

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. VII n. 21 | Março 2016

#21

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 VI, número 21, março 2016

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 Andrighi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Juliana Brasileiro Barbalho, Larissa Maria Leal
Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato
Morais, François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri
Temple (França), João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Patrocínio

Centro Universitário UniBrasil
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 **Oração de Abertura – Congresso Internacional da Rede de Excelência Jurídica**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 13 **Consumidor-cidadão: o Estado e os direitos dos consumidores**
RUTE COUTO
- 33 **A prestação de trabalho dos menores em atividades publicitárias**
SUSANA I. P. FERREIRA DOS SANTOS GIL
- 49 **Pontos de interseção entre o direito civil e o direito do consumidor – Diálogo das fontes**
BRUNO DE ALMEIDA LEWER AMORIM
- 73 **Mulheres, consumo e sustentabilidade**
TAMARA AMOROSO GONÇALVES
DANIELA ROSENDO
- 107 **Educação do consumidor: parente pobre das pretensas políticas de consumidores no plano global**
MÁRIO FROTA
- 149 **Les grands principes fondamentaux du droit des produits (alimentaires et non alimentaires)**
HENRI TEMPLE
- 169 **El amparo del consumidor a través de la empresa. El concepto *friendly business***
JUAN MANUEL FERNÁNDEZ OROZCO
- 187 **As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor**
RIZZATTO NUNES

201 **Protección del consumidor en la adquisición de contenidos digitales**

MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ

219 **Vulnerabilidade potencializada diante de publicidade enganosa com promessa de curar câncer: comentário ao REsp. 1.329.556/SP**

VITOR HUGO DO AMARAL FERREIRA

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

231 **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**

Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva

243 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**

Relator: Reinaldo Pinto Alberto Filho

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

269 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)**

Relator: M. Safjan

276 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**

Relator: Nuno Cameira

EM DESTAQUE

289 **Petição**

EDUARDO ULIAN

EDITORIAL

Oração de Abertura Congresso Internacional da Rede de Excelência Jurídica Porto, 18 de Janeiro de 2016

A Rede Internacional, sob a égide de Léo da Silva Alves, dissemina-se, estreita as suas malhas, nelas recolhendo um lote mais extenso de excelsos juristas das sete partidas do globo.

Coube à Invicta acolher, desta feita, o Congresso que a Rede Internacional promove a espaços.

A Invicta veste as suas melhores galas para receber distinto naipe de jurisconsultos de oriundas paragens, como diria no seu canhestro linguajar, o célebre Doutor Calixto, da velha Academia.

E reúne na sessão preambular do Congresso as mais ilustres personalidades do firmamento jurídico portuense: o presidente da Relação, o Tribunal Superior Regional, em situação de paridade com o Conselho Regional – o colégio de advogados, cuja presidente nos honra com a sua presença e ainda a Procuradora-Geral Distrital do Ministério Público e o Procurador-Geral Adjunto que análogas funções exerce na Relação de Guimarães.

E reúne ainda personalidades de distintos círculos – da administração de proximidade às autoridades académicas e à sociedade científica votada à promoção e à proteção dos direitos dos cidadãos que somos – que se concatenam com os que na Rede confluem dos distintos Estados do Brasil – continente. E a que se agregam representantes dos demais países da América Latina e da conivente Espanha que se nos irmana no ideário de justiça para os povos e no desenvolvimento dos instrumentos de um viver harmónico e em consonância com os índices civilizacionais os mais desenvolvidos do globo.

A Rede Internacional nos translúcidos objetivos que persegue almeja a congregar os melhores das sete partidas do globo e que ao múnus da justiça se devotam.

Ética e Direito – princípios deontológicos rígidos no estatuto de cada um dos estamentos, princípios gerais do direito, Direitos Humanos como

primado, excelência na postura, intransigente defesa dos hipossuficientes e dos hipervulneráveis contra a avidez dos que detêm posições de senhorio económico ou alcançam patamares de poder em que a probidade, a verticalidade e o pundonor se proscurem –, eis o escopo que a Rede Internacional se propõe no seu magistério onde quer que a sua mensagem ecoe.

Como presidente honorário da Rede, cumpre-me expressar o reconhecimento pela cumplicidade de quantos se propuseram estreitar os seus braços aos que de remotas paragens nos concedem a honra de partilhar connosco tempo, espaço e preocupações, quiçá, propósitos comuns.

Como presidente honorário da Rede, cumpre-me saudar particularmente – para além dos egrégios Conselheiros dos Tribunais de Contas do Brasil, na figura de Sebastião Helvécio Braga de Castro – os jurisconsultos que da outra riba do Atlântico demandam a Antiga, Mui Nobre, Sempre leal e Invicta Cidade do Porto, indissoluvelmente ligada ao Brasil pelo Imperador D. Pedro I, que se acolheu aos afetos da gente autêntica do Porto durante as dissidências entre absolutistas e liberais (em autêntica luta fratricida cuja vitória averbrou).

Destaque para os que ora acedem a cargos de relevância, como o assinala o presidente da Rede Internacional:

- Dr. Eduardo Ribeiro, que assume a presidência da Rede na Paraíba*
- Dr.^a Lúcia Pereira Valente Lombardi, que ora se integra na Diretoria da Rede no Estado de São Paulo, sob a presidência da Dr.^a Carla Fabiana Martins*

- Dr. Rodrigo Marques Ferreira Rodrigues, que assume a Diretoria da Rede no Estado do Rio de Janeiro, sob a presidência do Dr. Hélio José Machado.*

Envolve ainda em particular os que da Argentina e da Colômbia nos secundam na excelência dos nossos propósitos.

Especial referência ao Prof. Ricardo Jorge Klass, que a Rede entende homenagear pela linearidade de um percurso de eleição, pela excelência das suas intervenções em distintos areópagos, pelos valores que propugna e pelos princípios por que se rege, em tudo compagináveis com a Carta Axiológica da Rede Internacional de que é, aliás, um dos expoentes.

E “last but not least”, ao Prof. Guillermo OROZCO, que a todos proporcionou na pretérita edição do Encontro Internacional e do Congresso

Europeu, na exuberante Granada, repositório de tradições e centro de amálgama de culturas por excelência, na fidalguia de um acolhimento inexcedível, um majestoso programa que perdurará na memória de todos por decénios. E que vem constituindo, na hospitalidade patenteada e no espírito de missão que o exorna, uma porta franca a quantos dos distintos Continentes se aprestam a demandar a Península para mergulharem nas sacras águas do saber, no multifacetado mosaico de representações que nelas se apreende ...

O V Congresso Europeu é ensejo para o lançamento da obra JURISTAS DO MUNDO, já na sua 4ª edição, como repositório de distintas intervenções de juristas dos países de origem dos congressistas e do país de acolhimento.

Evento que ocorrerá na Casa do Infante, lugar simbólico, aliado à gesta dos descobrimentos e a esse inigualável membro da ínclita geração que com os seus métodos próprios, indomável querer e férrea disciplina, impôs ao mundo este ignoto povo desta exígua faixa de terra do Ocidente europeu.

Aí se desenvolverão relevantes momentos como os das apresentações temáticas ajustadas aos tempos que correm e à problemática dos negócios internacionais.

A História das multisseculares Instituições Judiciárias, ato que no Palácio da Justiça decorrerá, com a apresentação do Ilustre Conselheiro Pereira da Graça é algo que importa referenciar.

Como, de resto, o desbravamento dos mistérios em torno desse precioso néctar que a poalha do tempo sedimenta e a sua vetustez inculca: o Porto, da mais antiga e prestigiada Região Demarcada do Globo (1756), que nem sequer as pretensões de “nuestros hermanos” consentem que se lhes aproxime ou equipare.

E o domínio de algumas das joias raras desse tão inexpugnável quão valioso património monumental como o do Palácio da Bolsa e de preciosidades outras que o Porto ciosamente preserva. Especial menção aos 110 anos da mais exuberante Livraria do Globo, que se recomenda se visite nos espaços que o programa deliberadamente se propõe para tanto conceder.

O Porto abre-se naturalmente a quem se propõe desvendar a sua alma.

Do Porto se enamoram os que dele se abeiram e tendem a perceber-lhe os gestos e a perscrutar-lhe os desígnios.

