diretiva entre mutuantes e consumidores, bem como entre intermediários de crédito e consumidores.

Os Estados-membros deverão assegurar que a participação nesses procedimentos alternativos de resolução de litígios não seja facultativa para os mutuantes e os intermediários de crédito.

A fim de assegurar o bom funcionamento dos procedimentos alternativos de resolução de litígios no caso de atividades transfronteiriças, os Estados-membros deverão exigir e incentivar a cooperação das entidades responsáveis pela resolução extrajudicial de reclamações e recursos.

Neste contexto, as entidades de resolução extrajudicial de reclamações e recursos dos Estados-membros deverão ser incentivadas a participar na FIN-NET, uma rede de resolução de litígios financeiros que integra regimes nacionais de resolução extrajudicial responsáveis pela resolução de litígios entre consumidores e prestadores de serviços financeiros.”

Do que precede ressalta que, a tratar-se de tribunais arbitrais institucionais, o sejam “necessários”, que não “voluntários”, como se vem processando até então. Exceção feita, por expressa iniciativa do legislador nacional, às lides que se suscitem no âmbito dos serviços públicos essenciais, desde 2011.

O que constitui, ao que se julga saber, uma exceção ou, ao menos, o colmatar de uma brecha à vista do que se vem legislando, já que os meios alternativos postos à disposição dos litigantes consumidores o são invariavelmente no domínio da arbitragem voluntária institucionalizada a que se podem escusar os profissionais que entendam subtrair-se ao seu império sem consequências de qualquer natureza.

No entanto, o que figura na disposição *infra* parece não traduzir fielmente o propósito de sujeitar os dadores de crédito e os intermediários a órgãos de administração extrajudicial da justiça de modo imperativo sem que lhes seja lícito eximir-se à competência destarte estabelecida.

Nem sempre as diretivas, pelas traduções a que se submetem de uma dada matriz linguística original, reproduzem com fidedignidade o escopo a que o instrumento normativo visa.

Com efeito, o artigo 39 da Diretiva de que se trata prescreve sob a epígrafe “*mecanismos de resolução de litígios*” expressamente o que segue:

“1. Os Estados-membros asseguram o estabelecimento de procedimentos adequados e eficazes de reclamação e recurso para a resolução extrajudicial de litígios de consumo com os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados em relação a contratos de crédito, utilizando as entidades já existentes, se for caso disso. Os Estados-membros asseguram que esses procedimentos se apliquem aos mutuantes e aos intermediários de crédito e abrangam as atividades dos representantes nomeados.

2. Os Estados-membros exigem que as entidades responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo cooperem para que os litígios transfronteiriços relacionados com contratos de crédito possam ser resolvidos.”

Em conclusão, em ordem a cumprir-se o brocardo da “justiça célere, segura, eficaz e não onerosa”, os Estados-membros adscrevem-se à obrigação de criar *expressis verbis* ou de se servirem das estruturas já disponíveis *intra muros* para dirimir os litígios de forma irrenunciável para dadores de crédito, seus representantes ou intermediários, ao jeito de tribunais arbitrais necessários, sem que se vede obviamente aos consumidores o acesso aos órgãos de judicatura, nos termos do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

3. Medidas extraordinárias de prevenção e gestão do risco de incumprimento

3.1 No crédito ao consumidor

3.1.1 Fonte e âmbito

Os contratos de crédito ao consumo em risco de incumprimento ou em situação de mora, outorgados por instituições de crédito, são o alvo privilegiado de medidas extraordinárias adotadas em razão das anormais circunstâncias decorrentes, entre outros, do resgate a que Portugal se sujeitou em 2011 pela situação de ruptura económico-financeira a que chegou. Tais medidas emanam do regime estabelecido pelo DL 227/2012, de 25 de outubro, regulamentado pelo Aviso 17/2012, de 4 de dezembro de 2012, do Banco de Portugal.

Os contratos de crédito neste passo enunciados são, regra geral, os celebrados pelos consumidores ao abrigo das leis que se sucederam no tempo e se podem qualificar como de crédito pessoal *lato sensu*²⁵. Porém, do crédito pessoal em *sentido lato* se excluem determinadas espécies, a saber:

- créditos garantidos por hipoteca, ou outro direito sobre coisa imóvel, destinados a habitação ou outros fins;
- créditos de montante inferior a 200 euros ou superior a 75 mil euros;
- créditos a pessoas singulares no âmbito da sua atividade profissional ou comercial;
- créditos concedidos sob a forma de facilidade de descoberto bancário, que prevejam a obrigação de reembolso no prazo de um mês;
- créditos destinados exclusivamente a trabalhadores da instituição de crédito e/ou concedidos sem juros ou outros encargos.

No entanto, o regime estabelecido pelo referenciado DL 227/2012, de 25 de outubro, abrange contratos com um perfil mais alargado²⁶ como beneficiários das medidas arquitetadas.

Os consumidores em risco de incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito (ou em situação de mora) têm o direito de obter graciosamente informação, conselho e assistência da RACE – Rede de Apoio a Consumidores Endividados –, para o efeito criada.

Como poder-dever das instituições de crédito avulta o de se obrigarem a prestar informação aos consumidores acerca da rede.

Ante o incumprimento de obrigações decorrentes dos contratos respectivos, os dadores de crédito devem providenciar pelo célere andamento dos procedimentos adotados, de modo a promover, sempre que possível, a regularização, em sede extrajudicial, das situações de incumprimento.

Às instituições de crédito se veda a cobrança de comissões pela renegociação das condições do contrato de crédito, designadamente no tocante à análise e à formalização de tal operação. O fato não impede, porém, a cobrança, mediante justificação documental, de emolumentos a conservatórias, cartórios notariais ou de encargos de natureza fiscal.

3.1.2 Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI)

Às instituições de crédito cumpre elaborar e concretizar um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI). O PARI descreverá em pormenor os procedimentos e as medidas susceptíveis de acompanhamento da execução dos contratos de crédito e a gestão de situações de risco de incumprimento.

Em particular, o PARI deve especificar:

a) Os procedimentos adoptados para o acompanhamento permanente e sistemático da execução dos contratos de crédito;

b) Os fatos que, no âmbito de tais procedimentos, se consideram como indícios da degradação da capacidade financeira do consumidor para cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito;

c) Os procedimentos desenvolvidos para a recolha, o tratamento e a análise da informação referente a consumidores que estejam em risco efetivo de incumprimento;

d) Os procedimentos definidos para o contacto com os consumidores em risco efetivo de incumprimento, incluindo, designadamente o prazo para a realização do primeiro contato após a detecção de um dos fatos a que se alude na alínea b), o qual não pode exceder 10 dias;

As instituições de crédito devem disponibilizar o PARI aos seus trabalhadores em moldes que permitam a sua consulta imediata e permanente

e) As soluções susceptíveis de serem propostas aos consumidores em risco efetivo de incumprimento;

f) As estruturas responsáveis pelo desenvolvimento dos procedimentos e ações previstas no PARI, indicando, com detalhe, as respectivas competências e descrevendo os mecanismos previstos para a sua articulação com outras estruturas ou entidades potencialmente envolvidas nesses

procedimentos e ações;

g) Os planos de formação dos trabalhadores a quem sejam atribuídas tarefas no âmbito do PARI;

h) Os prestadores de serviços de gestão do incumprimento responsáveis pelo desenvolvimento de procedimentos e ações previstos no PARI, caso existam, detalhando os serviços contratados e os mecanismos previstos para a sua articulação com as estruturas ou com outras entidades potencialmente envolvidas nesses procedimentos e ações.

As instituições de crédito devem disponibilizar o PARI aos seus trabalhadores em moldes que permitam a sua consulta imediata e permanente.

O Banco de Portugal define, mediante aviso, de acordo com o diploma legal respectivo, os fatos e os procedimentos relevantes nos termos e para os efeitos constantes das alíneas de a) e d) precedentemente

recortadas. Fê-lo, como noutro passo se assinalou, pelo Aviso 17/2012, de 4 de dezembro de 2012, cuja entrada em vigor se protraiu para 1º de janeiro de 2013.

3.1.3 Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)

As instituições de crédito promovem as diligências necessárias à implementação do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI) relativamente a consumidores, clientes bancários, que se encontrem em mora no cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito.

As distintas fases do PERSI desdobram-se em: contatos preliminares, fase inicial, fase de avaliação e proposta, fase de negociação e extinção do PERSI.

Neste passo, dada a natureza da vertente apresentação, parece de excluir o tratamento institucional de cada uma das fases até à extinção do procedimento por não caber no perfil de um trabalho do estilo deste.

3.1.4 Rede de Apoio ao Consumidor Endividado (RACE)

Os consumidores em risco de incumprimento ou em mora nas prestações de crédito a que se acham adscritos podem obter informação, conselho e assistência junto de entidades que formam a rede de apoio ao consumidor endividado (RACE).

Tais entidades são reconhecidas pela Direcção-Geral do Consumidor mediante parecer do Banco de Portugal.

Se o consumidor recorrer a uma entidade da RACE – Rede de Apoio ao Consumidor Endividado –, nada pagará. Esse apoio é isento de encargos, ou seja, é gratuito, nada lhe podendo ser exigido, a que título for.

3.2 No crédito hipotecário: o regime extraordinário de proteção dos devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil

O irrealismo patente no “regime extraordinário de proteção de devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil”, na sua formulação original, levou a que a lei se traduzisse em autêntica

letra morta. Conquanto de forma não muito generosa, as alterações introduzidas em 2014 vieram a tornar algo mais exequível a lei.

Eis o que disciplina de modo geral.

3.2.1 Requisitos de aplicabilidade

Aplica-se o vertente regime jurídico às situações de incumprimento de contratos de mútuo celebrados no âmbito do sistema de créditos à habitação.

Para tanto, força é que se verifiquem cumulativamente requisitos a seguir enunciados:

a) *Que o crédito à habitação esteja garantido por hipoteca que incida sobre imóvel que seja a habitação própria permanente e única habitação do agregado familiar do mutuário e para o qual foi concedido;*

b) *Que o agregado familiar do devedor se encontre em situação económica muito difícil nos termos do artigo seguinte;*

c) *Que o valor patrimonial do imóvel à data de apresentação do requerimento de acesso, não exceda:*

– € 100 000 nos casos em que o imóvel hipotecado tenha coeficiente de localização até 1,4;

– € 115 000 nos casos em que o imóvel hipotecado tenha coeficiente de localização entre 1,5 e 2,4;

– € 130 000 nos casos em que o imóvel hipotecado tenha coeficiente de localização entre 2,5 e 3,5;

3.2.2 Agregados familiares em situação económica muito difícil

Considera-se em situação económica muito difícil o agregado familiar relativamente ao qual se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

a) Pelo menos um dos mutuários, seu cônjuge ou pessoa que com ele viva em condições análogas às dos cônjuges, se encontre em situação de *desemprego*²⁷ ou haja o agregado familiar sofrido uma redução do rendimento anual bruto – RAB – igual ou superior a 35%;

b) A taxa de esforço do agregado familiar²⁸ com o crédito à habitação tenha aumentado para valor igual ou superior a:

– 45% para agregados familiares que integrem dependentes;

– 50% para agregados familiares que não integrem dependentes;

- 40% para agregados familiares considerados famílias numerosas;
- c) O valor total do património financeiro de todos os elementos do agregado familiar seja inferior a metade do rendimento anual bruto do agregado familiar;
- d) O património imobiliário do agregado familiar seja constituído unicamente:
 - Pelo imóvel que seja a habitação própria e permanente do agregado familiar; e
 - Por garagem e imóveis não edificáveis, até ao valor total de € 20 000;
- e) O rendimento anual bruto do agregado familiar não exceda 14 vezes o valor máximo calculado em função da composição do agregado familiar e correspondente à soma global das seguintes parcelas:
 - Pelo mutuário: 100% do valor do salário mínimo nacional ou 120% no caso de o agregado familiar ser composto apenas pelo requerente;
 - Por cada um dos outros membros do agregado familiar que seja maior: 70% do valor do salário mínimo nacional;
 - Por cada membro do agregado familiar que seja menor: 50% do valor do salário mínimo nacional.
- f) Sempre que algum dos consumidores, seus cônjuges ou equivalentes se encontre em situação de desemprego ou o agregado haja sofrido uma redução do RAB igual ou superior a 35%, releva a redução de rendimento:
 - Proveniente de atividade profissional prestada a entidade em que nenhum dos membros do agregado familiar detenha uma participação qualificada, tal como é definida no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras;
 - Ocorrida nos doze meses anteriores à apresentação do requerimento de acesso.

3.2.3 Medidas de proteção em geral: modalidades

Em caso de incumprimento do crédito à habitação abrangido pelo regime extraordinário, os devedores têm direito à aplicação de uma ou de várias das seguintes modalidades de medidas de proteção em caso de eventual execução da hipoteca sobre o imóvel:

- a) *Plano de reestruturação das dívidas emergentes do crédito à habitação;*
- b) *Medidas complementares ao plano de reestruturação;*
- c) *Medidas substitutivas da execução hipotecária.*

Salvo acordo em contrário entre instituição de crédito e devedor, observar-se-á o que segue:

- as medidas substitutivas são de aplicação subsidiária em relação às medidas de reestruturação e
- as medidas complementares são de aplicação voluntária.

3.2.4 Acesso ao regime de proteção

O acesso ao regime extraordinário faz-se por requerimento do devedor à instituição de crédito com a qual haja sido celebrado o contrato de mútuo no âmbito do sistema do crédito à habitação.

O requerimento será apresentado até ao final do prazo para a oposição à execução relativa a créditos à habitação e créditos conexos garantidos por hipoteca ou até à venda executiva do imóvel sobre o qual incide a hipoteca do crédito à habitação, caso não tenha havido lugar a reclamações de créditos por outros credores.

3.2.5 Efeitos

Com a apresentação pelo devedor do requerimento e da documentação respectiva, a instituição de crédito mutuante fica impedida de promover a execução da hipoteca que constitui garantia do crédito à habitação até que cesse a aplicação das medidas de proteção para o efeito estabelecidas.

O deferimento do acesso ao regime extraordinário produz os seguintes efeitos:

- a) Sem prejuízo do disposto no artigo 15²⁹, constitui a instituição de crédito na obrigação de apresentar ao devedor uma proposta de plano de reestruturação;
- b) Suspende automaticamente o processo de execução hipotecária relativo às dívidas decorrentes do crédito à habitação;
- c) Constitui a instituição de crédito na obrigação de comunicar esse deferimento ao tribunal em que corre o processo de execução.

Sem prejuízo do dever da instituição de crédito, o devedor pode também proceder à comunicação ao tribunal competente.

3.2.6 Medidas substitutivas da execução hipotecária

1 – As medidas substitutivas da execução hipotecária aplicar-se-ão quando ocorra uma das seguintes situações:

a) A instituição de crédito comunique ao mutuário a opção de, por inviável³⁰, não apresentar uma proposta de plano de reestruturação;

b) Nos casos previstos no n. 2 do artigo 16³¹;

c) As partes não tenham chegado, dentro do prazo aplicável, a um acordo sobre a adoção das medidas complementares, nos termos do artigo 19º.³²

2 – Sempre que se verifique o disposto no n. 1, a instituição de crédito só pode recusar a aplicação de medidas substitutivas quando:

a) A hipoteca referida na alínea a) do artigo 4º não seja de 1º grau, exceto se essa hipoteca tiver sido constituída a favor da mesma instituição de crédito para garantia de um crédito à habitação concedido ao mesmo mutuário;

b) O imóvel sobre o qual incide esta hipoteca tenha constituído qualquer outra hipoteca para garantir outros créditos do mutuário, junto de outras instituições financeiras.

3 – À data de concretização da medida substitutiva, o imóvel deve:

a) Encontrar-se livre de ónus ou encargos, incluindo contratos de arrendamento total ou parcial, de comodato ou outras formas de cedência gratuita ou onerosa, e livre de pessoas e bens, não se considerando ónus ou encargos, para este efeito, as garantias reais sobre o imóvel, constituídas a favor da instituição de crédito mutuante;

b) Estar titulado por licença de utilização válida;

c) Encontrar-se em condições aptas ao fim a que se destina e em bom estado de conservação.

4 – À data de concretização da medida substitutiva não devem existir desconformidades entre os documentos de registo predial, os documentos de registo na Autoridade Tributária e Aduaneira e os documentos de licenciamento da respectiva utilização.

5 – Se a medida substitutiva adotada não for imediatamente possível de concretizar, exclusivamente devido a incumprimento do disposto nos n.ºs 3 e 4, e o mutuário não fizer cessar a causa de incumprimento no prazo de 60 dias, o processo das medidas substitutivas extingue-se sem lugar à aplicação de qualquer outra.

3.2.7 Modalidades de medidas substitutivas

As medidas substitutivas da execução hipotecária aplicáveis aos casos previstos no artigo anterior são:

a) A dação em cumprimento do imóvel hipotecado;

b) A alienação do imóvel a FIIAH, promovida e acordada pela instituição de crédito, com ou sem arrendamento e opção de compra a favor do mutuário e entrega do preço à instituição de crédito, liquidando-se assim a dívida;

c) A permuta por uma habitação de valor inferior, com revisão do contrato de crédito e redução do capital em dívida pelo montante da diferença de valor entre as habitações.

3.2.8 Efeitos das medidas substitutivas

A aplicação das medidas substitutivas produz os seguintes efeitos:

– No caso da dação em cumprimento, a dívida extingue-se totalmente quando:

a) A soma do valor da avaliação atual do imóvel, para efeito de dação, e das quantias entregues a título de reembolso de capital for, pelo menos, igual ao valor do capital inicialmente mutuado, acrescido das capitalizações que possam ter ocorrido; ou

b) O valor de avaliação atual do imóvel, para efeito de dação, for igual ou superior ao capital que se encontre em dívida.

– No caso da alienação do imóvel a FIIAH, a dívida extingue-se totalmente quando:

a) A soma do valor pago pelo FIIAH para aquisição do imóvel e das quantias entregues pelo mutuário a título de reembolso de capital for, pelo menos, igual ao valor do capital inicialmente mutuado, acrescido das capitalizações que possam ter ocorrido; ou

b) O valor pago pelo FIIAH para aquisição do imóvel for igual ou superior ao capital que se encontre em dívida;

– No caso da permuta de habitação, a revisão do contrato de crédito à habitação nos termos do artigo 27^{o33};

– Extinção de processos judiciais relativos à cobrança de montantes devidos ao abrigo do contrato de crédito à habitação.

– Quando a transmissão do imóvel, ao saldar-se na dação em cumprimento e na alienação ao FIIAH, não determine a extinção total da dívida, mantém-se apenas a dívida relativamente ao capital remanescente, aplicando-se-lhe os termos e condições contratuais equivalentes aos que se encontravam em vigor para o crédito objeto desta medida.

A dívida remanescente referida no número anterior não pode beneficiar de novas garantias reais ou pessoais.

3.2.9 Súmula: quadro legal e regulamentar atinente ao incumprimento de contratos de crédito

Se nos socorrermos dos quadros elaborados pelo Banco de Portugal e disponíveis no seu Portal do Cliente Bancário, teremos o esquema delineado como segue.

Os clientes bancários que enfrentem dificuldades no cumprimento de contratos de crédito dispõem de um conjunto de direitos estabelecidos na lei.

Os direitos aplicam-se na prevenção e na gestão do incumprimento de contratos de crédito.

QUADRO LEGAL E REGULAMENTAR RELATIVO AO INCUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE CRÉDITO		
Prevenção de situações de incumprimento	Gestão de situações de incumprimento	
PARI	PERSI	Regime Extraordinário
	Crédito à habitação	Outros créditos
		Crédito à habitação (habitação própria permanente)

3.2.9.1 Direitos do consumidor (cliente bancário)

3.2.9.1.1 Prevenção do incumprimento

As instituições de crédito estão obrigadas a implementar procedimentos que permitam o acompanhamento regular dos contratos de crédito, de modo a prevenir situações de incumprimento por parte dos seus clientes. Para o efeito, as instituições devem definir um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI) (Decreto-Lei 227/2012, de 25 de outubro).

O cliente bancário que alerte a instituição de crédito para o risco de vir a incumprir, devido, por exemplo, a uma situação de desemprego ou de doença, tem direito a receber da instituição um documento que o informe dos seus direitos e deveres. A instituição deve também informá-lo dos contatos a utilizar nas comunicações que efetuar com a instituição.

A instituição de crédito deve proceder à avaliação da capacidade financeira do cliente bancário e, caso verifique que este dispõe de meios para evitar o incumprimento, deve propor-lhe soluções adequadas à sua situação financeira, objetivos e necessidades.

3.2.9.1.2 Gestão do incumprimento

Os clientes bancários que estejam em atraso no cumprimento dos seus contratos de crédito, têm direito a ser integrados no PERSI – Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (Decreto-Lei 227/2012, de 25 de outubro).

O PERSI aplica-se à generalidade dos contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares. Não depende de quaisquer condições de acesso nem de pedido apresentado pelo cliente, podendo este, todavia, fazê-lo.

O cliente bancário tem direito a receber um documento que o informe dos seus direitos e deveres no âmbito do PERSI. Após avaliação da capacidade financeira do cliente bancário, a instituição de crédito deve apresentar uma ou mais propostas de reestruturação adequadas à situação financeira do cliente.

Durante a negociação, a lei dá ao cliente bancário um conjunto de garantias. Entre estas garantias, a instituição de crédito está impedida de proceder à resolução do contrato de crédito, de promover ações judiciais contra o cliente bancário com vista à recuperação do seu crédito ou de ceder esse crédito a terceiros.

Os clientes bancários, em situação económica muito difícil, que se encontrem em atraso no pagamento das prestações do seu crédito à habitação podem beneficiar do regime extraordinário de proteção de devedores de crédito à habitação (Lei 58/2012, de 9 de novembro, com as modificações introduzidas pela Lei 58/2014, de 25 de agosto).

O acesso a este regime extraordinário depende da apresentação de requerimento pelo cliente bancário e do preenchimento de um conjunto de condições de acesso.

Os clientes que tiverem acesso a este regime têm direito à reestruturação da sua dívida se a instituição de crédito verificar que têm capacidade financeira que lhes permita cumprir o pagamento das prestações do contrato de crédito à habitação reestruturado.

O regime prevê ainda a adoção de medidas excepcionais, das quais pode resultar a extinção parcial ou total da dívida.

Se for integrado no regime extraordinário, o cliente bancário beneficia de um conjunto de garantias, nomeadamente a impossibilidade de a instituição de crédito efetuar a execução da hipoteca da habitação.

3.2.9.1.3 Deveres do consumidor

O consumidor, cliente bancário, deve gerir as suas responsabilidades de crédito de forma responsável, alertando tempestivamente as instituições de crédito para o eventual risco de incumprimento.

O consumidor deve colaborar com a instituição de crédito na procura de soluções para a regularização do incumprimento.

O consumidor deve responder a tempo e horas às solicitações dirigidas pela instituição de crédito, facultando todas as informações disponíveis e os documentos necessários. Se o não fizer, o consumidor pode deixar de beneficiar dos direitos e das garantias conferidas pela legislação em vigor.

3.3 A dação em cumprimento: as lições do regime extraordinário do crédito hipotecário

Muito se discute na jurisprudência as consequências da execução hipotecária da casa de morada de família coberta por crédito hipotecário. Divergem as soluções consoante as concretas hipóteses de fato.

Talvez o critério legal, no quadro das soluções extraordinárias e extrajudiciais aduzidas pela correspondente lei, se revele susceptível de oferecer aos tribunais, nos casos pendentes e onde não valha o regime ora em revelação, as bases aferidoras de uma solução bem mais equitativa...

Eis o que a tal propósito se define neste particular.

3.3.1 No caso da dação em cumprimento, a dívida extingue-se totalmente quando:

– A soma do valor da *avaliação atual do imóvel*, para efeito de dação, e das quantias entregues a *título de reembolso de capital* for, pelo menos, igual ao valor do capital inicialmente mutuado, acrescido das capitalizações que possam ter ocorrido; ou

– O valor de avaliação atual do imóvel, para efeito de dação, for igual ou superior ao capital que se encontre em dívida.

3.3.2 Dação em cumprimento

Para efeitos de cumprimento das obrigações do mutuário decorrentes do contrato de crédito à habitação, a dação em cumprimento do imóvel hipotecado concretiza-se com a transmissão do imóvel para a titularidade da instituição de crédito.

3.3.3 Diferimento da desocupação do imóvel

Sendo decidida a medida da dação em cumprimento, o mutuário tem o direito a um diferimento na respectiva contratação pelo prazo adicional de seis meses, durante o qual pode usar e fruir do imóvel.

É condição do exercício deste direito que o mutuário celebre com a instituição de crédito contrato promessa de dação e, caso a instituição de crédito o solicite, outorgue a seu favor uma procuração irrevogável para celebração do contrato definitivo de dação.

Durante o período de diferimento o mutuário beneficia de carência de capital, apenas sendo devidas as prestações de juros remuneratórios.

A mora no pagamento previsto no número anterior faz cessar automaticamente o direito ao diferimento da dação, permitindo a sua imediata execução.

Não haverá lugar ao diferimento de desocupação caso o mutuário tenha incumprido mais de três prestações seguidas após a aplicação das medidas complementares.

As soluções neste passo concretizadas poderão constituir, pois, em termos de valores e de cálculos conexos um leque de critérios para uma resposta cabal às situações *sub judice*.

Notas

- * Mário Frota. Fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo – APDC. Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1978/81). Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1981-1996). Docente do Departamento de Direito da Universidade Livre do Porto (1986/88). Professor da Faculté de Droit à l' Université de Paris XII (1991-2006). Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador do Instituto Euro-Latino-Americano de Direito do Consumo. Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra. Fundador e diretor da RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Fundador e presidente do Conselho Diretor da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

** Artigo concluído (em janeiro de 2015) com base no esquema da exposição oral feita nas Jornadas Açorianas de Direito, realizadas em Ponta Delgada, em outubro pretérito, mas dele distante porque com um tratamento mais extenso e profundo, em homenagem ao meu preclaro amigo, o eminente professor Newton de Lucca, da Faculdade de Direito da USP.

1. *Cfr.* o editorial da RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* –, editada pelo Centro de Publicações da apDC, Coimbra, n. 79, setembro de 2014, do teor seguinte: “O Direito do Consumo, na realidade, ainda não abandonou, entre nós, os “cueiros”... E, ao que se nos afigura, o facto é só – e tão só – imputável à Universidade. Com honrosas excepções, é facto, em que se inclui a Universidade Nova de Lisboa, com uma disciplina de opção no curso de direito ali professado.

À Universidade, em geral, pelo conservadorismo de que dá mostras. Pela resistência a novas realidades.

E, como reflexo, decisões menos ponderadas, em particular dos tribunais superiores por não aceitarem a categoria dos contratos de consumo que postulam soluções distintas das dos contratos civis ou comerciais em circulação no “mercado”...

Também neste particular há honrosas excepções.

Já o saudoso Neves Ribeiro, ao tempo vice-presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em voto de vencido em acórdão de 03 de abril do recuado ano de 2003, execrava o alheamento de tais realidades por banda das instâncias e também do Supremo, como na situação *sub judicio*.

Vale citar, com aplauso, o teor do sumário do acórdão de 04 de Dezembro de 2013 do Supremo Tribunal de Justiça, relatado por Fernandes do Vale, que reconhece, aliás, a categoria e disso tira todas as consequências, ao invés do que sucede com o Tribunal de Conflitos, como adiante se apreciará.

Eis o seu teor:

“I – Os contratos de fornecimento de água por empresas concessionárias não são subsumíveis a quaisquer preceitos constantes do ETAF.

II – Tais contratos não são administrativos, porquanto não são objecto de uma regulação baseada em normas de direito administrativo, sendo, antes, contratos de consumo, em parte regulados por normas que protegem os direitos dos consumidores.

III – Tais contratos ordenam-se no âmbito do direito privado, sendo, pois, contratos de direito privado; razão por que assiste aos tribunais judiciais e não aos tribunais administrativos a competência para apreciar e decidir os litígios emergentes de tais contratos.”

Já o Tribunal de Conflitos, chamado a dirimir litígio em que em causa se achava a jurisdição idónea para o efeito e, no seu seio, o órgão de judicatura competente, por acórdão de 15 de Maio de 2014 da lavra de Fernanda Maças, num equívoco patente se limita a exprimir-se como segue:

“É competente para conhecer uma acção especial para cumprimento de obrigações pecuniárias na qual a autora, concessionária da exploração e gestão de serviços públicos municipais de distribuição de água, pede a condenação do [demandado] no pagamento

de quantias relativas ao fornecimento de água objecto do referido contrato, a jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais.”

Tais situações exprimem em concreto o desvario que entre nós se instalou com grave reflexo no estatuto do consumidor e, em geral, notórios prejuízos que se traduzem em perdas tanto de ordem patrimonial como no plano da não patrimonialidade, a saber, a reclamada dignidade susceptível de gerar uma reparação de ordem moral, como sem dificuldade se perceberá.

Portugal carece de um esforço redobrado para situar as coisas nas coordenadas devidas e, assim, repensar a geometria do direito na sua dimensão mais abarcante e das especificidades que adornam cada uma das variantes.

Mas tal passa necessariamente por um consequente estudo de um tal “ramo” – para se recuperar uma categoria algo esbatida e ausente dos debates ou até das noções introdutórias do direito – que nem se basta com os princípios de direito civil, enquanto direito privado comum, nem a sua factualidade se subsume às regras neste passo vertidas nos textos, menos ainda, em determinadas categorias de contratos como os dos serviços públicos essenciais, dentro e fora do catálogo, com o que emerge do direito administrativo, como determinadas decisões parece pressuporem...

O direito do consumo não é nem residual (uma espécie de mosaico dos rebotalhos dos mais acervos) nem algo de episódico susceptível de se restringir a normas em que se actuam os direitos consignados no quadro dos direitos económicos constitucionalmente consagrados com os desenvolvimentos de pormenor a que uma lei avulsa confere expressão...

É mais do que um “ramo” meramente funcional, ao que se nos afigura, dado constituir, por dispor de objecto próprio, uma disciplina dotada de autonomia e com uma metodologia que a contradistingue em confronto com ou no seio das mais.

Resumir, como o fazem alguns civilistas, o direito do consumo a duas obrigações mais de banda do fornecedor ou contraparte, nas relações jurídicas que se entretecem no seu âmbito, a saber, a de *informação* e a de *segurança*, é escamotear de todo a plétora de princípios susceptíveis de se captar no quadro da disciplina e a subtrair-lhe a substância que o torna não uma simples e pontual excepção a regras gerais, mas um verdadeiro *jus specialis* no *mare magnum* do direito privado, entre nós, como no Brasil, na Argentina, em França ou em Itália...

Claro que há, de banda de certos ordenamentos, uma cruzada hercúlea para “civilizar” o direito do consumo ou para “consumerizar” o direito civil, sem que o fenómeno retire a relevância de uma reflexão a tal propósito e, no que nos toca, a despeito de tentativas em contrário, pese embora a opinião de alguma doutrina, é algo que não tira nem põe. Já que a realidade é de uma meridiana evidência, vale por si e por si só se impõe.

E nem é preciso estabelecer aqui uma linha de fronteira entre o direito civil e o direito do consumo ou entre este e o direito comercial para se concluir da natureza distinta, dos distintos princípios e regras que regem o direito do consumo, na sua fragmentária dispersão, mas na sua notável singularidade.

Do que se não pode é, como hoje ocorre com estranhas decisões dos tribunais superiores, perante realidades outras, exumar os actos de comércio unilaterais para se agravar as condições de exercício de direitos e obrigações dos consumidores no domínio contratual, com absoluto olvido da letra e do espírito de determinados diplomas legais e em oposição manifesta a uma realidade que tende a sonegar-se ou a fazer cair, sempre e só em detrimento do consumidor e para avantajá-lo os seus contendores...

Impõe-se que o direito do consumo, mais de seis lustres sobre a primeira Lei de Defesa do Consumidor, em Portugal, ocupe o lugar a que faz jus e que a Universidade, no seu conjunto, se não mostre retrógrada no tratamento de matérias que são indispensáveis para uma exacta compreensão da economia e do mercado de consumo em que o consumidor representa, afinal, o papel primeiro enquanto actor e protagonista.

Em homenagem, afinal, ao direito como pêndulo nas relações sociais que se aparelham sobretudo no mercado e com projecção no quotidiano de cada um e todos.”

2. *Cfr.* o acórdão da Relação de Coimbra de 19 de Outubro de 2010, relatado por José Eusébio e Almeida, segundo o qual “o Decreto-Lei n. 32/2003, de 17/12, não tem por finalidade disciplinar e exclui do seu âmbito as transacções comerciais com consumidores, continuando a ser aplicável aos actos de comércio unilaterais, previstos no art. 99 do Código Comercial, mesmo que o devedor seja consumidor, a taxa aplicável aos créditos comerciais decorrente do art. 102º, § 3º, do mesmo diploma, ressalvando os casos em que deva concluir-se pela natureza civil do negócio.”

Registe-se que o Decreto-Lei n. 32/2003, de 17 de Dezembro, prescrevia no seu artigo 2º: “Âmbito de aplicação

1 – O presente diploma aplica-se a todos os pagamentos efectuados como remunerações de transacções comerciais.

2 – São excluídos da sua aplicação:

a) Os contratos celebrados com consumidores;

b) Os juros relativos a outros pagamentos que não os efectuados para remunerar transacções comerciais;

c) Os pagamentos efectuados a título de indemnização por responsabilidade civil, incluindo os efectuados por companhias de seguros.”

3. *Cfr.* DL 227/2012, de 25 de outubro.
4. *Cfr.* Lei 58/2012, de 9 de novembro, com as modificações veiculadas pela Lei 58/2014, de 25 de agosto.
5. Destaque-se o preâmbulo do DL 227/2012, de 25 de outubro, assente em asserções como:

“A degradação das condições económicas e financeiras sentidas em vários países e o aumento do incumprimento dos contratos de crédito, associado a esse fenómeno, conduziram as autoridades a prestar particular atenção à necessidade de um acompanhamento permanente e sistemático, por parte de instituições, públicas e privadas, da execução dos contratos de crédito, bem como ao desenvolvimento

de medidas e de procedimentos que impulsionem a regularização das situações de incumprimento daqueles contratos, promovendo ainda a adopção de comportamentos responsáveis por parte das instituições de crédito e dos clientes bancários e a redução dos níveis de endividamento das famílias.

Neste contexto, com o presente diploma pretende-se estabelecer um conjunto de medidas que, reflectindo as melhores práticas a nível internacional, promovam a prevenção do incumprimento e, bem assim, a regularização das situações de incumprimento de contratos celebrados com consumidores que se revelem incapazes de cumprir os compromissos financeiros assumidos perante instituições de crédito por factos de natureza diversa, em especial o desemprego e a quebra anómala dos rendimentos auferidos em conexão com as atuais dificuldades económicas.