O Porto é carácter, como sublinha Eugénio de Andrade:

*“Mas a cidade o que tem, sobretudo, é carácter –
um carácter que faz do cidadão do Porto
o mais belo estilo de ser português.*

*Esta cidade, cujo espírito exasperado e viril
fez do granito escuro das suas pedras espelho da própria alma;
esta cidade, cuja gente tem uma rudeza de fala e de gestos
que lhe vai a matar com o seu ódio à futilidade e à hipocrisia;
esta cidade, que herdou da aspereza do solo e do cartão duro do rio
uma solidez que leva às cisas da arte e do coração;
esta cidade, deixai-me repeti-lo, com o seu carácter eminentemente
democrático e popular,
torna o resto do país com excepção do Alentejo e do Alto Douro,
completamente amorfo.”*

*O Porto acolhe, em esplendor, a Rede Internacional de Excelência
Jurídica e augura aos que se lhe adscrevem profícuo labor e uma estada
de franco sucesso sem os rigores da invernia que persiste em assolar-nos.*

*E que a confraternidade se estreite e a Rede se amplie nas malhas
que vai tecendo em prol de uma Humanidade eminentemente sensível ao
Bem, ao Belo e ao Justo.*

*A Cidadania exige-o, a Cidadania impõe-no, a Cidadania Universal
merece-o de todo!”*

Antiga, Mui Nobre, Sempre Leal e Invicta Cidade do Porto, aos 18
de Janeiro de 2016

Mário Frota

Presidente do Conselho Científico-Pedagógico

CONSUMIDOR- CIDADÃO: O ESTADO E OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

RUTE COUTO*

Docente do Instituto Politécnico de Bragança
Presidente da delegação de Trás-os-Montes da Associação
Portuguesa de Direito do Consumo

RESUMO

Os direitos do consumidor estão constitucionalmente consagrados como direitos fundamentais do cidadão português, que ao Estado cabe garantir e efetivar. Para além de um dever geral de proteção, à administração central, regional e local são atribuídas responsabilidades concretas nos domínios da educação e formação, informação dos consumidores e acesso a uma justiça acessível e pronta, cujo cumprimento ora importa aferir. Por outro lado, o próprio Estado pode assumir a qualidade de fornecedor de bens ou prestador de serviços de consumo (designadamente, de serviços públicos essenciais) e, enquanto sujeito desta relação jurídica, impõem-se-lhe os deveres correspondentes aos direitos do consumidor. Elementos para uma reflexão sobre os desafios que se colocam à política nacional de defesa do consumidor no âmbito da agenda europeia na estratégia Europa 2020.

1. Direitos dos consumidores, uma dimensão de cidadania

Todos somos *cidadãos* e todos somos *consumidores*. Dois conceitos juridicamente distintos, mas amiúde assimilados como uno pelos sujeitos a que respeitam.

Dado o elemento relacional inerente à sua própria definição, o consumidor é o cidadão numa relação jurídica de consumo, que se estabelece entre ele e o profissional que lhe fornece os bens ou presta os serviços, e, nessa medida, acomodar o cidadão na categoria de consumidor é notoriamente redutor. Todavia, o consumo é a “única função comum a todos os homens no decurso da sua vida”¹ e tal universalidade motiva a diluição, ainda que empírica, daqueles dois conceitos.

A esta dimensão subjetiva temos de aliar uma dimensão objetiva, de tutela dos *interesses coletivos e difusos* dos consumidores, interesses esses que se situam num plano intermédio entre o cidadão e o Estado² e revelam a natureza transindividual das relações de consumo.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu artigo 60º, consagra como *direitos fundamentais* os direitos do consumidor “à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

O processo de constitucionalização dos direitos dos consumidores foi progressivo, desde a versão original de 1976, em que a proteção do consumidor figurava como uma incumbência prioritária do Estado, seguindo-se em 1982 a sua consagração como direitos subjetivos, mas ainda incluídos na parte relativa à organização económica, até à revisão constitucional de 1989, que elevou os direitos dos consumidores à categoria de direitos fundamentais, no catálogo dos *direitos económicos*.

Integram assim, a par dos direitos sociais e culturais, o que Vieira de Andrade apelidou de “fins políticos de realização gradual” ou “direitos ‘sob reserva do possível’”³, na medida em que exigem prestações do Estado condicionadas a opções político-orçamentais. Todavia, apesar de privados da força jurídica conferida aos direitos, liberdades e garantias, têm uma força normativa própria e irradiante enquanto valor

constitucional, imperativo legislativo e referencial da interpretação e fiscalização da constitucionalidade das normas ordinárias.

No plano constitucional, o respeito pelos direitos dos consumidores é uma tarefa fundamental do Estado (artigo 9º CRP), fundamento do direito de ação popular (artigo 52º nº 3 a) CRP), incumbência prioritária no âmbito económico-social (artigo 81º i) CRP) e um dos objetivos da política comercial (artigo 99º e) CRP), bem como imperativo na prossecução do interesse público pela Administração (artigo 266º CRP). Neste quadro, efetivar os direitos do consumidor é promover o bem-estar e a qualidade de vida do cidadão, desígnio a que qualquer Estado não pode deixar de almejar.

2. O Estado na promoção e proteção do consumidor

Em concretização daquelas determinações constitucionais, a lei de defesa do consumidor (LDC)⁴ atribui ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais um *dever geral de proteção* do consumidor, que se traduz na intervenção estadual a nível legislativo e regulamentar, execução dos ditames da lei e apoio às associações de consumidores. A Direção-Geral do Consumidor (DGC) é, em primeira linha, o serviço público destinado a promover a política de salvaguarda dos direitos dos consumidores (artigo 21º LDC).

Para além desta incumbência geral, ao Estado, nas suas múltiplas acepções e pessoas, são confiadas responsabilidades concretas no âmbito dos direitos do consumidor elencados e desenvolvidos na LDC. Permitimo-nos salientar as autarquias locais, cujo regime jurídico determina, como atribuição dos *municípios*, em articulação com as freguesias, a promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respectivas populações, designadamente no domínio da defesa do consumidor⁵. Para além das concretas incumbências a que nos referiremos, é mister assinalar o papel mobilizador dos municípios no que se refere à participação da sociedade civil nesta matéria, “numa aproximação que só o poder local é susceptível de propiciar”⁶.

O rol da LDC inclui oito *direitos do consumidor*:

- à qualidade dos bens e serviços;
- à proteção da saúde e da segurança física;

- à formação e à educação para o consumo;
- à informação para o consumo;
- à proteção dos interesses económicos;
- à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos;
- à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta;
- à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

Principiemos pela que é a trave mestra da defesa do consumidor, a **informação**, aqui se considerando duas dimensões deste direito: um direito à informação em geral, que se impõe precisamente aos entes públicos (artigo 7º LDC) e um direito à informação em particular, a cumprir pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços e demais intervenientes no ciclo produção-consumo (artigo 8º LDC). A legislação avulsa desdobra este direito à informação em distintos contextos, tendo como denominador comum a informação atempada, adequada, suficiente e verdadeira, como forma de corrigir a *assimetria* informativa que contribui para a debilidade do sujeito consumidor no mercado.

Na primeira daquelas vertentes, Estado, regiões autónomas e autarquias locais ficam incumbidos de desenvolver ações e adotar medidas tendentes à *informação em geral* do consumidor, de entre as quais o legislador releva as seguintes: a) apoio às ações de informação promovidas pelas associações de consumidores; b) criação de serviços municipais de informação ao consumidor; c) constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores; d) criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica; e) criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado.

A práxis revela um défice ao nível da concretização de todas estas comissões, desde as disparidades no apoio às associações de consumidores até à difusão de informação em matéria de direito(s)

do consumidor, comum aliás à demais informação jurídica. Numa sociedade de (excesso de) informação, falta sobretudo que a informação técnica seja “descodificada” em linguagem acessível para os consumidores, e que, no caso da legislação, sejam apresentadas versões consolidadas e aprimorados os mecanismos de pesquisa.

Mas ora nos deteremos nas responsabilidades apontadas pelo legislador na esfera municipal. Crucial é a projeção de *serviços municipais de informação ao consumidor*, que entre nós assumem como designação preferencial Centros de Informação Autárquica ao Consumidor (CIAC)⁷, com atuação ao nível da informação e aconselhamento dos consumidores e, em alguns casos, da composição de interesses pela mediação de litígios já existentes. Numa consulta aos dados disponibilizados pela DGC, é possível verificar que dos 308 municípios portugueses, nem um quarto (75) dispõe de tais serviços municipais especializados, sem prejuízo de alguns dos demais poderem abarcar a informação ao consumidor em estruturas genéricas de apoio ao munícipe. A este propósito, importa equacionar uma maior abrangência material destes serviços municipais e da própria norma legal que insta à sua criação. Como propõe Mário Frota, um Serviço Municipal de Consumo (que não de mera informação) permitiria agregar valências significativas, tais como a gestão de reclamações, a mediação de conflitos, a segurança de produtos e serviços, a educação e formação para o consumo e até a celebração de “compromissos de ajustamento de conduta” dos agentes económicos às exigências legais⁸. Num entendimento que partilhamos, com a conjugação das áreas da formação, informação e proteção, justificar-se-ia a criação de tal serviço de consumo (ou reformulação dos serviços já existentes nesse sentido) em todos os municípios, independentemente da sua dimensão. Pelo contrário, se o serviço se limitar à informação, pode o investimento não ser justificável nos municípios demográfica e financeiramente mais desguarnecidos. Inclusivamente em alguns municípios poderiam ser consignadas ao serviço de consumo as funções de relações públicas ou as de informação para a cidadania em geral, “de modo a garantir um rendimento permanente no interesse de munícipes e de municípios”⁹.

Ainda mais ausentes dos municípios lusos permanecem os *conselhos municipais de consumo*, fato tanto mais incompreensível se pensarmos

que aqui a questão orçamental não se coloca de forma expressiva. À semelhança do que a LDC prevê para o Conselho Nacional do Consumo (artigo 22º LDC), estes órgãos de consulta e concertação de interesses poderiam assumir, a nível local, uma decisiva ação pedagógica e preventiva. A propósito, Mário Frota preconiza, para além das associações de interesses económicos e interesses dos consumidores referidas na lei, a inclusão de magistrados do Ministério Público (atentas as suas competências no âmbito dos direitos coletivos e difusos), autoridades académicas e educadores dos vários níveis de ensino, meios de comunicação social e personalidades de reconhecido mérito, numa multidisciplinidade das “forças vivas” locais¹⁰.