Em concreto, prevê-se que cada instituição de crédito crie um Plano de Acção para o Risco de Incumprimento (PARI), fixando, com base no presente diploma, procedimentos e medidas de acompanhamento da execução dos contratos de crédito que, por um lado, possibilitem a detecção precoce de indícios de risco de incumprimento e o acompanhamento dos consumidores que comuniquem dificuldades no cumprimento das obrigações decorrentes dos referidos contratos e que, por outro lado, promovam a adopção célere de medidas susceptíveis de prevenir o referido incumprimento.

Adicionalmente, define-se um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), no âmbito do qual as instituições de crédito devem aferir da natureza pontual ou duradoura do incumprimento registado, avaliar a capacidade financeira do consumidor e, sempre que tal seja viável, apresentar propostas de regularização adequadas à situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor.

Prevê-se, ainda, que, caso o PERSI não termine com um acordo entre as partes, o cliente bancário que solicite a intervenção do Mediador do Crédito ao abrigo do disposto no Decreto-Lei 144/2009, de 17 de Junho, possa, em determinadas circunstâncias, manter as garantias de que beneficiou durante o PERSI. A mediação neste âmbito reger-se-á pelo referido diploma legal que regula a actividade do Mediador do Crédito.

Salienta-se, no entanto, que, atentas as assimetrias de informação entre consumidores e instituições de crédito, a eficaz implementação das medidas previstas neste diploma depende da criação de uma rede que apoie os consumidores em dificuldades financeiras, nomeadamente através da prestação de informação, do aconselhamento e do acompanhamento nos procedimentos de negociação que estabeleçam com as instituições de crédito. Por forma a contribuir para esse objectivo, estabelece-se no presente diploma uma rede de apoio a consumidores no âmbito da prevenção do incumprimento e da regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito, destinada a informar, aconselhar e acompanhar os consumidores que se encontrem em risco de incumprir as obrigações decorrentes de contratos de

crédito celebrados com uma instituição de crédito ou que se encontrem em mora relativamente ao cumprimento dessas obrigações. Esta rede de apoio deve ser composta por pessoas colectivas, de direito público ou privado, que preencham as condições de acesso previstas neste diploma e que sejam reconhecidas pela Direcção-Geral do Consumidor para o efeito, após parecer do Banco de Portugal, promovendo-se dessa forma a criação de uma rede com ampla cobertura territorial. Assegura-se, ainda, que o recurso à mesma é isento de encargos para os consumidores, eliminando-se assim eventuais obstáculos de acesso à rede que ora se pretende ver criada.

O presente diploma visa, assim, promover a adequada tutela dos interesses dos consumidores em incumprimento e a actuação célere das instituições de crédito na procura de medidas que contribuam para a superação das dificuldades no cumprimento das responsabilidades assumidas pelos clientes bancários.”

6. O artigo 29 da LCC – Lei do Crédito ao Consumidor – DL 133/2009, de 2 de junho, prescreve, na esteira do n. 6 do artigo 9º da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – o que segue, sob a epígrafe “*vendas associadas*”: “Às instituições de crédito está vedado fazer depender a celebração dos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, bem como a respectiva renegociação, da aquisição de outros produtos ou serviços financeiros.”
7. O Jornal EL PAÍS, publicado em Madrid, na sua edição digital de 27 de Dezembro de 2014, em artigo intitulado “Dinero ‘online’ a precio de oro” e com o subtítulo “Las empresas de préstamos instantáneos no están controladas por el Banco de España Ofrecen liquidez a cambio de intereses que pueden superar el 4.000%”, adverte para empréstimos celerados, instantáneos que atingem interesses vultuosos, como segue: “Tienen lemas como “*pim, pam, pasta*”, “*lo quieres, lo tienes*”, o “*anticipa tu nómina*”. Ofrecen dinero de forma casi inmediata: en un tiempo récord de 15 minutos pueden llegar a valorar una solicitud *online* que solo necesita de una serie de sencillos pasos. Son los minipréstamos, préstamos rápidos o e-créditos, una forma de recibir entre 50 y 750 euros para pequeños gastos, que se pueden conseguir a través de las decenas de prestamistas que inundan de anuncios los medios de comunicación. Una cuenta bancaria, un teléfono móvil y el DNI pueden ser suficientes para conseguir esa liquidez. A cambio, siempre, de pagar intereses de no menos de un 2.000% o hasta de un 4.000% o más en un momento en que el Banco Central Europeo facilita a los bancos dinero al 0,05%. Hay cientos de ejemplos: la web Via SMS ofrece 600 euros a devolver en 20 días con un 4494% TAE (tasa que revela el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero, y que incluye el interés y los gastos y comisiones bancarias). El consumidor, en el mejor de los casos, acaba abonando 740 euros si no se retrasa. Al otro lado del teléfono, el contestador de Crédito24, otra de las empresas más populares, informa de qué ocurre cuando el cliente tarda un día más de lo estipulado en abonar la cuota: “La comisión por impago es del 20% del importe principal del préstamo”. Si el retraso es de seis días la comisión sube al 25%, y así hasta un 45% más si el usuario supera los 15 días.

Québueno, Vivus, Préstamo10, Cashper, Wonga, Crédito Móvil, Dispón, PepeDinero o Contante son algunas de las empresas de este floreciente negocio que no están sometidas a las mismas normas que se exigen a los bancos y cajas de ahorro y, por tanto, no figuran en ningún registro del Banco de España, según confirma la propia institución. Las web que prestan un máximo de 200 euros ni siquiera necesitan cumplir a la ley 16/2011 que regula los contratos de crédito al consumo y que obliga a facilitar al cliente una información clara sobre el producto y las condiciones de devolución. Muchas de las disposiciones de esa norma tampoco atañen a estos intermediarios a menos que presten más de 75.000 euros, ni a los que facilitan contratos en forma de “facilidad de descubierto” (operaciones en las que se prestan fondos que superan el saldo en la cuenta a la vista del consumidor) y que tengan que reembolsarse en un mes. Un completo informe que acaba de publicar la asociación de consumidores Adicae alerta de que la publicidad de los minipréstamos “no es nada clara y la mayoría de las veces está incompleta”, principalmente en los servicios anexos y en los costes. “Los términos no aparecen, se destacan las típicas frases de que se puede pagar en cómodas mensualidades, pero en ningún caso se indica claramente el coste final del crédito”. Adicae también encontró “condiciones usurarias” y productos vinculados, como seguros, colocados mediante cláusulas que incrementan considerablemente el coste del préstamo de forma opaca. Otra de sus técnicas es cobrar por la llamada a una centralita que, muchas veces, deja al cliente esperando (la mayoría utiliza teléfonos 902 y en algunos casos ofrecen la posibilidad de utilizar líneas más caras para un “trato preferente” que evita esperas).

El ratio de morosidad de estas empresas es un misterio, como también lo es el dinero que mueven. Un portavoz de Wonga, por ejemplo, asegura que no puede dar esa información aunque aclara que rechazan el 80% de las peticiones. “No obstante, la compañía fomenta una política de préstamos responsable y es por ello que promueve la devolución del dinero antes de la fecha de vencimiento. Un 39% de los clientes devuelve su préstamo antes de tiempo”. Wonga, como la mayoría, sólo solicita que el usuario certifique que es mayor de edad, residente en España y que tenga una cuenta bancaria y una tarjeta de débito asociada a esa cuenta.

Algunas empresas, como Zaimo o Microcrédito Garantizado, incluso aceptan clientes entre personas que están en registros de morosos (Asnef, Rai). Otras, como OK Money, limitan sus servicios a menores de 65 años. En algunos casos los prestamistas ofrecen la posibilidad de dejar en garantía la casa, el coche o artículos de alta tecnología. Un enorme peligro, según alertan Adicae, “porque la compañía puede iniciar un procedimiento de embargo sobre el bien que garantiza el crédito, cuyo valor puede ser muy superior a la cantidad adeudada”. En la OCU añaden que las condiciones de estas empresas “son absolutamente desaconsejables”.

¿Qué pasa cuando no se paga? El proceso varía de un prestamista a otro. Lo explica un portavoz del comparador HelpMyCash. “Algunos minicréditos permiten solicitar prórrogas que suelen tener una duración de entre unos pocos días hasta un mes. El

precio de las prórrogas varía; en cualquier caso, el prestamista debe facilitarle las tarifas al cliente antes de la firma del préstamo”. A veces las compañías recurren a otras empresas de cobro. Una de ellas es *Intrum Justitia*. “Conseguimos altas tasas de éxito en la recuperación amistosa. Muchas veces se ofrecen planes de pago ajustados a la capacidad del cliente”. Niegan acosar a los morosos. “A nadie le gusta que le reclamen deudas, de ahí que haya algunos comentarios de personas ofendidas. Pero en general la mayoría tienen la voluntad de devolver los préstamos”.

Si la empresa de cobro falla el siguiente paso sería incluir al deudor en un registro de morosos, siempre que la deuda tenga una antigüedad de un mes. En última instancia el confiado cliente que había pedido unos cuantos cientos de euros termina en los juzgados.

Para Joaquín Yvancos, abogado del despacho Yvancos, estas empresas que no están sujetas a regulación bancaria son expertas en arruinar a sus clientes. “Cuando uno se da cuenta, la deuda se ha multiplicado. Utilizan técnicas coercitivas para cobrar y al final los familiares con dinero acaban rescatando al deudor. Con el agravante de que suelen ser personas que lo están pasando mal y que pueden, en algunos casos, llegar a quedarse sin sus propiedades”.

Una web advierte: “A diferencia de otras financieras nosotros no te aconsejaremos hacer pequeños pagos que nunca cancelan la deuda. Así que, por favor, piénsatelo bien antes de solicitar el préstamo porque tendrás que devolverlo en el plazo convenido.”

8. Eis um fragmento do corpo do enunciado acórdão:

“O que se passou no caso dos autos foi, esquematicamente, o seguinte: a embargante Laura quis comprar um carro dirigindo-se a um stand; porque não tinha dinheiro para o pagar a pronto, o stand encaminhou-a para a Unifina que lhe concedia crédito através de um mútuo; a Unifina e o stand costumavam trabalhar, assim, em “conjunto” já que o stand angariava para a Unifina os clientes que o procuravam para a compra de veículo; com o empréstimo concedido, a Laura comprou o veículo pagando-o; o veículo nunca lhe foi entregue; a Unifina e o stand “Artecar” tinham pleno conhecimento de que as coisas se passavam assim (ou seja, o mútuo era dado para a compra, e o vendedor angariava clientes para o mutuante) já que todo este esquema negocial girava a volta das suas actividades comerciais.

O que aqui temos são dois contratos coligados.

A coligação de contratos existe quando dois ou mais contratos (normalmente dois) – mantendo embora a sua autonomia estrutural – se encontram conexiados funcionalmente, a ponto de um condicionar o outro, de um dominar e hegemonizar ambos ou de outros se condicionarem reciprocamente.

Com a coligação de contratos, o regime jurídico que lhes é aplicável altera-se: ou há uma alteração do regime de ambos os contratos ou o regime do contrato dominante estende-se ao contrato dominado.

Quando estamos num caso de relação de dependência (um dos negócios condiciona totalmente ou hegemoniza o outro), o regime do dominante aplica-se ao negócio

dominado; quando os contratos se condicionam numa situação de paridade recíproca, o regime legal de ambos comprime-se em função dessa reciprocidade igualitária.

A coligação de contratos nada tem, pois, que ver com a cumulação (ou junção) de contratos ou com os contratos mistos.

Na cumulação de contratos o que nos aparece é a junção de vários negócios no mesmo acto ou documento sem que, entre aqueles, haja qualquer nexó intrínseco; no contrato misto, há um só contrato que se compõe de elementos parciais de contratos diferentes (cfr. Antunes Varella, “Das Obrigações em geral”, I vol., 2ª ed., págs. 224 e segs.). Na coligação contratual, o nexó funcional que dá cor local é o elemento distintivo que nos permite caracterizar o instituto; e é esse nexó – existente no caso dos autos – que nos mostra que estamos em presença de contratos coligados.

Efectivamente, o que se sucedeu foi que – com o acordo e conhecimento tácito de todos – a Laura contraiu um empréstimo para comprar um automóvel. Mas contraiu o empréstimo numa empresa que ela não conhecia, que lhe foi indicada e “apresentada” pelo stand-vendedor que agia e actuava como angariador da empresa mutuante.

Os nexos funcionais entre os dois contratos surgem-nos reforçados pelo nexó funcional entre a actividade das duas empresas o “stand” angariava gente à Unifina para que esta “emprestasse” dinheiro e na sequência disso o mutuário ia adquirir o veículo ao “stand”. O relacionamento comercial entre stand e Unifina – com aquele a angariar clientela a este – era o substrato económico que vai depois pôr de pé o nexó funcional entre o mútuo e a compra e venda.

Por isso o *stand* sabe que só pode vender se a UNIFINA “empresta” dinheiro, e esta sabe que só consegue mutuar (tendo lucro com isso) se o stand vender; a ligação que isto implica com as relações privilegiadas de angariação, mútuo e venda, traduz e incorpora o nexó entre os contratos que daí emergem.

É óbvio que nem todo o mútuo seguido de compra e venda integra uma coligação de contratos. Mas o caso dos autos foge à regra comum; aqui, temos, por detrás, toda uma actividade económica que põe a nu aquela funcionalidade entre a existência e a vida negocial dos contratos outorgados.

No caso que nos ocupa, os contratos estão numa relação de paridade: a Laura contrai empréstimo para comprar carro e só o compra se lhe “derem” empréstimo. E isto é sabido por ela, pelo mutuário e pelo vendedor que se relacionam entre si.

Daí que os contratos coligados se condicionem entre si recíproca e paritariamente, a ponto de os seus regimes jurídicos se condicionarem e comprimirem também reciprocamente.

Posto isto, há que perguntar: o incumprimento da Laura é legítimo?

A resposta não pode deixar de ser afirmativa.

Repare-se que a embargante contrai um mútuo a prestações. Com a coligação contratual, passa a haver um conjunto de obrigações sinalagmáticas coligadas; e em delas e a entrega do carro de que a Laura devia beneficiar no decurso do prazo do pagamento das prestações do mútuo.

O carro nunca lhe foi entregue; a Laura suspende o pagamento das prestações.

O que aqui temos é um excepção de não cumprimento do contrato arguida e usada pela Laura (art.ºs 428 e segs.).

Nos contratos bilaterais e nos contratos coligados bilaterais (quando não há condicionamento total de um pelo outro) o contraente pode “suspender” o cumprimento da sua prestação enquanto a outra parte não cumprir.

O laço de interdependência que há nas obrigações sinalagmáticas justifica isto: um devedor cumpre se e quando o outro devedor cumprir perante si.

A excepção de não cumprimento é uma excepção dilatória de direito material (cfr. Ac. S.T.J. Bol. 300, p. 364); ou seja, a parte não cumpre enquanto a contraparte não cumprir.

Não há, pois, nela, uma causa de extinção da obrigação; há, sim, uma causa de suspensão temporária da obrigação que funciona enquanto a outra parte não se dispuser a cumprir. Para que a excepção funcione é essencial que as obrigações tenham prazo de cumprimento igual (art.º 428) ou (por força da interpretação extensiva da norma) que o excipiente seja o último a cumprir pois que nessa altura ele sabe se a outra parte já cumpriu ou não (cfr. Vaz Serra, Bol. 67, págs. 17 e seg.; Acs. S.T.J. Bol. 293, p. 365; Bol. 342, p. 355).

Foi, aliás, o que sucedeu nos autos: a mutuária Laura, última a pagar prestações, deixou de cumprir depois de se certificar que o veículo jamais lhe era entregue.

Nesta acção, o incumprimento da outra parte no contrato coligado de compra e venda está mais que provado.

Mas a Laura – invocando a excepção – não tinha que a comprovar; teria que ser a parte contrária a provar que tinha cumprido a sua prestação para, desse modo, obviar à eficácia da excepção.

Na verdade, quando a excepção do não cumprimento é arguida pelo devedor, o ónus de prova indexa-se ao credor; este é que tem que demonstrar que já cumpriu ou então que o seu prazo de cumprimento era posterior (cfr. Antunes Varela, “Das Obrigações em geral”, 2ª ed., I vol., pág. 282, nota 3 em rodapé; Vaz Serra, Bol. 67, p. 50-51; Ac. S.T.J. – Bol. 378, p 643).

O que resulta do que se disse é evidente: a devedora Laura que não restituiu o dinheiro mutuado, e credora de um automóvel comprado que não lhe foi entregue. Os dois negócios estão coligados; por força daquela excepção a Laura tem a faculdade de não pagar enquanto o veículo lhe não for entregue.

Procedem assim, as conclusões das alegações das recorrentes.

Termos em que se julga procedente a apelação, revogando-se a recorrida, e, consequentemente, se julgam procedentes os embargos de executado com o consequente arquivamento da execução.”

9. *In A Nova Guarda*, 28 de fevereiro de 2010.

10. O diploma de transposição para o ordenamento jurídico pátrio traduziu as diretrizes constantes da Diretiva nestes termos:

“Informação e práticas anteriores à celebração do contrato de crédito

Artigo 5º

Publicidade

1 – Sem prejuízo das normas aplicáveis à actividade publicitária em geral e do disposto no Decreto-Lei n. 57/2008, de 26 de Março, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n. 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio [práticas comerciais desleais], a publicidade ou qualquer comunicação comercial em que um credor se proponha conceder crédito ou se sirva de um mediador de crédito para a celebração de contratos de crédito deve indicar a TAEG para cada modalidade de crédito, mesmo que este seja apresentado como gratuito, sem juros ou utilize expressões equivalentes.

2 – Se, em função das condições concretas do crédito, houver lugar à aplicação de diferentes TAEG, todas devem ser indicadas.

3 – A indicação da TAEG que, pelo seu tratamento gráfico ou áudio-visual, não seja, em termos objectivos, legível ou perceptível pelo consumidor, não cumpre o disposto nos números anteriores.

4 – A publicidade a operações de crédito reguladas pelo presente decreto-lei em que se indique uma taxa de juro ou outros valores relativos ao custo do crédito para o consumidor deve incluir informações normalizadas nos termos do presente artigo.

5 – As informações normalizadas devem especificar, de modo claro, conciso, legível e destacado, por meio de exemplo representativo:

- a) A taxa nominal, fixa ou variável ou ambas, juntamente com a indicação de quaisquer encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito para o consumidor;
- b) O montante total do crédito;
- c) A TAEG;
- d) A duração do contrato de crédito, se for o caso;
- e) O preço a pronto e o montante do eventual sinal, no caso de crédito sob a forma de pagamento diferido de bem ou de serviço específico; e
- f) O montante total imputado ao consumidor e o montante das prestações, se for o caso.

6 – Se a celebração de contrato relativo a um serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente o seguro, for necessária para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e nas condições de mercado, e o custo desse serviço acessório não puder ser antecipadamente determinado, deve igualmente ser mencionada, de modo claro, conciso e visível, a obrigação de celebrar esse contrato, bem como a TAEG.”

11. Por suporte duradouro se entende: “*qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de um modo que, no futuro, lhe permita um acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas*”.

12. Por taxa devedora se entende: “a taxa de juros expressa numa percentagem fixa ou variável aplicada numa base anual ao montante do crédito levantado”.
13. Por taxa anual de encargos efectiva global se tem: “o custo total do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito e, sendo caso disso, acrescido dos custos previstos no n. 2 do artigo 19º”.

O cálculo da TAEG não é nem tarefa simples nem algo de fácil explanação. Repare-se no que prescreve o artigo 19 da Diretiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, transposta pelo DL 133/2009, de 2 de Junho, para o ordenamento português, diploma cujo começo de vigência se protraiu a 1 de Julho de 2009:

Cálculo da taxa anual de encargos efectiva global

1. A taxa anual de encargos efectiva global, que torna equivalentes, numa base anual, os valores actuais do conjunto dos compromissos (levantamentos de crédito, reembolsos e encargos) existentes ou futuros, acordados pelo mutuante e pelo consumidor é calculada de acordo com a fórmula matemática constante da parte I do anexo I.

2. A fim de calcular a taxa anual de encargos efectiva global, determina-se o custo total do crédito para o consumidor, com excepção de quaisquer encargos a suportar pelo consumidor devido ao incumprimento de qualquer uma das suas obrigações decorrentes do contrato de crédito e dos encargos que não se incluam no preço de compra e venda e que, na compra de bens ou de serviços, o consumidor for obrigado a suportar, quer a transacção se efectue a pronto quer a crédito.

Os custos relativos à manutenção de uma conta que registre simultaneamente operações de pagamento e levantamentos de crédito, os custos relativos à utilização ou ao funcionamento de um meio de pagamento que permita ao mesmo tempo operações de pagamento e levantamentos de crédito, bem como outros custos relativos às operações de pagamento, são incluídos no custo total do crédito para o consumidor, excepto se a abertura da conta for facultativa e os custos da conta tiverem sido determinados de maneira clara e de forma separada no contrato de crédito ou em qualquer outro contrato celebrado com o consumidor.

3. O cálculo da taxa anual de encargos efectiva global é efectuado com base no pressuposto de que o contrato de crédito continua a ser válido durante o prazo acordado e de que o mutuante e o consumidor cumprem as respectivas obrigações nas condições e datas especificadas no contrato de crédito.

4. Para os contratos de crédito com cláusulas que permitam alterações da taxa devedora e, se for caso disso, das despesas incluídas na taxa anual de encargos efectiva global, mas não quantificáveis no momento do cálculo, a taxa anual de encargos efectiva global é determinada com base no pressuposto de que a taxa devedora e outros encargos são fixos em relação ao nível inicial e aplicáveis até ao termo do contrato de crédito.

5. Sempre que necessário, podem ser utilizados os pressupostos adicionais enumerados no anexo I para o cálculo da taxa anual de encargos efectiva global. Se os pressupostos

enumerados no presente artigo e na parte II do anexo I não forem suficientes para calcular de modo uniforme a taxa anual de encargos efectiva global ou já não estejam adaptados à situação comercial do mercado, a Comissão pode determinar os pressupostos adicionais para o cálculo da taxa anual de encargos efectiva global ou alterar os existentes. Essas medidas, que têm por objecto alterar elementos não essenciais da presente directiva, são aprovadas pelo procedimento de regulamentação com controlo a que se refere o n. 2 do artigo 25º.

14. *Cfr.* a este propósito o *anexo* em que se contém o modelo imposto pela Directiva em todo o Espaço Económico Europeu e que o DL 133/2009, de 2 de Junho, em vigor em Portugal, reproduz na íntegra.
15. A saber: *contratos de crédito sob forma de facilidades de descoberto* cujo crédito deva ser reembolsado mediante pedido ou no prazo de três meses;
. contratos de crédito celebrados por uma instituição que:
 - a) Seja ainda em benefício mútuo dos seus membros;
 - b) Não obtenha lucros em benefício de qualquer outra pessoa para além dos seus membros;
 - c) Responda a um objeto social imposto pelo direito interno;
 - d) Receba e gire apenas as poupanças dos seus membros e proporcione fontes de crédito unicamente aos seus membros; e
 - e) Proporcione crédito com base numa taxa anual de encargos efectiva global que seja inferior às taxas praticadas no mercado ou esteja sujeita a um limite estabelecido pelo direito interno.

Contratos de crédito que prevejam que o mutuante e o consumidor acordem em disposições relativas ao pagamento diferido ou a métodos de reembolso, se o consumidor já estiver em falta aquando da celebração do contrato de crédito inicial e nos casos em que:

- a) Essas disposições sejam susceptíveis de afastar a possibilidade de ação judicial relativa a essa falta; e
 - b) O consumidor não fique sujeito a condições menos favoráveis do que as do contrato de crédito inicial.
16. O DL 201/2003, de 10 de setembro, que rege no domínio do registo informático das execuções, dispõe no seu artigo 6º o elenco de entidades dotadas de legitimidade para o acesso à lista pública de execuções, a saber:

“1 – A consulta do registo informático de execuções pode ser efectuada:

 - a) Por magistrado judicial ou do Ministério Público;
 - b) Por pessoa capaz de exercer o mandato judicial ou agente de execução;
 - c) (Revogado pelo Decreto-Lei 226/2008 de 20 de novembro).
 - d) Pelo titular dos dados;
 - e) Por quem tenha relação contratual ou pré-contratual com o titular dos dados ou revele outro interesse atendível na consulta, mediante consentimento do titular ou autorização dada por entidade judicial.

2 – Para efeitos da alínea e) do número anterior, considera-se existir interesse atendível quando a consulta do registo informático de execuções se destine à obtenção de certificado para demonstração da natureza incobrável de créditos resultantes de incumprimento contratual.

3 – Para efeitos da alínea e) do número anterior, considera-se existir interesse atendível quando a consulta do registo informático de execuções se destine à obtenção de certificado para demonstração da natureza incobrável de créditos resultantes de incumprimento contratual.”.

17. O diploma de que se trata, no seu artigo 2º, lista os dados que no registo informático figuram, de interesse para o efeito:

“1 – O registo informático de execuções contém o rol das execuções pendentes e, relativamente a cada uma delas, a seguinte informação:

- a) Identificação da execução;
- b) Identificação do agente de execução, através de nome, domicílio profissional, números de cédula profissional e de identificação fiscal, ou do oficial de justiça, através de nome e número mecanográfico;
- c) Identificação das partes, nos termos da alínea a) do n. 1 do artigo 467º do Código de Processo Civil, incluindo ainda, sempre que possível, o número de identificação de pessoa colectiva, a filiação, o número de identificação fiscal, o número de bilhete de identidade ou, na impossibilidade atendível da sua apresentação, os números de passaporte ou de licença de condução;
- d) Pedido, indicando o fim e o montante, a coisa ou a prestação, consoante os casos;
- e) Bens indicados para penhora;
- f) Bens penhorados, com indicação da data e hora da penhora e da adjudicação ou venda;
- g) Identificação dos créditos reclamados, através do seu titular e montante do crédito.
- h) Indicação da realização de citação edital.

2 – Do mesmo registo consta também o rol das execuções findas ou suspensas, mencionando-se, além dos elementos referidos no número anterior:

- a) A extinção com pagamento integral;
- b) A extinção com pagamento parcial;
- c) A extinção da execução por não terem sido encontrados bens penhoráveis, nos termos do disposto no n. 3 do artigo 832º e no n. 6 do artigo 833º-B do Código de Processo Civil.

3 – Na sequência de despacho judicial, procede-se ainda à introdução dos seguintes dados:

- a) A declaração de insolvência e a nomeação de um administrador da insolvência, bem como o encerramento do processo especial de insolvência;
- b) O arquivamento do processo executivo de trabalho, por não se terem encontrado bens para penhora.

4 – Os dados previstos no número anterior são acompanhados da identificação do processo e da informação referida na alínea c) do n. 1.

5 – Não havendo indicação do número de identificação fiscal do titular dos dados ou, em alternativa, do número de identificação civil, passaporte ou licença de condução, deve o agente de execução promover as diligências necessárias à obtenção destes elementos, designadamente mediante consulta das bases de dados, arquivos e outros registos, nos termos previstos no artigo 833º-A do Código de Processo Civil.”

18. A Central de Responsabilidades de Crédito, que opera em Portugal, tem o seu regime definido no DL 204/2008, de 14 de outubro, cuja consulta se impõe para mais adequada percepção dos seus termos.
19. A Diretiva nos seus *consideranda* pondera: “a fim de avaliar a solvabilidade de um consumidor, o mutuante deverá também consultar as bases de dados relevantes; as circunstâncias de facto e de direito podem exigir que tais consultas sejam de âmbito variável. A fim de evitar distorções de concorrência entre os mutuantes, há que assegurar o acesso destes às bases de dados públicas ou privadas relativas aos consumidores de um Estado-membro em que não estejam estabelecidos, em condições não discriminatórias relativamente aos mutuantes desse Estado-membro. Caso a decisão de recusar um pedido de crédito tenha sido tomada com base na consulta de uma base de dados, o mutuante deverá informar o consumidor desse facto bem como dos elementos da base de dados consultada. Todavia, o mutuante não deverá ser obrigado a dar essas informações quando outra legislação comunitária o proibir, por exemplo a legislação em matéria de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Além disso, essas informações não deverão ser prestadas se forem contrárias aos objectivos de ordem pública ou de segurança pública, tais como a prevenção, investigação, detecção ou repressão de infracções penais.”
20. De harmonia com a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais, “*é enganosa a prática comercial* que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:
 - a) A existência ou a natureza do bem ou serviço;
 - b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados ao bem ou serviço;
 - a) O conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a

utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio;

b) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;

c) A necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem;

d) A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da actividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido;

e) Os direitos do consumidor, em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.

2 – Atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto, é enganosa a prática comercial que envolva:

a) Qualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;

b) O incumprimento pelo profissional de compromisso efectivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código.”

21. A informação normalizada a incluir em qualquer mensagem publicitária deve especificar de modo claro, conciso e destacado:

a) A identidade do mutuante ou, se for caso disso, do intermediário de crédito ou do representante nomeado;

b) Se for caso disso, que os contratos de crédito serão garantidos por hipoteca ou por outra garantia equivalente habitualmente utilizada no Estado-membro sobre imóveis de habitação ou por um direito relativo a imóveis de habitação;

c) A taxa devedora, indicando se é fixa, variável ou uma combinação de ambas, juntamente com a indicação dos encargos eventualmente incluídos no custo total do crédito para o consumidor;

d) O montante total do crédito;

e) A TAEG, que deve ser indicada na publicidade de modo pelo menos tão destacado como o de qualquer taxa de juro;

f) Se for caso disso, a duração do contrato de crédito;

g) Se for caso disso, o montante das prestações;

h) Se for caso disso, o montante total imputado ao consumidor;

i) Se for caso disso, o número de prestações;

j) Se for caso disso, uma advertência relativa ao facto de as eventuais

flutuações da taxa de câmbio poderem afectar o montante imputado ao consumidor.

3. As informações enumeradas no n. 2, com exceção das enumeradas nas alíneas a), b) e j), devem ser especificadas através de um exemplo representativo ao qual devem corresponder de forma consistente. Os Estados-membros adotam os critérios para determinar o exemplo representativo.

22. **Diretiva n. 2002/65, de 23 de Setembro**

Artigo 6º

Direito de rescisão (desistência)

1. Os Estados-Membros devem garantir que o consumidor disponha de um prazo de 14 dias de calendário para rescindir (desistir d) o contrato, sem indicação do motivo nem penalização. Contudo, este prazo deve ser aumentado para 30 dias de calendário no caso de contratos à distância, abrangidos pela Directiva 90/619/CEE, relativos a seguros de vida e no caso de operações referentes a pensões individuais.

O prazo para o exercício do direito de rescisão (desistência) começa a correr:

- a contar da data da celebração do contrato à distância, excepto no que se refere a seguros de vida, em que esse prazo começa a correr a partir do momento em que o consumidor for informado da celebração do contrato, ou
- a contar da data de recepção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das informações, nos termos dos n.os 1 ou 2 do artigo 5.o, se esta última data for posterior.

Além do direito de rescisão (desistência), os Estados-Membros podem prever que a aplicabilidade dos contratos à distância relativos a serviços de investimento seja suspensa por prazo idêntico ao previsto no presente número.

2. O direito de rescisão (desistência) não é aplicável:

a) Aos serviços financeiros cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro, fora do controlo do prestador, que se possam efectuar durante o prazo de rescisão (desistência), tais como os serviços relacionados com:

- operações cambiais,
- instrumentos do mercado monetário,
- valores mobiliários,
- unidades de participação em organismos de investimento colectivo,
- futuros sobre instrumentos financeiros, incluindo instrumentos equivalentes que dêem origem a uma liquidação em dinheiro,
- contratos a prazo relativos a taxas de juros (FRA),
- swaps de taxas de juro, de divisas ou de fluxos ligados a acções ou índices de acções (equity swaps),
- opções de compra ou de venda de qualquer dos instrumentos referidos na presente alínea, incluindo os instrumentos equivalentes que dêem origem a uma liquidação em dinheiro. Estão designadamente incluídas nesta categoria as opções sobre divisas e sobre taxas de juro.

b) Às apólices de seguros de viagem e de bagagem ou apólices equivalentes de seguros a curto prazo, de duração inferior a um mês;

c) Aos contratos integralmente cumpridos por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de este exercer o direito de rescisão.

3. Os Estados-Membros podem prever que o direito de rescisão não seja aplicável:

a) A qualquer crédito destinado principalmente à aquisição ou à manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou prédios existentes ou projectadas, ou para efeitos de renovação ou beneficiação de um prédio; quer

b) A qualquer crédito garantido por uma hipoteca sobre um bem imóvel ou por um direito relativo a um bem imóvel; quer

c) Às declarações dos consumidores feitas perante uma entidade oficial competente, desde que esta confirme que os direitos dos consumidores previstos no n. 1 do artigo 5.º foram respeitados.

O presente número não prejudica o direito a um período de reflexão em benefício dos consumidores residentes nos Estados-Membros onde esse direito exista aquando da aprovação da presente directiva.

4. Os Estados-Membros que recorram à possibilidade prevista no n. 3 informam a Comissão desse facto.

5. A Comissão transmite ao Parlamento Europeu e ao Conselho as informações comunicadas pelos Estados-Membros e assegura que estas sejam igualmente facultadas aos consumidores e prestadores que o solicitem.

6. Se o consumidor exercer o direito de rescisão (desistência), deverá notificá-lo, antes do termo do prazo, seguindo as instruções práticas que lhe tenham sido dadas nos termos do n. 1, ponto 3), alínea d), do artigo 3º, por meios de que possa fazer prova nos termos da legislação nacional. Considera-se que o prazo foi observado se a notificação, desde que tenha sido feita em suporte de papel ou por outro meio duradouro disponível e acessível ao destinatário, tiver sido enviada antes de terminado o prazo.

7. O disposto no presente artigo não é aplicável aos contratos de crédito objecto de resolução nos termos do n. 4 do artigo 6º da Directiva 97/7/CE ou do artigo 7º da Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis.

Se a um contrato à distância relativo a um determinado serviço financeiro tiver sido anexado outro contrato à distância relativo a serviços financeiros prestados por um prestador ou por um terceiro com base num acordo entre o terceiro e o prestador, haverá resolução deste contrato adicional, sem qualquer penalização, desde que o consumidor exerça o direito de rescisão nos termos previstos no n. 1 do artigo 6º.

8. O presente artigo não prejudica as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros que regulam a resolução, o não cumprimento ou a inexecução de um contrato ou o direito de um consumidor a cumprir as suas obrigações contratuais

antes do prazo fixado no contrato à distância. Essas disposições são aplicáveis independentemente das condições e dos efeitos jurídicos da extinção do contrato à distância.

23. Sempre que sejam prestados serviços de consultoria aos consumidores, os Estados-membros asseguram, entre outros: os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados obtenham as informações necessárias sobre a situação pessoal e financeira do consumidor e as suas preferências e objetivos, a fim de poderem recomendar os contratos de crédito adequados. Esta avaliação deve basear-se em informações atualizadas a essa data e ter em conta pressupostos razoáveis sobre os riscos para a situação do consumidor ao longo da vigência do contrato de crédito proposto.