O artigo 7º LDC inclui ainda outras dimensões da informação ao consumidor que o Estado deve tutelar. Em primeiro lugar, a reserva de espaços próprios para o efeito no *serviço público de rádio e televisão*, manifestação das finalidades, legalmente instituídas para a atividade dos meios de comunicação social em geral, de informação e formação do público e promoção da cidadania e pluralismo. Em segundo lugar, a garantia de que a informação ao consumidor seja prestada em *língua portuguesa*, o que implicará desde logo as regras relativas à rotulagem dos produtos. E, por último, a regulação da *publicidade*, sujeita aos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.

Muito poderia ainda ser feito nestas alçadas. Os espaços (in) formativos do consumidor nos serviços de programas audiovisuais, nomeadamente no serviço público, são escassos e não raras vezes integrados nos horários de menor audiência, preteridos nos horários nobres em favor de outras tipologias, por opções editoriais conformadas pelas pressões das audiências e do financiamento publicitário. Ao nível da publicidade, enquanto comunicação e prática comercial, impõe-se uma fiscalização mais eficaz e visível, que contrarie a perceção de impunidade dos agentes económicos neste particular. Não na ótica de restrição à atividade económica das empresas, mas acima de tudo para

Os espaços
(in) formativos
do consumidor
nos serviços
de programas
audiovisuais são
escassos e não raras
vezes integrados nos
horários de menor
audiência

salvaguarda de outros interesses constitucionalmente protegidos, como sejam os dos consumidores e dos menores.

Por sua vez, informação dos consumidores não pode ser dissociada da **formação e educação** para o consumo, que lhes permita avaliar criticamente a informação recebida e utilizá-la na tomada de decisões. “Consumidor formado” é assim pressuposto de “consumidor informado”¹¹. Carla Amado Gomes estabelece uma correlação entre a atenção dos consumidores e o comportamento dos operadores económicos, sem desresponsabilizar as entidades públicas, antes lhes acometendo a empreitada de formar cidadãos conscientes dos seus direitos, deveres e opções de consumo, na esteira de que o Estado deve “formar bem para [ter que] reprimir menos”¹².

No que se refere à formação e educação, incumbe ao Estado, por força do artigo 6º LDC, promover uma política educativa para os consumidores, quer ao nível dos programas e atividades escolares, quer em ações de educação permanente e sensibilização dos consumidores em geral, bem como uma política de formação de formadores e técnicos especializados na área do consumo. Além disso, a promoção deste direito deve ser indiretamente operada através do apoio a iniciativas das associações de consumidores neste domínio. A concretização destas políticas na sociedade contemporânea implica necessariamente o recurso a meios tecnológicos e redes de informação, bem como uma ação responsável dos meios de comunicação social, designadamente do serviço público de rádio e televisão, a quem a LDC impõe a integração de espaços formativos do consumidor nos seus programas educativos.

Também aqui longo é o caminho a trilhar pelas famílias, as escolas (“caixa de ressonância da vida”¹³), a mídia (*media*), a sociedade e o Estado. Educar para o consumo é educar para a cidadania, com incentivo a atitudes críticas, responsáveis e solidárias, e formação dos mais jovens como futuros consumidores. A nível local, seria de potencializar a sinergia entre os municípios e as instituições de ensino neles radicadas, a nível de ações formativas e acolhimento de estágios curriculares ou profissionais na área do aconselhamento ao consumidor.

Dimensão de relevo é ainda a da proteção jurídica e direito do consumidor a uma **justiça acessível e pronta**, em cuja efetivação assumem capital relevância os designados meios extrajudiciais, alternativos ou

complementares de resolução de litígios (designadamente a mediação, conciliação e arbitragem), bem como os meios híbridos, por serem judiciais mas dotados de regras de funcionamento mais próximas daqueles mecanismos *out-of-court* (entre nós, os julgados de paz).

A lei fundamental refere-se aos tribunais arbitrais e julgados de paz (artigo 209º n. 2 CRP) e à institucionalização de instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos (artigo 202º n. 4 CRP), de cuja implementação os conflitos de consumo são palco primordial, mormente pela sua massificação e pelos valores em regra envolvidos, que não se compatibilizam com os custos e tempos do sistema judicial. Em Portugal, o apoio à criação e funcionamento destes meios compete ao Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios, hoje em dia na égide da Direção-Geral de Política de Justiça (DGPJ)¹⁴.

Tracemos uma panorâmica geral no que aos conflitos de consumo respeita.

Os procedimentos de *Resolução Alternativa de Litígios (RAL)* incluem a mediação, a conciliação e a arbitragem. Genericamente podemos dizer que na mediação as próprias partes procuram alcançar um acordo com assistência de um terceiro imparcial e sem poder de decisão (o mediador)¹⁵; na conciliação, é quem a conduz (normalmente o árbitro ou o juiz de paz, como fase prévia à audiência) que tenta que as partes cheguem a esse acordo; na arbitragem, as partes confiam o seu litígio à decisão de um árbitro¹⁶. Em comum têm o fato de serem meios voluntários, céleres e gratuitos (ou com reduzidos custos) para os consumidores, que podem coexistir dentro da mesma entidade de resolução de litígios.

O artigo 14º LDC preceitua que “incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo”. Atualmente, existem em Portugal 10 centros de arbitragem de conflitos de consumo: sete dos quais de competência *genérica* e territorial (localizados no Porto¹⁷, Lisboa¹⁸, Coimbra¹⁹, Braga/Viana do Castelo²⁰, Guimarães²¹, Algarve²² e Madeira²³), um de âmbito *nacional* e competência *supletiva* (em zonas não abrangidas por outras entidades competentes para a resolução extrajudicial do litígio)²⁴ e dois de competência *específica* especializados no setor automóvel²⁵ e no

setor dos seguros²⁶. Comumente, estes centros de arbitragem aliam serviços de informação, serviços de mediação e um tribunal arbitral.

Recentemente, a Lei 144/2015 de 8 de setembro veio estabelecer o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, criando em Portugal a *Rede de Arbitragem de Consumo* e atribuindo à DGC competência para organizar a inscrição e a divulgação da lista de entidades de RAL e para monitorizar o funcionamento daquela rede. Os centros de arbitragem já autorizados e em funcionamento dispõem do prazo de seis meses para se adaptarem ao novo regime e solicitarem à DGC a sua inscrição na lista de entidades RAL. Na instrução dos pedidos de novas entidades, a DGPJ passa a ouvir previamente a DGC, que se deve pronunciar sobre o cumprimento dos requisitos necessários para a sua inscrição. A lei determina ainda as obrigações das entidades RAL e os deveres das empresas fornecedoras de bens ou prestadoras de serviços, designadamente informar os consumidores sobre as entidades RAL disponíveis ou às que aderiram voluntariamente ou a que se encontram vinculados por força da lei.

Uma referência final precisamente à *arbitragem necessária* dos litígios de consumo em matéria de *serviços públicos essenciais*, quando por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados²⁷. Este normativo pretende evitar que as empresas prestadoras destes serviços, normalmente litigantes em massa, se obviem à convenção exigida na arbitragem voluntária.

Por sua vez, os *Julgados de Paz*²⁸ são tribunais especiais, cuja atuação é vocacionada nos termos da lei para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes. Têm competência em razão do território (concelhos ou de agrupamento de concelhos), do valor (questões que não excedam 15 000 euros) e da matéria (causas de natureza cível, elencadas na lei, entre as quais ações relativas a incumprimento contratual ou responsabilidade civil, que abrangem muitos dos conflitos de consumo) e são orientados pelos princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual²⁹. Atualmente, 61 concelhos portugueses têm

instalado ou territorialmente adstrito um julgado de paz³⁰, o que é manifestamente exíguo face à conflitualidade dirimível no seu âmbito.

Em regra, os municípios de alguma forma suportam e cofinanciam quer os centros de arbitragem quer os julgados de paz, uma “sobreposição” que importa ponderar adequadamente³¹ também ao nível do seu equilíbrio financeiro.

Estamos convictos que estes meios de resolução de litígios irão afirmar-se progressivamente no cenário jurídico-político internacional, europeu e nacional, ultrapassadas que sejam algumas vontades políticas, contingências orçamentais e resistências de certas profissões jurídicas. Certo é que os utentes, entre os quais os consumidores, reconhecem os seus méritos, como atesta um recente relatório da DGPJ de acompanhamento dos meios de resolução alternativa de litígios, referente à satisfação dos utentes com o funcionamento dos julgados de paz, dos centros de arbitragem e dos sistemas de mediação apoiados pelo Ministério da Justiça, que percecionam como “alternativas de grande qualidade para a realização da Justiça”³².

Os municípios de alguma forma suportam e cofinanciam quer os centros de arbitragem quer os julgados de paz

Nota ainda para o direito do consumidor à *prevenção e reparação dos danos* patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. O Estado tem aqui legitimidade ativa (através do Ministério Público e da DGC) para intentar *ação inibitória* destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor, de modo particular as que atentem contra a sua saúde e segurança física, se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas e consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei, nos termos dos artigos 10º e seguintes da LDC.

Já no que se refere à proteção da *saúde e segurança física* dos consumidores, os serviços da administração pública que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento de bens ou serviços perigosos, têm, de acordo com o disposto no artigo 5º LDC, o dever de o notificar às entidades competentes para a fiscalização do mercado³³.

Na proteção dos *interesses económicos* do consumidor, pelo artigo 9º LDC está o governo incumbido de adotar “medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objeto bens e serviços essenciais”, bem como “medidas tendentes a prevenir a lesão dos interesses dos consumidores no domínio dos métodos de venda que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas apostas em contratos singulares e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de se vincularem”.

Por último, mas não de somenos importância, o direito à *participação*, garantido pelas *associações de consumidores*, que para tal gozam de um conjunto de prerrogativas (artigo 18º LDC), entre as quais o estatuto de parceiro social, o direito de representar os consumidores no processo de consulta e audição prévias às decisões que os afetem, o direito a consultar processos e elementos relevantes nas repartições e serviços públicos, o direito de esclarecimento e participação na formação de preços de produtos e serviços essenciais, o direito de ação popular e o direito a receber apoio do Estado, através da administração central, regional e local, para prossecução dos seus fins.

3. O Estado como polo da relação jurídica de consumo

A LDC partilha com outros instrumentos legislativos os elementos essenciais do conceito de consumidor, definindo-o como todo aquele (elemento subjetivo) a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos (elemento objetivo), destinados a uso não profissional (elemento teleológico), por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios (elemento relacional).

Com referência a este último elemento, podemos encontrar, na *relação intersubjetiva* com o consumidor, o próprio Estado. Assim o elucida a LDC, no seu artigo 2º n. 2, ao incluir no seu âmbito “os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos”.

Aqui os direitos do consumidor impõem-se ao Estado, não como seu guardião como até agora analisamos, mas na qualidade de *fornecedor de bens ou prestador de serviços* ao consumidor, com especial ênfase para o fornecimento de serviços públicos essenciais.

Quando sujeitos da relação jurídica de consumo, os entes públicos devem desde logo assegurar o direito do consumidor à *qualidade dos bens e serviços* destinados ao consumo (artigo 4º LDC), *i.e.*, que os mesmos devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor. Caso os bens de consumo não sejam conformes com o contrato celebrado, o consumidor beneficia de certas garantias para reposição dessa mesma conformidade³⁴.

De igual modo, a prestação de *serviços essenciais* deve obedecer a elevados padrões de qualidade, neles devendo incluir-se o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões. Nos termos da lei, os serviços públicos essenciais (assim designados pela natureza do serviço, independentemente da natureza jurídica do seu prestador) são, atualmente: a) serviço de fornecimento de água; b) serviço de fornecimento de energia elétrica; c) serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; d) serviço de comunicações eletrónicas; e) serviços postais; f) serviço de recolha e tratamento de águas residuais; g) serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos³⁵.

Quando contrata com o Estado, o consumidor tem o direito à informação *em particular* (artigo 8º LDC), de forma clara, objetiva e adequada, sobre uma miríade de aspectos pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, incluindo os riscos para a saúde e segurança dos consumidores e o sistema de tratamento de reclamações. No âmbito dos serviços essenciais, o dever de informação abrange as condições e tarifas aplicáveis à prestação do serviço.

A montante, as regras relativas à *publicidade* são aplicáveis à comunicação feita por entidades de natureza pública, no âmbito de uma atividade económica, com o objetivo de promoção de bens, serviços, ideias, princípios, iniciativas ou instituições, bem como a qualquer forma de comunicação da Administração Pública, que tenha

por objetivo, direto ou indireto, promover o fornecimento de bens ou serviços³⁶.

Outrossim, nestas relações jurídicas se impõe a *igualdade material* dos intervenientes, a *lealdade e a boa-fé*, decorrentes do direito do consumidor à proteção dos seus interesses económicos. São corolário deste direito o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, aplicável quando haja abusos resultantes de contratos pré-elaborados, do ponto de vista formal (da sua redação e comunicação ao consumidor) e material (conteúdo das cláusulas)³⁷ e o regime jurídico das práticas comerciais desleais, que proíbe e sanciona as práticas enganosas e agressivas para o consumidor³⁸.

Nos serviços qualificados como essenciais, o *equilíbrio* da relação jurídica procura fazer-se através de regras de proteção dos seus utentes, como as relativas à suspensão do fornecimento do serviço, proibição de consumos mínimos, prescrição e caducidade do direito ao recebimento do preço e arbitragem necessária. Os serviços e organismos da administração pública encarregues da prestação de serviços de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos passaram ainda a estar sujeitos às obrigações decorrentes do Decreto-Lei 156/2005, de 15 de setembro, relativo à existência e disponibilização do *livro de reclamações*³⁹ (ao contrário dos demais serviços e organismos da administração pública, que dispõem de livro próprio). Como se lê no preâmbulo da lei, ao tornar mais acessível o exercício do direito de queixa, evidencia-se a preocupação do legislador com um melhor exercício da cidadania através da exigência do respeito dos direitos dos consumidores.

4. A política nacional do consumidor no âmbito da Estratégia Europa 2020

A defesa dos consumidores é tarefa do Estado português não só por autodeterminação constitucional mas também por heterodeterminação comunitária⁴⁰.

A União Europeia (UE) mobiliza-se hoje em torno da designada “Europa 2020”, uma estratégia de crescimento para a década atual, assente em três prioridades: crescimento *inteligente, sustentável e inclusivo*⁴¹. Em

complemento de outras iniciativas, o contributo da política europeia do consumidor consubstancia-se na “Agenda do Consumidor Europeu”, adotada em 2012, orientada para “colocar os consumidores no centro do Mercado Único para promover a confiança e o crescimento”⁴². O elevado nível de defesa dos consumidores está, aliás, assumido como um dos objetivos das políticas europeias e um valor comum de solidariedade afirmado pelos Estados-membros na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. E no atual contexto económico, uma política do consumidor sólida e a capacitação dos consumidores europeus são essenciais para o crescimento da economia da União Europeia⁴³.

A defesa dos consumidores figura entre os domínios de *competência partilhada*, o que significa que a União Europeia e os Estados-membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos nesse domínio, no respeito pelos princípios da atribuição, subsidiariedade e proporcionalidade que balizam a ação da União. O acervo legislativo nacional em matéria de proteção do consumidor resulta, em grande medida, da transposição de diretivas comunitárias, a um nível cada vez mais pleno de harmonização. A articulação das políticas nacionais com as prioridades europeias é, pois, incontornável, não obstante as críticas que podem ser feitas à própria política da UE e ao servilismo português⁴⁴.

Falar-se de consumidor europeu está longe de equivaler, por si, ao universo dos consumidores portugueses, espanhol, alemão etc., na medida em que a defesa dos consumidores da *law in the books* europeia não se materializa de modo uniforme na *law in action* de cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais. A harmonização total que tem gradualmente conformado a intervenção europeia em matéria de defesa do consumidor esbarra nas diferenças entre os países, ao nível socioeconómico, cultural, jurídico e das práticas de fiscalização e controlo do mercado, conduzindo na prática ao enfraquecimento da defesa dos consumidores assim nivelada “por baixo” dada a dificuldade de criar consensos⁴⁵. Por outro lado, a *proteção* dos consumidores que deveria nortear as políticas europeias tem sido vencida pelo paradigma da *confiança* do consumidor exigida para a realização do mercado interno, fazendo com que o consumidor seja protegido a um nível instrumental ou reflexo, como mero agente de mercado⁴⁶.

Confiemos que a presente Agenda do Consumidor Europeu seja instrumento de mudança. Nela se estabelecem e estruturam quatro objetivos fundamentais para 2020, a saber: reforçar a *segurança* dos consumidores, promover o *conhecimento*, melhorar a *aplicação das regras e os mecanismos de reparação* e ajustar as políticas à *evolução da sociedade* e garantir a sua relevância para a vida quotidiana. A Comissão Europeia destaca alguns problemas atuais que devem ser convertidos em oportunidades e desafios para futuro, entre os quais o défice de informação dos consumidores e o respeito, na prática, pelos seus direitos, bem como desafios específicos em setores-chave como sejam a alimentação, a energia, os transportes, as comunicações eletrónicas e os serviços financeiros.

Para afinar a sua ação com este diapasão europeu, impõe-se que a política de defesa dos consumidores seja efetivamente assumida pelo Estado português como uma prioridade, superando algumas insuficiências legislativas e de inadequação dos regimes sancionatórios, mas sobretudo as fragilidades do seu sistema de defesa e fiscalização. Como brevíssima reflexão final, e utilizando uma terminologia corrente nas instâncias europeias, encorajamos uma ação tripartida pelos seguintes prismas:

Ao nível do *empowerment* dos consumidores, a tónica deverá ser colocada na sua educação e informação. Não a mera disponibilização de informação em quantidade, com implementação de listas e formulários normalizados, vocacionada para consumidores médios. Mas sim uma informação de qualidade, que permita aos consumidores (em particular os mais vulneráveis) compreender essa informação recebida e integrá-la nas escolhas quotidianas, o que pressupõe alicerces ao nível da educação dos consumidores de todas as idades, com o necessário envolvimento das autarquias locais e dos meios de comunicação social.

Ao nível do *enforcement*, o repto é para a aplicação efetiva das medidas legais de proteção dos consumidores. Urge repensar o disperso sistema de defesa do consumidor, redefinir as competências das diferentes instituições de promoção e tutela dos seus direitos e entidades reguladoras conexas, e acima de tudo dotar o sistema de recursos humanos e materiais para as ações de sensibilização e fiscalização necessárias.

Finalmente, o *redress* dos consumidores, através das vias de reclamação e recurso adequadas. É patente a inércia dos consumidores e o desconhecimento dos meios de resolução de conflitos ao seu alcance, a que não é alheio um sentimento generalizado de descrença na justiça. O papel estadual deve cumprir-se desde logo na divulgação e incremento dos meios céleres e acessíveis de resolução de conflitos a que aludimos, numa lógica de justiça de proximidade e pacificação social.