24. O artigo 20 da Diretiva do Crédito Hipotecário reza o seguinte:

informação relativa ao consumidor

1. A avaliação de solvabilidade a que se refere o artigo 18º deve basear-se em informação necessária, suficiente e proporcionada sobre os rendimentos e as despesas do consumidor e outras circunstâncias financeiras e económicas que lhe digam respeito. A informação deve ser obtida pelo mutuante junto de fontes internas ou externas relevantes, incluindo junto do próprio consumidor, e incluir a prestada ao intermediário de crédito ou representante nomeado durante o processo de pedido de crédito. A informação deve ser devidamente verificada, nomeadamente através da referência a documentação passível de verificação independente, se necessário.

2. Os Estados-membros asseguram que os intermediários de crédito e os representantes nomeados apresentem de forma precisa a informação necessária obtida junto do consumidor ao mutuante em causa, para que este possa efectuar a avaliação de solvabilidade.

3. Os Estados-membros asseguram que os mutuantes indiquem de forma clara e precisa, na fase pré-contratual, a informação necessária e os comprovativos passíveis de verificação independente que o consumidor lhes deva prestar, bem como o momento em que o consumidor deve fornecer essa informação. Estes pedidos de informação devem ser proporcionados e limitados ao necessário para efectuar uma avaliação de solvabilidade adequada. Os Estados-Membros autorizam os mutuantes a pedir esclarecimentos sobre as informações recebidas em resposta a esse pedido, se tal se revelar necessário para permitir a avaliação de solvabilidade.

Os Estados-membros não autorizam os mutuantes a resolver o contrato de crédito com fundamento em incompletude das informações prestadas pelo consumidor antes da celebração do contrato de crédito.

O segundo parágrafo não obsta a que os Estados-membros autorizem a resolução do contrato de crédito pelo mutuante se se demonstrar que o consumidor não comunicou ou falsificou deliberadamente a informação.

4. Os Estados-membros tomam medidas para assegurar que os consumidores sejam sensibilizados para a necessidade de prestar informação correta em resposta ao pedido

a que se refere o n. 3, primeiro parágrafo, e de que essa informação seja tão completa quanto necessário para efectuar uma avaliação de solvabilidade adequada. Os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados devem advertir o consumidor de que, se o mutuante não puder proceder à avaliação de solvabilidade por o consumidor não fornecer a informação ou os elementos necessários para essa avaliação, o crédito não pode ser concedido. Essa advertência pode ser feita num formato normalizado.

5. O presente artigo não prejudica o disposto na Directiva 95/46/CE, em especial do artigo 6º.

25. Os créditos ao consumidor (créditos pessoais em *sentido lato*) abrangem, como noutro passo se assinalou, de harmonia com a classificação traçada pela autoridade reguladora:

- “Crédito Pessoal”,
- “Crédito Automóvel” e
- “Cartões de Crédito, Linhas de Crédito, Contas Correntes Bancárias e Facilidades de Descoberto”.

E em cada uma das modalidades do crédito pessoal, eis como se nos apresenta o quadro estabelecido:

Crédito Pessoal

- Finalidade Educação, Saúde e Energias Renováveis
- Locação Financeira de Equipamentos
- Outros Créditos Pessoais

Crédito Automóvel

- Locação Financeira ou ALD: novos
- Locação Financeira ou ALD: usados
- Com reserva de propriedade e outros: novos
- Com reserva de propriedade e outros: usados

Cartões de Crédito, Linhas de Crédito, Contas Correntes Bancárias e Facilidades de Descoberto

26. Neles se abrangem, não de forma de todo dissonante:
- a) Contratos de crédito para a aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para a aquisição de terrenos para construção de habitação própria;
 - b) Contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre bem imóvel;
 - c) Contratos de crédito a consumidores abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho, alterado pelo Decreto-Lei 72-A/2010, de 18 de junho, com excepção dos contratos de locação de bens móveis de consumo duradouro que prevejam o direito ou a obrigação de compra da coisa locada, seja no próprio contrato, seja em documento autónomo;
 - d) Contratos de crédito ao consumo celebrados ao abrigo do disposto no Decreto-Lei 359/91, de 21 de setembro, alterado pelos Decretos-Leis 101/2000, de 2 de

junho, e 82/2006, de 3 de maio, com excepção dos contratos em que uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa móvel de consumo duradouro e em que se preveja o direito do locatário a adquirir a coisa locada, num prazo convencionado, eventualmente mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato;

e) Contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto que estabeleçam a obrigação de reembolso do crédito no prazo de um mês.

27. Considera-se que um membro do agregado familiar se encontra desempregado quando, tendo sido trabalhador por conta de outrem ou por conta própria, se encontre inscrito como tal no centro de emprego.
28. A taxa de esforço do agregado familiar do mutuário é calculada tendo em conta os encargos decorrentes de todos os contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre a habitação própria e permanente do mutuário, independentemente da sua finalidade.
29. O artigo 15 da Lei 58/2012 estabelece, sob a epígrafe “inviabilidade originária de reestruturação”, o que segue:

“1 – Nas situações em que, mesmo aplicando as medidas previstas nos artigos 11º, 12º e 13º, o cumprimento do plano de reestruturação pelo mutuário se presuma inviável nos termos do número seguinte, a instituição de crédito não está obrigada a propor ao mutuário um plano de reestruturação.

2 – Para efeitos da presente lei, presume-se inviável o cumprimento de um plano de reestruturação quando este implique para o agregado familiar do mutuário uma taxa de esforço superior aos limites previstos na alínea b) do n. 1 do artigo 5º

3 – No caso previsto no n. 1, a instituição de crédito pode optar por, dentro do prazo previsto no n. 2 do artigo 10º, apresentar ao mutuário uma proposta de plano de reestruturação que contemple medidas complementares referidas no n. 2 do artigo 19º

4 – Caso opte por não apresentar proposta de plano de reestruturação nos termos dos nºs 1 a 3, a instituição de crédito fica obrigada a, dentro do prazo do n. 2 do artigo 10º, comunicar por escrito ao mutuário:

a) A decisão de não lhe apresentar proposta de plano de reestruturação; e

b) A aceitação da aplicação de medidas substitutivas da execução hipotecária conforme previsto na secção IV do presente capítulo.”
30. Presume-se inviável o cumprimento de um plano de reestruturação quando este implique para o agregado familiar do mutuário uma taxa de esforço superior aos limites previstos, a saber,
 - i) 45 % para agregados familiares que integrem dependentes;
 - ii) 50 % para agregados familiares que não integrem dependentes;
 - iii) 40 % para agregados familiares considerados famílias numerosas.
31. Eis os casos aí previstos:

“Se o mutuário

- recusar,
- não formalizar ou
- não se pronunciar no prazo de 30 dias sobre uma proposta de plano de reestruturação apresentada pela instituição de crédito, e cujo cumprimento se presume viável nos termos do n. 2 do artigo anterior, perde o direito à aplicação de medidas substitutivas, excepto se a instituição de crédito mantiver a intenção de as aplicar.

32. Cfr. o artigo 19, a saber:

Medidas complementares

1 – A instituição de crédito e o mutuário devem iniciar negociações com vista à adoção de medidas complementares ao plano de reestruturação, verificando-se uma das seguintes situações:

- a) O plano de reestruturação, no curso da sua execução, se mostre inviável, nos termos do n. 2 do artigo 15º;
- b) Em caso de incumprimento pelo mutuário de três prestações seguidas previstas no plano de reestruturação.

2 – As medidas complementares ao plano de reestruturação podem ser quaisquer das previstas no n. 1 do artigo 10º que ainda não tenham sido aplicadas, ou outras, designadamente a carência total até 12 meses ou a redução parcial do capital por amortizar.

3 – As negociações referidas no n. 1 podem iniciar-se a qualquer momento, a pedido do mutuário ou da instituição de crédito, e deverão concluir-se no prazo de 30 dias após a receção do pedido.

4 – A adopção das medidas complementares previstas no presente artigo é facultativa para as instituições de crédito, mesmo que solicitadas pelo mutuário e ainda que na ausência da sua adoção o plano de reestruturação se mostre inviável.

33. O artigo 27 da Lei 58/2012, de 9 de novembro, no que tange à *permuta de habitação*, estatui:

1 – A instituição de crédito que se encontre obrigada a aplicar medidas substitutivas da execução hipotecária, nos termos do regime estabelecido na presente lei, pode ainda propor ao mutuário a permuta da habitação hipotecada por uma outra habitação de valor inferior que pertença à instituição de crédito ou a terceiro interessado na transacção.

2 – A permuta de habitações será acompanhada de um acordo de substituição do contrato de crédito à habitação ou de revisão das condições do contrato existente, de modo a que seja mais viável o cumprimento pelo mutuário das suas obrigações.

3 – A diferença entre os valores das habitações permutadas será deduzida ao capital em dívida.

4 – O mutuário pode, sem perder o direito a uma outra medida substitutiva, recusar a permuta de habitações prevista na presente lei.

5 – Em caso de recusa do mutuário nos termos do número anterior, deve a instituição de crédito propor ao mutuário uma das restantes medidas substitutivas.

PARECER
DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU
SOBRE O

**ACESSO AO CRÉDITO PARA OS
CONSUMIDORES E AS FAMÍLIAS:
PRÁTICAS ABUSIVAS**

(PARECER DE INICIATIVA)
RELATOR: MARIO CAMPLI

EXCERTOS

“O CESE reputa estratégica a criação de um quadro regulamentar único, transparente e integral em matéria de acesso ao crédito”

“O CESE reputa importante estudar a possibilidade de alargar, com as alterações e adequações que se revelarem necessárias, aos produtos financeiros e de crédito o quadro comunitário em matéria de responsabilidade, conforme prevê a Directiva 85/374/CEE e suas sucessivas alterações”

“O CESE sublinha, por outro lado, que, se a crise financeira atingiu tamanhas proporções, tal se deveu também às pressões comerciais a que os profissionais do sector financeiro e do crédito estiveram sujeitos”

“O CESE considera que a Comissão deveria elaborar um estudo oficial para averiguar a possibilidade e as modalidades de introdução de disposições europeias abrangentes sobre a usura”

“O CESE é de opinião que o potencial de crescimento das situações de crédito irregular se baseia no facto de muitas famílias e consumidores se encontrarem excluídos do mercado de crédito regular, em parte também em virtude da concessão de crédito irresponsável que os conduziu a situações de dependência e de extrema vulnerabilidade”

Comité Económico e Social Europeu

INT/496

Acesso ao crédito: Práticas abusivas

Bruxelas, 28 de Abril de 2010

PARECER

do Comité Económico e Social Europeu
sobre o

Acesso ao crédito para os consumidores e as famílias: Práticas abusivas

(parecer de iniciativa)

Relator: **Mario Campi**

Em 26 de Fevereiro de 2009, o Comité Económico e Social Europeu decidiu elaborar, nos termos do artigo 29º, n. 2, do Regimento, um parecer de iniciativa sobre o

Acesso ao crédito para os consumidores e as famílias: Práticas abusivas.

Incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos, a Secção Especializada do Mercado Único, Produção e Consumo emitiu parecer em 30 de Março de 2010.

Na 462.^a reunião plenária de 28 e 29 de Abril de 2010 (sessão de 28 de Abril), o Comité Económico e Social Europeu adoptou, por 75 votos a favor, 1 voto contra e 1 abstenção, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1 O CESE reputa estratégica a criação de um quadro regulamentar único, transparente e integral em matéria de acesso ao crédito.

1.2 O CESE insta a Comissão Europeia a estudar a melhor forma de colmatar as lacunas do actual quadro regulamentar, dedicando especial atenção aos produtos de crédito oferecidos, às práticas de publicidade enganosa, à transparência das condições oferecidas, aos intermediários de crédito, às assimetrias de informação e à alfabetização financeira das partes envolvidas.

1.3 O CESE convida os Estados-Membros a instituírem um órgão de fiscalização das práticas comerciais desleais com competências específicas no domínio do crédito.

1.4 O Comité recomenda o alargamento do sistema de alerta rápido europeu (RAPEX) à comercialização de produtos financeiros e de créditos tóxicos no mercado financeiro e de crédito europeu.

1.5 O CESE exorta a Comissão Europeia e os Estados-Membros a analisarem em maior profundidade os fenómenos das práticas ilegais e/ou criminosas no domínio do crédito, com

especial destaque para as práticas predatórias e usurárias e as iniciativas específicas no Espaço Europeu de Justiça.

1.6 O CESE preconiza o estabelecimento de uma regulamentação europeia específica e abrangente para os vários tipos de intermediários de crédito, que contenha definições, requisitos e obrigações de comportamento, independentemente do produto comercializado e da natureza principal ou secundária da actividade de crédito em causa.

1.7 O CESE recomenda o estabelecimento de uma regulamentação específica para a supervisão de actividades, práticas e comportamentos dos profissionais do sector que combinam o exercício da actividade de intermediação com outras actividades de natureza diversa, como é o caso dos agentes comerciais.

1.8 O CESE solicita que os requisitos de registo dos vários intermediários financeiros e de crédito numa rede europeia de registos nacionais sejam definidos com base em normas operacionais europeias de profissionalismo, prudência e ética, incluindo disposições comunitárias de exclusão daqueles cuja conduta seja danosa para o consumidor em consequência de práticas abusivas ou ilegais.

1.9 O CESE reputa importante estudar a possibilidade de alargar, com as alterações e adequações que se revelarem necessárias, aos produtos financeiros e de crédito o quadro comunitário em matéria de responsabilidade, conforme prevê a Directiva 85/374/CEE e suas sucessivas alterações.

1.10 O CESE recomenda a introdução de gamas apropriadas de produtos de crédito “certificados” ou “normalizados” no mercado europeu, em complemento da oferta já existente, a fim de promover uma maior transparência e uma concorrência leal na oferta de crédito ao consumo, tanto ao nível das práticas como dos produtos.

1.11 O CESE considera indispensável lançar uma campanha europeia de informação e formação dos consumidores, das associações de consumidores e dos profissionais que lhes prestam assistência, sobre os direitos dos consumidores em matéria de crédito e de serviços financeiros, bem como desenvolver as redes europeias relativas aos mecanismos judiciais e extrajudiciais de resolução de litígios (ADR – *Alternative Dispute Resolution*: modos alternativos de resolução de litígios)¹.

1.12 O CESE reputa essencial criar e promover, em concertação com os poderes públicos, redes da sociedade civil incumbidas de estudar as situações de exclusão social e de pobreza associadas ao crédito e ao sobreendividamento e de fornecer assistência e acompanhamento nestes casos.

1.13 O CESE recomenda, em particular, a introdução de procedimentos comuns, a nível europeu, para o tratamento das situações de sobreendividamento, que deverão também servir de base a acções públicas de assistência e/ou socorro às pessoas afectadas.

1.14 O CESE recomenda a elaboração de um estudo oficial pela Comissão para averiguar a possibilidade e as modalidades de introdução de disposições europeias abrangentes sobre a usura e para aprofundar os princípios e os elementos de base comuns com utilidade para a fixação de uma escala de taxas a aplicar ao nível europeu com base no qual seria possível definir uma situação de usura.

1.15 O CESE propõe a introdução de procedimentos comuns para promover sistemas nacionais de combate à usura, coordenados com base num quadro regulamentar europeu.

1.16 O CESE solicita que a emissão de cartões de crédito fique sujeita a regras severas para evitar comportamentos predadores e estimuladores do sobreendividamento, tornando obrigatória a conclusão de acordos entre titulares e emissores de cartões de crédito sobre os limites à atribuição de crédito.

1.17 A regulamentação comunitária deve assegurar a protecção completa e transparente, em toda a UE, do uso dos dados fornecidos pelo cliente, em especial, nas relações através da Internet.

1.18 No atinente à informação e à educação dos consumidores, também através de formas e práticas pedagógicas desde a escolarização de base, o CESE recomenda a promoção e o apoio de iniciativas da sociedade civil propícias a uma informação transparente e compreensível.

1.19 O CESE recomenda, por último, a antecipação da data de avaliação da eficácia da Directiva 2008/48/CE (cuja primeira revisão está prevista para 12 de Junho de 2013) e o encurtamento dos períodos de avaliação de cinco para três anos.

2. Introdução

2.1 Face à crise financeira mundial, a atenção centrou-se, num primeiro momento, em restituir a estabilidade e a liquidez dos mercados financeiros e, em seguida, no reforço da estabilidade e na renovação da arquitectura regulamentar do sector, a fim de evitar futuramente novas falhas no mercado.

2.1 Embora esta acção deva prosseguir e ser até intensificada, o CESE está convicto da necessidade actual de canalizar todas as energias no sentido de restaurar a confiança dos cidadãos europeus no sistema financeiro e de crédito e de os tranquilizar em relação às várias formas de acesso ao crédito.

2.3 Com efeito, a crise financeira gerou inevitavelmente uma crise económica, que está a causar perdas avultadas de emprego e uma redução da actividade económica e das receitas individuais e familiares.

2.4 Neste contexto, observa-se um aumento da *exclusão social e financeira* e da *pobreza*².

2.5 O crédito é um instrumento importante para os consumidores e para as famílias porque lhes permite fazer frente às despesas indispensáveis a uma existência normal e ordenada. Neste sentido, o acesso ao crédito, a preços acessíveis, é um instrumento fundamental para a inclusão social.

2.6 Contudo, o crédito não deveria ser considerado nem promovido como um substituto ou um complemento dos rendimentos dos consumidores e das famílias.

2.7 O maior desafio da política económica, fiscal e social é assegurar o acesso responsável ao crédito sem criar uma situação de dependência.

2.8 A consecução de tal objectivo requer um quadro legislativo destinado a evitar actividades irresponsáveis de concessão e contracção de empréstimos, e combater todas as formas de informação assimétrica entre mutuantes e consumidores.

3. Objecto do parecer

3.1 O presente parecer versa sobre situações de abuso na concessão de crédito, bem como sobre situações ilegais que se apresentam aos consumidores e contribuem para a escalada de situações de exclusão social e de pobreza. Não aborda questões específicas que foram objecto de outros pareceres do CESE.

3.2 O parecer tem por objectivo examinar o actual quadro regulamentar para identificar as lacunas existentes que conduzem a situações de abuso e propor soluções possíveis aos poderes públicos europeus e nacionais. Além disso, também não se quer furtar a um primeiro exame das práticas ilegais que, escapando ao âmbito do quadro regulamentar, são pouco conhecidas e de difícil resolução, estão estreitamente relacionadas com as práticas abusivas e são amiúde uma consequência das mesmas. Por último, o parecer pretende apontar os possíveis papéis da sociedade civil na resolução dos problemas identificados.

3.3 Recentemente, numa audição pública³, a Comissão afirmou: “A crise financeira mostrou os danos que as práticas irresponsáveis de concessão e contracção de empréstimos podem infligir nos consumidores e nas instituições de crédito, no sistema financeiro e na economia em geral. Estamos determinados a aprender com os eventuais erros para garantir que as actividades de concessão e contracção de empréstimos se processam de forma responsável.” (Charlie McCreevy, Comissário da UE para o Mercado Interno). Na mesma ocasião, a Comissão afirmou ainda: “É nosso dever manter os olhos bem abertos em relação aos mecanismos viciosos que geraram as actividades irresponsáveis de concessão e contracção de empréstimos que estão a prejudicar financeiramente um grande número dos nossos cidadãos” (Meglena Kuneva, Comissária da UE para a Protecção dos Consumidores).

3.4 O objectivo último do parecer é também, assim, dar um contributo para melhorar o funcionamento do mercado único, avaliando que soluções será pertinente propor a nível comunitário e ao nível dos Estados-Membros, ainda que sempre no âmbito de um quadro regulamentar comum. O CESE entende que, face a problemas de dimensão supranacional, as respostas correspondentes deverão ser dadas ao mesmo nível, a fim de evitar fragmentações no mercado único.

4. O quadro regulamentar actual: lacunas e perspectivas de acção

4.1 Relativamente aos contratos de crédito ao consumo, a principal legislação a nível europeu é a Directiva 2008/48/CE (CCD). A Directiva CCD é uma regulamentação de harmonização máxima. Por outras palavras, os Estados-Membros não podem manter ou introduzir regulamentações nacionais divergentes, mesmo que estas protejam melhor os seus consumidores. A directiva estabelece o quadro geral dos direitos dos consumidores em matéria de concessão de crédito ao consumo, não sendo, no entanto, aplicável ao crédito hipotecário.

4.2 Em complemento a tal quadro, a Directiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, estabelece um quadro geral de

definição e sanção das práticas comerciais desleais. No tocante aos “serviços financeiros”, ela constitui uma regulamentação de harmonização mínima, que permite aos Estados-Membros introduzir normas mais restritivas ou mais rigorosas de defesa dos consumidores.

4.3 No que diz respeito ao crédito hipotecário, não existe uma regulamentação europeia, sendo que as normas nacionais variam em função das diferentes culturas e dos diferentes mercados internos. Existe, no entanto, um código europeu de boas práticas sobre as informações pré-contratuais a fornecer aos consumidores e uma Ficha Europeia de Informação Normalizada (FEIN). Este código é um instrumento voluntário e de aplicação muito limitada.

4.4 O CESE reconhece que as normas actuais proporcionam uma gama de soluções possíveis para fazer frente a condutas abusivas na concessão de crédito. Subsistem, contudo, lacunas importantes que terão de ser colmatadas ao nível europeu, para além de haver ainda muito por fazer por parte dos poderes nacionais e europeus, inclusivamente ao nível da aplicação e dos regimes de sanção.

4.5 O CESE sublinha, por outro lado, que, se a crise financeira atingiu tamanhas proporções, tal se deveu também às pressões comerciais a que os profissionais do sector financeiro e do crédito estiveram sujeitos. A consecução de objectivos de venda cada vez mais elevados, independentemente da adequação dos produtos ao perfil do consumidor, conduziu à disseminação dos produtos tóxicos nas carteiras das empresas, dos consumidores e, em alguns casos, das administrações municipais.

4.6 O CESE entende que este fenómeno se deveu igualmente aos sistemas de incentivo e de bónus para os quadros superiores, cujas gratificações assumiram, por vezes, proporções absolutamente desmesuradas. Com efeito, chegou-se ao ponto de a diferença entre o rendimento anual de um trabalhador e do presidente do conselho de administração de uma das grandes instituições financeiras ser de 1 para 400. Apesar de todos os compromissos e das declarações solenes dos chefes de Estado e de Governo da UE, o CESE constata que ainda não foram tomadas medidas eficazes e concretas neste domínio.

4.7 Antes de mais, no actual quadro regulamentar, não há nos contratos de crédito qualquer obrigação de adequar a oferta às necessidades dos consumidores. A Directiva 2008/48/CE (art. 8º) impõe, oportunamente, a obrigação de avaliar a solvabilidade do consumidor. O artigo 5º, n. 6, estabelece apenas que os mutuantes devem fornecer explicações adequadas ao consumidor de modo a colocá-lo numa posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira, eventualmente fornecendo as informações pré-contratuais, explicando as características essenciais dos produtos propostos e os efeitos específicos que possam ter para o consumidor, dando aos Estados-Membros uma certa margem na sua aplicação prática, mas não contém regras sobre a adequação do produto às necessidades.

4.8 Esta ausência de regras deu azo a situações de abuso em que os produtos oferecidos aos consumidores estão, por vezes, desajustados das suas necessidades. Esse é o caso quando lhes é oferecido um só tipo de crédito ou lhe são oferecidos indiscriminadamente cartões de crédito/débito para adquirirem produtos em certos grandes armazéns (agentes comerciais).

4.9 A este propósito, o CESE sublinha a necessidade de separar de modo inequívoco a oferta de cartões de crédito da oferta relativa aos produtos comerciais ou às práticas de promoção a eles associados.

4.10 No atinente às informações publicitárias, salienta-se que, enquanto a regulamentação actual contém obrigações relativas às informações básicas necessárias para a celebração de contratos de crédito (Directiva 2008/48/CE, art. 4º e seguintes), não inclui obrigações específicas relativas a práticas enganosas ou agressivas ou, pelo menos, passíveis de gerar endividamento.⁴

4.11 O CESE está ciente de que, numa economia de mercado, caberia ao mercado encontrar um equilíbrio quantitativo e qualitativo entre a oferta e a procura. Porém, quando o mercado não consegue encontrar soluções apropriadas, devem intervir os poderes públicos, que têm a responsabilidade de fornecer respostas adequadas às necessidades sociais.

4.12 O CESE considera que uma resposta possível poderia ser a introdução no mercado europeu de uma gama apropriada de produtos de crédito “certificados” ou “normalizados”. Tais produtos completariam a oferta existente. Deste modo, os consumidores teriam a possibilidade de identificar melhor um produto mais conveniente e adaptado às suas necessidades⁵.

4.13 O CESE reputa, por isso, necessário que a Comissão aprofunde as bases jurídicas e processuais para uma maior transparência no mercado europeu com produtos de crédito “certificados” ou “normalizados” e para a criação de um sistema de alerta rápido europeu, com o objectivo de monitorizar a emissão de produtos financeiros e de créditos tóxicos no mercado financeiro e de crédito europeu.

4.14 De um outro ponto de vista, seria fundamental aumentar a responsabilidade dos fornecedores de crédito, de modo a limitar a presença de produtos inadequados às necessidades dos consumidores. Para tal, entende-se necessária a introdução, a nível europeu, de procedimentos comuns para o tratamento das situações de sobreendividamento, na sequência das quais se devem organizar igualmente acções de assistência e/ou de socorro às vítimas de sobreendividamento em consequência de práticas abusivas dos mutuantes.

4.15 Uma outra situação que não é abrangida pela legislação europeia é a usura. Em alguns Estados-Membros (Espanha, França, Itália, Portugal), a usura é objecto de regulamentação. Este não é, todavia, o caso em todos os países.

4.16 Além disso, estudos recentes⁶ revelam que a regulamentação da usura pode ter efeitos positivos na luta contra a exclusão social e a pobreza, bem como no combate às práticas abusivas.

4.17 O CESE considera que a Comissão deveria elaborar um estudo oficial para averiguar a possibilidade e as modalidades de introdução de disposições europeias abrangentes sobre a usura. Em particular, o CESE reputa conveniente aprofundar os princípios e os elementos de base comuns com utilidade para a fixação de uma escala de taxas a aplicar ao nível europeu com base no qual seria possível definir uma situação de usura

4.18 A fim de reforçar e valorizar experiências plurianuais realizadas em alguns Estados-Membros, o CESE considera útil estabelecer um quadro jurídico europeu para a promoção de sistemas nacionais de luta contra a usura e de assistência às vítimas de usura.

4.19 O CESE salienta que a maior parte das situações de abuso no domínio do crédito se verifica nas relações entre intermediários (de crédito) e consumidores.

4.20 A este propósito, o Parlamento Europeu apelou⁷ à criação de um quadro comunitário para clarificar e harmonizar as responsabilidades e as obrigações dos intermediários de crédito, com base no princípio “mesma actividade, mesmos riscos, mesmas regras”, visando garantir a protecção dos consumidores e evitar práticas de venda pouco transparentes e formas de publicidade incorrectas, que prejudicam, em particular, as faixas dos consumidores mais vulneráveis e menos informadas. O CESE subscreve esta perspectiva e entende que ela contribuiria para renovar o mercado da oferta e combater mais vigorosamente os abusos, a corretagem monetária irresponsável e a intermediação de natureza criminosa dos usurários (“*loan sharks*”).

4.21 O CESE está convicto de que a instituição do registo dos intermediários de crédito – com critérios vinculativos para a inscrição, a atribuição da fiscalização a organismos constituídos por associações profissionais dos bancos, dos intermediários/mediadores financeiros e das associações de consumidores sob a supervisão dos órgãos de fiscalização, e a indicação das causas de suspensão, cancelamento, exclusão e de responsabilidade partilhada em caso de prejuízos constatados em processo penal – pode assegurar a transparência, a fiabilidade e o profissionalismo.

4.22 Fenómenos como o crédito directo aos jovens via SMS, os créditos “fáceis” por telefone, os créditos de antecipação sobre rendimentos ou a oferta indiscriminada de cartões de crédito/débito são o cenário de fundo para as práticas abusivas. Há que combatê-los com todos os meios possíveis. Para tais situações, a Directiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais propõe várias soluções possíveis para os problemas associados à oferta irresponsável de crédito, as quais também poderiam ser adaptadas e adoptadas na regulamentação relativa aos contratos de crédito para os consumidores.

4.22.1 O CESE insta a que as instituições financeiras que emitem cartões de crédito fiquem sujeitas a regras severas (promoções, máximos de endividamento global, idade do titular potencial, transparência nos extractos de conta), para evitar comportamentos predadores e estimuladores do sobreendividamento.

4.22.2 Importa, sobretudo, fixar os limites de crédito dos cartões de crédito, em acordo com o seu titular. Todo e qualquer aumento futuro desses limites apenas deveria ser possível após acordo explícito entre titular e emissor do cartão de crédito.

4.23 Contudo, para ser eficaz, a legislação tem de ser aplicada de modo mais convincente⁸. Face à nova situação gerada pela crise financeira mundial, o CESE recomenda a antecipação da data de avaliação da eficácia da Directiva 2008/48/CE (a primeira avaliação está prevista para 12 de Junho de 2013) e o encurtamento dos períodos de avaliação de cinco para três anos. No tocante às práticas comerciais desleais na oferta de crédito, em particular, o CESE reputa importante a instituição, ao nível dos Estados-Membros, de entidades de fiscalização do mercado, dotadas de competências e de recursos técnicos adequados e específicos no domínio do crédito.

4.23.1 O CESE reclama, em particular, um quadro regulamentar reforçado para garantir a protecção completa e transparente na utilização dos dados fornecidos pelo cliente, especialmente dos activados via Internet e correio electrónico.

4.24 O CESE entende oportuno considerar a opção, para o crédito hipotecário, de alargar aos intermediários do crédito hipotecário o âmbito de aplicação obrigatória da FEIN (Ficha Europeia de Informação Normalizada) e das indicações sobre as taxas de juro, como na directiva sobre o crédito ao consumo – não deixando de ter em conta as reservas expressas nos anteriores pareceres sobre esta matéria⁹. Esta medida visaria uma maior integração do mercado do crédito hipotecário europeu e uma protecção global dos consumidores e das famílias.

4.25 No tocante aos serviços de consultoria em matéria de crédito ao consumo, o CESE defende o apoio das organizações da sociedade civil, especialmente as associações de consumidores, no exercício de actividades de consultoria, as quais permitiriam àqueles que acedem ao crédito ter uma opinião objectiva, transparente e profissional sobre a adequação dos produtos oferecidos às suas exigências específicas.

4.26 O CESE sublinha que a actividade de consultor de crédito deveria ser regulamentada para garantir, acima de tudo, um alto nível de transparência e de independência em relação aos mutuantes e aos intermediários.

4.27 Para fazer frente a todos estes problemas, o CESE entende necessário um quadro regulamentar único, coerente e homogéneo, ao nível da União Europeia, cujos princípios e disposições seriam aplicáveis a todos os produtos de crédito.

5. Práticas abusivas e/ou ilegais no domínio do crédito

5.1 O CESE entende que é necessário enfrentar os problemas do vasto mundo que se oculta sob a fachada de sociedades fictícias de mediação e de serviços financeiros, dedicado a práticas predatórias e usurárias associadas a práticas criminosas materializadas em taxas de juro e várias formas de extorsão. Sem pretender uma enumeração exaustiva, merecem destaque:

- os empréstimos irregulares a consumidores e famílias em dificuldades que ultrapassaram um limite tolerável de endividamento;
- os empréstimos, como a usura, destinados a explorar o cliente, próprios de organizações criminosas.

5.2 O recurso ao crédito irregular pode revestir várias formas:

- adiantamentos de dinheiro ou outros serviços “não registados”, explorando ao máximo as possibilidades de liquidez dos particulares e prolongando o mais possível a duração de tais adiantamentos;
- financiamentos realizados de forma irregular, em que as condições de rentabilidade do mutuante assentam no desrespeito dos códigos deontológicos, na aplicação de cláusulas abusivas, na falta de transparência das condições, no desencadear de uma escalada negocial e no exercício de pressão em relação às garantias exigidas;
- empréstimos que, tipicamente, assumem a forma de exercícios abusivos de actividade parabancária;
- empréstimos com manifesto carácter de usura nas suas várias modalidades criminosas e em contextos particulares.

5.3 O CESE é de opinião que o potencial de crescimento das situações de crédito irregular se baseia no facto de muitas famílias e consumidores se encontrarem excluídos do mercado de crédito regular, em parte também em virtude da concessão de crédito irresponsável que os conduziu a situações de dependência e de extrema vulnerabilidade.

5.4 O CESE reconhece que os problemas associados aos baixos rendimentos das famílias e às diversas formas de estímulo ao consumo – que, entre outros factores, estão na base da fragilidade que impele consumidores e famílias para práticas de empréstimo ilegais e para mercados monetários paralelos – não se podem resolver apenas através de uma regulamentação no âmbito do crédito.

5.5 Por outro lado, as práticas ilegais no domínio do crédito revestem-se amiúde de um carácter penal e deveriam, por isso, ser regulamentadas por iniciativas específicas em matéria penal do Espaço Europeu da Justiça e aplicadas pelas autoridades policiais. A plena aplicabilidade, em toda a União Europeia, de sentenças nacionais relativas à apreensão de bens de origem usurária e resultantes de extorsão criminosa poderia contribuir significativamente para a luta contra tais fenómenos¹⁰.

5.6 O CESE salienta que não há dados suficientes sobre esta matéria relativamente a todos os territórios da UE, que permitam conhecer o fenómeno a nível europeu em todos os seus aspectos quantitativos/qualitativos. Sugere, por isso, à Comissão que, juntamente com os Estados-Membros, analise tais situações em pormenor e com base em dados comparáveis.

6. Papel da sociedade civil

6.1 A sociedade civil, particularmente as associações de consumidores e também as organizações caritativas, tem um papel importante a desempenhar na identificação, no estudo e na vigilância dos problemas ligados às práticas abusivas e/ou ilegais de concessão de crédito a consumidores e famílias.

6.2 O CESE considera, portanto, essencial criar e promover, em concertação com os poderes públicos, redes da sociedade civil para estudar as situações de exclusão social e de pobreza associadas ao crédito e ao sobreendividamento e fornecer assistência e acompanhamento nestes casos. Tais redes desempenham um papel essencial no intercâmbio de informações e de boas práticas, também quando integradas no âmbito de um sistema harmonizado de tratamento das queixas¹¹.

6.3 O CESE faz notar que há já boas práticas nesta matéria, como o “crédito social acompanhado” ou a Rede Europeia de Inclusão Financeira (EFIN), e que elas devem ser estimuladas e reproduzidas em toda a União.

6.4 O CESE considera a informação e a educação dos consumidores, incluindo formas e práticas pedagógicas desde a escolarização de base, uma área de excelência para as iniciativas dos Estados-Membros e da sociedade civil¹². Estas são acções fundamentais para desenvolver a alfabetização financeira ao nível europeu em toda a União.

6.5 O CESE reputa essencial estimular e desenvolver estas actividades, mas sublinha que a

informação sobre os produtos é um dever dos mutuantes e a educação um dever dos poderes públicos. Além disso, o CESE considera que as iniciativas da sociedade civil em matéria de informação, que deve ser transparente e compreensível, e de educação serão eficazes se surgirem em complemento de um quadro regulamentar único e abrangente.

6.6 Na audição pública organizada em Bruxelas pelo CESE em 28 de Janeiro de 2010, com a presença de representantes qualificados da sociedade civil a nível nacional e europeu, realçou-se a necessidade de colocar o fenómeno das práticas abusivas e/ou ilegais sob o controlo europeu tanto a nível regulamentar e de assistência às vítimas como das políticas de educação, formação e informação de todas as partes envolvidas.

6.7 A fim de estimular uma economia social de mercado no domínio do crédito, o CESE considera importante a criação e o desenvolvimento das empresas de economia social, como as cooperativas¹³ Também cabe aos poderes públicos a responsabilidade de apoiar e promover a criação e o funcionamento deste tipo de empresa¹⁴.

Bruxelas, 28 de Abril de 2010

O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu

Mario Sepi

Notas

1. Sistema FIN-NET (*Financial Dispute Resolution Network*) [Rede de sistemas de reclamação tendentes à resolução extrajudicial de litígios transfronteiriços no sector dos serviços financeiros].
2. Ver Segunda avaliação conjunta do Comité da Protecção Social e da Comissão Europeia do impacto social da crise económica e das respostas políticas – SPC/2009/11/13 FINAL; Inquérito Eurobarómetro sobre a pobreza e a exclusão social – Ano Europeu do Combate à Pobreza e à Exclusão Social (2010). Comunicação da Comissão - Relatório Conjunto sobre Protecção Social e Inclusão Social 2010 – <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=757&langId=en>.
3. Audição pública sobre *Concessão e contracção responsável de empréstimos*. Bruxelas, 3 de Setembro de 2009.
4. Ao invés, a Directiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, contém uma boa definição de “acções enganosas” (art. 6º) ou “práticas comerciais agressivas” (art.8º).
5. A este propósito, ver: ISSO 22222 (*Planeamento financeiro pessoal* – 2005); UNI-ISSO (*Planificação financeira, económica e patrimonial pessoal* – 2008); AENOR – UNE 165001 (*Ética. Requisitos de los productos financieros socialmente responsables* – 2009); ver também ECO/266 – *Productos financieros socialmente responsables*). *Requisitos de los productos financieros socialmente responsables* – 2009); Ver também ECO/266 – *Productos financieros socialmente responsables*).

6. *Usura – Rapporto finale dell'Osservatorio socioeconomico sulla criminalità* (Relatório final do Observatório Socioeconómico sobre a Criminalidade). CNEL: Roma, 2008.
7. Resolução PE 5.6.2008 - Inquérito da relativo ao sector da banca a retalho.
8. Os Estados-Membros têm de se ater à regulamentação comunitária anterior a 12 de Junho de 2010.
9. JO C 27 de 3.2.2009, p. 18 e JO C 65 de 17.3.2006, p. 13.
10. Face a fenómenos entretanto globais, os governos e as instituições podem até continuar a fazer de conta de que não os vêem ou a pensar em soluções circunscritas ao plano nacional. Mas se ao menos se apercebessem do ímpeto que o mandado de captura europeu deu à investigação dos fugitivos, procurar-se-ia estabelecer, com coerência e rapidez, um quadro comum de instrumentos jurídicos e de investigação e um direito penal mínimo partilhado por todos os Estados-Membros, a partir da indemnização do delito de associação mafiosa” (ver F. Forgione, *Mafia export*, 2009, Milão).
11. Ver COM(2009) 346 final e parecer CESE 97/2010 de 20 de Janeiro de 2010.
12. UNI (Proposta de regulamento para a Educação Financeira do Cidadão – Requisitos do serviço), Janeiro de 2010.
13. Ver *Resilience of the Cooperative Business Model in Times of Crisis* (Resistência do modelo de empresa cooperativa em tempos de crise), OIT, 2009.
14. Ver JO C 318 de 23.12.2009, p. 22.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Relator: José Marcos Vieira

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Relator: Umberto Guaspari Sudbrack

Ementário

Julgados do TJ/MG e do TJ/GO

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 1 (27.04.2015)

“Realizada cirurgia a expensas do plano de saúde, que autorizou a realização do procedimento, a exigência pelo Hospital, diretamente ao paciente, de pagamento por materiais excedentes utilizados é evidentemente abusiva”

“Em se tratando de responsabilidade civil, cumpre perquirir a ocorrência dos requisitos que a ensejam e, por conseguinte, geram o dever de indenizar”

“Deveria o Hospital ter requerido a complementação ao plano de saúde e jamais cobrar os valores diretamente da paciente”

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Acórdão 2 (27.04.2015)

“O caso em apreço rege-se segundo os ditames do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a qualificação da parte autora e da ré, nessa ordem, como consumidora e fornecedora”

“Diante da cobrança irregular de serviços que não foram contratados, deve haver a restituição em dobro dos valores pagos indevidamente”

“Na fixação do montante reparatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a reparação se presta, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas”

ACÓRDÃO 1

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NÃO GERA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **16a. Câm. Cív.**

Relator: **José Marcos Vieira**

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA BARIÁTRICA. AUTORIZAÇÃO PELO PLANO DE SAÚDE. MATERIAIS EXCEDENTES. COBRANÇA PELO HOSPITAL EM DESFAVOR DA PACIENTE. ILEGALIDADE. INSCRIÇÃO DO NOME EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. DEFINIÇÃO DOS MATERIAIS NECESSÁRIOS. INCUMBÊNCIA DO MÉDICO. REPASSE DIRETO DE CUSTOS À CONSUMIDORA. ILEGALIDADE. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1 – Realizada cirurgia a expensas do plano de saúde, que autorizou a realização do procedimento, a exigência pelo Hospital, diretamente ao paciente, de pagamento por materiais excedentes utilizados é evidentemente abusiva.

2 – A inscrição indevida em cadastros de inadimplentes enseja dano moral *in re ipsa*, cuja caracterização, portanto, independe de prova.

3 – Cabe ao médico responsável a definição do método a ser adotado e a indicação dos equipamentos e materiais necessários para a obtenção do resultado pretendido, estando tais questões fora da esfera de arbítrio da operadora de plano de saúde.

4 – Falhas na prestação do serviço não ensejam, por si só, condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Para tanto, é necessária a verificação de situação relevante, causadora de real violação a direito da personalidade, insuficiente a mera cobrança irregular.

ACÓRDÃO: 1.0042.11.000224-5/001

DATA JULGAMENTO: 15/04/2015

1.0042.11.000224-5/001

DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/04/2015

ÓRGÃO JULGADOR: 16a. Câm. Cív.

RELATOR: José Marcos Vieira

TRIBUNAL: TJ/MG

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA BARIÁTRICA. AUTORIZAÇÃO PELO PLANO DE SAÚDE. MATERIAIS EXCEDENTES. COBRANÇA PELO HOSPITAL EM DESFAVOR DA PACIENTE. ILEGALIDADE. INSCRIÇÃO DO NOME EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. DEFINIÇÃO DOS MATERIAIS NECESSÁRIOS. INCUMBÊNCIA DO MÉDICO. REPASSE DIRETO DE CUSTOS À CONSUMIDORA. ILEGALIDADE. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1 – Realizada cirurgia a expensas do plano de saúde, que autorizou a realização do procedimento, a exigência pelo Hospital, diretamente ao paciente, de pagamento por materiais excedentes utilizados é evidentemente abusiva.

2 – A inscrição indevida em cadastros de inadimplentes enseja dano moral *in re ipsa*, cuja caracterização, portanto, independe de prova.

3 – Cabe ao médico responsável a definição do método a ser adotado e a indicação dos equipamentos e materiais necessários para a obtenção do resultado pretendido, estando tais questões fora da esfera de arbítrio da operadora de plano de saúde.

4 – Falhas na prestação do serviço não ensejam, por si só, condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Para tanto, é necessária a verificação de situação relevante, causadora de real violação a direito da personalidade, insuficiente a mera cobrança irregular.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

RELATOR.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (RELATOR)

VOTO

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas da sentença de f. 210/215-TJ, que, nos autos da Ação Indenizatória movida por Joseane de Fátima Romano em desfavor de Hospital Santa Genoveva Ltda. e Unimed Alto São Francisco – Cooperativa de Trabalho Médico, julgou procedentes os pedidos, condenados cada um dos Réus ao pagamento de R\$12.000,00 a título de indenização por danos morais. A Ré Unimed foi condenada, ainda, ao pagamento de in-

denização por danos materiais, no valor de R\$2.686,50.

Inconformado, o Réu Hospital Santa Genoveva Ltda. interpôs Apelação às f. 226/240-TJ, em que pugna, inicialmente, pela apreciação dos Embargos de Declaração de f. 217/221-TJ.

No mérito, sustenta a validade do contrato celebrado com a Autora e a regularidade da cobrança das despesas não cobertas pelo plano de saúde. Afirma que não houve a exigência de cheque caução, mas de pagamento de materiais cuja utilização não havia sido autorizada pela Unimed. Sustenta inexistir ilegalidade na exigência de garantia para a realização de cirurgia eletiva.

Aduz que não há que se questionar a utilização do material excedente, absolutamente necessário ao sucesso do procedimento, conforme atestado pelo médico responsável pela cirurgia. Alega que é impossível indicar prévia e precisamente quais serão os custos resultantes da realização da cirurgia. Assevera que as cobranças realizadas foram lícitas e decorrentes do contrato entabulado entre as partes. Sustenta que não praticou qualquer ato ilícito a ensejar sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Pugna pela reforma da sentença quanto à inversão do ônus da prova. Por fim, requer a redução da indenização por danos morais.

A Ré Unimed Alto São Francisco interpôs Apelação às f. 242/259-TJ, em que afirma ser parte ilegítima para figurar no polo passivo do presente feito, ao argumento de que não é responsável pela negativação do nome da Autora.

No mérito, afirma que, por mera liberalidade, aceitou ajudar a Autora no pagamento dos materiais utilizados pelo Hospital Réu sem autorização. Sustenta que apenas

tomou conhecimento da utilização da carga extra de grameador muito após a realização da cirurgia, tendo efetuado o pagamento integral.

Aduz que os danos sofridos pela Autora foram decorrentes unicamente de ato ilícito praticado pelo Hospital Réu. Afirma que, ainda que se reconheça o descumprimento do contrato de assistência a saúde, tal fato é insuficiente para, por si só, ensejar o pagamento de indenização. Pugna pela redução da indenização por danos morais. Sustenta que não há qualquer vício no acordo entabulado entre as partes, sendo descabida sua anulação.

Contrarrazões às f. 264/270-TJ.

A Autora interpôs Apelação Adesiva às f. 271/275-TJ, em que requer que os juros moratórios sejam majorados para a taxa de 1% ao mês e que, quanto à indenização por danos morais, incidam desde o evento danoso.

Contrarrazões às f. 291/295 e 296/300-TJ.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA

Suscita a Segunda Apelante preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que não é responsável pela negativação do nome da Autora.

Ocorre que, analisando os autos, notadamente a petição inicial, é fácil perceber que a causa de pedir não se restringe à inclusão do nome da Autora em cadastro de proteção ao crédito. A inicial é expressa no sentido de que os danos morais e materiais a serem indenizados decorrem também da cobrança abusiva de valores pelo Hospital Réu e pela Unimed.

Desta forma, não há dúvida de que a Segunda Apelante é titular de interesse em conflito, tendo pertinência subjetiva para figurar no polo passivo do feito.

Portanto, REJEITO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.

A SRA. DESA. APARECIDA GROSSI (REVISORA) – De acordo com o(a) Relator(a).

O SR. DES. PEDRO ALEIXO – De acordo com o(a) Relator(a).

PRELIMINAR – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Pugna o Primeiro Apelante, preliminarmente, pela apreciação, pelo Tribunal, dos Embargos de Declaração de f. 217/221-TJ, opostos à sentença.

É certo que, nos termos do art. 535 e seguintes do CPC, os Embargos de Declaração constituem recurso dirigido diretamente ao julgador que proferiu a decisão impugnada, a fim de que seja sanada omissão, obscuridade ou contradição existente. Assim, descabida a análise pelo Tribunal de Embargos Declaratórios opostos para esclarecimento de sentença, proferida pelo MM. Juiz *a quo*.

Se não bastasse, o Douto Juízo de origem manifestou-se expressamente sobre os Embargos, deixando de conhecê-los, por intempestividade. Portanto, eventual discordância quanto à decisão interlocutória de f. 223/224-TJ deveria ter sido objeto de recurso próprio, no momento oportuno.

Desta forma, mostra-se incabível a análise, em preliminar de Apelação, de Embargos de Declaração opostos à sentença.

Assim, REJEITO A PRELIMINAR.

A SRA. DESA. APARECIDA GROSSI (REVISORA) – De acordo com o(a) Relator(a).

O SR. DES. PEDRO ALEIXO – De acordo com o(a) Relator(a).

PRIMEIRO APELO

A ora Apelada ajuizou o presente feito requerendo o recebimento de indenização por danos materiais e morais. Afirmou que mantém com a Ré Unimed contrato de plano de saúde e que, em janeiro de 2009, foi submetida a cirurgia bariátrica, realizada no Hospital Réu. Narrou que, no momento da internação, foi-lhe exigida a emissão de cheque caução no valor de R\$6.603,50, tratando-se de conduta claramente ilegal.

Sustentou que, após a realização da cirurgia, recebeu do Hospital cobrança no valor de R\$1.728,00, referente à utilização de carga extra de grameador. Afirmou que também a Ré Unimed realizou cobrança indevida, a título de complementação pela realização do procedimento cirúrgico, no valor de R\$2.686,50. Asseverou que as cobranças indevidas culminaram na inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito.

Os pedidos foram julgados procedentes, condenados cada um dos Réus ao pagamento de R\$12.000,00 a título de indenização por danos morais. A Ré Unimed foi condenada, ainda, ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$2.686,50.

Inconformado, o Réu Hospital Santa Genoveva Ltda. sustenta a validade do contrato de prestação de serviços celebrado com a Autora, a quem caberia o pagamento das despesas não cobertas pelo plano de saúde. Afirma que não houve a exigência de cheque caução, mas de pagamento de materiais cuja utilização não havia sido autorizada pela Unimed. Sustenta inexistir ilegalidade na exigência de garantia para a realização de cirurgia eletiva.

Aduz que não há que se questionar a utilização do material excedente, absolutamente necessário ao sucesso do procedimen-

to, conforme atestado pelo médico responsável pela cirurgia. Alega que é impossível indicar prévia e precisamente quais serão os custos resultantes da realização da cirurgia. Assevera que as cobranças realizadas foram lícitas e decorrentes do contrato entabulado entre as partes. Sustenta que não praticou qualquer ato ilícito a ensejar sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Pugna pela reforma da sentença, para que seja afastada sua condenação por danos morais, ou ao menos reduzido o valor da indenização.

Em se tratando de responsabilidade civil, cumpre perquirir a ocorrência dos requisitos que a ensejam e, por conseguinte, geram o dever de indenizar.

Neste sentido, dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, para se reconhecer o cabimento da indenização, mostra-se necessária a constatação da conduta antijurídica que gere dano e do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A propósito, sobre os requisitos essenciais da responsabilidade civil, a lição de NESTOR DUARTE em obra de coordenação de CEZAR PELUSO:

São elementos indispensáveis para obter a indenização: 1) o dano causado a outrem, que é a diminuição patrimonial ou a dor, no caso de dano apenas moral; 2) nexo causal, que é a vinculação entre determinada

ação ou omissão e o dano experimentado; 3) a culpa, que genericamente engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente. (Código Civil Comentado, 6ª ed., Manole, São Paulo, 2012, p. 138).

Analisando os autos, verifico que a Autora se desincumbiu do ônus, que lhe impõe o art. 333, I, do Código de Processo Civil, de comprovar o preenchimento cumulativo dos requisitos acima elencados.

A prática de ato ilícito é evidente, ainda que não comprovada nos autos a exigência de cheque caução no momento da internação. Conforme se vê do documento de f. 46-TJ e das narrativas constantes dos autos, inclusive depoimento pessoal da Autora (f. 186-TJ), a emissão do cheque deu-se para pagamento dos materiais necessários para a realização da cirurgia e cuja cobertura havia sido inicialmente negada pela Unimed.

Não se trata, portanto, de garantia exigida para a prestação dos serviços hospitalares, mas de pagamento pela utilização de materiais e equipamentos especificamente indicados pelo médico responsável como indispensáveis, afastada a caracterização do título como cheque caução.

Ocorre que, realizada a cirurgia a expensas do plano de saúde, que autorizou a realização do procedimento, conforme se vê de f. 48-TJ, a exigência pelo Hospital, diretamente ao paciente, de pagamento por materiais excedentes utilizados na cirurgia é evidentemente abusiva, mormente em se considerando que, no presente caso, culminou na inscrição do nome da consumidora em cadastro de proteção ao crédito.

Verifica-se dos autos, que, antes da realização da cirurgia, o médico responsável

havia arrolado como necessárias 7 (sete) cargas para grampeador (f. 48-TJ). No entanto, em razão de complicações ocorridas durante o procedimento cirúrgico, mostrou-se indispensável a utilização de mais uma carga, conforme relatório médico de f. 45-TJ.

Desta forma, deveria o Hospital ter requerido a complementação ao plano de saúde e jamais cobrar os valores diretamente da paciente.

Observe-se que, conforme alega a Unimed e comprovam os documentos acostados aos autos, apenas em 10.09.2009, muito depois da realização da cirurgia, a existência de débito referente a uma carga de grampos foi comunicada à Unimed (f. 64/66-TJ). O atestado médico de f. 45-TJ e os documentos de f. 51-2-TJ confirmam que a oitava carga do grampeador foi utilizada em razão de situação médica inesperada, não tendo sido o material solicitado antes da realização da cirurgia.

Ressalte-se que, em que pese à prova dos autos, indicativa de que a cobertura da carga extra para grampeador apenas fora solicitada à Unimed em outubro de 2009, os valores já vinham sendo exigidos da consumidora desde maio de 2009 (f. 57-TJ), em situação flagrantemente abusiva.

Ora, beira o absurdo admitir-se que Hospital tenha a livre escolha de cobrar os valores do paciente ou do plano de saúde. Internada a paciente a custas do plano de saúde, a cobrança de quaisquer taxas ou materiais diretamente do consumidor deve ser precedida de autorização expressa e específica, inexistente no caso, insuficiente a mera previsão genérica no contrato de que o paciente é responsável pelo pagamento da diferença entre “o preço efetivo do tratamento e a cobertura do plano de saúde”.

Entender-se o contrário seria autorizar conduta contrária a boa-fé, que deve pautar as relações comerciais e, com ainda mais razão, as relações consumeristas, como *in casu*, permitindo que pessoa que se interne em hospital com a legítima expectativa de que o plano de saúde arque com os custos dos procedimentos necessários seja surpreendida, no momento da alta hospitalar, por dívida astronômica e cuja conferência pelo consumidor sequer é possível, pelo desconhecimento técnico.

Desta forma, ainda que celebrado entre as partes o contrato de f. 121-2-TJ, em que existentes meras previsões genéricas, mostra-se ilegal a cobrança da Autora de R\$1.728,00, pelo que também ilegal a inscrição do nome da Autora em cadastro de proteção ao crédito em razão do débito (f. 73-TJ).

Está pacificado na jurisprudência que o dano moral decorrente de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes existe *in re ipsa*, ou seja, independe de prova para caracterização.

Neste sentido, vale transcrever lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO (“Programa de Responsabilidade Civil”, 8ª. ed., Atlas, São Paulo, 2009, p. 86):

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ‘ipso facto’ está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção ‘hominis’ ou ‘facti’, que decorre das regras da experiência comum.

Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.

Importante também transcrever alguns arestos do Superior Tribunal de Justiça, que bem explicam a questão:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INCLUSÃO IRREGULAR DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PROVA DO DANO. – O dano moral não depende de prova; acha-se *in re ipsa*. – Em sede de apelo especial não se reexamina matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp 720.995/PB, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, j. 16/08/2005, DJ 03/10/2005 p. 278).

EMENTA: CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL RECONHECIDO. (...). – A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a inscrição indevida em cadastro restritivo gera dano moral *in re ipsa*, sendo despcienda, pois, a prova de sua ocorrência. Dessa forma, ainda que a ilegalidade tenha permanecido por um prazo exíguo, por menor que seja tal lapso temporal esta circunstância não será capaz de afastar o direito do

consumidor a uma justa compensação pelos danos morais sofridos. (...) Recurso especial provido para julgar procedente o pedido de compensação por danos morais formulado pela recorrente. (REsp 994.253/RS, Rel^a. Min^a NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. 15/05/2008, DJe 24/11/2008).

Em relação ao montante da indenização, sabe-se que deve ser estipulado pelo Juiz de forma equitativa, de modo que não seja alto a ponto de implicar enriquecimento sem causa da vítima, nem baixo, sob pena de não produzir no causador do dano a sensação de punição que o leve a deixar de praticar o ato. Para tanto, devem-se considerar as condições econômicas dos envolvidos, a culpa do ofensor e a extensão do dano causado ao ofendido.

A lei não indica os elementos que possam servir de parâmetro para se estabelecer o valor da indenização, apenas dispõe que deve ser pautada com base na extensão do dano (art. 944 do CC), sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação.

Já a doutrina vem tentando estabelecer critérios que deverão ser observados pelo julgador no momento de fixar a indenização. RIZZATTO NUNES apresenta alguns desses critérios quando se trata de dano moral ao consumidor, uma vez que ali estão enumerados os aspectos relevantes para se avaliar a extensão do dano ao qual se refere a lei:

(...) inspirado em parte da doutrina e em parte da jurisprudência, mas principalmente levando-se em conta os princípios constitucionais que garantem a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, do respeito à vida e da garantia à incolumidade física e psíquica, com o asseguramento de uma sadia qualidade de vida e do princípio da isonomia, e, ainda, a garantia da intimidade, vida privada, imagem e honra, é

possível fixarem-se alguns parâmetros para a determinação da indenização por danos morais, quais sejam:

- a) a natureza específica da ofensa sofrida;
- b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido;
- c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido;
- d) a existência de dolo – má-fé – por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;
- e) a situação econômica do ofensor;
- f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;
- g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta;
- h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido;
- i) necessidade de punição. (Curso de Direito do Consumidor, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 310).

Valho-me, ainda, dos ensinamentos de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. (...) Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

(...)

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússula norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite

cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (Programa de Responsabilidade Civil, 8ª. ed., Atlas, São Paulo, 2009, p. 91/93).

Sob estes parâmetros, entendo não haver exorbitância na fixação da indenização em R\$12.000,00, valor que se mostra adequado para a produção dos efeitos pedagógicos também visados pela indenização danos morais, evitando a reiteração da conduta do Primeiro Apelante, além de não ocasionar enriquecimento sem causa da parte autora. A Primeira Apelante aproveitou-se da necessidade da Autora, de realizar a cirurgia naquela data, e buscou alcançar suposta autorização para a realização de cobranças abusivas.

Invoco o magistério de CALMON DE PASSOS, que me parece justificar o arbitramento:

(...) entremeado de dificuldades é o problema do ressarcimento dos danos que afetam a nossa personalidade, os que provocam mudança no modo como nos víamos ou como éramos vistos (avaliados) pelos outros. Em que pesem essas peculiaridades, tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os

critérios fundamentadores da liquidação dos danos materiais – devem ser precisamente provados, repelindo-se, tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa, o juízo de valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-nos rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto.

E continua:

(...) o que será dano moral puro, ou seja, possível de existir inexistindo danos materiais ou que nenhuma relação mantém com os mesmos? Só nos resta afirmar que nos situamos, aqui, no espaço do que se qualifica como valor, algo especificamente humano e insuscetível de objetivação, salvo se considerado em sua legitimação intersubjetiva. Sem esse consectário, torna-se aleatório, anárquico, inapreensível e inobjetivável. Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana. (“O imoral nas indenizações por dano moral”, Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2989>>. Acesso em: 25 jul. 2011).

Desta forma, não há razão para a reforma da sentença quanto à condenação do Primeiro Apelante ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$12.000,00.

Com estes argumentos, NEGO PROVIMENTO AO APELO.

A SRA. DESA. APARECIDA GROSSI (REVISORA) – De acordo com o(a) Relator(a).

O SR. DES. PEDRO ALEIXO – De acordo com o(a) Relator(a).

SEGUNDO APELO

No Segundo Apelo, a Ré Unimed Alto São Francisco afirma que, por mera liberalidade, aceitou ajudar a Autora no pagamento dos materiais utilizados pelo Hospital Réu sem autorização. Sustenta que apenas tomou conhecimento da utilização da carga extra para grampeador muito após a realização da cirurgia, tendo efetuado o pagamento integral.

Aduz que os danos sofridos pela Autora foram decorrentes unicamente de ato ilícito praticado pelo Hospital Réu. Afirma que, ainda que se reconheça o descumprimento do contrato de assistência à saúde, tal fato é insuficiente para, por si só, ensejar o pagamento de indenização. Pugna pela redução da indenização por danos morais. Sustenta que não há qualquer vício no acordo entabulado entre as partes, sendo descabida sua anulação.

Também quanto à Ré Unimed, verifico a prática de ato ilícito, haja vista o repasse à Autora de custos que deveriam ter sido cobertos pelo plano de saúde.

Autorizada a realização da cirurgia pela Unimed, cabe ao médico responsável a definição do método a ser adotado e a indicação dos equipamentos e materiais necessários para a obtenção do resultado pretendido, estando tais questões fora da esfera de arbítrio da operadora de plano de saúde.

Ainda que seja possível discussão direta entre o plano de saúde e o Hospital credenciado a respeito dos custos repassados, tal circunstância não pode prejudicar a paciente.

Sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. TRATA-

MENTO DE URGÊNCIA. ACOMPANHAMENTO DE RECÉM NASCIDA INTERNADA EM UTI. CUMPRIMENTO FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. APLICAÇÃO DO CDC. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela-se abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar.

2. O Tribunal de origem considerou indevida a recusa de cobertura financeira do plano de saúde à autora, ora recorrida, para acompanhar sua filha recém nascida internada em UTI neonatal, visando a manutenção do aleitamento materno, 3. A análise das razões recursais e a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas premissas, impõem reexame de todo âmbito da relação contratual estabelecida e incontornável incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 618.631/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 12/02/2015, DJe 20/02/2015)

Merece destaque, também voto proferido pelo o Min. Carlos Alberto Menezes Direito no julgamento do REsp 668.216/SP, no sentido de que o senhor do tratamento é o médico, que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. *In verbis*:

A orientação que se vem firmando, e que merece exame da Corte, é sobre esse ponto, considerando a consolidação legislativa vigente com a Lei nº 9.656/98. O que se procurou fazer, pelo menos no meu entender, foi estabelecer critério para proteger o consumidor e ao mesmo tempo assegurar a viabilidade empresarial dos planos privados de saúde. De fato, não se pode negar o direito do contrato de estabelecer que tipo de doença está ao alcance do plano oferecido. Todavia, entendo que deve haver uma distinção entre a patologia alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor. Foi nessa linha que esta Terceira Turma caminhou quando existia limite de internação em unidade de terapia intensiva (REsp nº 158.728/RJ, da minha relatoria, DJ de 17/5/99), reiterado pela Segunda Seção (REsp nº 251.024/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4/2/02). Isso quer dizer que o plano de saúde pode estabelecer que doenças estão sendo cobertas, mas não que o tipo de

tratamento está alcançado para a respectiva cura. Assim, por exemplo, se está coberta a cirurgia cardíaca, não é possível vedar a utilização de stent, ou, ainda, se está coberta a cirurgia de próstata, não é possível impedir a utilização de esfíncter artificial para controle da micção. O mesmo se diga com relação ao câncer. Se a patologia está coberta, parece-me inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de que a quimioterapia é uma das alternativas possíveis para a cura da doença. Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. (STJ, 3ª Turma, REsp 668216 /SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 02/04/2007 p. 265) (g. n.)

Portanto, ilegal a cobrança à consumidora de parte dos custos referentes à utilização de materiais cuja cobertura foi negada pela Segunda Apelante, sendo-lhe devido o pagamento de indenização por danos materiais no importe de R\$2.686,50.

Não desconheço a existência do Termo de Compromisso de f. 40-1-TJ, de que consta cláusula no sentido de que a Autora renuncia ao direito de pleitear judicialmente ou não a obtenção de quantia relacionada aos materiais utilizados em sua cirurgia (cláusula terceira, f. 41-TJ). Ocorre que, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que impliquem renúncia ou disposição de direitos, que subtraíam do con-

sumidor a opção de reembolso de quantia já paga, bem como aquelas incompatíveis com a boa-fé e que coloquem o consumidor em situações de desvantagem exagerada.

Desta forma, o Termo de Compromisso de f. 40-1-TJ, que prevê o ilegal repasse de custos à consumidora, não representa óbice à análise judicial da regularidade da conduta, pleiteada na inicial.

Quanto à indenização por danos materiais, portanto, sem razão a Segunda Apelante.

Por outro lado, tenho que a sentença deve ser reformada quanto à condenação da Segunda Apelante ao pagamento de indenização por danos morais, pois, apesar de verificada a ocorrência de ato ilícito, não há nos autos prova de lesão a direito da personalidade decorrente da conduta da Ré Unimed.

A cirurgia, eletiva, foi realizada na data agendada, restando meros inconvenientes posteriores, referentes à definição de quem devesse arcar com os custos dos materiais, utilizados pelo médico, que extrapolariam aqueles normalmente utilizados em cirurgia bariátrica. Note-se que não houve inscrição do nome da consumidora em cadastro de crédito em razão de dívida cobrada pela Ré Unimed.

É certo que falhas na prestação do serviço não ensejam, por si só, condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Para tanto, é necessária a verificação de situação relevante, causadora de real violação a direito da personalidade.

Neste sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ATRASO EM VOO DOMÉSTICO NÃO SIGNIFICATIVO, INFERIOR A OITO HORAS, E SEM A OCORRÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS GRAVES. COMPANHIA AÉREA QUE FORNECEU ALTERNATIVAS

RAZOÁVEIS PARA A RESOLUÇÃO DO IMPASSE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. O cerne da questão reside em saber se, diante da responsabilidade objetiva, a falha na prestação do serviço – atraso em voo doméstico de aproximadamente oito horas – causou dano moral ao recorrente.

2. A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque doutrina e jurisprudência têm afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual – que é um ato ilícito – não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral.

(...)

5. O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade – notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos –, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Precedentes.

(...)

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1269246/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

Desta forma, não comprovada a existência de fato realmente capaz de afetar a psique da pessoa, mas mera situação desagradável, corriqueira nas relações comerciais e que não viola o estado anímico do ser humano, a ponto de causar-lhe desequilíbrio espiritual, mostra-se ausente o dever indenizatório por dano moral.

Em casos semelhantes, já decidiu este Egrégio Tribunal:

EMENTA: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA COBERTURA DE CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA E NEGATIVA DE MATERIAIS DE SÍNTESE LIGADOS AO ATO CIRÚRGICO. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO EXPRESSA. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS COM BASE NA BOA-FÉ OBJETIVA E NA FUNÇÃO SOCIAL. INDICAÇÃO MÉDICA. ATO ILÍCITO. DANOS MORAIS. MEROS ABORRECIMENTOS.

Ao consumidor que contratou plano de saúde para resguardar-se de eventual necessidade de tratamento e assistência médico-hospitalares e paga as mensalidades devidas em dia não pode ser negada cobertura de materiais se síntese ou ligados ao ato cirúrgico quando não excluídos expressamente do contrato.

Não havendo no contrato expressa previsão de exclusão dos materiais indicados, a presunção da cobertura milita em favor do consumidor, seja por ser a parte hipossuficiente, seja porque a obrigação da operadora contratada era de oferecer tratamento e assistência à saúde, mormente tendo em vista a existência de cláusula de ampliação de cobertura que incluiu cirurgias cardíacas e próteses cardíacas.

Os aborrecimentos decorrentes de interpretação de contrato, em geral, não são capazes de causar dano de ordem moral aos contratantes, devendo haver prova robusta de que a parte foi lesada em sua honra, sob pena de improcedência do pedido de indenização por danos morais.

(TJMG – Apelação Cível 1.0024.08.970466-2/003, Rel. Des. Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, j. 27/11/2014, publ. 09/12/2014)

EMENTA: APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS – DESCUMPRIMENTO – DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA.

O mero descumprimento de obrigações contratuais ou o seu cumprimento de maneira que não atenda integralmente às expectativas do contratante não enseja indenização por dano imaterial, pois acarreta apenas aborrecimento, mágoa e dissabor, que fogem da órbita do dano moral e não fazem surgir o direito à percepção de seu ressarcimento. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.06.351288-6/004, Rel. Des. Maurílio Gabriel, 15ª CÂMARA CÍVEL, j. 27/11/0014, publ. 04/12/2014)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CARTÃO DE CRÉDITO – COBRANÇA INDEVIDA – INSCRIÇÃO NO ROL NEGATIVADOR – AUSÊNCIA DE PROVA – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À HONRA – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO PROVIDO.

– A sistemática adotada pelo Diploma Processual Civil pátrio, no que concerne ao ônus da prova, está muito clara no art. 333, CPC, impondo ao autor o ônus fundamental da prova de seu direito, e, ao réu, o ônus de demonstrar qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

Assim, se o autor não se desvencilha do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, se sujeita a perder a causa.

– Não gravitam na órbita do dano moral aquelas situações que, não obstante possam causar algum aborrecimento, não são suficientes para caracterizar dano moral, mormente se delas não decorreu qualquer constrangimento capaz de afetar a honra, o nome ou a reputação, além de não ter qualquer repercussão negativa, como é o caso, na qual, o recebimento de cobrança indevida não pode ser confundida com violação à honra, conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o bom nome, a reputação e o respeito no meio comunitário e social. (Apelação Cível nº 1.0701.08.217849-5/001, Rel. Des. TARCISIO MARTINS COSTA, j. 25/08/2009, DJ 21/09/2009). (g. n.)

Portanto, não tendo a Autora se desincumbido do ônus de comprovar o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, notadamente no que se refere ao dano moral alegado contra a UNIMED, não há que se falar em dever de indenizar.

Com estes argumentos, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para reformar a sentença e afastar a condenação da Segunda Apelante, Unimed Alto São Francisco, ao pagamento de indenização por danos morais, mantida a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais.

A SRA. DESA. APARECIDA GROSSI (REVISORA) – De acordo com o(a) Relator(a).

O SR. DES. PEDRO ALEIXO – De acordo com o(a) Relator(a).

APELO ADESIVO

Em seu recurso, a Autora requer que os juros moratórios sejam majorados para a

taxa de 1% ao mês e que, quanto à indenização por danos morais, incidam desde o evento danoso.