Em suma, que rumo a 2020 possamos assistir ao *enraizamento* da defesa do consumidor, ao nível da responsabilidade ética e social das empresas e profissionais, da consciencialização individual e coletiva dos consumidores, e da ação concertada das entidades públicas a quem cabe ser o garante destes direitos de cidadania. No tempo e lugar do consumo que – Braudillard dixit – é a *vida quotidiana*...

Notas

- * Rute Couto. Docente do Instituto Politécnico de Bragança. Presidente da delegação de Trás-os-Montes da Associação Portuguesa de Direito do Consumo. rute@ipb.pt.
1. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 347, junho (1985), p. 11-38 (p. 36).
 2. Cf. TEIXEIRA, Carlos Adérito; BARROS, José M. Araújo de. *Direitos difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*. Oeiras: INA – Instituto Nacional de Administração, 2007, p. 97.
 3. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) – *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 5. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 139-161 (p. 148).
 4. Lei 24/96, de 31 de julho, na sua versão atual.
 5. Cf. artigo 23º n. 1 e n. 2 l) da Lei. 75/2013, de 12 de setembro, que estabelece o regime jurídico das autarquias locais. De referir que a revogada Lei 1.159/99, de 14 de setembro, no quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, para além da atribuição da defesa do consumidor aos municípios, dispunha expressamente como competências dos órgãos municipais neste domínio: a) promover ações de informação e defesa dos direitos dos consumidores; b) instituir mecanismos de mediação de litígios de consumo; c) criar e participar em sistemas de arbitragem de conflitos de consumo de âmbito local; d) apoiar as associações de consumidores.

6. TRINDADE, Artur. Municípios e consumidor. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 4, outubro (2005), p. 76-80 (p. 80).
7. Outros adotam a designação “serviço” ou “gabinete”, outros ainda em vez de “informação”, mais amplamente incluem nas suas designações “apoio” ou “defesa” do consumidor.
8. Cf. FROTA, Mário. Municípios e defesa do consumidor. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 74, junho (2013), p. 67-85. Também da sua autoria, veja-se o esboço de uma estrutura de um serviço municipal do consumo, em FROTA, Mário. O poder local e a política de consumidores. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 23 (2000), p. 28-48.
9. TRINDADE, Artur. Municípios e consumidor. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 4, outubro (2005), p. 76-80 (p. 79).
10. Cf. FROTA, Mário. Municípios Portugueses e Proteção dos Consumidores. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 66, junho (2011), p. 91-118 (p. 106-107).
11. Cf. Parecer do CESE INT/155 de 2003, sobre a Educação dos Consumidores, disponível em <http://www.eesc.europa.eu>.
12. GOMES, Carla Amado. Os novos trabalhos do estado: a administração pública e a defesa do consumidor. In LEITÃO, Luís Menezes (coord.) – *Estudos do Instituto de Direito do Consumo – Volume I*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 31-61 (p. 60).
13. FROTA, Ângela Maria Marini Simão Portugal. A educação e a formação como via para a afirmação da cidadania. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 30, junho (2002), p. 9-18 (p. 18).
14. Cf. a respectiva página em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral>.
15. Cf. Lei 29/2013, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.
16. Cf. Lei 63/2011, de 14 de dezembro, que aprovou a Lei da Arbitragem Voluntária.
17. Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP) – cf. <http://www.cicap.pt/>
18. Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL) – cf. <http://www.centroarbitragemlisboa.pt/>
19. Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra (CACDC) – <http://www.centrodearbitragemdecoimbra.com/>
20. Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo – Tribunal Arbitral de Consumo (CIAB), inicialmente do Vale do Cávado, com posterior alargamento ao distrito de Viana do Castelo – cf. <http://www.ciab.pt/>
21. Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave – cf. <http://www.triave.pt/>
22. Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL) – cf. <http://www.consumoalgarve.pt/>
23. Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira (CACCRAM) – cf., provisoriamente, <http://www.srrh.gov-madeira.pt/>

24. Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC) – cf. <http://www.arbitragemdeconsumo.org/>
25. Centro de Arbitragem do Sector Automóvel (CASA) – cf. <http://www.arbitragemauto.pt/>
26. Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS) – cf. <https://www.cimpas.pt/>
27. Cf. artigo 15º da Lei 23/96 de 26 de julho, na alteração legislativa operada pela Lei 6/2011 de 10 de março.
28. Cf. a página do Conselho dos Julgados de Paz, em <http://www.conselhosdosjulgadosdepaz.com.pt/>.
29. Cf. Lei 78/2001 de 13 de julho, alterada pela Lei 54/2013, de 31 de julho, que regula a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos da sua competência.
30. A saber: Lisboa; Agrupamento de Oliveira do Bairro, Águeda, Anadia e Mealhada; Seixal; Vila Nova de Gaia; Miranda do Corvo; Terras de Bouro; Vila Nova de Poiares; Agrupamento de Tarouca, Armamar, Castro Daire, Lamego, Moimenta da Beira e Resende; Agrupamento de Santa Marta de Penaguião, Alijó, Murça, Peso da Régua, Sabrosa e Vila Real; Agrupamento de Cantanhede, Mira e Montemor-o-Velho; Porto; Agrupamento de Aguiar da Beira, Penalva do Castelo, Sátão, Trancoso e Vila Nova de Paiva; Trofa; Sintra; Coimbra; Santa Maria da Feira; Odivelas; Palmela / Setúbal; Agrupamento de Aljustrel, Almodôvar, Castro Verde, Mértola e Ourique; Agrupamento de Oleiros, Mação, Proença-a-Nova, Sertã e Vila de Rei; Agrupamento de Alcobaça, Caldas da Rainha, Óbidos e Nazaré; Agrupamento de Carregal do Sal, Mangualde e Nelas; Agrupamento de Câmara de Lobos e Funchal; Agrupamento de Belmonte, Covilhã e Fundão; Cascais.
31. Cf. FROTA, Mário. Municípios Portugueses e Proteção dos Consumidores. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 66, junho (2011), p. 91-118 (p. 95).
32. Cf. Relatório completo em http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/relatorio-de_2
33. O Decreto-Lei 69/2005, de 17 de março estabelece as garantias de segurança dos produtos e serviços colocados no mercado, cria a Comissão de Segurança de Serviços e Bens de Consumo, e elege a Direção-Geral do Consumidor como ponto de contacto nacional do RAPEX, um sistema comunitário de troca rápida de informações e alerta de produtos perigosos não alimentares.
34. Cf. Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, relativo à venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, na sua versão atual.
35. Cf. Lei 23/96 de 26 de julho, na sua versão atual.
36. Cf. Código da Publicidade (Decreto-Lei 330/90, de 23 de outubro, na sua versão atual).
37. Cf. Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, na sua versão atual.
38. Cf. Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, na sua versão atual.
39. Cf. o portal da Rede Telemática de Informação Comum (RTIC), destinada ao registo e tratamento das reclamações dos utentes e consumidores constantes do

- livro de reclamações e ao intercâmbio de informação estatística em matéria de conflitualidade de consumo, em <https://rtic.consumidor.pt/>
40. GOMES, Carla Amado. Os novos trabalhos do estado: a administração pública e a defesa do consumidor. In LEITÃO, Luís Menezes (coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* – Volume I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 31-61 (p. 35).
 41. Cf. texto integral da Estratégia em <http://ec.europa.eu/europe2020/>.
 42. Cf. texto integral em http://ec.europa.eu/consumers/strategy/index_en.htm#agenda.
 43. Assim afirmou John Dalli, à época Comissário Europeu responsável pela Saúde e Defesa do Consumidor.
 44. Cf. LIZ, Jorge Pegado. Tendências internacionais e nacionais da política de proteção dos consumidores. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, #5, março (2012), p. 75-126.
 45. Cf. CALAIS-AULOY, Jean – *Regard Critique sur L'harmonisation Européenne du Droit de la Consommation*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 311-319.
 46. Cf. RODRIGUES, Luís Silveira. Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia. In MONTEIRO, António Pinto (coord.). *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 5. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 311-319.

A PRESTAÇÃO DE TRABALHO DOS MENORES EM ATIVIDADES PUBLICITÁRIAS

SUSANA I. P. FERREIRA DOS SANTOS GIL*

Licenciada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa

EXCERTOS

“Assistimos a uma crescente utilização dos menores no universo artístico, e em particular no mundo publicitário”

“A lei permite que o menor seja um interveniente secundário, por exemplo um singelo figurante, quer nas mensagens publicitárias em que existe uma relação direta entre ele e o produto, quer nas mensagens publicitárias em que tal relação não exista”

“O legislador, preocupando-se com o descanso do menor, com o seu percurso escolar e a sua rentabilidade, exige que durante o período de aulas, a sua atividade artística não deve coincidir com o seu horário escolar, deve respeitar um intervalo mínimo de uma hora e não impedir a participação do menor em atividades escolares”

“De acordo com o Código da Publicidade, os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado”

1. Os pequenos grandes artistas

A forma como a sociedade percebe os artistas, sejam eles atores, cantores ou figurantes, tem sofrido grandes evoluções. Nas duas civilizações antigas da Grécia e Roma eram conotados como gente culta e educada, mas facilmente passaram a ser considerados *personæ non gratæ*, pela propensão de alguns para a boémia. A inversão de paradigma deu-se a partir do século XX, talvez justificada pelo “árduo trabalho, dedicação e profissionalismo dos numerosos intérpretes e executantes que conseguiram assegurar uma nova imagem daqueles, desprovida de conotações depreciativas”¹. Na realidade, Portugal conheceu variadas reformas, no início do século XX, mormente ao nível artístico, que em muito contribuíram para uma certa democratização cultural². Assim sendo, ser ator ou cantor, ser visto na televisão ou no cinema, numa novela ou num anúncio publicitário, são, nos dias de hoje, sinónimos de sucesso profissional/social.