Verifica-se que as partes não pactuaram previamente a taxa de juros moratórios a ser cobrada, pelo que cabível a fixação do encargo “segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” (art. 406, CC).

Neste ponto, é notável a divergência doutrinária e jurisprudencial – inclusive no STJ. Há quem defenda que o dispositivo legal refere-se à Selic – tendência na jurisprudência recente no STJ (EDcl no AgRg no Ag 1160335/MG, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, j. 27/11/2012, DJe 06/12/2012) – e há forte corrente que sustenta a prevalência da disposição legal, aplicável o limite de 1% ao mês previsto no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Merece destaque o Enunciado 20, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em que sedimentada a filiação da doutrina majoritária à segunda corrente:

Enunciado 20, CFJ – A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês.

Sobre o tema, a lição de HAMID CHARAF BDINE JR., em obra de coordenação de CEZAR PELUSO:

Os juros moratórios serão convencionais ou legais, segundo tenham sido ou não estabelecidos pelas partes no contrato celebrado. Caso não sejam convencionados, ou se as partes não estabelecerem a taxa devida, ou se decorrerem de lei, os juros corresponderão àquela que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Essa taxa é o limite má-

ximo permitido para o mútuo de fins econômicos previsto no art. 591 deste Código.

A questão a enfrentar é a que se refere AO LIMITE DE JUROS DA Fazenda Nacional, que poderá ser a taxa Selic ou a que se encontra estipulada no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A jurisprudência não é pacífica a respeito da legalidade da taxa Selic, de modo que há uma tendência de se reconhecer que o limite será 1% ao mês, segundo a regra do Código Tributário. A taxa Selic padece da ilegalidade por compreender, além de juros, componente de correção monetária, de modo que corrigir a dívida e acrescer a ela os juros correspondentes à taxa Selic representará dupla correção, com enriquecimento ilícito do credor, além de permitir capitalização não autorizada, como registra Celso Pimentel, invocando a lição de Franciulli Netto, em artigo publicado na Revista Jurídica n. 319, p. 61-5. Nem bastaria utilizar a taxa Selic isoladamente, pois não seria possível que o devedor distinguisse entre a taxa de correção monetária e os juros nela compreendidos – ficando impedido, por exemplo, de verificar se a atualização seguiu o índice oficial.

No sentido da inadmissibilidade da adoção da taxa Selic como limite da taxa de juros prevista no art. 161, § 1º, do CTN: Judith Martins-Costa ('Comentários ao novo Código Civil'. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 300) e Enunciado n. 20 da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (...). (Código Civil Comentado. 6ª ed., Manole, São Paulo, 2012, p. 450-1).

In casu, em que pese não desconhecer a divergência existente, tenho que não há dúvida acerca do limite a ser adotado para a fixação da taxa de juros.

A adoção da taxa de 1% ao mês atende a determinação legal e é plenamente justificada, na medida em que a correção monetária e os juros moratórios podem ter termos iniciais diversos, inviabilizando a adoção da taxa Selic, que, conforme exposto, reúne em um só índice os juros moratórios e a correção monetária. Neste sentido, confira-se o AgRg nos EDcl no REsp 1025111/SP, Rel. Min^a MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. 21/05/2013, DJe 28/05/2013.

Desta forma, merece reforma a sentença, para que os juros moratórios incidam à taxa de 1% ao mês.

Quanto ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, tenho que se deve verificar se se trata de dano moral contratual ou extracontratual.

Se o dano moral for relacionado a contrato celebrado entre as partes, os juros moratórios devem incidir desde a data da citação. Entretanto, em se tratando de dano moral extracontratual, os juros moratórios devem ser calculados desde a data da lesão, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

Súmula 54 – Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

No caso, ao contrário do que afirma a Apelante Adesiva, a indenização por danos morais tem natureza contratual, sendo evidente pela análise dos autos a celebração entre a Autora e o Hospital de contrato para a prestação de serviços. Desta forma, inaplicável ao caso o disposto na Súmula 54 do STJ, incidindo a regra geral do art. 219 do CPC.

Desta forma, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO, apenas para determinar que a taxa de juros moratórios seja de 1% ao mês.

Custas e honorários sucumbenciais, 50% pelo Primeiro Apelante, 30% pela Segunda Apelante e 20% pela Apelante Adesiva, suspensa quanto a esta a exigibilidade das verbas, nos termos do art. 12 da Lei 1060/50.

O SRA. DESA. APARECIDA GROSSI (REVISORA) – De acordo com o(a) Relator(a).

O SR. DES. PEDRO ALEIXO – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: “REJEITARAM AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.”

ACÓRDÃO 2

CONSUMIDOR COBRADO EM QUANTIA INDEVIDA TEM DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **12a. Câm. Cív.**

Relator: **Umberto Guaspari Sudbrack**

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONSUMIDOR. TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C DEVOLUÇÃO, EM DOBRO, DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1- A demanda movida, pelo consumidor, com vistas à repetição de valores pagos de forma indevida submete-se ao prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Em que pese a caracterização da autora e da ré, nessa ordem, como consumidora e fornecedora – a qualificar como de consumo, assim, a relação travada entre ambas –, afigura-se inaplicável o prazo quinquenal dado pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que

se refere à reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço. 2- O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, consoante estabelece o parágrafo único do artigo 42 do CDC. 3- O montante objeto de repetição de indébito, uma vez demonstrado o pagamento de forma indevida, deve observar o prazo prescricional trienal aplicável e, não menos, deve limitar-se às quantias cujo adimplemento haja sido comprovado nos autos. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que descabida a devolução, em dobro, de todos e quaisquer valores pagos durante a vigência do vínculo contratual, em que pese a qualificação da parte autora como consumidor. 4- A continuidade da cobrança de valores referentes a serviços não contratados – em que pese a reiteração, pelo consumidor, do seu pedido de cancelamento da inclusão das rubricas nas suas faturas mensais –, desborda da esfera do mero dissabor e enseja a configuração de dano moral. 5- Na fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar

a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas. “Quantum” fixado em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO: 70062997804

DATA JULGAMENTO: 23/04/2015

DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/04/2015

ÓRGÃO JULGADOR: 12a. Câm. Cív.

RELATOR: Umberto Guaspari Sudbrack

TRIBUNAL: TJ/RS

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONSUMIDOR. TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C DEVOLUÇÃO, EM DOBRO, DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1- A demanda movida, pelo consumidor, com vistas à repetição de valores pagos de forma indevida submete-se ao prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Em que pese a caracterização da autora e da ré, nessa ordem, como consumidora e fornecedora – a qualificar como de consumo, assim, a relação travada entre ambas –, afigura-se inaplicável o prazo quinquenal dado pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que se refere à reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço. 2- O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, consoante estabelece o parágrafo único do artigo 42 do CDC. 3- O montante objeto de repetição de indébito, uma vez demonstrado o pagamento de for-

ma indevida, deve observar o prazo prescricional trienal aplicável e, não menos, deve limitar-se às quantias cujo adimplemento haja sido comprovado nos autos. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que descabida a devolução, em dobro, de todos e quaisquer valores pagos durante a vigência do vínculo contratual, em que pese a qualificação da parte autora como consumidor. 4- A continuidade da cobrança de valores referentes a serviços não contratados – em que pese a reiteração, pelo consumidor, do seu pedido de cancelamento da inclusão das rubricas nas suas faturas mensais –, desborda da esfera do mero dissabor e enseja a configuração de dano moral. 5- Na fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas. “Quantum” fixado em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Recurso de apelação provido.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des. Guinther Spode (Presidente) e Des.^a Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout.

Porto Alegre, 23 de abril de 2015.

DES. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK,

Relator.

RELATÓRIO

Des. Umberto Guaspari Sudbrack
(RELATOR)

De início, a fim de evitar desnecessária tautologia, transcrevo o relatório da sentença recorrida:

Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada por Paulo Buttenbender em face de OI S.A., partes já qualificadas nos autos.

Narrou a inicial, em suma, que a parte autora é usuária dos serviços telefônicos fornecidos pela requerida, sob o nº (55) 3541-1323. Asseverou, entretanto, que a parte ré inseriu arbitrariamente e sem solicitação a cobrança dos serviços denominados de Ident. Chamadas Telefônicas e Arrec. Suporte Acess. Remoto, situação que acarreta ilegalidade e cobrança indevida. Disse ter contactado diversas vezes com a demandada para cancelar as cobranças de tais serviços, o que, de fato, não obteve êxito. Requereu a procedência da ação, a fim de declarar a responsabilidade civil da demandada e condená-la ao ressarcimento dos danos morais. Documentos (fls. 16-39).

Deferida a AJG (fl. 46).

Procedida a citação, a requerida contestou o feito (fls. 48-71) alegando, preliminarmente, acerca de sua ilegitimidade passiva, prescrição e decadência. Quanto ao mérito, discorreu sobre a regularidade das cobranças, uma vez que houve a efetiva contratação dos serviços de forma regular. Assim, mencionou que as cobranças se deram de forma correta, motivo pelo qual não há falar em cobrança indevida. Alegou inexistência de responsabilidade da ré em indenização por danos morais. Postulou a improcedência da ação.

Houve réplica (fls. 98-103).

Sobreveio julgamento nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado por Paulo Buttenbender, contra OI S.A., com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Sucumbente, suportará o autor com o pagamento das custas processuais e honorárias advocatícias ao patrono da requerida, que arbitro em R\$ 800,00 nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, face a natureza da demanda e ao trabalho desenvolvido, restando suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da lei 1060/50, vez que a parte litiga sob o benefício da gratuidade de justiça

Inconformada, recorreu a parte autora (fls. 122/126). Discorreu sobre a ausência de comprovação, por parte da ré, de que os serviços em questão haviam de fato sido cobrados, destacando tratar-se de demanda regida pelo Código de Defesa do Consumidor, com a conseqüente possibilidade de inversão do ônus da prova. Reiterou o pedido de indenização por danos morais. Postulou o provimento do apelo.

Após o recebimento do recurso, no duplo efeito (fl. 127), vieram aos autos as contra-razões (fls. 129/136).

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552, do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

Des. Umberto Guaspari Sudbrack
(RELATOR)

Do prazo prescricional aplicável ao pleito de devolução de valores.

O caso em apreço rege-se segundo os ditames do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a qualificação da parte autora e da ré, nessa ordem, como consumidora e fornecedora, nos termos dos arts. 2º e 3º

do CDC. Disto não decorre, entretanto, que as pretensões veiculadas na inicial se submetam ao prazo de prescrição de 05 (cinco) anos dado pelo art. 27 da lei consumerista.

Aplica-se ao caso presente, ao invés disso, o prazo trienal de que trata o art. 206, §3º, do Código Civil, visto que atinente a demanda sobre enriquecimento sem causa (caso dos autos), ao passo que o prazo quinquenal do CDC diz respeito à pretensão de reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES. INCIDÊNCIA DAS NORMAS RELATIVAS À PRESCRIÇÃO INSCULPIDAS NO CÓDIGO CIVIL. PRAZO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. O diploma civil brasileiro divide os prazos prescricionais em duas espécies. O prazo geral decenal, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, quando a lei não houver fixado prazo menor. Os prazos especiais, por sua vez, dirigem-se a direitos expressamente mencionados, podendo ser anuais, bienais, trienais, quadrienais e quinquenais, conforme as disposições contidas nos parágrafos do art. 206.

2. A discussão acerca da cobrança de valores indevidos por parte do fornecedor se insere no âmbito de aplicação do art. 206, §3º, IV, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Havendo regra específica, não há que se falar na aplicação do prazo geral decenal previsto do art. 205 do CDC. Precedente.

3. A incidência da regra de prescrição prevista no art. 27 do CDC tem como requi-

sito essencial a formulação de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, o que não ocorreu na espécie.

4. O pedido de repetição de cobrança excessiva que teve início ainda sob a égide do CC/16 exige um exame de direito intertemporal, a fim de aferir a incidência ou não da regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02.

5. De acordo com esse dispositivo, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/16: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/02; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/02 entrou em vigor, em 11 de janeiro de 2003.

6. Considerando que não houve impugnação do *dies a quo* do prazo prescricional definido pelo Tribunal de Origem – data da colação de grau do recorrente, momento no qual ocorreu o término da prestação de serviço educacional –, e que, na espécie, quando o CC/02 entrou em vigor não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na lei antiga, incide o prazo prescricional trienal do CC/02, motivo pelo qual o acórdão recorrido não merece reforma.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1238737/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011) (grifei)

Assim, conforme a jurisprudência da Corte Superior, o pedido de repetição de indébito alcança tão-somente os valores pagos a partir de 06.08.2010, uma vez que proposta a presente demanda na data de 06.08.2013 (fl. 02).

Do pedido de repetição de indébito.

Tendo em vista a já referida incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso

presente, opera-se em favor do demandante a inversão do ônus da prova, no caso, *ope judicis* (art. 6º, VIII, CDC), a fim de facilitar a defesa dos seus direitos.

E, considerada a distribuição do encargo probatório, nesses moldes, competia à ré demonstrar a ausência de prestação defeituosa do serviço, comprovando a solicitação dos serviços cobrados, e, assim, o caráter lícito da inclusão dos valores nas faturas telefônicas do autor. O que, entretanto, não ocorreu. Desse modo, mostra-se devida à restituição dos valores pagos a maior.

Cumpra esclarecer que a repetição não deve dar-se na forma simples, mas sim em dobro, em conformidade com o art. 42, parágrafo único, do CDC, dispositivo que prevê que, na hipótese de cobrança indevida, o consumidor terá direito à devolução, em dobro, do valor pago indevidamente.

Sobre a norma em comento, a lição de Cláudia Lima Marques¹:

Prevista como uma sanção pedagógica a preventiva, a evitar que o fornecedor se “descuidasse” e cobrasse a mais dos consumidores por “engano”, que preferisse a inclusão e aplicação de cláusulas sabidamente abusivas a nulas, cobrando a mais com base nestas cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou do seu “poder” na cobrança, mas como uma fonte de enriquecimento “sem causa” do consumidor. (...) A devolução simples do cobrado indevidamente é para casos de erros escusáveis dos contratos entre iguais, dois civis ou dois empresários, e está prevista no CC/2002. No sistema do CDC, todo o engano na cobrança de consumo é, em princípio, injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inse-

ridas no contrato de adesão, ex vi o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado.

No caso em exame, a fornecedora ré não trouxe aos autos qualquer elemento de prova a demonstrar a ocorrência de engano justificável.

No que tange ao alcance de restituição, tendo em vista o acórdão proferido nos Embargos Infringentes nº 70063565188, no âmbito do 6º Grupo desta Corte, revejo meu anterior posicionamento, passando a entender que a apresentação das faturas deve ocorrer por parte da empresa de telecomunicações, na fase de liquidação de sentença.

Cumpra, primeiramente, transcrever o referido precedente, *verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. COBRANÇA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Diante da cobrança irregular de serviços que não foram contratados, deve haver a restituição em dobro dos valores pagos indevidamente, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença, oportunidade em que a ré deverá exibir as faturas telefônicas, observada a incidência do prazo prescricional trienal, consoante art. 206, § 3º, IV do Código Civil. Incidência do art. 475-B, § 1º do CPC. Precedentes do TJRS. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70063565188, Sexto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 27/03/2015)

Obtempera-se que, de fato, o consumidor tem a prerrogativa de ver facilitada a defesa de seus direitos, inclusive, com a inversão do ônus probatório, com fulcro no artigo 6º, VIII, do CDC.

Sob esse prisma, tem-se verificado ser muito penoso, além de injustificável, atribuir ao consumidor o ônus de juntar a totalidade das faturas do contrato. Por outro lado, pressupõe-se que a empresa do porte da apelante tem melhores condições de apresentar os demonstrativos das cobranças por ela realizadas, em consonância com o artigo 355 do CPC.

Igualmente, a não juntada de tais documentos implica, em última análise, o locupletamento indevido da empresa, o que é vedado por lei (artigo 884 do Código Civil), situação que não pode ser autorizada pelo Poder Judiciário.

Destarte, com base no artigo 475-B, §1º, do CPC, passo a adotar o entendimento consubstanciado no julgado acima transcrito para determinar que o quantum a ser restituído, em dobro, a título de cobrança indevida, seja apurado em fase de liquidação, momento que a parte ré deverá juntar as referidas faturas, sob pena de considerarem-se corretos os cálculos apresentados pelo credor (§2º, do artigo 475-B, do CPC).

Do dano moral.

Não restam dúvidas de que as reiteradas inclusões, nas faturas telefônicas da parte autora, de valores atinentes a serviços não contratados, excederam os limites do razoável. É ademais incontroverso que, por diversas vezes, esse solicitou o cancelamento das cobranças indevidas, sem que tal surtisse, contudo, quaisquer efeitos.

Assim, faz jus a parte autora a indenização por danos morais, cabendo frisar que tal ocorre ainda que a cobrança indevida não tenha acarretado a inscrição indevida do seu nome nos cadastros de inadimplentes.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TELEFO-

NIA. INDENIZAÇÃO. CONSUMIDOR. BRASIL TELECOM. NÃO CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS (“CHAMADA EM ESPERA” E “ARREC TERC SOS FONE”). COBRANÇA INDEVIDA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. AS TREINTES. CONDENAÇÃO EM DOBRO. 1. A cobrança indevida em faturas de telefonia caracteriza dano moral, conforme a situação haja acarretado estresse e desgaste psíquico revelado pela renitência da operadora de telefonia em manter as cobranças indevidas, não obstante as solicitações administrativas de cancelamento. No caso em apreço, mostram-se devidos os danos morais. 2. A verba indenizatória deve ser equânime, não se afastando de hipóteses parelhas apreciadas por esta Corte. 3. A cobrança de valores indevidos justifica a devolução em dobro das quantias pagas, independentemente de má-fé do fornecedor (parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor). 4. Visando à efetividade da medida de abstenção de cobranças ilegais, deve ser imposta multa diária, com fundamento no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil. APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70039062294, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 12/04/2012).

Relativamente ao valor da indenização por dano moral, ressalto que possui função diversa daquela referente aos danos patrimoniais, não se podendo aplicar critérios idênticos para sua quantificação. A reparação de tal espécie de dano procura oferecer compensação ao lesado para atenuar o sofrimento havido e, quanto ao causador do dano, objetiva infringir-lhe sanção, a fim de que não torne a incorrer em lesão à personalidade de outrem.

Isso ocorre porque interessa ao direito e à sociedade que o relacionamento entre os cidadãos se mantenha dentro de padrões de equilíbrio e de respeito mútuo. Assim, em hipótese de lesão, cabe ao agente suportar as consequências do seu agir, desestimulando-se, com a atribuição de indenização, atos ilícitos tendentes a afetar os já referidos aspectos da personalidade humana.

É esta a posição de Caio Mário da Silva Pereira²:

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano moral, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima.

Na fixação do montante reparatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a reparação se presta, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas.

Assim, à luz de tais cânones e diretrizes, bem como observando os parâmetros desta Câmara em casos análogos, fixo o valor da indenização em R\$5.000,00 (cinco mil reais). O referido montante deverá ser corrigido monetariamente, pelo IGP-M, a partir desta sessão de julgamento (Súmula n. 362-STJ), e acrescido, ainda, de juros moratórios, a contar da citação, por se tratar de responsabilidade civil contratual (art. 219, “caput”, CPC).

Ante tais comemorativos, dou provimento ao apelo, ao efeito de: (a) limitar a repetição de indébito, em dobro, aos valores cobrados posteriormente à data de 06.08.2010, devendo o quantum em questão ser apurado em sede de liquidação de sentença; e (b) condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral de R\$5.000,00 (cinco mil reais), com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, e correção monetária, pelo IGP-M, desde a presente sessão de julgamento, nos termos supra.

Em face do desenlace da demanda, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios ao patrono do autor, os quais vão fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC.

No que se refere aos artigos invocados pelas partes, dou-os por prequestionados, com a finalidade de evitar eventual oposição de embargos declaratórios tão-somente para este fim.

Des.^a Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout (REVISORA) – De acordo com o(a) Relator(a).

Des. Guinther Spode (PRESIDENTE) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. GUNTHER SPODE – Presidente – Apelação Cível nº 70062997804, Comarca de Santo Cristo: “DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: VANESSA LIMA MEDEIROS

1 MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 805.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 6. ed. rev. atual., p. 65.

EMENTÁRIO

1) Cobrança indevida de parcela de seguro incluído no contrato de cartão de crédito gera indenização por cadastro irregular de negativação ao crédito

Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: 17a. Câ. Cív.

Relator: Luciano Pinto

Apelações cíveis - ação indenizatória - plano de seguro de acidentes pessoais c/c assistência odontológica - contrato de cartão de crédito - pedido de cancelamento - acordo formalizado no PROCON - cobrança indevida das parcelas do seguro - inclusão irregular do nome em cadastro de negativação ao crédito - danos morais - falha na prestação do serviço - comprovação - redução da indenização - possibilidade. Se na fatura do cartão de crédito, onde foram incluídas as cobranças das parcelas do seguro de acidentes pessoais c/c plano odontológico que já fora cancelado, estão estampadas as logomarcas das duas empresas incluídas no pólo passivo da lide, não há falar em ilegitimidade ad causam de nenhuma delas, haja vista que são ambas responsáveis pela cobrança indevida e pela negativação imotivada do nome da postulante. Restando claro nos autos que as partes firmaram termo de acordo no PROCON, cujo objeto era o cancelamento do contrato de “Seguro de Acidentes Pessoais Premiado Com Assistência Odontológica”, atrelado ao cartão de crédito disponibilizado pelas rés à autora, e que, não obstante o distrato foram cobradas da autora as prestações referentes ao seguro, inafastável

o reconhecimento de que houve falha na prestação dos seus serviços, devendo ambas as empresas responder pelos danos morais causados a sua cliente, decorrentes da prestação de serviço defeituoso. É presumido o dano moral em casos de inscrição indevida do nome da parte nos cadastros de negativação ao crédito, por inegável abalo ao nome, direito da personalidade. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de acordo com a natureza e extensão do dano extrapatrimonial, pautando-se sempre pela razoabilidade e proporcionalidade, não podendo jamais configurar uma premiação ou se mostrar insuficiente a ponto de não concretizar a reparação civil, nem trazer enriquecimento ilícito para o ofendido. Nos termos do entendimento pacificado desta Câmara, a indenização por danos morais em razão de negativação indevida do nome do consumidor deve ser fixada em valor equivalente a, aproximadamente, 20 salários mínimos, notadamente nos casos em que a postulante não possui nenhuma outra anotação. Sobre o valor da indenização por danos morais devem incidir correção monetária a partir da publicação da decisão que o fixou e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, sendo de notar que a alteração do termo *a quo* de incidência dos juros de mora não configura julgamento *extra petita* ou *reformatio in pejus*, haja vista que os juros de mora constituem matéria de ordem pública, e, por isso, podem ser alterados até mesmo de ofício. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0145.12.040291-5/001 - 17a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Luciano Pinto - j. em 10.10.2013 - Fonte: DJ, 22.10.2013).

2) Hospital e médico devem indenização por dano material, moral e estético oriundo de erro médico que resultou em doença grave de paralisia facial ao paciente

Tribunal: **TJ/GO**

Órgão Julgador: **3a. Câm. Cív.**

Relator: **Gerson Santana Cintra**

Apelações cíveis. Ação de indenização por dano material, moral e estético. Erro médico, ruptura do nervo facial. Paralisia facial. Responsabilidade objetiva do hospital e subjetiva do médico. Fundamentação da sentença. Regularidade. Dever de indenizar reconhecido. Honorários advocatícios fixados dentro dos parâmetros legais. Manutenção. 1. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. 2. Ao decidir, o julgador deve demonstrar os motivos do seu convencimento, mas não está obrigado a afastar todos os dispositivos legais invocados pelos litigantes, sendo relevante que se considere a causa posta, de maneira a demonstrar as razões pelas quais se concluiu o *decisum*. 3. O médico, que em procedimento cirúrgico, verificando o estado avançado de infecção do paciente, notadamente pela exposição do nervo facial, opta por dar continuidade à retirada de conglomerado tumoral benigno, assume o risco do rompimento do referido nervo

e, consequentemente, da paralisia facial de seu paciente, devendo responder por culpa, pelas consequências de sua escolha. 4. A indenização por dano moral tem duplo caráter: ao mesmo tempo que compensa o lesado pela dor e pelo abalo psicológico sofrido, serve de punição e de prevenção para o lesante, no sentido de evitar futuras condutas semelhantes. 5. Deve majorado o valor fixado pelo magistrado singular a título de dano moral, quando se mostrar irrisório, diante do comportamento do ofensor e do grau de lesão experimentado pelo autor da ação, notadamente quando o paciente, após ser submetido a tratamento médico indicado, apresenta piora de seu estado clínico. 6. Deve ser mantido o valor arbitrado a título de dano estético, quando fixados em padrões razoáveis e que atendem às peculiaridades do caso concreto. Na espécie, o paciente já apresentava um quadro infeccioso com secreção em seus ouvidos, o que certamente, influenciava em sua condição estética. Sendo assim, mostra-se perfeitamente razoável a fixação desse quantum em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 7. Não merece majoração a verba sucumbencial, quando fixada dentro dos parâmetros legais estabelecidos pelo artigo 20, § 3º e alíneas do CPC, notadamente quando a causa não apresenta grande complexidade, nem demandou esforço excessivo do causídico na sua administração. 8. Recursos conhecidos. Primeira apelação desprovida. Segunda apelação parcialmente provida. (TJ/GO - Ap. Cível n. 398427-66.2010.8.09.0006 - 3a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Gerson Santana Cintra - j. em 01.10.2013 - Fonte: DJ, 09.10.2013).

3) Pessoa jurídica que compra insumo para manufatura estabelece relação de natureza civil, não sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor

Tribunal: **TJ/GO**

Órgão Julgador: **6a. Câ. Cív.**

Relator: **Norival Santome**

Apelação cível. Direito consumidor. Pessoa jurídica. Utilização do produto adquirido como insumo. Ausência de vulnerabilidade. Relação civil e não consumerista. Ressarcimento de enriquecimento sem causa. Prescrição trienal configurada (art. 206, § 3º, IV, CC/02). 1. O art. 2º do CDC prevê a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se esta é “destinatária final” do produto ou serviço. Nesse passo, se desnatura a relação consumerista caso o bem ou serviço passe a integrar a cadeia produtiva do adquirente, tornando-se objeto de revenda ou de transformação por meio de beneficiamento ou montagem. 2. Na hipótese a caldeira adquirida pela autora se deu com fim de industrialização de produtos veterinários descritos no contrato social da empresa, sendo certo que não utiliza o produto vendido pelo recorrido como destinatário final, mas como insumo para manufatura, não se verificando, outrossim, situação de vulnerabilidade a ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas sim da norma civilista. 3. Tendo em mira o enriquecimento sem causa da requerida, que mediante recebimento do preço, não entregou o produto, o prazo para exercer o direito de ação com vista ao ressarcimento é de 03 (três) anos, conforme disposto no

art. 206, § 3º, IV CC/02. Deixando a parte de exercer aquele mister no prazo assinalado, o reconhecimento da prescrição torna-se medida imperativa. Apelo conhecido mas desprovido. Sentença mantida por outros fundamentos. (TJ/GO - Ap. Cível n. 65946-11.2010.8.09.0011 - 6a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Norival Santome - j. em 08.10.2013 - Fonte: DJ, 18.10.2013).

4) Propaganda enganosa feita por curso de ensino superior gera indenização por dano moral

Tribunal: **TJ/GO**

Órgão Julgador: **2a. Câ. Cív.**

Relator: **Carlos Alberto Franca**

Apelações Cíveis. Ação ordinária. Instituição de Ensino Superior que anunciava curso de graduação em Farmácia-Bioquímica. Propaganda enganosa. Dever de indenizar. Danos materiais afastados. Restituição em dobro. Impossibilidade. Ausência de má-fé. Condenação ao pagamento da verba indenizatória por danos morais. Majoração. Sucumbência recíproca. Mantida. I - A Resolução nº 02/2002 do Conselho Nacional de Educação que determina que o curso de Farmácia terá formação genérica é anterior à data em que as autoras ingressaram na faculdade, não podendo o estabelecimento de ensino olvidar tal determinação, oferecendo curso de farmacêutico-bioquímico, quando já inexistente tal modalidade de graduação. II - A formação do farmacêutico em bioquímica (análises clínicas) só é possível através de Curso de Especialização determinado pela Resolução nº 514/09, do Conselho Federal

de Farmácia. III - Mantida a grade curricular e não havendo prejuízo com relação a carga horária do curso, inexistente a obrigação de indenização por dano material, consistente na restituição de metade do valor pago pelas mensalidades do curso. IV - A pretensão de restituição em dobro dos valores pagos a maior somente é permitido nos casos em que se comprova a má-fé da parte credora, o que não ocorreu no presente caso. Ademais, sequer a devolução na forma simples foi deferida aos autores/apelantes, o que leva, inclusive, à prejudicialidade do pleito de restituição em dobro. V - Configurado o ato ilícito por parte do estabelecimento de ensino ao fazer propaganda enganosa de curso que de direito não poderia oferecer, enseja a obrigação de indenizar o prejuízo moral. VI - O valor a ser arbitrado a título de compensação por dano moral deve ter como parâmetro a extensão do abalo sofrido pelo lesado, considerada, ainda, a finalidade repressiva ao ofensor, sem, contudo, configurar fonte de enriquecimento ilícito. VII - Não estando o “quantum” da reparação dos danos morais fixado em conformidade com as balizas antes mencionadas, cabível a sua majoração para montante que melhor atenda às peculiaridades do caso e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. VIII - Sendo ambos os litigantes em parte vencedor e vencido, os honorários advocatícios e as custas processuais devem ser reciprocamente distribuídos, na proporção de 50% para cada parte. Apelos conhecidos e parcialmente providos. (TJ/GO - Ap. Cível n. 138786-93.2010.8.09.0051 - 2a. Câmara Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Carlos Alberto Franca - j. em 08.10.2013 - Fonte: DJ, 17.10.2013).

5) Seguradora de automóvel deve indenização por acidente na hipótese de suicídio não premeditado

Tribunal: **TJ/GO**

Órgão Julgador: **5a. Câmara Cív.**

Relator: **Alan S. de Sena Conceição**

Apelação cível. Ação de embargos à execução. Contrato de seguro automotivo. Título executivo. Acidente. Dolo não configurado. Suicídio não premeditado. Agravamento de risco não demonstrado. Cláusula contratual não incidência. 1 - O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a apólice de seguro, ainda que não seja de vida ou acidentes pessoais, é título hábil a embasar ação de execução. 2 - O Inquérito Policial, ainda que gozando de presunção *juris tantum*, mormente quando fulcrado em documentos e declarações de testemunha presencial, prova apenas a existência do fato, mas não do elemento subjetivo da conduta. 3 - O simples fato do inquérito policial apontar um suposto suicídio não retira a obrigação de indenizar, quando não demonstrado que o suicídio teria sido premeditado, voluntário e deliberado (Súmula 105 do STF e Súmula 61 do STJ). 4 - Cláusula Contratual que exclui a indenização quando “o sinistro foi devido a culpa grave ou dolo do Segurado” não aplicável ao caso. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (TJ/GO - Ap. Cível n. 147718-96.2007.8.09.0044 - 5a. Câmara Cív. - por maioria - Rel.: Des. Alan S. de Sena Conceição - j. em 10.10.2013 - Fonte: DJ, 08.11.2013).

6) Seguradora possui responsabilidade solidária em indenização por lucros cessantes advinda da imobilização por meses consecutivos de caminhão

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **10a. Câ. Cív.**

Relator: **Cabral Da Silva**

Responsabilidade civil. Direito do seguro. Denúnciação à lide. Responsabilidade da seguradora. Limites. Lucros cessantes. Prova. Caminhão imobilizado por vários meses. Apuração em liquidação por artigos. Termo inicial dos juros de mora e correção monetária. 1. A indenização em lucros cessantes exige apenas prova de que os mesmos teriam ocorrido, podendo a sua quantificação ser relegada à fase de cumprimento de sentença. A própria circunstância de uma empresa ser proprietária de um caminhão impõe a presunção de que o mesmo é utilizado para o exercício de alguma atividade remunerada visto que ninguém adquire e mantém um

caminhão para lazer ou deleite, sendo o mesmo sempre empregado em atividade produtiva por sua evidente utilidade e pelo seu alto valor de custo e de manutenção. Os lucros cessantes hão de ser arbitrados em liquidação de sentença por artigos, considerando-se que para que se determine o valor da condenação há de ser realizada prova acerca do real lucro auferido pela utilização do bem. 2. Nas indenizações por lucros cessantes, os juros moratórios, em sede de responsabilidade extracontratual, fluem a partir do evento danoso (Súm. n. 54/STJ), bem como o termo inicial da correção monetária conta-se da data do efetivo prejuízo, nos termos da Súmula n. 43/STJ. 3. Se previstas no contrato de seguro, devem ser incluídas na condenação da seguradora litisdenunciada as despesas com custos judiciais e honorários de advogados oriundos da demanda. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0079.09.934075-8/001 - 10a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Cabral da Silva - j. em 15.10.2013 - Fonte: DJ, 25.10.2013).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal

Relator: **Helder Roque**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Secção)

Relator: **M. Safjan**

EXCERTOS

Do Supremo Tribunal de Justiça (12.03.2015)

“O STJ só pode conhecer do juízo de prova sobre a matéria de facto, formado pela Relação, para além das situações de contradição ou insuficiência da fundamentação factual, quando esta deu como provado um facto, sem a produção de prova considerada indispensável, por força da lei, para demonstrar a sua existência, ou quando ocorrer desrespeito das normas reguladoras da força probatória dos meios de prova, admitidos no ordenamento jurídico nacional, de origem interna ou externa”

“Na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado”

Do Tribunal de Justiça (05.03.2015)

“No caso de lesões corporais ou danos à saúde, deve ser paga uma indemnização que cubra as despesas de tratamento suportadas pelo lesado para recuperar a saúde, e o prejuízo financeiro por ele sofrido devido à perda ou redução, temporária ou permanente, da sua capacidade de trabalho ou ao aumento temporário das suas necessidades na sequência das lesões”

“O referido órgão jurisdicional considera que, nesse contexto, pouco importa que nos circuitos médicos especializados se admita que, em caso de implantação de um estimulador cardíaco ou de um desfibrilhador automático, não se possa garantir uma segurança total”

“A comprovação de um defeito potencial desses produtos do mesmo lote ou da mesma série de produção permite qualificar todos os produtos desse lote ou dessa série de defeituosos, sem que seja necessário demonstrar o defeito do produto em causa”

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1212/08.4TBBCL.G2.S1

Nº Convencional:

1ª SECÇÃO

Relator:

HELDER ROQUE

Descritores:

RESPONSABILIDADE MÉDICA

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

EXAMES LABORATORIAIS E

RADIOLÓGICOS

OBRIGAÇÕES DE MEIOS E DE

RESULTADO

INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ

DIREITO À NÃO EXISTÊNCIA

DIREITO À VIDA

DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

12-03-2015

Votação:

UNANIMIDADE

REVISTA

Decisão:

CONCEDIDA A REVISTA

Área Temática:

DIREITO CIVIL – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / FONTES DAS OBRIGAÇÕES / RESPONSABILIDADE CIVIL – MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES / OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO / CONTRATOS – DIREITO DA FAMÍLIA / FILIAÇÃO / EFEITOS DA FILIAÇÃO / RESPONSABILIDADES PARENTAIS.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – INSTÂNCIA / INSTRUÇÃO DO PRO-

CESSO – PROCESSO DE DECLARAÇÃO / SENTENÇA / RECURSOS.

Doutrina:

– A. Cirinei, *La valutazione clinica della responsabilità professionale del chirurgo*, Mi-lão, 1982, 120.

– A. Henriques Gaspar, “A Responsabilidade Civil do Médico”, *CJ*, Ano III (1978), T1, 347.

– Alberto Crespi, “La responsabilité pénale du médecin”, *Revista de Ciência Criminal e de Direito Penal Comparado*, 1971, n. 4, Outubro/Dezembro, 898.

– Alberto dos Reis, “Código de Processo Civil” Anotado, III, 3ª edição, reimpressão, 1981, 259 e ss..

– Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5ª edição, Almedina, 1991, 431; *Direito das Obrigações*, 10ª edição reelaborada, 2006, 764, 1039 e 1040.

– Álvaro Rodrigues, “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, *Direito e Justiça*, XIV, T3, 2000, 209.

– Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, 1970, Almedina, 388.

– Carneiro da Frada, “A Própria Vida como Dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, *ROA*, Ano 68º, 2008, I, 233, 240.

– Dean Stretton, “The Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life”, *Deakin Law Review*, 2005, 10 (1), 320, 321, 331 a 347.

– Faria Costa, “O Perigo em Direito Penal”, *Dissertação de Doutoramento*, Coimbra Editora, 1992, 529.

– Fernando Pinto Monteiro, “Direito à não existência, direito a não nascer”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, II, FDUC, 2006, 137.

– Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, T I, Coimbra Editora, 184, 185.

– Galvão Teles, Direito das Obrigações, 7ª edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, 1997, 404 e 405.

– Guilherme de Oliveira, O Direito ao Diagnóstico Pré-natal, Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, 215 e notas (16) e (17), 216, 217.

– J. C. Moitinho de Almeida, A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro, Scientia Iuridica, Tomo XXI, 1972, 329; Álvaro Rodrigues, Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos, Direito e Justiça, XIV, T3, 2000, 182.

– Jorge Ribeiro de Faria, “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão”, RFDUP, Ano I, 2004, Coimbra Editora, 115 a 118.

– Manuel de Andrade, Teoria Geral das Obrigações, I, com a colaboração de Rui de Alarcão, 1958, 353.

– Margaret Brazier, Medicine, Patients and the law. Harmondsworth: Penguin, 1987, 172.

– Nunes Vicente, “Algumas Reflexões sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Peruche. Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n. 11 (2009), 122 e 123.

– Paulo Mota Pinto, “Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth e “Wrongful Life””, Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n. 7 (2007), 14, 15, 22

– Pierre Sargos, Conselheiro da Cour de Cassation, citado por Anne-Claire Muller, L’Affaire Peruche Débat sue les Dérives

vers un Eugénisme Libéral), www.droit-medical.net/IMG/doc/L_affaire_Perruche-ACM.doc, 18.

– Pinto Oliveira, “Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde”, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005, 245.

– Pires de Lima e Antunes Varela, “Código Civil” Anotado, I, 4ª edição, revista e actualizada, 1987, 579.

– René Savatier, Traité de la Responsabilité Civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, 2ª edição, Paris, 1950, n. 778.

– Romano Martinez, “Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, II, FDUNL, Almedina, 471.

– Rute Teixeira Pedro, A Responsabilidade Civil do Médico, Coimbra Editora, 2008, 70 a 73, 98 a 102.

– Sinde Monteiro, “Responsabilidade Civil”, Revista de Direito e Economia, Ano IV, nº 2, Julho/Dezembro, 1978, Universidade de Coimbra, 319.

– Sónia Fidalgo, Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa, Coimbra Editora, 2008, 71 e ss..

– Vaz Serra, “Obrigação de Indemnização”, BMJ nº 84, 46 e 47.

– Vera Lúcia Raposo, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, Revista Portuguesa do Dano Corporal (21), 2010, 81, 82, 86.

Legislação Nacional:

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGOS 483º, Nº1, 486º, 563º, 799º, Nº1, 1154º, 1878º, Nº1.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC): – ARTIGOS 412º, Nº 1, 607º, Nº 5, 608º, Nº 2, 662º, 674º, Nº 3, 682º, Nºs 1, 2 E 3.

CÓDIGO PENAL (CP): – ARTIGO 142º, Nº 1, AL. C).

Jurisprudência Nacional:

ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

– DE 20-6-91, Pº Nº 081820, WWW.DGSI.PT .

– DE 7-6-94, Pº Nº 085320, WWW.DGSI.PT .

– DE 25-2-2003, CJ (STJ), ANO XI (2003), T1, 109; DE 30-1-97, Pº Nº 96B751/96, 2ª SECÇÃO; DE 14-1-97, Pº Nº 605/96, 1ª SECÇÃO, WWW.DGSI.PT.

– DE 1-7-2004, Pº Nº 04B2285; DE 18-5-2006, Pº Nº 06B1644; STJ, DE 12-3-2009, Pº Nº 08S0602; DE 15-4-2010, Pº Nº 9810/03.6TVLSB. S1, WWW.DGSI.PT.

– DE 25-10-2005, CJ (STS), ANO XIII, T3, 91; DE 23-2-2005, Pº Nº 3165/04 – 4ª, SUMÁRIOS, FEV/2005; DE 3-4-2008, Pº Nº 08B262, WWW.DGSI.PT.

– DE 4-3-2008, Pº Nº 08A183, CJ (STJ), ANO XVI (2008), T1, 134 E WWW.DGSI.PT ; DE 17-1-2013, Pº Nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, WWW.DGSI.PT.

Jurisprudência Estrangeira:

CONSEIL D'ÉTAT, DE 14-2-1997, L' ARRÊT QUAREZ, RECUEIL LEBON, HTTP://WWW.OBOULO.COM/DROIT-PRIVE-ET-CONTRAT/DROIT-CIVIL/DISSERTATION/CONSEIL-ETAT-14-FEVRIER-1997-CENTRE-HOSPITALIER-REGIO-

NAL-NICE-EPOUX-36204.HTM
COUR DE CASSATION, DE 17-11-2000, L' ARRÊT PERRUCHE, WWW.COURDECASSATION.FR E WWW.LEGIFRANCE.GOUV.FR

I – O novo quesito, com a redacção de que “*A não detecção atempada das deformidades descritas em D) impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez?*”, não comporta qualquer referência a factos notórios, por não conter matéria de conhecimento geral, revestida do carácter de certeza, sem necessidade de se recorrer a operações lógicas ou cognitivas, nem a juízos presuntivos.

II – Tendo o aludido quesito novo sido redigido, sob uma formulação negativa, que mereceu resposta de “*não provado*”, tal determina que essa factualidade se deva considerar como não alegada, pelo que a falta de prova desse facto negativo significa, apenas, que ele pode ter tido ou não lugar, mas não constitui prova de que ele não teve lugar.

III – O STJ só pode conhecer do juízo de prova sobre a matéria de facto, formado pela Relação, para além das situações de contradição ou insuficiência da fundamentação factual, quando esta deu como provado um facto, sem a produção de prova considerada indispensável, por força da lei, para demonstrar a sua existência, ou quando ocorrer desrespeito das normas reguladoras da força probatória dos meios de prova, admitidos no ordenamento jurídico nacional, de origem interna ou externa.

IV – Formulado novo quesito, com base no disposto pelo art. 662º, nº 3, al. c), do CPC, a repetição do julgamento não abrange, em princípio, sem determinação expressa em contrário, a anulação das respostas aos quesitos anteriores que não se en-

contrem viciadas, pois que, apenas, quanto a aquele novo quesito podem as partes apresentar novo rol de testemunhas.

V – As *wrongful birth actions* surgem quando uma criança nasce mal-formada e os pais, em seu próprio nome, pretendem reagir contra o médico e/ou instituições hospitalares ou afins, por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram, erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados, sendo considerada ilícita a omissão do consentimento informado sobre essa deficiência que, eventualmente, os impediu de terem optado pela interrupção da gravidez, proveniente de um erro no diagnóstico pré-natal.

VI – Na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando, então, a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, que o resultado, contratualmente, assumido não se verificou, pelo que, face à culpa, assim, presumida, cabe ao devedor provar a existência de fatores excludentes da responsabilidade.

VII – Mas, se a obrigação assumida consistir numa obrigação de meios, no âmbito da responsabilidade civil contratual por factos ilícitos, incumbe ao devedor fazer a prova que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que sobre si recai, nos termos do preceituado pelo art. 799º, nº 1, do CC.

VIII – Veiculando a maioria dos contratos de prestação de serviços médicos uma obrigação de meios, não implicando a não consecução de um resultado a inadimplência contratual, quando não é atingido este resultado, caberá, então, ao doente provar que tal fato decorreu de um comportamen-

to negligente do médico, que fica exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.

IX – Uma das exceções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais e radiológicos.

X – Exprimindo a culpa um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, que assenta no nexo existente entre o facto e a vontade deste, que devia e podia actuar de outro modo, usando todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão, necessariamente, impõe e que teriam permitido dar a conhecer aos pais as malformações do filho, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou.

XI – A comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera não entre o dano da vida, propriamente dito, e a não existência, mas antes entre aquele e o dano da deficiência que essa vida comporta, pelo que o valor negativo é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável.

XII – Existe nexo de causalidade suficiente, ou nexo de causalidade indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento do feto com malformação, devido a inobservância das *leges artis*, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita.

XIII – Ocorre a presunção, a favor do credor da informação sobre o diagnóstico, do seu não cumprimento pelo médico, que faz parte dos denominados “deveres laterais do contrato médico”, e pode ser causa de responsabilidade contratual, o teria feito comportar-se, de forma adequada, ou seja, no caso, que os pais teriam optado por abortar, caso soubessem da deficiência do filho.

XIV – O facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que o mesmo se mostre, por sua natureza, de todo inadequado à sua verificação, e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais, o que não acontece quando o comportamento do lesante foi determinante, ao nível da censura ético-jurídica, para desencadear o resultado danoso.

XV – O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais interromperem a gravidez e obstar ao seu nascimento, constitui o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço.

XVI – Nas *wrongful birth actions*, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas inerentes a uma criança normal, pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo art. 1878.º, n.º 1, do CC.

XVII – A partir do momento em que a lei penal autoriza os pais a interromper a gravidez, ante a previsão segura de que o feto irá nascer com malformação congénita incurável, o que está em causa não é a possibilidade de a pessoa se decidir, mas antes de se decidir, num sentido ou noutro, de escolher entre abortar ou prosseguir com a gravidez.

XVIII – O Direito é a ciência do mínimo ético, concêntrica com a Moral, mas com diâmetro inferior a esta, em que apenas alguns dos valores que tutela têm igual denominador comum com aquele (*nec omne quod licet honestum est*).

ACORDAM OS JUÍZES QUE CONSTITUEM O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA[1]:

AA e BB, por si e na qualidade de legais representantes de seu filho menor, CC, propuseram a presente acção declarativa, com processo comum ordinário, contra DD, EE, FF, GG, todos, por si e na qualidade de legais representantes da sociedade “HH, Lda”, e Dr. II, suficientemente, identificados, pedindo que, na sua procedência, os réus sejam condenados a pagar-lhes uma indemnização não inferior a €380.000,00, por danos patrimoniais e não patrimoniais, causados pela sua conduta, alegando, para tanto, em síntese, que, na sequência de uma gravidez da autora, da qual resultou o nascimento do menor CC, os autores contrataram, por três vezes, os serviços da ré “HH, Lda”, para a realização de exames de ecografia obstétrica, tendo a ré DD assinado o relatório da ecografia, realizada às 21 semanas de gestação, e o réu Dr. II assinado os relatórios, realizados às 8ª e 30ª semanas.

Acontece, porém, que, apesar de os referidos relatórios atestarem não haver qual-

quer deformação do feto, o menor CC nasceu, no dia ... de ... de 2005, com gravíssimas malformações dos membros superiores e inferiores, que determinam uma incapacidade permanente global de 93%, sendo certo que essas deformações são detectáveis às 12 semanas, o que não aconteceu, por descuido e negligência grosseira, imputável a todos os réus, o que impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez ou sujeitar o feto a tratamento, diminuindo, significativamente, as malformações existentes.

A conduta dos réus causou aos autores gravíssimos danos morais, tanto mais que se viram confrontados com as malformações do menor, apenas, no momento do nascimento.

A isto acresce que o CC será, totalmente, dependente de uma terceira pessoa para o resto da sua vida, sofre por não poder ser como as outras crianças, necessitando de substituir, anualmente, as próteses aplicadas, para além de que a não sujeição do menor aos tratamentos adequados causou ao mesmo grave prejuízo patrimonial, pois poderia apresentar, apenas, uma incapacidade de 50%, caso as suas deformações tivessem sido detectadas, a tempo.

Na contestação, os réus invocam as excepções da prescrição e da ilegitimidade dos réus EE, FF e “HH, Lda”, defendendo que as ecografias efectuadas não são, nem podem ter sido causa de qualquer dano sofrido pelos autores, alegando, também, que as malformações com que o menor nasceu não são incompatíveis com a vida, não permitindo, nem justificando, por isso, a interrupção da gestação e, por outro lado, nenhum tratamento médico seria possível para as corrigir, durante o período da gestação, sendo certo

que a hipótese mais plausível para explicar as malformações apresentadas é a síndrome das bandas amnióticas, que podem desenvolver-se, tardiamente, no decurso da gestação, o que implica que as lesões tenham sido causadas numa fase tardia, posterior à execução dos exames ecográficos.

Na réplica, os autores defendem a improcedência das excepções, refutando a matéria da defesa alegada na contestação.

No despacho saneador, foi julgada procedente a excepção da ilegitimidade dos réus EE, FF e GG, com a consequente absolvição da instância, e improcedente a excepção da prescrição.

A sentença julgou a acção, parcialmente, procedente, condenando as rés “HH, Lda” e DD a pagarem, solidariamente, a quantia de €35.000,00, a cada um dos autores (AA e BB) e a quantia que se vier a liquidar, no competente incidente de liquidação, quanto às despesas que os autores AA e BB vão ter de suportar, com a substituição das próteses do filho, até este atingir os 18 anos de idade, absolvendo, porém, o réu II do pedido.

Desta sentença, os réus Dr^a DD e outros recorreram, pondo em causa, nomeadamente, a decisão da matéria de facto, sustentando que foram mal julgados os factos perguntados, nos quesitos 1º, 31º, 32º e 35º.

Pronunciando-se quanto às questões suscitadas pelos recorrentes, o Tribunal da Relação de Guimarães decidiu manter inalteradas as respostas dadas aos quesitos 1º, 31º e 32º, mas, quanto ao quesito 35º, foi decidido alterar a resposta que havia sido dada ao mesmo, e, consequentemente, alterar o ponto 33 da sentença recorrida, com a redacção de que “As bandas amnióticas formam-se na gestação”.

Foi ainda decidido anular, parcialmente, o julgamento e a sentença recorrida, de forma a que fosse aditado um quesito, com a redacção de que “A não detecção atempada das deformidades descritas em D) impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez?”.

Realizado novo julgamento para responder a este quesito, foi, a final, proferida sentença que *“julga a acção parcialmente procedente e, em consequência, condenou as rés “HH, Lda” e DD a pagarem, solidariamente, a quantia de €35.000,00 (trinta e cinco mil euros) a cada um dos autores (AA e BB) e a quantia que se vier a liquidar no competente incidente de liquidação quanto às despesas que os autores AA e BB vão ter de suportar com a substituição das próteses do filho até este atingir os 18 anos de idade [a] e absolveu o réu II do pedido [b]”*.

Desta sentença, os réus Dra. DD e outros interpuseram recurso, tendo o Tribunal da Relação julgado *“procedente a apelação, revogando a sentença recorrida e absolvendo os Réus dos pedidos”*.

Deste acórdão da Relação de Guimarães, os autores interpuseram agora recurso de revista, para este Supremo Tribunal de Justiça, terminando as alegações com o pedido da sua revogação, proferindo-se decisão que julgue provado o quesito 40º e condene os réus recorridos, nos exatos termos da sentença da primeira instância, deduzindo as seguintes conclusões que, integralmente, se transcrevem:

1ª – Está provado e assente nas duas decisões da primeira instância e nos dois Acórdãos desta Relação, incluindo aquele de e que ora se recorre, que os réus cumpriram de forma defeituosa a sua prestação contratual para com os recorrentes.

2ª – As decisões da primeira instância deram como assente que os recorrentes sofreram danos morais em virtude desse cumprimento defeituoso.

3ª – Os dois Acórdãos desta Relação, incluindo aquele de que ora se recorre, não abalaram a matéria dada por assente na primeira instância, uma vez que a primeira daquelas decisões apenas alterou a resposta dada a um quesito e ordenou a formulação de um novo quesito.

4ª – A formulação dada ao novo quesito configura em si a prova de um facto absolutamente notório, que já estava amplamente demonstrado e assente nas decisões da primeira instância.

5ª – Sem prescindir, ainda que se não entenda que o novo quesito configura um facto notório, e atenta a especificidade e sensibilidade da pergunta, exigia-se que a decisão recorrida, face às dúvidas que apontou à credibilidade das testemunhas, seguisse um raciocínio coerente e, nos termos do disposto no art. 662º nº 2 als. a) e b) do CPC, ordenasse a renovação dessa prova, ou a produção de novos meios de prova, nomeadamente o depoimento de parte dos recorrentes, por serem estes as únicas pessoas com razões de ciência para poderem responder a uma pergunta de foro tão íntimo. Não o fazendo, a decisão recorrida interpretou incorretamente a referida norma processual.

6ª – A sentença da primeira instância deu como provado, e o Acórdão recorrido confirma, o seguinte:

“6. As deformidades descritas no ponto 4 eram detectáveis numa ecografia realizada às 12 semanas de gestação – resposta ao quesito 1º.”

“7. Em nenhum dos relatórios das ecografias realizadas pela autora vem referido que

foram visualizados os dedos de qualquer dos quatro membros – resposta ao quesito 2º.”

“15. Confrontados no momento do nascimento com as malformações no menor, os autores ficaram chocados – resposta ao quesito 12º.”

“16. Estado de choque que ainda hoje se mantém – resposta ao quesito 13º.”

“17. Sempre lhes foi dito pelos réus que realizaram as ecografias que o feto era perfeito e que o bebé estava com excelente saúde – resposta ao quesito 14º.”

“18. Os AA sofrem muito com esta situação – resposta ao quesito 15º.”

“19. Que lhes tem causado muitas angústias e incómodos – resposta ao quesito 16º.”

7ª – A conjugação sequencial da matéria dada por assente e citada na conclusão anterior permite concluir, como bem se fez na primeira instância, que os recorrentes sofreram danos morais indemnizáveis em consequência de não terem sido atempadamente avisados pelos réus das malformações de que o seu filho já era portador durante a gravidez. 8ª – A decisão recorrida, tal como o primeiro Acórdão desta Relação, não invalidou aquela matéria de facto dada por provada.

9ª – O segundo julgamento apenas comportou prova para o novo quesito e não para qualquer outra matéria, nomeadamente aquela que já tinha sido dada por assente e não foi alterada pelas decisões desta Relação, nomeadamente aquela de que ora se recorre.

10ª – A decisão recorrida não podia agora invalidar aquela matéria já assente, desde logo porque a mesma foi validada no primeiro Acórdão, e o segundo julgamento não produziu qualquer prova sobre a mesma que fosse suscetível de a alterar. Forçoso será

então concluir que tal matéria já estava assente e a decisão recorrida foi longe demais ao desconsiderá-la nesta fase, em manifesto desrespeito pelas regras legais sobre o alcance do caso julgado, cometendo clara violação das mesmas por ofensa de caso julgado, assim cometendo uma incorreta interpretação e errada aplicação dos arts. 619º, 620º, 621º e 622º do CPC em vigor (arts. 671º, 672º, 673º e 674º do CPC antigo).

11ª – Uma vez que o primeiro Acórdão da relação apenas ordenou a formulação de um novo quesito, mantendo válida a fixação da matéria de facto já operada na primeira instância, no segundo Acórdão da Relação, ou seja, na decisão ora recorrida, os Exmos Srs. Desembargadores apenas deveriam ter aludido à prova testemunhal produzida na segunda audiência e nunca à que se produziu na primeira.

12ª – Ao decidir desta forma, o Acórdão recorrido cometeu um grave, grosseiro e notório erro, aqui tanto de facto como de direito. E este vício da decisão recorrida é de tal forma gritante e ostensivo que não deve ser entendido como inatacável por via de recurso de revista, isto de acordo com as regras processuais previstas no art. 674º do CPC. Desde logo, porque se faz uma deturpação descarada e inaceitável do próprio texto vertido na transcrição das gravações das duas audiências da primeira instância, o que de forma alguma se pode aceitar e não pode escapar ao escrutínio deste STJ.

13ª – O que se diz no Acórdão recorrido é o seguinte: “A testemunha JJ, pai do autor AA referiu que logo que a criança nasceu, falou-se que se ela (mãe) soubesse fazia o aborto. A testemunha KK, pai da autora BB, perguntado sobre se os autores alguma vez manifestaram a intenção de abortar, se

tivessem conhecimento antes, limitou-se a dizer: sim sim sim....”.

14ª – Ao passo que o que se pode ler nas transcrições das gravações é o seguinte:

Pág. 75 das Alegações dos Réus:

Mmº juiz: Olhe, senhor..., o que o senhor Doutor pergunta é se sabe, se é capaz de dizer qual a reacção que o seu filho e a sua nora teriam, não é a sua reacção! A reacção deles?

Sr. JJ: Não sei, não sei!...

Pág. 81 das Alegações dos Réus:

Mandatário 2: O senhor KK, sentiu alguma vez na sua filha essa revolta pelo que está a dizer, por não ter tido a possibilidade de ter feito ou ter tentado fazer alguma coisa?

Sr. KK: Sim, sim. Revoltada por não poder ter feito nada..., por não saber. Se está tudo bem, que se vai fazer?...

Sr. KK: Exatamente. Iriamos apenas recorrer aos meios, para ver o que pode ser feito e o que é que não pode ser feito. Eu sou contra o aborto, sempre fui, não é isso é explícito. Seria uma coisa que eles poderiam, não é...

Sr. KK: Não. Ela nunca teve intenção de abortar, então se ela queria o filho, ela queria o filho não é...

Sr. KK: Ela iria querer um filho são. Por que se soubesse, à partida, que o filho não era aí veriam todas as probabilidades, não é. Embora sendo contra o aborto iriam ver todas as probabilidades, então se vem uma criança que não vai ser perfeita, pronto, talvez, penso eu, que eles pensariam em abortar para tentar ver outra..., outra criança!

15ª – A matéria de facto citada pela decisão recorrida não é a mesma que consta das gravações, a alusão à afirmação de que a recorrente mãe nunca teve intenção de abortar está descaradamente descontextualizada e não transcrita na íntegra, com manifesta alteração do sentido com que essa frase foi

proferida pela testemunha. Trata-se de um erro grave, grosseiro e notório, como se disse, e não apenas um mero erro de apreciação da prova produzida, pelo que, deve ser aceite pelo STJ esta incursão na matéria de facto no contexto destas alegações, considerando-se que a decisão recorrida comete também aqui um erro de direito.

16ª – Renova-se aqui a argumentação vertida na conclusão 5ª, e se as dúvidas sobre os depoimentos das testemunhas eram de tal forma graves que colocavam em causa a sua credibilidade, e atenta a especificidade e sensibilidade da matéria em causa, exigia-se que a decisão recorrida, seguisse um raciocínio coerente e, nos termos do disposto no art. 662º nº 2 als. a) e b) do CPC, ordenasse a renovação dessa prova, ou a produção de novos meios de prova, nomeadamente o depoimento de parte dos recorrentes, por serem estes as únicas pessoas com razões de ciência para poderem responder a uma pergunta de foro tão íntimo. Não o fazendo, a decisão recorrida interpretou incorretamente a referida norma processual.

17ª – A matéria dada por assente na primeira instância, juntamente com a prova produzida na segunda audiência, a que consta da transcrição das gravações da audiência mas não a que vem citada na decisão recorrida, só podiam levar á confirmação da decisão proferida por duas vezes na primeira instância, o que significa que a única resposta possível ao novo quesito aditado é a de PROVADO.

18ª – Na apreciação, interpretação e aplicação das normas legais referentes à responsabilidade civil, dever de indemnizar (art. 799º CC), e nexo de causalidade (arts. 563º e seguintes do CC), a decisão recorrida cometeu mais um e não menos grave erro.

19^a – Renova-se o que se disse na conclusão 1^o, ou seja, houve cumprimento defeituoso por parte dos réus, pelo que, provado está um dos pressupostos da responsabilidade civil e do dever de indemnizar.

20^a – Está também provado pelas decisões da primeira instância que os recorrentes sofreram danos morais, e que os mesmos derivaram da falta de informação atempada aos recorrentes, por parte dos réus.

21^a – As decisões da primeira instância apontaram ainda e fixaram duas vertentes desses danos morais: primeiro, uma maior intensidade do sofrimento dos autores por estarem convencidos pelos réus que o seu filho era saudável e só terem sabido das malformações no momento do nascimento. Os autos não têm indícios, factos ou documentos, que permitam à decisão recorrida afirmar que o sofrimento era o mesmo fosse qual fosse a altura em que os recorrentes soubessem das malformações. Além disso, essa conclusão da decisão recorrida é totalmente desconcertante porque deslocada em absoluto da realidade e da normalidade das coisas. Bem andou a primeira instância que se aproximou com sabedoria dessa realidade e normalidade. É um facto notório que as coisas são mesmo assim, porque bastará atentar que os recorrentes viveram nove meses enchendo um balão de expectativas com a ajuda dos réus que lhes garantiram que tudo estava bem com o feto, para que tudo rebentasse com enorme estrondo e dor no dia do nascimento. Não se pode aceitar que a decisão recorrida não tenha a sensibilidade para distinguir uma maior intensidade na dor e sofrimento dos recorrentes por tudo se ter passado como passou; em segundo lugar, um dano moral resultante do facto de a conduta dos réus ter privado os recorrentes

da possibilidade de optarem pelo recurso à interrupção voluntária da gravidez, direito esse que a lei lhes conferia.

22^a – Como supra se disse, só o erro grave, grosseiro e notório da decisão recorrida permitiu chegar a uma conclusão diferente, ou seja, a de que o dano não resultou da falta atempada de informação.

23^a – Esse erro levou a que a decisão recorrida tenha chegado a uma conclusão desconcertante mas ao mesmo tempo chocante, ao afirmar que, afinal, o dano é outro: o facto de os recorrentes *“terem um filho com malformações ou deformações”*.

24^a – Concluir assim, além de grave e chocante, denota desrespeito pelas decisões já tomadas e pala matéria de facto já assente, e faz uma perigosa aproximação da ideia, já aflorada nas decisões da primeira instância, de saber quem é o responsável por uma indemnização deste dano. Terá a criança direito a ser indemnizada? E por quem? Pelos médicos que não avisaram os pais? Ou por estes, caso não tenham optado pelo aborto? Teriam estes a obrigação de provocarem a interrupção voluntária da gravidez?

25^a – Contrariamente ao que se conclui na decisão ora recorrida, o dano detetado e fixado nos autos é aquele que os pais sofreram pela falta de informação que lhes era contratualmente devida pelos réus. É desse dano que tratam os autos, e este ocorreu por duas formas e em momentos diferentes. A sentença da primeira instância condenou os réus pelos danos causado aos recorrentes e não à criança. Por isso, e como já se disse, a decisão recorrida confunde os danos daqueles e os da criança, e os primeiros existem, foram apurados e fixados na primeira instância e os réus devem ser condenados a indemnizá-los, porque os provocaram pelo

cumprimento defeituoso da sua prestação contratual.

26^a – Contrariamente ao referido na decisão recorrida, há nexos de causalidade entre a atuação dos réus e os danos sofridos pelos recorrentes, e, ao não concluir assim, a decisão recorrida interpretou e aplicou incorretamente o disposto nos arts. 563º e seguintes do CC.

27^a – A decisão recorrida errou mais uma vez ao consagrar um entendimento que defende a igualdade de intensidade do dano em causa independentemente do momento em que os factos são conhecidos pelos lesados. Se é verdade que os recorrentes teriam sofrido um desgosto enorme se os réus tivessem cumprido sem defeitos a sua prestação contratual, ou seja, se os tivessem avisado atempadamente, como era seu dever, que a criança nasceria com malformações, também não é menos verdade que, uma informação prestada no tempo que era devido, ou seja, aquando da realização das ecografias, pelo menos às 21 semanas, teria permitido aos recorrentes ter feito tudo o que lhes fosse possível para tentarem inverter a situação, ainda que o mal se revelasse irremediável. Se isso tivesse ocorrido, e essa tivesse sido a vontade dos recorrentes, então estes hoje poderiam ter a sua consciência tranquila porque tinham feito tudo o que humanamente lhes era possível para eliminarem as terríveis malformações do seu filho.

28^a – O Acórdão recorrido está ferido de inconstitucionalidade, uma vez que a conclusão a que chegou envolve uma violação do princípio da igualdade previsto no art. 13º da CRP. Tal decorre do facto de o Acórdão consagrar e validar uma interpretação das normas legais, quer da CRP que do CP, que privou os recorrentes de disfruta-

rem de um direito que a lei lhes consagra, ou seja, o direito de optarem pela interrupção voluntária da gravidez.

29^a – Não se entende, por manifestamente incompreensível, qual o sentido da ligação que o Acórdão pretende estabelecer entre os arts. 24º e 67º da CRP, quando na pág. 18 parece que se quer salientar uma inviolabilidade do direito à vida que impediria qualquer hipótese dos pais, in casu os ora recorrentes, pensarem sequer em recorrer à interrupção da gravidez, quando o ordenamento jurídico português consagra a permissão da prática de interrupção da gravidez em certas e contadas situações. É o que, nomeadamente, resulta da redação dada pela Lei 16/2007 de 17/4 ao art. 142º nº 1 al. c) do CP, despenalizando a interrupção voluntária da gravidez quando há seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo.

30^a – Depois, a decisão recorrida, ao aludir ao art. 67º da CRP faz uma inapropriada incursão em política de planeamento familiar, pois é desta matéria que trata a alínea c) do nº 2 desse preceito. O Acórdão concluiu que se faria uma errada interpretação deste art. 67º da CRP caso se atribuisse aos recorrentes o direito a uma indemnização pela violação do seu direito de autodeterminação, concretamente no que toca ao planeamento familiar. Esta conclusão envolve uma enorme confusão a propósito espírito normativo do art. 142º do CP, pois não estamos a falar de um caso de estrito planeamento familiar, mas sim de um daqueles

casos específicos que a Lei quis deliberadamente enquadrar como de decisão esclarecida dos pais em recorrer à interrupção da gravidez, ou seja, a situação de malformação do feto.

31ª – O Acórdão recorrido, ao fazer esta estranha e infeliz confusão entre motivos legais de interrupção da gravidez e planeamento familiar, opera um retrocesso face à atualidade e modernidade da legislação portuguesa nesta matéria.

32ª – A decisão recorrida interpretou e aplicou de forma incorreta o disposto nos arts. 24º e 67º da CRP, e no art. 142º do CP.

Nas suas contra-alegações, os réus sustentam que deve ser confirmado o douto acórdão recorrido e ser julgada improcedente a revista.

Tudo visto e analisado, ponderadas as provas existentes, atento o Direito aplicável, cumpre, finalmente, decidir.

As questões a decidir, na presente revista, em função das quais se fixa o objecto do recurso, considerando que o “thema decidendum” do mesmo é estabelecido pelas conclusões das respectivas alegações, sem prejuízo daquelas cujo conhecimento oficioso se imponha, com base no preceituado pelas disposições conjugadas dos artigos 5º, 608º, nº 2, 609º, 635º, nºs 4 e 5, 639º e 679º, todos do Código de Processo Civil (CPC), são as seguintes:

I – A questão do “facto notório” constante do novo “quesito” aditado.

II – A questão dos meios de prova implicados à comprovação do “quesito” aditado.

III – A questão da violação do caso julgado.

IV – A questão do erro na apreciação da decisão sobre a matéria de facto.

V – A questão do nexo de causalidade entre o dano e a falta atempada de informação pelos réus.

VI – A questão da constitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, devido à privação do direito dos autores de optarem pela interrupção voluntária da gravidez.

I. DA NATUREZA DE “FACTO NOTÓRIO” CONSTANTE DO “QUESITO” ADITADO

Os autores começam por afirmar que *“a formulação dada ao novo quesito configura em si a prova de um facto absolutamente notório, que já estava amplamente demonstrado e assente nas decisões da primeira instância”*.

Preceitua o artigo 412º, nº 1, do CPC, que “não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral”.

Um facto é notório quando é do conhecimento geral[2], ou seja, quando o juiz da causa, colocado na posição do cidadão comum, regularmente informado, o conhece, sem necessidade de recorrer a operações lógicas ou cognitivas, nem a juízos presuntivos[3], não se confundindo com as meras ilações ou conclusões fáctico-jurídicas ou, meramente, jurídicas.

O novo quesito que resultou do aditamento determinado pela Relação apresenta a seguinte redação: *“A não detecção atempada das deformidades descritas em D) impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez?”*.

Esta formulação do quesito não contém matéria de conhecimento geral, revestido de carácter de certeza, pelo que pretender saber-se se “a não detecção atempada das de-

formidades impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez” não comporta qualquer referência a factos notórios, porquanto bem pode suceder, em tese, que alguém, independentemente de ter sido ou não informado de deformidades existentes num feto em gestação, possa ou não querer realizar uma interrupção voluntária da gravidez, e daí que não ocorra qualquer óbvia relação entre as duas realidades.

Porém, o aludido quesito novo, ou seja, *“A não detecção atempada das deformidades descritas em D) impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez?”*, tendo sido redigido, sob uma formulação negativa, isto é, *“a não detecção”* e *“impediu”* ou *“não permitiu”*, que conheceu a resposta de *“não provado”*, pela Relação, ao contrário do que acontecera em sede de 1ª instância, que o considerou como *“provado”*, determina que essa factualidade se deva considerar como não alegada.

Deste modo, a falta de prova desse facto negativo significa, apenas, que ele pode ter tido lugar ou não, mas não constitui prova de que ele não teve lugar.