As atividades ligadas ao espetáculo abrangem muitas e diferentes áreas: o cinema, a televisão, a publicidade, o circo, a música, a dança, o teatro, a moda, *inter alia*. Ora quando o artista é um menor de idade, assumem especial importância as normas jurídicas que tutelam os seus interesses, em detrimento de interesses económicos e/ou egoísticos dos respetivos representantes legais, bem como de outros agentes económicos. Em primeiro lugar, é crucial a existência de regulamentação específica sobre a prestação da atividade dos menores na publicidade, até porque a participação de bebés e de crianças é muito frequente, tendo em conta que são “um alvo apetecível e rentável para a publicidade”³. Por outro lado, a prestação da atividade deverá ter sempre em conta o desenvolvimento físico e psicológico do menor, bem como a conciliação com os seus compromissos escolares.

A este propósito, impõe-se considerar se a atividade publicitária poderá ou não ser enquadrada como uma atividade de “espetáculo”. Na verdade, “espetáculo” é um vocábulo que deriva do latim *spectaculu* e significa “o que se apresenta ao olhar, à atenção, e que é capaz de despertar um sentimento”⁴ ou “qualquer apresentação pública [...] apresentada em teatro, televisão, rádio, casas noturnas ou mesmo ao ar livre”⁵. O Código do Trabalho (CT)⁶ refere expressamente no seu

artigo 81º: “A participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária é regulada em legislação específica”. Assim sendo, aplica-se a Lei 105/2009, de 14 de setembro, que define expressamente o seu âmbito de aplicação: “participação do menor em atividade de natureza cultural, artística ou *publicitária*”. O legislador luso faz uma descrição das atividades que estão em causa, mas mesmo que assim não fosse, parece-nos que a noção de “espetáculo” é suficientemente ampla para se conseguir abranger qualquer apresentação ao público, a fim de se despertar reações. No caso da publicidade, é frequente o comentário que esta estimula “ilusões” e “sonhos”, num contexto de consumismo, um fenómeno da sociedade contemporânea.

2. Algumas regras protetoras dos menores de idade

De acordo com o artigo 122º do Código Civil Português (CC), quem ainda não tiver completado dezoito anos de idade é considerado menor. A incapacidade dos menores termina quando completarem aquela idade ou caso sejam emancipados pelo casamento⁷. De facto, o menor emancipado tem capacidade para celebrar negócios jurídicos, inclusive, contratos de trabalho; sendo certo que a emancipação atribui ao menor plena capacidade de exercícios de direitos; todavia, o Código do Trabalho consagra que “a emancipação não prejudica a aplicação das normas relativas à proteção da saúde, educação e formação do trabalhador menor”⁸.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) proíbe o trabalho de menores em idade escolar⁹. Por sua vez, o Código do Trabalho regula o trabalho dos menores nos artigos 66º a 83º; porém, é manifesta a dispersão legislativa nesta matéria:

- Os artigos 2º a 11º da Lei 105/2009, de 14 de setembro: regulamentam a participação do menor em atividade de natureza cultural, artística ou publicitária;
- Os artigos 61º a 72º da Lei 102/2009, de 10 de setembro, que aprovou o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho: consagram as atividades proibidas a menor, bem como os trabalhos condicionados a menor com idade igual ou superior a 16 anos.

As regras pelas quais se deve regular a atividade dos menores em atividades de natureza cultural, artística ou publicitária aplicam-se aos menores com idade inferior a 16 anos que celebrem contratos de prestação de serviço¹⁰. Este ditame legal tem neste contexto uma especial relevância, uma vez que na área da publicidade os contratos celebrados são contratos de prestação de serviço, por ser a tipologia perfeitamente adaptável às particularidades dos trabalhos publicitários.

A propósito de fontes legislativas externas, impõe-se trazer à colação os seguintes diplomas:

– Convenção dos Direitos da Criança¹¹: estipula no seu artigo 32º que os Estados signatários devem proteger “o direito da criança contra a exploração económica ou a sujeição a trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social”;

– Diretiva 94/33/CE do Conselho, de 22 de junho de 1994¹², relativa à proteção dos jovens no trabalho, transposta há muito pelo ordenamento jurídico português pelo CT de 2003 e pela respetiva regulamentação ao CT em 2004¹³. Este ato legislativo consagrou que os Estados-membros deveriam tomar as medidas necessárias, a fim de proibir o trabalho infantil. Os Estados poderiam estabelecer, por via legislativa ou por via regulamentar, que aquela proibição não se aplicasse às crianças que exercessem atividades de natureza cultural, artística, desportiva ou publicitária. Fazia depender a possibilidade das crianças participarem neste tipo de atividades de uma autorização emitida por autoridade competente e para cada caso individual. Fundamental seria que essas atividades não fossem suscetíveis “de causar prejuízo à segurança, à saúde, ou ao desenvolvimento das crianças” e não prejudicassem “a sua assiduidade escolar, a sua participação em programas de orientação ou de formação profissional aprovados pela autoridade competente ou a sua capacidade para beneficiar da instrução ministrada”. Além disto, a diretiva permitia que os Estados fixassem as condições da participação das crianças que tivessem atingido a idade de 13 anos em atividades de

Os Estados-membros deveriam tomar as medidas necessárias, a fim de proibir o trabalho infantil

natureza cultural, artística, desportiva ou publicitária, sem a referida autorização prévia¹⁴.

3. Breves notas sobre o artigo 14º do Código da Publicidade

Assistimos a uma crescente utilização dos menores no universo artístico, e em particular no mundo publicitário. Na realidade, a publicidade é uma das áreas onde se recorre, de forma regular, ao trabalho de menores. Não obstante, o artigo 14º do Código da Publicidade¹⁵ (CP) não disciplina a prestação do trabalho dos menores nesta área. Atente-se no referido artigo:

1 – A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de:

- a) Incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;
- b) Incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;
- c) Conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;
- d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.

2 – Os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado.

Destarte, em matéria de publicidade dirigida a menores, o legislador estabelece restrições ao conteúdo da mensagem publicitária, até porque estamos perante “consumidores vulneráveis que necessitam de uma proteção acrescida”¹⁶. Assim o n. 1 do artigo 14º CP faz uma enumeração exemplificativa dos especiais cuidados que a publicidade especialmente dirigida a menores deverá revestir, tendo em conta a sua

fragilidade e ingenuidade. Em consonância com o disposto no Código da Publicidade, temos o diploma que regula as práticas comerciais desleais – o Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março¹⁷, mais concretamente o art. 12º e), que considera, em qualquer circunstância, como prática comercial agressiva: “incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados”.

No âmbito do presente estudo tem singular relevância o disposto no n. 2 do artigo 14º CP e a utilização por parte do legislador de dois conceitos subjetivos: “interveniente principal” e “relação direta”¹⁸. Assim sendo, a lei permite que o menor seja um interveniente secundário, por exemplo um singelo figurante, quer nas mensagens publicitárias em que existe uma relação direta entre ele e o produto, quer nas mensagens publicitárias em que tal relação não exista. Em todo o caso, deverá ser proibida toda e qualquer participação que possa influir negativamente na formação e crescimento do menor.

No que concerne à expressão “relação direta”, estarão em causa apenas produtos que se destinam exclusivamente aos menores e não produtos que possam interessar a todos, independentemente da faixa etária. Como expressa Susana Almeida, “as mensagens publicitárias referentes a fraldas ou as papas poderão legitimamente utilizar as imagens de crianças, porquanto são produtos que naturalmente lhes são destinados”¹⁹. A título exemplificativo, estarão em causa fraldas, alimentação infantil, brinquedos, jogos, roupa e calçado para criança. Já quando se pretende publicitar um detergente para a máquina de lavar roupa (anúncios da *Procter & Gamble*, que comercializa a marca Skip) ou um automóvel (publicidade da marca Mercedes) não estará em causa uma relação direta entre os menores e o produto ou serviço veiculado e, como tal, a participação em destaque do menor no anúncio é legalmente proibida. Não obstante, as duas marcas referidas usam ilegalmente os menores na publicidade, a fim de promover os seus produtos, violando o preceituado legalmente²⁰. Embora as regras possam ser tecnicamente imaculadas, têm, sobretudo, que ser colocadas em prática. A falta de efetividade de uma lei é uma enorme preocupação social e este artigo é violado de forma reiterada e sistemática, transformando diariamente a letra da lei em letra-morta.

4. A participação dos menores em atividades de natureza publicitária e a Lei 105/2009, de 14 de setembro

O primeiro Código do Trabalho Português, aprovado em 2003²¹, consagrou que a participação dos menores em espetáculos e outras atividades de natureza cultural, artística ou publicitária seria “objeto de regulamentação em legislação especial”. A regulamentação ao CT de 2003 surgiu em 2004 e expressou no próprio preâmbulo que a adoção de legislação que regulamentasse e protegesse a prestação de trabalho por parte destes menores correspondia “a uma urgente carência social” e era “necessária em face da Constituição”, bem como “de instrumentos normativos supranacionais”.