II. DOS MEIOS DE PROVA IMPLICADOS À COMPROVAÇÃO DO “QUESITO” ADITADO

Dizem ainda os autores que, de todo o modo, *“exigia-se que o acórdão recorrido, face às dúvidas que apontou à credibilidade das testemunhas, ordenasse a renovação dessa prova, ou a produção de novos meios de prova, nomeadamente o depoimento de parte dos recorrentes, nos termos do disposto no artigo 662º, nº 2, a) e b), do CPC, por serem estes as únicas pessoas com razões de ciência para*

poderem responder a uma pergunta de foro tão íntimo”.

Dispõe o artigo 662º, nº 4, do CPC, que *“das decisões da Relação previstas nos nºs 1 e 2 não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça”*.

Quer isto dizer que, apontando os autores ao acórdão recorrido a omissão da determinação da *“renovação da produção da prova quando houver sérias dúvidas sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento”* [nº 2, a)] e da *“produção de novos meios de prova”* [nº 2, b)], não pode o Supremo Tribunal de Justiça, atento o estipulado pelo artigo 662º, nº 4, do CPC, censurar o não uso pela Relação dos poderes de alteração da matéria de facto, contrariamente ao que poderia acontecer, na hipótese inversa, ou seja, sindicar, em determinadas circunstâncias, o uso que a Relação tenha feito dos poderes de alteração da matéria de facto.

Com efeito, o erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não é, por via de regra, objecto do recurso de revista, a menos que haja violação expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova, em conformidade com o estipulado pelos artigos 682º, nº 2 e 674º, nº 3, ambos do CPC.

Assim sendo, o Supremo Tribunal de Justiça só pode conhecer do juízo de prova sobre a matéria de facto formado pela Relação, para além das situações de contradição ou insuficiência da fundamentação factual, quando esta deu como provado um facto, sem a produção de prova considerada indispensável, por força da lei, para demonstrar a sua existência, ou quando ocorrer desrespeito das normas reguladoras da força pro-

batória dos meios de prova admitidos, no ordenamento jurídico nacional, de origem interna ou externa.

III. DA VIOLAÇÃO DO CASO JULGADO

Alegam, igualmente, os autores que, uma vez que o primeiro acórdão da Relação, apenas, ordenou a formulação de um novo quesito, mantendo válida a fixação da matéria de facto já operada na primeira instância, no segundo acórdão da Relação, ou seja, na decisão ora recorrida, o segundo julgamento, tão-só, comportou prova para o novo quesito e não para qualquer outra matéria, nomeadamente, aquela de que se recorre, que já tinha sido dada por assente e não foi alterada pelas decisões da Relação, não podendo a decisão recorrida invalidar aquela matéria já assente, sob pena de violação do caso julgado, pelo que, somente, se deveria ter aludido à prova testemunhal produzida, na segunda audiência, e nunca à que teve lugar na primeira.

O acórdão da Relação de folhas 366 e seguintes, determinou a *“anulação parcial do julgamento para ser aditado, à base instrutória, novo quesito, nos termos do artigo 712º, nº 4 do CPC e, consequentemente, a sentença recorrida, por forma a que o tribunal a quo formule novo quesito e proceda a novo julgamento para responder a esse quesito”*.

Dispunha o, então, nº 4, do artigo 712º, do CPC, a que corresponde, na parte essencial que agora importa considerar, o artigo 662º, nº 3, c), do NCPC, que “se não constarem do processo todos os elementos probatórios que, nos termos da alínea a) do nº 1, permitam a reapreciação da matéria de facto, pode a Relação anular, mesmo oficiosamente, a decisão proferida na 1ª instância,

quando repute deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto ou quando considere indispensável a ampliação desta; a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada, podendo, no entanto, o tribunal ampliar o julgamento de modo a apreciar outros pontos da matéria de facto, com o fim exclusivo de evitar contradições na decisão”.

Com efeito, formulado novo quesito, com base no disposto pelo artigo 662, nº 3, c), do CPC, a repetição do julgamento não abrange, em princípio, sem determinação expressa em contrário, a anulação das respostas aos quesitos anteriores que não se encontrem viciadas[4], pois que, apenas, quanto aquele podem as partes apresentar novo rol de testemunhas[5].

Na verdade, efectuado o novo julgamento, as testemunhas arroladas, tão-só, foram inquiridas à matéria do quesito aditado, tendo a nova sentença condenado os réus, nos exatos termos da sentença anterior.

E o acórdão recorrido considerou que *“sobre os pontos da decisão da matéria de facto, nada mais há a decidir, dado que a mesma já fora decidida antes por acórdão desta Relação, tendo-se formado, nessa parte, caso julgado, que obsta à sua reapreciação”*, apenas tendo conhecido o pedido de impugnação da matéria de facto, relativamente à resposta dada ao quesito aditado.

Assim sendo, o acórdão recorrido não procedeu a qualquer alteração da decisão sobre a matéria de facto, com exceção do que contende com o quesito aditado, não existindo, portanto, qualquer violação do princípio do caso julgado.

Realidade diferente será, eventualmente, a do erro de julgamento, que os autores,

sob a epígrafe da violação do caso julgado, imputam ao acórdão, e que será objecto de análise, sob o ponto V, “infra”.

IV. DO ERRO NA APRECIACÃO DA MATÉRIA DE FACTO

Alegam, também, os autores que “*a matéria dada por assente na primeira instância, juntamente com a prova produzida na segunda audiência, a que consta da transcrição das gravações da audiência mas não a que vem citada na decisão recorrida, só podiam levar à confirmação da decisão proferida por duas vezes na primeira instância, o que significa que a única resposta possível ao novo quesito aditado é a de PROVADO, tratando-se de um erro grave e grosseiro de apreciação da prova produzida, pelo que, deve ser aceite pelo STJ esta incursão na matéria de facto no contexto destas alegações, considerando-se que a decisão recorrida comete também aqui um erro de direito*”.

Para além do que já se disse em I e II, “supra”, importa reafirmar, uma vez mais, que o Supremo Tribunal de Justiça aplica, definitivamente, o regime jurídico que julgue adequado aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, não podendo ser objecto de recurso de revista a alteração da decisão por este proferida quanto à matéria de facto, ainda que exista erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova, quando o Supremo Tribunal de Justiça entenda que a decisão de facto pode e deve ser ampliada, em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito, ou, finalmente, quando considere que ocorrem contradições na decisão sobre a matéria de

facto que inviabilizem a decisão jurídica do pleito, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 682º, nºs 1, 2 e 3 e 674º, nº 3, do CPC.

Com efeito, só à Relação compete, em princípio, modificar a decisão sobre a matéria de facto, podendo alterar as respostas aos pontos da base instrutória, a partir da prova testemunhal extratada nos autos e dos demais elementos que sirvam de base à respectiva decisão, desde que dos mesmos constem todos os dados probatórios, necessários e suficientes, para o efeito, dentro do quadro normativo, através do exercício dos poderes conferidos pelo artigo 662º, do CPC.

Por outro lado, como já se disse em II, “supra”, tendo a Relação reapreciado, no acórdão recorrido, as provas em que assentou a parte impugnada da decisão proferida, em primeira instância, não cabe do mesmo recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do preceituado pelo artigo 662º, nºs 1 e 2, c) e 4, do CPC.

Assim sendo e, em síntese, compete às instâncias apurar a factualidade relevante, sendo, a este título, residual a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça, destinada a averiguar a observância das regras de direito probatório material, a determinar a ampliação da matéria de facto ou o suprimimento de contradições sobre a mesma existentes[6].

Efectivamente, o acórdão recorrido decidiu a causa, dando como provados ou como não demonstrados certos factos e, para reapreciar as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, como é pressuposto de um segundo julgamento da matéria de facto, a Relação procedeu à audição da prova pessoal gravada e à análise do teor dos documentos existentes nos autos, examinando as provas e motivando a deci-

são, adquirindo os elementos de convicção probatória, de acordo com o princípio da convicção racional, consagrado pelo artigo 607º, nº 5, do CPC, que combina o sistema da livre apreciação ou do íntimo convencimento com o sistema da prova positiva ou legal.

E, assim, este Supremo Tribunal de Justiça considera que se devem considerar demonstrados os seguintes factos, tendo em conta a nova resposta dada ao quesito 35º, e o entendimento já expresso em I, “supra”, quanto ao novo quesito formulado, nos termos das disposições combinadas dos artigos 674º, nº 3 e 682º, nº 2, do CPC, mas que reproduz:

1. Os réus DD e II exercem as funções de médicos radiologistas, para a ré “HH, Lda”, sendo ainda a ré DD sócia-gerente da mesma – A) dos Factos Assentes.

2. No ano de 2004, a autora BB contratou com a ré “HH, Lda” a prestação de serviços, consistentes em três ecografias obstétricas, a 1ª, em 06/09/2004, a 2ª, em 26/11/2004, e, a 3ª, em 31/01/2005, às oito semanas e cinco dias de gestação, às vinte e uma semanas e um dia de gestação e às trinta semanas e quatro dias de gestação, respetivamente – B) dos Factos Assentes.

3. Dos exames, referidos em 2, resultaram os relatórios juntos aos autos, a fls. 24 a 26, que se deram por, integralmente, reproduzidos – C) dos Factos Assentes.

4. O filho dos autores, CC, nasceu em ... de ... de 2005, com deficiência transversa do punho, mão e pé esquerdo, deficiência longitudinal do pé direito e sindactilia da mão direita – D) dos Factos Assentes.

5. Os originais das imagens dos exames, referidos em 3, foram todos entregues à autora – E) dos Factos Assentes.

6. As deformidades descritas, no ponto 4, eram detectáveis numa ecografia realizada às 12 semanas de gestação – resposta ao quesito 1º.

7. Em nenhum dos relatórios das ecografias realizadas pela autora vem referido que foram visualizados os dedos de qualquer dos quatro membros – resposta ao quesito 2º.

8. Não é possível sujeitar o feto a tratamento para correcção das deformidades descritas, no ponto 4 – resposta ao quesito 3º.

9. Devido às malformações que o mesmo apresenta, foi o menor protetizado, desde os catorze meses, com próteses para o membro superior esquerdo, membro inferior direito e membro inferior esquerdo – resposta ao quesito 5º.

10. Existe uma boa adaptação das próteses nos membros inferiores – resposta ao quesito 6º.

11. Tem sido rejeitada a prótese do membro superior direito – resposta ao quesito 7º.

12. Das malformações, referidas no ponto 4, resulta para o menor CC uma incapacidade permanente geral de 95 pontos – resposta ao quesito 8º.

13. A qual é susceptível de variações – resposta ao quesito 9º.

14. O menor tem dificuldade de locomoção, na via pública, e de acesso aos meios de transporte públicos convencionais – resposta ao quesito 10º.

15. Confrontados no momento do nascimento com as malformações no menor, os autores ficaram chocados – resposta ao quesito 12º.

16. Estado de choque que ainda hoje se mantém – resposta ao quesito 13º.

17. Sempre lhes foi dito pelos réus que realizaram as ecografias que o feto era perfeito e que o bebé estava com excelente saúde – resposta ao quesito 14º.

18. Os autores sofrem muito com esta situação – resposta ao quesito 15º.

19. Que lhes tem causado muitas angústias e incómodos – resposta ao quesito 16º.

20. E que aumenta quando olham para o menor – resposta ao quesito 18º.

21. Constatando que este será, totalmente, dependente de uma terceira pessoa para o resto da vida – resposta ao quesito 19º.

22. O CC sofre quando olha para outras crianças da sua idade, que não apresentam as suas limitações – resposta ao quesito 20º.

23. Não conseguindo sequer brincar com elas – resposta ao quesito 21º.

24. Chora sem perceber o porquê da sua deficiência – resposta ao quesito 22º.

25. Agravando o sofrimento de seus pais quando verificam esta situação – resposta ao quesito 23º.

26. O menor necessitará de substituir as próteses para os membros superior e inferior esquerdos e inferior direito, pelo menos, enquanto não parar de crescer, fisicamente – resposta ao quesito 24º.

27. Aquela substituição terá de ser feita quando as próteses se mostrarem desadequadas ao estado de desenvolvimento físico do menor – resposta ao quesito 26º.

28. Apesar da sua limitação motora grave, o CC é uma criança inteligente e saudável – resposta ao quesito 28º.

29. O menor CC tem condições para ingressar no sistema de ensino e obter uma licenciatura – resposta ao quesito 29º.

30. E virá a auferir um salário nunca inferior a €750,00 – resposta ao quesito 30º.

31. As ecografias realizadas pelo réu Dr. II, não visaram nem visam, na prática, a verificação dos membros do feto – resposta ao quesito 33º.

32. As malformações em causa foram provocadas pelo síndrome de bandas amnióticas – resposta ao quesito 34º.

33. *As bandas amnióticas formam-se na gestação* – resposta ao quesito 35º.

34. E podem provocar garrotagens e originar a amputação de membros ou o desenvolvimento anormal destes, por falta de vascularização – resposta ao quesito 36º.

35. Tais bandas amnióticas podem ou não ser detectáveis nas ecografias, não o sendo, designadamente, nas situações em que as mesmas se encontram encostadas ao feto ou à parede do útero – resposta ao quesito 37º.

36. Nas ecografias em causa, nem as bandas amnióticas foram detectadas, nem foram detectadas as deformidades que provocaram – resposta ao quesito 38º.

37. Na ecografia das 30 semanas já é difícil verificar a existência de malformações, ao nível das mãos e dos pés, devido ao tamanho do feto e à posição do mesmo – resposta ao quesito 39º.

38. Quando se realiza a ecografia das 30 semanas de gestação, não há a preocupação de verificar a existência de malformações dos membros, porque este é o verdadeiro objectivo da ecografia que se realiza às 20 semanas – resposta ao quesito 41º.

39. A autora BB efectuou ecografias, no Hospital desta cidade de Barcelos, nas últimas semanas que antecederam a gravidez do CC, concretamente, nos dias 17, 23 e 31 de Março de 2005 – resposta ao quesito 43º.

V. DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A FALTA ATEMPADA DE INFORMAÇÃO

V. 1. Os autores, neste particular, alegam que, contrariamente ao referido no acórdão recorrido, verifica-se o nexo de causalidade entre a atuação dos réus e os danos sofridos, resultantes da falta atempada de informação, sendo certo que a decisão recorrida confunde os danos dos autores com os danos da criança.

A este propósito, o acórdão recorrido, afirmando *“demonstrada a execução defeituosa ou ilicitude da conduta e a culpa”*, entende que se não verifica *“o nexo de causalidade entre o sofrimento dos pais e a actuação dos recorrentes”*, porquanto *“o nexo de causalidade, no caso vertente, estabelecer-se-ia entre o comportamento da ré DD (não informação aos Autores das malformações do feto) e o forte abalo sentido pelos autores a quem, durante a gravidez, sempre foi dito que o feto era perfeito e que o bebé estava com excelente saúde e que vieram posteriormente a verificar, aquando do nascimento do filho que não era assim, acontece, porém, que o dano decorrente do desconhecimento atempado das ditas deformidades não foi causado pela falta de informação acerca da existência daquelas, mas pelo dano em si, ou seja, por terem um filho com malformações ou deformações”*.

V. 2. As *“wrongful birth actions”* surgem quando uma criança nasce mal-formada e os pais, em seu próprio nome, pretendem reagir contra o médico e/ou as instituições hospitalares ou afins, pelo facto de os terem privado de um consentimento informado que, eventualmente, poderia ter levado à interrupção da gravidez[7].

Trata-se de um cenário que ocorre ou porque o médico não efectuou os exames

pertinentes, ou porque os interpretou, erroneamente, ou porque não comunicou os resultados obtidos, não se mostrando, porém, responsável pela verificação da deficiência, propriamente dita, que surge, normalmente, desde o início da vida pré-natal.

Contudo, a omissão do esclarecimento sobre essa deficiência é considerada ilícita, enquanto que o comportamento alternativo lícito do médico teria evitado, na perspectiva dos autores, o nascimento e, deste modo, a vida, gravemente, deficiente, porquanto os mesmos alegam que se tivessem sido informados das malformações que o embrião/feto desenvolveu durante a gestação, teriam optado por interromper a gravidez, imputando, assim, aos réus um erro no diagnóstico pré-natal.

Com efeito, os chamados diagnósticos pré-natais são exames que se destinam a detetar anomalias fetais, durante a gestação, assumindo várias finalidades, nomeadamente, a de tranquilizar ou preparar os progenitores acerca da saúde do feto, permitir, quando possível, o tratamento do feto, indicar o modo mais adequado para a realização do parto, determinar o tratamento a ser dirigido ao recém-nascido e, nos países onde o aborto é permitido, o diagnóstico de uma deficiência fetal incurável possibilita ainda o exercício do direito à interrupção voluntária da gravidez.

Deste modo, o erro médico consistente na falta de deteção de uma anomalia embrionária ou fetal ou na ausência de informação acerca de tal quadro de deficiência, pode ocasionar a perda de chance de uma escolha reprodutiva, mais, especificamente, a realização ou não de um aborto, pelo que este específico direito à autodeterminação é o campo por excelência das ações de *“wron-*

gful birth” e de “wrongful live”, cada vez mais comuns nos países onde a interrupção voluntária da gravidez é permitida.

V. 3. Invocando os autores o exercício de medicina privada, por parte das rés Dr^a DD e “HH, Lda”, nas instalações desta, para quem aquela trabalhava, como médica radiologista, entendem que gozam do direito de reclamar uma indemnização pelos danos que lhes foram causados, por alegado facto ilícito culposos gerador de responsabilidade civil contratual, pela execução defeituosa de exames de ecografia obstétrica, não acompanhada do correspondente dever legal de informação.

Trata-se, com efeito, de uma responsabilidade de natureza contratual, em que a obrigação de indemnizar tem por fonte a existência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante, decorrente da celebração de um contrato de prestação de serviços médicos, a que se reporta o artigo 1154º, do Código Civil (CC).

Estipula, por outro lado, o artigo 486º, do CC, que “as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”.

Por acto médico, entende-se a actividade executada por um profissional de saúde que consiste na avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas[8], relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades.

Aliás, facilmente, se intui que a presente “wrongful birth action” se submete ao regime jurídico da responsabilidade civil contratual, porquanto decorre de um

contrato celebrado entre o médico e o paciente, cujas características são a natureza sinalagmática, na medida que gera direitos e obrigações para ambas as partes, a onerosidade, ou seja, o serviço médico é realizado, mediante uma contraprestação, o carácter de contrato personalíssimo ou “intuitus personae”, cuja obrigação pactuada só pode ser praticada, em princípio, pelo médico contratado e, por fim, a consensualidade, ou seja, trata-se de um contrato que não possui formalidades prescritas por lei[9].

O ónus da prova da culpa depende do tipo de responsabilidade subjacente, isto é, da respetiva natureza contratual ou extracontratual.

Ora, na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando, então, a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, que o resultado, contratualmente, assumido não se verificou, pelo que, face à culpa, assim, presumida, cabe ao devedor provar a existência de fatores excludentes da responsabilidade.

Por seu turno, se a obrigação assumida consistir numa obrigação de meios, no âmbito da responsabilidade civil contratual por factos ilícitos, incumbe ao devedor fazer a prova que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que sobre si recai, nos termos do preceituado pelo artigo 799º, nº 1, do CC.

Assim sendo, enquanto na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de resultado, o artigo 799º, do CC, combina-se com um critério de tipicidade/ilicitude, referido ao resultado, e, deste modo, exonera o credor do ónus

de provar a omissão do cuidado, exterior ou interior, na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de meios, o aludido normativo legal já se combina com um critério de tipicidade/ilicitude, referido à conduta, razão pela qual não exonera o credor do ónus de demonstrar a omissão da mais elevada medida de cuidado exterior, sem embargo de a presunção de culpa do devedor, a que alude o nº 1 do supracitado normativo legal, ser de aplicar à responsabilidade contratual pelo não cumprimento da obrigação de meios, quer à obrigação contratual do médico como obrigação de resultado[10].

A obrigação de indemnização, com base em responsabilidade civil médica, não decorre de qualquer regra especial definidora desse âmbito, encontrando antes o seu campo de implantação geral, contido no estatuído pelo artigo 483º, nº 1, do CC, onde sobressaem os respectivos requisitos gerais.

V. 4. Os autores sustentam o pedido de indemnização pelos danos sofridos, em resultado do deficiente e erróneo cumprimento do dever de informação, efectuado pela ré “HH, Lda”, e, por parte da ré Drª DD, que aí prestava serviço como médica, relativamente à gravidez da autora, que não fizeram reportar, nos relatórios dos exames de ecografia obstétrica, as gravíssimas malformações dos membros superiores e inferiores do feto, que viriam a determinar uma incapacidade permanente global de 95% do menor CC, sendo certo que essas deformações eram detectáveis às 12 semanas, o que não aconteceu, por descuido e negligência grosseira, imputável às mesmas, e que impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez.

No âmbito da responsabilidade civil contratual, em que se filia a causa de pedir da acção, o médico, apenas, está, em princípio, obrigado a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse efeito se produza, ficando exonerado da responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis[11].

A maioria dos contratos de prestação de serviços médicos veicula, assim, uma obrigação de meios, pois que o médico não promete a cura, mas sim o empenho, a técnica e o cuidado para atingir um determinado efeito, não implicando, portanto, a não consecução dessa finalidade a inadimplência contratual, e, por isso, quando esse objetivo não tenha sido atingido, cabe, então, ao doente provar que tal facto decorreu de um comportamento negligente do médico.

Ora, constituindo exceção, na área das Ciências Médicas, as obrigações de resultado, a não obtenção de um resultado específico determina, por si só, nessas situações, a presunção de um inadimplemento contratual culposos, por parte do devedor da prestação [médico], competindo, então, a este provar que a impossibilidade de cumprimento, isto é, de obtenção daquele resultado devido é imputável a caso fortuito ou de força maior.

Ora, a realização de exames laboratoriais, com o consequente diagnóstico, constitui uma obrigação de resultado[12], tratando-se mesmo de um exemplo clássico de uma típica obrigação médica de resultado, porquanto, atendendo ao eleva-

do grau de especialização alcançado pelos exames laboratoriais, em que a margem de incerteza e aleatoriedade é muito reduzida, praticamente, nula, *“o âmbito concedido ao erro é limitado”*[13] e a verificação do resultado, altamente, provável, razão pela qual sobre aquele que analisa os resultados destes exames recai, também, uma obrigação de resultado, pelo que se o médico ecografista *“fornece ao cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erros de análise”*[14], com ressalva, como é óbvio, da falibilidade do próprio exame, o que se não demonstrou, mas cuja percentagem de exactidão é de cerca de 90 a 95%[15].

V. 5. O diagnóstico consiste na determinação da enfermidade do paciente, na análise das suas características e causas, com vista a alcançar um conhecimento sobre o estado do doente, o mais amplo possível à utilidade que visa, quer se trate de medicina curativa ou de medicina preventiva[16], ou seja, destina-se a conhecer ou determinar “uma doença pelos sintomas e ou mediante exames diversos (radiológicos, laboratoriais), etc”[17].

As ações ou omissões culposas que podem estar na origem dos danos indemnizáveis decorrentes da realização de um diagnóstico pré-natal contendem com a má execução de uma técnica, com a má interpretação de resultados ou a falta de comunicação dos resultados aos interessados.

A má execução de uma técnica pode, apenas, dar origem a um falso negativo, escondendo uma deficiência grave do nascituro ou pode traduzir-se na determinação de lesões físicas, na grávida ou no feto, ao passo que a má interpretação dos resulta-

dos, tanto pode dar origem a um falso negativo, que vem a nascer com deficiências graves, como dar origem a um falso positivo, cuja gestação pode ser interrompida, erradamente[18].

Trata-se de um enquadramento clínico, baseado na capacidade subjectiva do médico para interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, complementado por exames adicionais, se necessário, as condições de saúde do paciente, cabendo aquele, após uma atenta análise dos sintomas reveladas pelo doente, formar a sua convicção e dar início ao tratamento mais adequado à patologia clínica evidenciada, em conformidade com a avaliação obtida.

V. 6. Regressando ao caso em análise, impõe-se referir que a alegada falta médica residuiu na omissão de todos os conhecimentos, diligências e cuidados para dar a conhecer aos autores a condição do filho, porque foram mal interpretados os exames e porque não foi comunicado aos pais o seu resultado, incumprindo os réus os deveres de informação, em desrespeito pelas “*legis artis medicinae*”[19], acabando por causar um dano aos autores, uma vez que a sua adesão ao prosseguimento da gravidez não foi consequente a um consentimento esclarecido, dotado de todas as informações relevantes.

Esta conclusão não é sequer abalada pelo facto de a comunicação da informação omitida não conduzir à cura do nascituro, mas, apenas, à possibilidade do seu não nascimento, e isto porque, a partir do momento em que a lei consagra, dentro de certos condicionalismos, a interrupção voluntária da gravidez de um feto com anomalias graves, está a admitir que uma vida, nestas

condições, pressupõe um dano, o qual não reside na vida em si, mas nas anomalias de que a mesma pode ser portadora[20].

Os autores não alegam que as malformações com que nasceu o CC tenham sido consequência da conduta dos réus, mas antes que sendo detetáveis, desde cedo, essas malformações, e de natureza congénita, os réus não adotaram os cuidados que se impunham na realização das ecografias, nem os informaram da situação real do feto.

A este propósito, as rés, nas suas contra-alegações, afirmam que *“ainda que as deformidades existissem à data da realização das ecografias feitas pela ré Dr^a DD, o que não se admite, e que fossem visíveis ou percepcionáveis por esta, não se provou que esta as tivesse visto, ou que não as tivesse visto por negligência, por não ser possível visualizar as deformidades nas ecografias realizadas”*.

Ficou provado, neste particular, que as deformidades descritas no ponto 4, ou seja, a deficiência transversa do punho, mão e pé esquerdo, a deficiência longitudinal do pé direito e a sindactilia da mão direita, eram detectáveis numa ecografia realizada às 12 semanas de gestação, sendo certo, não obstante, que, em nenhum dos relatórios das ecografias realizadas, designadamente, no relatório respeitante à ecografia efectuada às vinte e uma semanas e um dia de gestação, vem referido que foram visualizados os dedos de qualquer dos quatro membros, antes sempre tendo sido dito pelos réus que realizaram as ecografias que o feto era perfeito e que o bebé estava com excelente saúde.

Com efeito, a verificação da existência de malformações, ao nível das mãos e dos pés, é o verdadeiro objectivo da ecografia que se realiza às 20 semanas, sendo certo

que as malformações em causa foram provocadas pelo síndrome de bandas amnióticas que se formam na gestação, as quais não foram detectadas nas ecografias, assim como as deformidades que provocaram.

Deste modo, pelo menos, na ecografia efectuada às vinte e uma semanas e um dia de gestação, eram detectáveis as malformações evidenciadas que o síndrome de bandas amnióticas que se formam na gestação e que as provocaram, por, também, não haverem sido visionadas, não obstaram à sua percepção.

Assim sendo, contrariamente ao que afirmam os réus, e com o muito devido respeito, não só as deformidades já existiam, à data da realização das ecografias feitas pela ré Dr^a DD, e eram visíveis ou percepcionáveis por esta, como ainda poderiam e deveriam ter sido observadas pela mesma.

Aliás, no mesmo sentido já se havia pronunciado o acórdão recorrido, ao afirmar, corroborando a orientação da sentença de 1^a instância, que *“é precisamente aquele errado resultado do exame ecográfico realizado às 21 semanas de gravidez da autora e a não informação aos autores das malformações que já então eram detectáveis (...)”*, pelo que *“temos de concluir que pelo menos na realização da ecografia realizada às 21 semanas, a médica que a realizou não actuou segundo as regras da boa prática profissional, pois as deformações do feto já eram detectáveis e não o foram;”*.

V. 7. Com efeito, a previsibilidade de um evento não se confunde com a aptidão causal ou idoneidade para a sua produção, que se trata de realidades distintas, relevando esta para efeito do nexo de causalidade, e a primeira para efeito de culpa, porquanto se o médico que atuou com violação das

“legis artis” não previu o resultado danoso da sua conduta, por descuido ou negligência, a mesma é-lhe imputada, a título de culpa.

A culpa exprime um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, que assenta no nexó existente entre o facto e a vontade deste[21], que devia e podia actuar de outro modo, usando todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão, necessariamente, impõe e que teriam permitido dar a conhecer aos pais as malformações do filho.

Ora, sendo o erro um equívoco no juízo e não se encontrando o médico dotado do dom da infalibilidade, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou[22].

O erro médico só não corresponde a uma atuação culposa se, em razão da insignificância do ato, se entender que não houve um desvio em relação ao padrão médico de atuação, pois que, em caso contrário, o erro médico pressupõe uma conduta culposa, por parte do clínico[23], ou seja, o erro de diagnóstico só ocorrerá com a ignorância indesculpável ou o esquecimento das mais elementares regras profissionais, que se revelem de modo evidente[24]

No fundo, a possibilidade de previsão de resultados pelo agente, mesmo daqueles que decorrem da falta da sua antevisão individual, segundo as suas aptidões pessoais, define o limite da culpa e, em consequência, da responsabilidade.

O dever de informação sobre o prognóstico, diagnóstico e riscos envolventes faz

parte dos denominados “deveres laterais do contrato médico”, e o não cumprimento pelo médico dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado pode ser causa de responsabilidade contratual.

V. 8. Muito embora não exista, no ordenamento jurídico nacional, por parte dos progenitores, qualquer dever jurídico de proceder ao aborto de nascituro deficiente, não é a vida que é tida como um dano, em si mesmo, o dano da vida, propriamente dito, mas antes a deficiência da vida, isto é, o dano da deficiência que essa vida comporta[25].

E se o “direito a não nascer” se refere a um hipotético direito do embrião uterino a ver interrompida a sua gestação, mediante a interrupção voluntária da gravidez, nem, por isso, o aborto constitui um poder-dever dos respetivos progenitores[26].

V. 9. De acordo com o disposto pelo artigo 563º, do CC, “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

A comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera não entre a existência e a não existência, mas antes entre a situação em que a criança acaba por nascer e aquela que aconteceria se não fosse a lesão, ou seja, entre a existência de uma pessoa, dita “normal”, e a existência de uma pessoa com malformações, pelo que o valor negativo é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável[27].

E a responsabilidade do médico que violou o seu dever de informação quanto a essa deficiência, que, apenas, não afastou o perigo que ele próprio não criou, não pode, em princípio, ser equiparada à responsabilidade do real causador da vida deficiente[28].

Porém, muito embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, o certo que a sua actividade, quando desenvolvida segundo as “leges artis”, poderia ter evitado o nascimento com aquela deficiência congénita, o que permite substanciar um nexo de causalidade suficiente[29], um nexo de causalidade, ainda que indirecto[30], entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico por essa situação, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, isto é, quando o facto não produz, ele mesmo, o dano, mas desencadeia ou proporciona um outro que leva à verificação deste[31].

Esta relação de causalidade indirecta ou mediata, entre o facto e o dano, é compatível com a intervenção, mesmo de permissão, de outros factores, sejam factores naturais, sejam factos praticados pelo lesado, desde que estes factores, também, se possam considerar induzidos pelo facto inicial, segundo um juízo de probabilidade[32].

E sendo o dano a vida com deficiência e a ausência da possibilidade de escolha pela interrupção voluntária da gravidez, em virtude da violação do direito à informação, e não a criança, em si mesma, que dela padece, admitindo-se o aborto, em caso de deficiência grave do feto, como decorre do preceituado pelo artigo 142º, nº 1, c), do Código Penal, mal se compreenderia que os pais se vissem privados dessa opção.

Com efeito, “não é punível a interrupção da gravidez..., quando... houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congénita e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por ou-

tro meio adequado, de acordo com as *leges artis...*”, em conformidade com o disposto pelo artigo 142º, nº 1, c), do Código Penal.

Trata-se de um juízo médico de previsão, fundado em seguros motivos, com carácter de certeza, de que o nascituro sofre, de forma incurável, de doença grave ou malformação congénita, decorrente de diagnóstico pré-natal, que justifica a interrupção da gravidez [33].

Seria, assim, num quadro de prognose razoável, para efeito de sustentar a não punibilidade da interrupção da gravidez, de defender que a doença se afigurava grave, não já por não permitir a sobrevivência ao nascer, mas antes por não ser de conjecturar um normal desenvolvimento da autonomia do CC, sem um suporte médico continuado das funções vitais.

Aliás, a falta de informação faz funcionar, a favor do credor da mesma, a presunção de que este se teria comportado de forma adequada, ou seja, no caso, que os pais teriam optado por abortar, caso soubessem da deficiência do filho[34].

Com efeito, determinada acção ou omissão é causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa acção ou omissão se mostrava, face à experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar[35].

Aliás, o facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que se mostre, pela sua natureza, de todo, inadequado e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais, sendo que, no caso, o comportamento dos réus foi determinante, ao nível

da censura ético-jurídica, para desencadear o resultado danoso[36].

O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado com a faculdade de os pais interromperem a gravidez e obstar ao nascimento[37], constitui, in “casu”, o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço.

Se o médico executa ou interpreta mal um diagnóstico pré-natal produz um resultado negativo falso, concluindo-se a gravidez que a mãe teria podido interromper, podendo, então, dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada[38].

V. 10. Verificado o nexo de causalidade adequada, os danos sobrevivendo, tal como vêm alegados pelos autores, relacionam-se com os danos não patrimoniais, por se verem confrontados com as malformações do menor, apenas, no momento do nascimento, e com os danos patrimoniais relativos à deficiência, em virtude de o CC ser, totalmente, dependente de uma terceira pessoa, para o resto da sua vida, necessitando de substituir, anualmente, as próteses aplicadas.

Nas “wrongful birth actions”, são resarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais[39], onde se não incluem todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas com uma criança normal[40], pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a

gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo artigo 1878º, nº 1, do CC.

Efetivamente, o que está em causa não é a possibilidade de a pessoa se decidir, mas antes de se decidir num sentido ou noutro[41], de escolher entre abortar ou prosseguir com a gravidez[42], a partir do momento em que a lei penal autoriza os pais a interromper a gravidez, ante a previsão segura de que o feto irá nascer com malformação congénita incurável, atento o disposto pelo artigo 142º, nº 1, c), do Código Penal.

V. 11. Sendo certo que a vida em sociedade é fonte potencial de sofrimento de danos e de ocorrência de riscos, em conformidade com a denominada teoria do “risco social”, impõe-se, como regra decorrente do princípio “casum sentit dominus”, que a vítima suporte o próprio prejuízo, a menos que o dano seja, injustamente, provocado, demonstrando-se necessária a indemnização dessa lesão, cuja finalidade é dupla, isto é, reparar ou compensar a perda e punir o agressor, de acordo com o princípio da “distribuição dos danos que se produzem no contacto social”[43].

E se o Direito, enquanto ordem normativa reguladora de interesses sociais conflitantes, não deve servir como escudo de valores religiosos, morais, filosóficos, éticos ou de costumes, não podem os autores, que afirmaram esse propósito na petição inicial, ver denegado o proclamado exercício da faculdade da interrupção voluntária da gravidez, a pretexto de que “a aceitação da responsabilidade do médico por uma qualquer deficiência, significa evidentemente que essa responsabilidade não pode ignorar e absorver a relevância da conduta dos pais

na origem da vida do filho, como acontece quando um filho é concebido com uma malformação congénita e essa malformação não foi depois corrigida ou atenuada por um lapso médico, em que a responsabilidade (médica) pela deficiência nunca pode ser equiparada à responsabilidade (dos pais) pela vida, devendo a indemnização ser sempre proporcionada ao papel efectivo do médico na produção do resultado danoso”[44].

Na verdade, o Direito é a ciência do mínimo ético, concêntrica com a Moral, mas com um diâmetro inferior a esta, em que, apenas, alguns dos valores que tutela têm igual denominador comum com aquele (“nec omne quod licet honestum est”).

Procedem, pois, em parte, as conclusões constantes das alegações da revista dos autores.

Resta, pois, prejudicada a apreciação da questão da constitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, devido à privação do direito de optar pela interrupção voluntária da gravidez (VI.), constante das conclusões nº 28 a 32 das alegações, em virtude do decidido em V., atento o preceituado pelo artigo 608º, nº 2, do CPC.

CONCLUSÕES:

I – O novo quesito, com a redacção de que “*A não detecção atempada das deformidades descritas em D) impediu que os autores pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez?*”, não comporta qualquer referência a factos notórios, por não conter matéria de conhecimento geral, revestida do carácter de certeza, sem necessidade de se recorrer a operações lógicas ou cognitivas, nem a juízos presuntivos.

II – Tendo o aludido quesito novo sido redigido, sob uma formulação negati-

va, que mereceu resposta de “não provado”, tal determina que essa factualidade se deva considerar como não alegada, pelo que a falta de prova desse facto negativo significa, apenas, que ele pode ter tido ou não lugar, mas não constitui prova de que ele não teve lugar.

III – O Supremo Tribunal de Justiça só pode conhecer do juízo de prova sobre a matéria de facto, formado pela Relação, para além das situações de contradição ou insuficiência da fundamentação factual, quando esta deu como provado um facto, sem a produção de prova considerada indispensável, por força da lei, para demonstrar a sua existência, ou quando ocorrer desrespeito das normas reguladoras da força probatória dos meios de prova, admitidos no ordenamento jurídico nacional, de origem interna ou externa.

IV – Formulado novo quesito, com base no disposto pelo artigo 662º, nº 3, c), do CPC, a repetição do julgamento não abrange, em princípio, sem determinação expressa em contrário, a anulação das respostas aos quesitos anteriores que não se encontrem viciadas, pois que, apenas, quanto aquele novo quesito podem as partes apresentar novo rol de testemunhas.

V – As “wrongful birth actions” surgem quando uma criança nasce mal-formada e os pais, em seu próprio nome, pretendem reagir contra o médico e/ou instituições hospitalares ou afins, por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram, erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados, sendo considerada ilícita a omissão do consentimento informado sobre essa deficiência que, eventualmente, os impediu de terem optado pela interrupção da gravi-

dez, proveniente de um erro no diagnóstico pré-natal.

VI – Na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando, então, a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, que o resultado, contratualmente, assumido não se verificou, pelo que, face à culpa, assim, presumida, cabe ao devedor provar a existência de factores excludentes da responsabilidade.

VII – Mas, se a obrigação assumida consistir numa obrigação de meios, no âmbito da responsabilidade civil contratual por factos ilícitos, incumbe ao devedor fazer a prova que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que sobre si recai, nos termos do preceituado pelo artigo 799º, nº 1, do CC.

VIII – Veiculando a maioria dos contratos de prestação de serviços médicos uma obrigação de meios, não implicando a não consecução de um resultado a inadimplência contratual, quando não é atingido este resultado, caberá, então, ao doente provar que tal fato decorreu de um comportamento negligente do médico, que fica exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.

IX – Uma das exceções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais e radiológicos.

X – Expressando a culpa um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, que assenta no nexo existente entre o facto e

a vontade deste, que devia e podia actuar de outro modo, usando todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão, necessariamente, impõe e que teriam permitido dar a conhecer aos pais as malformações do filho, o erro de diagnóstico será imputável, juridicamente, ao médico, a título de culpa, quando ocorreu com descuido das mais elementares regras profissionais, ou, mais, precisamente, quando aconteceu um comportamento inexcusável em que o erro se formou.

XI – A comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera não entre o dano da vida, propriamente dito, e a não existência, mas antes entre aquele e o dano da deficiência que essa vida comporta, pelo que o valor negativo é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável.

XII – Existe nexo de causalidade suficiente, ou nexo de causalidade indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento do feto com malformação, devido a inobservância das “leges artis”, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita.

XIII – Ocorre a presunção, a favor do credor da informação sobre o diagnóstico, do seu não cumprimento pelo médico, que faz parte dos denominados “deveres laterais do contrato médico”, e pode ser causa de responsabilidade contratual, o teria feito comportar-se, de forma adequada, ou seja, no caso, que os pais teriam optado por abortar, caso soubessem da deficiência do filho.

XIV – O facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que o mesmo se mostre, por sua natureza, de todo ina-

dequado à sua verificação, e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais, o que não acontece quando o comportamento do lesante foi determinante, ao nível da censura ético-jurídica, para desencadear o resultado danoso.

XV – O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais interromperem a gravidez e obstar ao seu nascimento, constitui o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço.

XVI – Nas “wrongful birth actions”, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas inerentes a uma criança normal, pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo artigo 1878º, nº 1, do CC.

XVII – A partir do momento em que a lei penal autoriza os pais a interromper a gravidez, ante a previsão segura de que o feto irá nascer com malformação congénita incurável, o que está em causa não é a possibilidade de a pessoa se decidir, mas antes de se decidir, num sentido ou noutro, de escolher entre abortar ou prosseguir com a gravidez.

XVIII – O Direito é a ciência do mínimo ético, concêntrica com a Moral, mas

com diâmetro inferior a esta, em que apenas alguns dos valores que tutela têm igual denominador comum com aquele (“nec omne quod licet honestum est”).

DECISÃO[45]:

Por tudo quanto exposto ficou, acordam os Juízes que constituem a 1ª secção cível do Supremo Tribunal de Justiça, em conceder a revista dos autores, revogando-se o acórdão recorrido e repristinando-se a douta sentença proferida em 1ª instância.

Custas da revista, a cargo das rés “HH, Lda” e DD, solidariamente.

Notifique.

Lisboa, 12 de Março de 2015

Helder Roque (Relator)

Gregório Silva Jesus

Martins de Sousa

[1] Relator: Helder Roque; 1º Adjunto: Conselheiro Gregório Silva Jesus; 2º Adjunto: Conselheiro Martins de Sousa.

[2] STJ, de 25-10-2005, CJ (STS), Ano XIII, T3, 91; STJ, de 23-2-2005, Rec. Nº 3165/04 – 4ª, Sumários, Fev/2005; STJ, de 3-4-2008, Pº nº 08B262, www.dgsi.pt

[3] Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, III, 3ª edição, reimpressão, 1981, 259 e ss; STJ, de 1-7-2004, Pº nº 04B2285; STJ, de 18-5-2006, Pº nº 06B1644; STJ, de 12-3-2009, Pº nº 08S0602; STJ, de 15-4-2010, Pº nº 9810/03.6TVLSB. S1, www.dgsi.pt

[4] STJ, de 7-6-94, Pº nº 085320, www.dgsi.pt

[5] STJ, de 20-6-91, Pº nº 081820, www.dgsi.pt

[6] STJ, de 25-2-2003, CJ (STJ), Ano XI (2003), T1, 109; STJ, de 30-1-97, Pº nº 96B751/96, 2ª secção;

STJ, de 14-1-97, Pº nº 605/96, 1ª secção, www.dgsi.pt

[7] Dean Stretton, *The Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, *Deakin Law Review*, 2005, 10 (1), 320, 321, 331 a 347.

[8] Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5ª edição, Almedina, 1991, 431.

[9] Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra Editora, 2008, 70 a 73.

[10] Pinto Oliveira, *Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005, 245; Jorge Ribeiro de Faria, *Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*, RFDUP, Ano I, 2004, Coimbra Editora, 115 a 118; Álvaro Rodrigues, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, *Direito e Justiça*, XIV, T3, 2000, 209.

[11] Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 10ª edição reelaborada, 2006, 1039 e 1040.

[12] J. C. Moitinho de Almeida, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, Scientia Iuridica, Tomo XXI, 1972, 329; Álvaro Rodrigues, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, *Direito e Justiça*, XIV, T3, 2000, 182.

[13] Alberto Crespi, *La responsabilité pénale du médecin*, *Revista de Ciência Criminal e de Direito Penal Comparado*, 1971, nº 4, Outubro/Dezembro, 898.

[14] STJ, de 4-3-2008, Pº nº 08A183, CJ (STJ), Ano XVI (2008), T1, 134 e www.dgsi.pt

[15] Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra Editora, 2008, 98 a 102; Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*, T I, Coimbra Editora, 185.

[16] René Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 2ª edição, Paris, 1950, nº 778.

[17] Aurélio Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª edição, Editora Nova Fronteira, 1998, 584.

[18] Guilherme de Oliveira, *O Direito ao Diagnóstico Pré-natal*, Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, 215 e notas (16) e (17).

[19] Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra Editora, 1992, 529; Sónia Fidalgo, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, 2008, 71 e ss.

[20] Vera Lúcia Raposo, *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (21), 2010, 86.

[21] Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, 1970, Almedina, 388.

[22] A. Cirinei, *La valutazione clinica della responsabilità professionale del chirurgo*, Milão, 1982, 120.

[23] Romano Martinez, *Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, II, FDUNL, Almedina, 471.

[24] A. Henriques Gaspar, *A Responsabilidade Civil do Médico*, CJ, Ano III (1978), T1, 347.

[25] Carneiro da Frada, *A Própria Vida como Dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, ROA, Ano 68º, 2008, I, 233; Paulo Mota Pinto, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth e “Wrongful Life”)*, *Lex Medicinæ*, *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, nº 7, 2007, 7 e nota (7), 14.

[26] Paulo Mota Pinto, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida In-*

devida” (“Wrongful Birth e “Wrongful Life”), *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 7 (2007), 14.

[27] Vera Lúcia Raposo, *As wrong actions no início da vida e a responsabilidade médica*, Revista Portuguesa do Dano Corporal (21), 2010, 81 e 82.

[28] Carneiro da Frada, *A própria Vida como Dano? Dimensões Cíveis e Constitucionais, de uma Questão-Limite*, ROA, Ano 68º, I, 2008, 240.

[29] Pierre Sargos, *Conselheiro da Cour de Cassation*, citado por Anne-Claire Muller, *L’Affaire Peruche Débat sue les Dérives vers un Eugénisme Libéral*, www.droit-medical.net/IMG/doc/L_affaire_Perruche-ACM.doc, 18, que defende que a responsabilização do médico só é incompreensível para quem se apegue a um nexo de causalidade biológico.

[30] Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 4ª edição, revista e atualizada, 1987, 579.

[31] Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, I, com a colaboração de Rui de Alarcão, 1958, 353; Vaz Serra, *Obrigações de Indemnização*, BMJ nº 84, 46 e 47.

[32] Guilherme de Oliveira, *O Direito ao Diagnóstico Pré-natal*, Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, 216.

[33] Figueiredo Dias, *Comentário Cominbricense ao Código Penal, Parte Especial*, T I, Coimbra Editora, 184.

[34] Paulo Mota Pinto, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“Wrongful Birth e “Wrongful Life”), *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 7 (2007), 15, 22; STJ, de 17-1-2013, Pº nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, www.dgsi.pt

[35] Galvão Teles, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, 404 e 405.

[36] Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 10ª edição reelaborada, 2006, 764.

[37] Fernando Pinto Monteiro, *Direito à não existência, direito a não nascer, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, II, FDUC, 2006, 137.

[38] Guilherme de Oliveira, *O Direito ao Diagnóstico Pré-natal*, Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, 217.

[39] Conseil d’État, de 14-2-1997, *L’arrêt Quarez*, Recueil Lebon, <http://www.oboulo.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/dissertation/conseil-etat-14-fevrier-1997-centre-hospitalier-regional-nice-epoux-36204.htm>

[40] Margaret Brazier, *Medicine, Patients and the law*. Harmondsworth: Penguin, 1987, 172.

[41] BB Nunes Vicente, *Algumas Reflexões sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Peruche*. *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, nº 11 (2009), 122 e 123.

[42] Cour de Cassation, de 17-11-2000, *L’arrêt Perruche*, www.courdecassation.fr e www.legifrance.gouv.fr

[43] Sinde Monteiro, *Responsabilidade Civil*, Revista de Direito e Economia, Ano IV, nº 2, Julho/Dezembro, 1978, Universidade de Coimbra, 319.

[44] Carneiro da Frada, *A própria Vida como Dano? Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite*, ROA, Ano 68º, I, 2008, 240.

[45] Relator: Helder Roque; 1º Adjunto: Conselheiro Gregório Silva Jesus; 2º Adjunto: Conselheiro Martins de Sousa.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

5 de março de 2015 (*)

“Reenvio prejudicial – Proteção dos consumidores – Responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos – Diretiva 85/374/CEE – Artigos 1º, 6º, nº 1, e 9º, primeiro parágrafo, alínea a) – Estimulador cardíaco e desfibrilhador automático implantável – Risco de avaria do produto – Lesão corporal – Explantação do dispositivo alegadamente defeituoso e implantação de um outro – Reembolso das despesas relativas à operação”

Nos processos apensos C-503/13 e C-504/13, que tem por objeto pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentados pelo Bundesgerichtshof (Alemanha), por decisões de 30 de julho de 2013, entradas no Tribunal de Justiça em 19 de setembro de 2013, nos processos

Boston Scientific Medizintechnik GmbH

contra

AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (C-503/13),

Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente de secção, K. Jürimäe, J. Malenovský, M. Safjan (relator) e A. Prechal, juízes,
advogado-geral: Y. Bot,
secretário: V. Tourrès, administrador,
vistos os autos e após a audiência de 3 de setembro de 2014,
vistas as observações apresentadas:

– em representação da Boston Scientific Medizintechnik GmbH, por C. Wagner, Rechtsanwalt,

– em representação da AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse, por R. Schultze-Zeu e H. Rien, Rechtsanwälte,

– em representação do Governo checo, por M. Smolek e J. Vlácil, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo francês, por D. Colas e S. Menez, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo austríaco, por C. Pesendorfer, na qualidade de agente,

– em representação da Comissão Europeia, por P. Mihaylova e G. Wilms, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 21 de outubro de 2014, profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a interpretação dos artigos 1º, 6º, nº 1, e 9º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (JO L 210, p. 29; EE 13 F19 p. 8).

2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de recursos de “Revision” que opõem a Boston Scientific Medizintechnik GmbH (a seguir “Boston Scientific Medizintechnik”) ao AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (C-503/13) (a seguir “AOK”) e ao Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13), organismos do sistema de seguro de saúde

obrigatório, a propósito dos pedidos, destes últimos, de reembolso das despesas relacionadas com a implantação de estimuladores cardíacos e de um desfibrilhador automático implantável importados e comercializados na União Europeia pela G. GmbH (a seguir “G.”), sociedade que, posteriormente, se fundiu com a Boston Scientific Medizintechnik.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os primeiro, segundo, sexto, sétimo e nono considerandos da Diretiva 85/374 enunciam:

“Considerando que é necessária uma aproximação das legislações em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos causados pela qualidade defeituosa dos seus produtos, por sua disparidade ser suscetível [...] de originar diferenças relativamente ao grau de proteção do consumidor contra os danos causados à sua saúde e aos seus bens por um produto defeituoso;

Considerando que a responsabilidade não culposa do produtor é o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna;

[...]

Considerando que, com vista a proteger a integridade física do consumidor e os seus bens, a qualidade defeituosa de um produto não deve ser determinada com base numa inaptidão do produto para utilização, mas com base numa falta da segurança que o público em geral pode legitimamente esperar; que esta segurança se avalia excluindo qualquer utilização abusiva do produto que não seja razoável nas circunstâncias em causa;

Considerando que uma justa repartição dos riscos entre o lesado e o produtor implica que este último se possa eximir da responsabilidade se provar a existência de determinados factos que o isentem;

[...]

Considerando que a proteção do consumidor exige a indemnização dos danos causados por morte e por lesões corporais bem como a indemnização dos danos patrimoniais [...];”.

4 Nos termos do artigo 1º desta diretiva:

“O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto.”

5 O artigo 3º, n.ºs 1 e 2, da referida diretiva prevê:

“1. O termo ‘produtor’ designa o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matéria-prima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo.

2. Sem prejuízo da responsabilidade do produtor, qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, locação, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito da sua atividade comercial, será considerada como produtor do mesmo, na aceção da presente diretiva, e responsável nos mesmos termos que o produtor.”

6 Nos termos do artigo 4º da mesma diretiva:

“Cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo causal entre o defeito e o dano.”

7 O artigo 6º, n.º 1, da Diretiva 85/374 dispõe:

“Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legiti-

mamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como:

- a) A apresentação do produto;
- b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar;
- c) O momento de entrada em circulação do produto.”

8 O artigo 9º, primeiro parágrafo, desta diretiva prevê:

“Para efeitos do disposto no artigo 1º, entende-se por ‘dano’:

- a) O dano causado pela morte ou por lesões corporais;
- b) O dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa que não seja o próprio produto defeituoso [...]

[...]”

Direito alemão

9 O § 1, nºs 1 e 4, da Lei relativa à responsabilidade por produtos defeituosos (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte), de 15 de dezembro de 1989 (BGBl. 1989 I, p. 2198), dispõe:

“1. Em caso de morte, lesão corporal ou danos à saúde de alguém, bem como de danos a um bem, causados por um produto defeituoso, o produtor está obrigado a indemnizar o lesado pelo dano daí resultante. No caso de danos materiais, este princípio só se aplica quando tenha sido danificado um bem diferente do produto defeituoso e quando este outro bem se destine, em regra, a uso ou a consumo privados, tendo sido essencialmente utilizado pelo lesado para este efeito.

[...]

4. O ónus da prova do defeito, do dano e do nexo causal entre o defeito e o dano recai sobre o lesado. [...]

10 O § 3, nº 1, dessa lei tem a seguinte redação:

“Um produto apresenta um defeito quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como:

- a) A sua apresentação;
- b) A utilização que se pode razoavelmente esperar;
- c) O momento da sua entrada em circulação.”

11 Nos termos do § 8 da referida lei:

“No caso de lesões corporais ou danos à saúde, deve ser paga uma indemnização que cubra as despesas de tratamento suportadas pelo lesado para recuperar a saúde, e o prejuízo financeiro por ele sofrido devido à perda ou redução, temporária ou permanente, da sua capacidade de trabalho ou ao aumento temporário das suas necessidades na sequência das lesões.”

Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

12 A G. Corporation, atualmente B. S. Corporation, sociedade com sede em Saint-Paul (Estados Unidos), fabrica e vende estimuladores cardíacos e desfibrilhadores automáticos implantáveis.

13 A G. importava e comercializava na Alemanha estimuladores cardíacos do tipo “Guidant Pulsar 470” e “Guidant Meridian 976”, fabricados nos Estados Unidos pela G. Corporation, e desfibrilhadores automáticos implantáveis do tipo “G. Contak Renewal 4 AVT 6”, fabricados por esta última na Europa.

Recomendações da G., de 22 de julho de 2005, relativas aos estimuladores cardíacos, e factos subsequentes no processo C-503/13

14 Numa carta de 22 de julho de 2005, enviada nomeadamente aos médicos responsáveis pelo tratamento, a G. indicou que o

seu sistema de controlo de qualidade permitiu detetar que um componente utilizado para selar hermeticamente os estimuladores cardíacos que comercializou podia eventualmente apresentar uma avaria progressiva. Essa avaria podia ter como consequência o esgotamento antecipado da pilha, provocando a perda de telemetria e/ou da terapia por estimulação cardíaca, sem aviso prévio.

15 Por conseguinte, a G. recomendou aos médicos, nomeadamente, que ponderassem a substituição dos referidos estimuladores utilizados pelos seus pacientes. Não obstante a extinção do direito de garantia para os referidos estimuladores, a G. comprometeu-se a colocar gratuitamente aparelhos de substituição à disposição dos pacientes dependentes desses estimuladores e daqueles relativamente aos quais os médicos considerassem ser preferível proceder à substituição.

16 Na sequência desta recomendação, os estimuladores cardíacos anteriormente implantados em B. e em W., dois beneficiários cobertos pelo seguro do AOK, foram substituídos, respetivamente, em setembro e novembro de 2005, por outros que o fabricante forneceu gratuitamente. Os estimuladores cardíacos retirados foram destruídos sem terem sido objeto de uma perícia relativa ao seu funcionamento.

17 O AOK, sub-rogado nos direitos de B. e de W., intentou no Amtsgericht Stendal (tribunal de Stendal) uma ação em que pedia que a Boston Scientific Medizintechnik fosse condenada a indemnizar-lhe as despesas relacionadas com as implantações dos primeiros estimuladores cardíacos, atualizados às datas de substituição desses estimuladores. Essas despesas ascendiam a 2 655,38 euros, no que respeita a B., e a 5 914,07 euros, no que respeita a W.

18 Por sentença de 25 de maio de 2011, o Amtsgericht Stendal julgou a ação procedente. Tendo o Landgericht Stendal (tribunal regional de Stendal) negado provimento ao recurso interposto pela Boston Scientific Medizintechnik daquela sentença, esta sociedade interpôs um recurso de “Revision” para o órgão jurisdicional de reenvio.

Recomendações de G., do mês de junho de 2005, relativas aos desfibrilhadores automáticos implantáveis, e factos subsequentes no processo C-504/13

19 Por carta de junho de 2005, a G. informou os médicos responsáveis pelo tratamento que o seu sistema de controlo de qualidade tinha permitido detetar que o funcionamento dos desfibrilhadores implantáveis do tipo “G. Contak Renewal 4 AVT 6” podia ser afetado por um defeito de um componente suscetível de limitar os seus efeitos terapêuticos. Resultava do controlo técnico efetuado que um interruptor magnético desses desfibrilhadores podia ficar bloqueado na posição de fechado.

20 Como decorre da decisão de reenvio no processo C-504/13, se a função “utilização do íman” estivesse ativa e se esse comutador magnético ficasse bloqueado em posição de fechado, o tratamento das arritmias ventriculares e auriculares seria interrompido. Por conseguinte, uma eventual perturbação do ritmo cardíaco que podia ser mortal não seria detetada pelos referidos desfibrilhadores e estes não emitiriam o choque que salva a vida do doente.

21 Nestas condições, a G. recomendou aos médicos a desativação do interruptor magnético dos desfibrilhadores em causa.

22 Em 2 de março de 2006, na sequência da divulgação da informação referida no nº 19 do presente acórdão, o desfibrilhador

automático implantável de F., beneficiário da cobertura do seguro do Betriebskrankenkasse RWE, foi substituído antecipadamente.

23 Por carta de 31 de agosto de 2009, o Betriebskrankenkasse RWE pediu à Boston Scientific Medizintechnik o reembolso das despesas do tratamento do seu assegurado, que ascendiam aos montantes de 20 315,01 euros e de 122,50 euros, associadas à operação de substituição do referido desfibrilhador.

24 Por sentença de 3 de fevereiro de 2011, o Landgericht Düsseldorf (Tribunal Regional de Düsseldorf), no qual o Betriebskrankenkasse RWE intentou uma ação em que pedia a condenação da Boston Scientific Medizintechnik no referido reembolso, julgou a referida ação procedente. A Boston Scientific Medizintechnik interpôs recurso dessa sentença para o Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf) que revogou parcialmente a referida sentença e condenou esta sociedade no pagamento de uma quantia de 5 952,80 euros, acrescida de juros. A Boston Scientific Medizintechnik interpôs recurso de “Revision” para o órgão jurisdicional de reenvio, pedindo a improcedência total da ação do Betriebskrankenkasse RWE.

Considerações apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio nos processos C-503/13 e C-504/13

25 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que a decisão dos litígios em causa nos processos principais depende da questão de saber se os estimuladores cardíacos e o desfibrilhador automático implantados no corpo dos segurados em causa são produtos defeituosos na aceção do artigo 6º, nº 1, da Diretiva 85/374. A este respeito, considera que ainda não se determinou se esses apare-

lhos, por pertencerem a um grupo de produtos que apresentam um risco de avaria, eram, em si mesmos, defeituosos.

26 O referido órgão jurisdicional considera que, nesse contexto, pouco importa que nos circuitos médicos especializados se admita que, em caso de implantação de um estimulador cardíaco ou de um desfibrilhador automático, não se possa garantir uma segurança total. Tendo em conta o risco de vida que representa um aparelho defeituoso, o paciente deveria poder legitimamente esperar, em princípio, uma taxa de avaria do aparelho implantado próxima de zero.

27 Quanto aos desfibrilhadores automáticos implantáveis, resulta da decisão de reenvio que o facto de a utilidade terapêutica da função “utilização do íman” desaparecer quando esta última é desativada não constitui um risco para a integridade física e a vida do paciente. O armazenamento dos dados do doente não é interrompido por essa desativação. O facto de o bloqueio temporário da terapia de taquiarritmia apenas poder ser efetuado neste caso com a ajuda de um aparelho de programação não resulta num risco para a saúde, mas apenas numa limitação das funcionalidades desses desfibrilhadores.

28 Nestas condições, o Bundesgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais, formuladas de forma semelhante nos dois processos C-503/13 e C-504/13:

“1) Deve o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 85/374[...] ser interpretado no sentido de que um produto que constitui um dispositivo médico implantado no corpo humano (neste caso, um estimulador cardíaco [e um desfibrilhador automático implantável]) é, desde logo, defeituoso quando os [estimula-

dores cardíacos] do mesmo [lote] de produtos apresentam um risco de avaria significativamente superior [ou quando um número significativo de desfibriladores da mesma série revelou um mau funcionamento], não tendo, no entanto, sido constatado qualquer defeito no dispositivo implantado no caso concreto?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

As despesas relativas à operação de explantação do dispositivo e de implantação de um outro estimulador cardíaco [ou de um outro desfibrilhador] [constituem] um dano causado por lesões corporais na aceção [dos artigos] 1º e 9º, [primeiro parágrafo], alínea a), da Diretiva 85/374[...]?

29 Por decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 2 de outubro de 2013, os processos C-503/13 e C-504/13 foram apensados para efeitos das fases escrita e oral, bem como do acórdão a proferir.

Quanto ao pedido de reabertura da fase oral do processo

30 A fase oral do processo foi encerrada em 21 de outubro de 2014 após a apresentação das conclusões do advogado-geral.

31 Por requerimento de 10 de novembro de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça no mesmo dia, a Boston Scientific Medizintechnik pediu ao Tribunal de Justiça que ordenasse a reabertura da fase oral do processo.

32 Em apoio deste pedido, alega, em particular, que as conclusões do advogado-geral têm por base considerações jurídicas sobre as quais as partes no processo não puderam trocar as suas opiniões, nomeadamente, as relativas ao artigo 168º TFUE e ao artigo 35º da Carta dos Direitos Funda-

mentais da União Europeia. Além disso, a Boston Scientific Medizintechnik defende que as conclusões apresentadas pelo advogado-geral enfermam de vários erros.

33 A este propósito, importa realçar que o Tribunal de Justiça pode, em qualquer momento, ouvido o advogado-geral, ordenar a reabertura da fase oral do processo, em conformidade com o disposto no artigo 83º do seu Regulamento de Processo, nomeadamente se considerar que está insuficientemente esclarecido ou ainda quando a causa deva ser decidida com base num argumento que não foi debatido entre as partes ou entre os interessados referidos no artigo 23º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia.

34 No caso em apreço, ouvido o advogado-geral, o Tribunal de Justiça considera que dispõe de todos os elementos necessários para responder às questões submetidas e que esses elementos foram objeto de debate neste Tribunal.

35 Consequentemente, há que indeferir o pedido de reabertura da fase oral do processo apresentado pela Boston Scientific Medizintechnik.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

36 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 85/374 deve ser interpretado no sentido de que a comprovação de um defeito potencial dos produtos do mesmo lote ou da mesma série de produção, como os estimuladores cardíacos e os desfibriladores automáticos implantáveis, permite qualificar tal produto de defeituoso sem que seja necessário comprovar o referido defeito desse produto.

37 A fim de responder a esta questão, há que salientar que, como resulta do artigo 6º, nº 1, da referida diretiva, um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente a apresentação desse produto, a utilização do produto que se pode razoavelmente esperar e o momento da sua entrada em circulação. Por outro lado, em conformidade com o sexto considerando da Diretiva 85/374, há que efetuar esta apreciação atendendo às expectativas legítimas do público em geral.

38 Por conseguinte, a segurança que se pode legitimamente esperar, em conformidade com esta disposição, deve ser apreciada tendo em conta, nomeadamente, o destino, as características e as propriedades objetivas do produto em causa, bem como as especificidades do grupo dos utilizadores a que esse produto se destina.

39 Quanto a dispositivos médicos, como os estimuladores cardíacos e os desfibriladores automáticos implantáveis em causa nos processos principais, há que referir que, tendo em conta a sua função e a situação de particular vulnerabilidade dos pacientes que utilizam os referidos dispositivos, as exigências de segurança que esses pacientes podem legitimamente esperar dos mesmos são particularmente elevadas.

40 Por outro lado, como o advogado-geral referiu, em substância, no nº 30 das suas conclusões, o defeito potencial de segurança, que determina a responsabilidade do produtor nos termos da Diretiva 85/374, reside, no que se refere a produtos como os que estão em causa nos processos principais, na probabilidade anormal do dano que estes podem causar à pessoa.

41 Nestas condições, a comprovação de um defeito potencial desses produtos do mesmo lote ou da mesma série de produção permite qualificar todos os produtos desse lote ou dessa série de defeituosos, sem que seja necessário demonstrar o defeito do produto em causa.

42 Além disso, tal interpretação está de acordo com os objetivos prosseguidos pelo legislador da União que visam, nomeadamente, conforme resulta dos segundo e sétimo considerandos da Diretiva 85/374, assegurar a justa repartição dos riscos inerentes à produção técnica moderna entre o lesado e o produtor.

43 Resulta do conjunto das considerações precedentes que há que responder à primeira questão que o artigo 6º, nº 1, da referida diretiva deve ser interpretado no sentido de que a comprovação de um defeito potencial dos produtos do mesmo lote ou da mesma série de produção, como os estimuladores cardíacos e os desfibriladores automáticos implantáveis, permite qualificar tal produto de defeituoso sem que seja necessário comprovar o referido defeito desse produto.

Quanto à segunda questão

44 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 1º e 9º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 85/374 devem ser interpretados no sentido de que o dano causado por uma operação cirúrgica de substituição de um produto defeituoso, como um estimulador cardíaco ou um desfibrilador automático implantável, constitui um “dano causado pela morte ou por lesões corporais”, pelo qual o produtor é responsável.

45 A título preliminar, há que recordar que, conforme resulta da leitura conjugada dos artigos 1º e 9º, primeiro parágrafo, alínea a), da referida diretiva, o produtor é responsável pelo dano causado pela morte ou por lesões corporais, que são a consequência do defeito do seu produto.

46 Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma indemnização adequada e integral das vítimas de um produto defeituoso deve ser garantida quanto ao dano referido no número anterior do presente acórdão (v. acórdão Veedfald, C-203/99, EU:C:2001:258, nº 27).

47 Conforme salientou o advogado-geral nos n.ºs 61 a 63 das suas conclusões, o conceito de “dano causado pela morte ou por lesões corporais”, na aceção do artigo 9º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 85/374, tendo em conta os objetivos de proteção da segurança e da saúde dos consumidores que essa diretiva prossegue em conformidade com os seus primeiro e sexto considerandos, deve ser objeto de uma interpretação ampla.

48 Para que surja a responsabilidade do produtor por um produto defeituoso, é necessário demonstrar, em conformidade com o artigo 4º da Diretiva 85/374, um nexo causal entre o defeito e o dano sofrido.

49 A indemnização do dano abrange, assim, tudo o que for necessário para eliminar as consequências nocivas e para restabelecer o nível de segurança que se pode legitimamente esperar, em conformidade com o artigo 6º, nº 1, dessa diretiva.

50 Por conseguinte, no caso de dispositivos médicos, como os estimuladores cardíacos e os desfibrilhadores automáticos implantáveis, defeituosos na aceção do artigo 6º, nº 1, da referida diretiva, a indemnização

do dano deveria, nomeadamente, cobrir as despesas relacionadas com a substituição do produto defeituoso.

51 No caso vertente, conforme resulta da decisão de reenvio no processo C-503/13, a G. recomendou aos médicos que ponderassem a substituição dos estimuladores cardíacos em causa.

52 Neste último processo, há que observar que as despesas relacionadas com a substituição desses estimuladores, incluindo as despesas com as operações cirúrgicas, constituem um dano, na aceção do artigo 9º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 85/374, pelo qual o produtor é responsável em conformidade com o artigo 1º desta diretiva.

53 Esta apreciação pode ser diferente no caso dos desfibrilhadores automáticos implantáveis uma vez que, como resulta da decisão de reenvio no processo C-504/13, a G. apenas recomendou a desativação do interruptor magnético desses dispositivos médicos.

54 A este respeito, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se, tendo em conta a situação de particular vulnerabilidade dos pacientes que utilizam um desfibrilhador automático implantável, tal desativação é adequada a eliminar o defeito desse produto, que implica um risco anormal de dano para os pacientes em causa, ou se a substituição desse produto é necessário para eliminar esse defeito.

55 Resulta do conjunto das considerações precedentes que há que responder à segunda questão que os artigos 1º e 9º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 85/374 devem ser interpretados no sentido de que o dano causado por uma operação cirúrgica de substituição de um produto defeituoso,

como um estimulador cardíaco ou um desfibrilhador automático implantável, constitui um “dano causado pela morte ou por lesões corporais” pelo qual o produtor é responsável, quando essa operação é necessária para eliminar o defeito do produto em causa. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se este requisito se verifica nos processos principais.

Quanto às despesas

56 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

1) O artigo 6º, nº 1, da Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, deve ser inter-

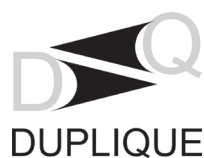
pretado no sentido de que a comprovação de um defeito potencial dos produtos do mesmo lote ou da mesma série de produção, como os estimuladores cardíacos e os desfibrilhadores automáticos implantáveis, permite qualificar tal produto de defeituoso sem que seja necessário comprovar o referido defeito desse produto.

2) Os artigos 1º e 9º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 85/374 devem ser interpretados no sentido de que o dano causado por uma operação cirúrgica de substituição de um produto defeituoso, como um estimulador cardíaco ou um desfibrilhador automático implantável, constitui um “dano causado pela morte ou por lesões corporais” pelo qual o produtor é responsável, quando essa operação é necessária para eliminar o defeito do produto em causa. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se este requisito se verifica nos processos principais.

Assinaturas

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1426245491571&uri=CELEX:62013CJ0503>

Patrocínio



Apoio Institucional