De fato, a proteção dos menores era fundamental, tendo em conta o número de horas que frequentemente trabalham e os locais onde os espetáculos se desenvolvem. No âmago desta tutela está, bem se percebe, o desenvolvimento físico e psicológico do menor, bem como o não comprometimento das suas atividades escolares. Assim sendo, desde essa data, as diversas Comissões de Proteção de Jovens e Crianças (CPJC) existentes em Portugal, passaram a exercer mais uma relevante competência: autorizar a participação de menores com idade inferior a 16 anos em atividades de natureza cultural, artística ou publicitária. O CT de 2003 foi entretanto revogado em 2009, mas manteve-se a mesma regra no atual artigo 81º CT:

A participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária é regulada em legislação específica.

O intérprete recorre assim aos artigos 2º a 11º da Lei 105/2009, de 14 de setembro, usualmente designada por Regulamentação do Código do Trabalho (RCT), que disciplina o trabalho dos menores nas atividades acima referenciadas. Não obstante, como já mencionado e por força da lei, fica abrangido por este diploma, de igual modo, o trabalho autónomo de menor com idade inferior a 16 anos. O legislador estipula no artigo 2º RCT que “o menor pode participar em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária”, utilizando, em seguida, uma

enumeração exemplificativa: o menor poderá ser “ator, cantor, dançarino, figurante, músico, modelo ou manequim”. Para todos os efeitos, a fim de proteger a segurança e saúde dos menores, a atividade não poderá “envolver contato com animal, substância ou atividade perigosa que possa constituir risco para a segurança ou a saúde do menor”²².

A duração do período de participação numa daquelas atividades depende da idade do menor e vai aumentando com a idade deste, de acordo com o preceituado no artigo 3º n. 1 RCT²³. Veja-se então:

A participação do menor não poderá exceder conforme a idade do menor:

- a) menos de 1 ano, uma hora por semana;
- b) de 1 a menos de 3 anos, duas horas por semana;
- c) de 3 a menos de 7 anos, duas horas por dia e quatro horas por semana;
- d) de 7 a menos de 12 anos, três horas por dia e nove horas por semana, podendo qualquer dos limites ser excedido até três horas, caso o acréscimo de atividade ocorra em dia sem atividades escolares;
- e) de 12 a menos de 16 anos, quatro horas por dia e doze horas por semana, podendo qualquer dos limites ser excedido até três horas, caso o acréscimo de atividade ocorra em dia sem atividades escolares.

Estes limites temporais da participação dos menores com idade inferior a 16 anos incluem os ensaios e outros atos preparatórios. O legislador, preocupando-se com o descanso do menor, com o seu percurso escolar e a sua rentabilidade, exige que durante o período de aulas, a sua atividade artística não deve coincidir com o seu horário escolar, deve respeitar um intervalo mínimo de uma hora e não impedir a participação do menor em atividades escolares²⁴. Durante metade do período de férias, o legislador mostrou-se mais permissivo e o número máximo de horas semanais dedicadas às atividades artísticas aumentam²⁵.

Em certas situações, a participação dos menores nas atividades em causa terá que ser simplesmente comunicada à CPJC: no caso da

participação de menores com, pelo menos, 13 anos de idade²⁶, caso a sua participação decorra num período de 24 horas e ainda na hipótese de não ter participado nos 180 dias anteriores em nenhuma atividade de natureza cultural, artística ou publicitária. Todavia, a regra não é esta, mas sim a de que essa participação terá que ser autorizada pela CPJC da área do domicílio do menor, e na sua falta, por aquela cuja sede estiver mais próxima da residência daquele²⁷. Esta autorização apenas é válida pelo “período da participação do menor na atividade a que respeita”, mas a duração máxima são nove meses, devendo assim ser renovada sempre que a participação do menor seja por tempo superior²⁸.

As entidades promotoras das atividades deverão apresentar um requerimento da autorização, bem como da sua renovação, à CPJC, por escrito, a fim de esta deliberar sobre o pedido. Antes da decisão por parte da CPJC, a lei expressa que esta deverá ouvir o menor, sempre que for possível²⁹. Este requerimento deverá conter uma série de elementos³⁰ e ser instruído com diversos documentos, dentre os quais podemos destacar a declaração do horário escolar, bem como a autorização dos respectivos representantes legais³¹.

Na esteira da mencionada Diretiva 94/33/CE, o legislador português pretende e bem, que a autorização só possa ser concedida, caso a atividade a desenvolver pelo menor não prejudique a sua educação, saúde, segurança e desenvolvimento físico, psíquico e moral, e no caso da atividade, o tipo de participação e o número de horas por dia e por semana respeitem as várias regras acima mencionadas³². A CPJC terá que decidir no prazo de 20 dias³³, existindo algumas particularidades previstas na lei, quanto ao seu deferimento ou indeferimento tácito³⁴. Mais ainda, a própria CPJC poderá autorizar a participação do menor, mas com a condição de que esta decorra sob a vigilância de um dos representantes legais ou de pessoa maior indicada por estes³⁵. Para todos os efeitos, terá que comunicar a autorização e o prazo da sua validade à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT)³⁶, aos representantes legais do incapaz e caso este esteja abrangido pela escola obrigatória³⁷, comunicar ainda ao respectivo estabelecimento de ensino.

O contrato é celebrado pelos representantes legais do menor, e o princípio da liberdade de forma é afastado, na medida em que a lei exige que seja feito por escrito e em dois exemplares³⁸. Quanto

ao conteúdo do contrato, o legislador exige ainda que se indique a atividade a realizar e a duração da participação, o número de horas diárias e semanais, a respectiva retribuição e a pessoa que exercerá a vigilância do menor, se for o caso. Um dos exemplares do contrato fica na posse da entidade promotora e deverá ter em anexo cópias da autorização da CPJC, do certificado de capacidade física e psíquica do menor, a declaração do horário escolar e do documento que comprove a celebração de um seguro de acidentes de trabalho. Deverá ainda enviar cópia de todos estes documentos para a

ACT, bem como para o estabelecimento de

ensino frequentado pelo menor que esteja

abrangido pela escolaridade obrigatória.

O estabelecimento de ensino tem, neste

âmbito, um papel de crucial importância.

Senão vejamos. Caso o horário escolar do

menor se altere, o estabelecimento de ensino

está obrigado a comunicar, de imediato,

tal fato à entidade promotora, à CPJC e

aos representantes legais do menor³⁹. Se o

menor em causa ainda estiver obrigado a

frequentar a escolaridade obrigatória, qualquer relevante diminuição

do seu aproveitamento escolar ou do seu comportamento, durante

o prazo de validade da autorização, deverá ser comunicada, de igual

modo, pela escola à CPJC. Esta terá, verificados certos pressupostos⁴⁰,

competência para revogar a autorização concedida, que produz efeitos,

em regra, 30 dias após a notificação à entidade promotora, à ACT e aos

representantes legais do menor⁴¹⁻⁴².

No caso de a CPCJ não autorizar a participação ou revogar a

autorização concedida, os representantes legais do menor têm a

possibilidade de requerer ao tribunal de família e menores que autorize

ou mantenha aquela; porém, mantém-se a deliberação da CPJC até ao

trânsito em julgado da decisão⁴³.

A nosso ver, existe uma lacuna neste regime jurídico, que mais

acreditamos ser falta de mera regulamentação do que falta de previsão: o

destino a ser dado à retribuição auferida pelo menor no desempenho da

sua atividade⁴⁴. Se a lei francesa foi fonte de inspiração para o legislador

O legislador português pretende e bem, que a autorização só possa ser concedida, caso a atividade a desenvolver pelo menor não prejudique a sua educação

português, deveria ter tido também em conta a regra que consagra que a entidade competente para autorizar a participação do menor neste tipo de atividades, tem competência para fixar a percentagem da retribuição que o menor terá direito a receber, podendo parte deste montante ser colocada à disposição dos seus representantes legais; o restante será colocado numa conta gerida por uma instituição bancária, até o menor atingir a maioridade.

Em jeito de conclusão, a consagração de um regime jurídico para a prestação do menor numa atividade cultural, artística ou publicitária é de elogiar. Há que tentar perceber se estas regras têm ou não aplicação prática no ordenamento jurídico português. O próprio Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPJC refere que “os dados obtidos, muito provavelmente, estão longe de refletir a realidade da participação de crianças e jovens com menos de 16 anos de idade neste tipo de atividades em todo o país”⁴⁵. Facilmente se compreende esta reflexão, uma vez que no ano de 2014 apenas foram apresentados 51 requerimentos de autorização e um que transitou do ano de 2013⁴⁶, bem como apenas 19 comunicações de participações nas atividades em questão. E estes números refletem todas as atividades de natureza artística, cultural ou publicitária, uma vez que as atividades não são discriminadas de forma isolada.

A letra-morta é chamada, uma vez mais, à colação. E como refere um ilustre professor universitário da cidade Invicta: “ou se cumpre a lei ou se revoga a norma”!

5. Conclusões

– É de enaltecer a existência de regulamentação específica sobre a prestação da atividade dos menores na publicidade, até porque é frequente a participação de bebês e de crianças em anúncios publicitários.

– De acordo com o Código da Publicidade, os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado. Esta regra é violada de forma indigna e sistemática, colocando em causa a própria existência da norma por falta de coercibilidade.

– Para que um menor com idade inferior a 16 anos possa participar em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária, há que cumprir o disposto na Lei 105/2009, de 14 de setembro: as entidades promotoras das atividades deverão apresentar um requerimento da autorização à entidade competente: Comissão de Proteção de Jovens e Crianças.

Todavia, não estão apenas protegidos os menores com idade inferior a 16 anos que prestam atividades de natureza cultural, artística ou publicitária, mediante a celebração de um contrato de trabalho, mas também aqueles que celebrem contratos de prestação de serviço; até porque na área da publicidade esta tipologia contratual é a mais adequada às particularidades da atividade em questão.

– As normas previstas naquele diploma têm pouca aplicação prática no nosso sistema jurídico. Os dados divulgados pelas próprias comissões estão longe de refletir os verdadeiros números dos menores que desempenham atividades artísticas, culturais ou publicitárias em Portugal.

– Posto isto, somos obrigados a reiterar, de forma quiçá exacerbada: “ou se cumpre a lei ou se revoga a norma”!

Notas

- * Susana I. P. Ferreira dos Santos Gil. Licenciada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Doutorada em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade da Corunha. Professora-Adjunta do Instituto Politécnico de Bragança; Dirigente da Delegação da ApDC de Trás-os-Montes.
1. Cf. Alzaga Ruiz – *La Relación Laboral de los Artistas*. Madrid: Consejo Económico y Social. 2001, p. 31.
 2. Mesmo assim, não podemos olvidar o controlo do Estado, perceptível com exemplos de censura, mesmo antes do Estado Novo. Por sua vez, durante este regime tendencialmente totalitário, existiram diversos obstáculos à liberdade artística: por exemplo, o grandioso cineasta Manoel de Oliveira, recentemente falecido, abandonou durante vários anos a sua carreira cinematográfica, por ter sido impedido de realizar um filme em 1944.
 3. Cf. Jorge Pegado Liz – O Enquadramento Legal da Publicidade Infanto-Juvenil na UE: Presente e Futuro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba: Bonijuris. Volume IV, n. 14. 2014, p. 94.
 4. Cf. Nova Enciclopédia Larousse, 9º volume. Lisboa: Círculo de Leitores. 1997, p. 2714.

5. Cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Tomo III. Lisboa: Círculo de Leitores. 2003, p. 1589.
6. O Código do Trabalho português foi aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, com as últimas alterações introduzidas pela Lei 120/2015, de 1º de setembro.
7. Cf. Artigo 129º CC. De acordo com o art. 132º CC “o menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento”. O artigo 1601º a) CC consagra como impedimento dirimente, “obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra, a idade inferior a dezasseis anos”.
8. Cf. Artigo 66º n. 4 CT.
9. Cf. Artigo 69º n. 3 CRP.
10. Cf. Artigo 3º, n. 4, da Lei 7/2009, de 12 de fevereiro.
11. A Convenção dos Direitos da Criança foi ratificada pela Resolução da Assembleia da República n. 20/90, de 12 de setembro e por Decreto do Presidente da República n. 49/90, da mesma data.
12. Publicada no JOCE L n. 216/12, de 20 de agosto de 1994.
13. Se bem que esta diretiva tenha sido aparentemente transposta pela Lei n. 58/99, de 30 de junho.
14. António Luís Bentes de Oliveira entende que “é questionável (...) o estabelecimento da idade de 13 anos para omitir o controlo a montante e de primeira linha ao conteúdo da sua prestação laboral concretizada pela autorização administrativa prévia”. Cf. *Trabalho de menores em espectáculos e publicidade. Questões Laborais*. Ano VII, n. 16. Coimbra: Coimbra Editora. 2000, p. 204.
15. O Código da Publicidade foi aprovado pelo Decreto-lei n. 330/90, de 23 de outubro, com a última alteração introduzida pelo Decreto-lei n. 66/2015, de 29 de abril.
16. Cf. Adelaide Menezes Leitão – Publicidade e tutela do consumidor. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 69. 2011, p. 240.
17. Este diploma foi alterado pelo Decreto-lei 205/2015, de 23 de setembro.
18. Para mais pormenores, cf. Pedro Quartim Graça Simão José e Margarida Almada Bettencourt – Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia. Lisboa: Instituto do Consumidor. Centro Europeu do Consumidor. 2003, p. 205.
19. Cf. Susana Almeida – A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba: Bonijuris. Volume IV, n. 14. 2014, p. 171.
20. A apDC, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, apresentou em janeiro de 2016 queixa à Direção-Geral do Consumidor e ao Ministério Público contra as duas empresas, precisamente pelo uso ilegal de crianças na publicidade.
21. O primeiro Código do Trabalho foi aprovado pela Lei 99/2003, de 27 de agosto. A respectiva regulamentação foi aprovada pela Lei 35/2004, de 29 de julho.
22. Todavia, a lei refere que “o menor só pode participar em espetáculos que envolvam animais desde que tenha pelo menos 12 anos e a sua atividade, incluindo os respectivos ensaios, decorra sob a vigilância de um dos progenitores, representante legal ou irmão maior”. Cf. Artigo 2º n. 3 RCT.
23. De acordo com os dados constantes do Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPJC, “enquanto que em 2013 predominavam as crianças situadas no escalão

- etário dos 15 aos 16 anos, em 2014 predominam as crianças e jovens do escalão etário dos 11 aos 14 anos, representando 39% do total de crianças e jovens (...). Cf. Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2014. Lisboa: Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco. 2015, p. 145. Disponível em http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=5603&m=PDF.
24. Cf. Artigo 3º n. 2 RCT.
 25. O n. 4 do artigo 3º RCT estipula que atividade poderá ser exercida em metade do período de férias escolares e não poderá exceder, conforme a idade do menor: “a) de 6 a menos de 12 anos, seis horas por dia e doze horas por semana; b) de 12 a menos de 16 anos, sete horas por dia e dezesseis horas por semana”.
 26. Tal como previsto na referenciada Diretiva 94/33/CE do Conselho, de 22 de junho de 1994.
 27. Cf. Artigo 5º n. 3 RCT.
 28. Cf. Artigo 5º n. 4 RCT.
 29. Cf. Artigo 7º n. 1 RCT.
 30. De acordo com o artigo 6º n. 1 RCT: “a) Identificação e data do nascimento do menor; b) Estabelecimento de ensino frequentado pelo menor, se este estiver abrangido pela escolaridade obrigatória; c) Atividade em que o menor participará e local onde a mesma se realiza; d) Tipo de participação do menor, referenciada através de sinopse detalhada; e) Duração da participação do menor, que pode ser para uma ou várias atuações, por uma temporada ou outro prazo certo, ou ainda o período em que o espetáculo permaneça em cartaz ou outro prazo incerto; f) Número de horas diárias e semanais de atividade do menor em atuação e atos preparatórios; g) Pessoa disponível para, sendo caso disso, vigiar a participação do menor”.
 31. O artigo 6º n. 2 RCT expressa que o pedido deverá ser instruído com: “a) Ficha de aptidão que certifique que o menor tem capacidade física e psíquica adequadas à natureza e à intensidade da sua participação, emitido pelo médico do trabalho da entidade promotora, depois de ouvido o médico assistente do menor; b) Declaração do horário escolar e informação sobre o aproveitamento escolar do menor abrangido pela escolaridade obrigatória, emitidas pelo estabelecimento de ensino; c) Autorização dos representantes legais do menor; d) Parecer de sindicato e de associação de empregadores representativos sobre a compatibilidade entre a participação prevista e a idade do menor ou, na falta de resposta, prova de que o mesmo foi solicitado pelo menos cinco dias úteis antes da apresentação do requerimento; e) Apreciação da entidade promotora relativamente a parecer desfavorável do sindicato ou da associação de empregadores, caso exista.
 32. Cf. Artigo 7º n. 2 RCT.
 33. Em 2014 “as deliberações foram tomadas em média em 13 dias”, se bem que existiram quatro casos em que foi ultrapassado o prazo legalmente previsto. Cf. Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2014. Lisboa: Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco. 2015, p. 144. Disponível em http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=5603&m=PDF.
 34. Atente-se na regra prevista no artigo 7º n. 5 RCT: “Considera-se deferido o requerimento que não seja decidido no prazo previsto no número anterior se

- os documentos referidos nas alíneas a) a d) do n. 2 do artigo anterior forem favoráveis à participação do menor na atividade ou se este já não estiver abrangido pela escolaridade obrigatória”; caso contrário, por força do n. 6 considera-se indeferido.
35. A título de curiosidade, dos 51 requerimentos de autorização concedidos em 2014, a CPCJ exigiu em 39 delas que o menor fosse vigiado por um dos progenitores, “o que revela a preocupação das CPJC com a responsabilização dos pais ou representantes legais e com a segurança e bem-estar das crianças e jovens”. Cf. Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2014. Lisboa: Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco. 2015, p. 144. Disponível em http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=5603&m=PDF.
 36. Existe um formulário próprio, disponível no sítio da ACT: [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/Itens/ComunicacoesAutorizacoesObrigatorias/ComunicacoesObrigatoriasemMateriadeRelacoesLaborais/Paginas/Participa%C3%A7%C3%A3odeMenores.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/Itens/ComunicacoesAutorizacoesObrigatorias/ComunicacoesObrigatoriasemMateriadeRelacoesLaborais/Paginas/Participa%C3%A7%C3%A3odeMenores.aspx).
 37. A Lei 85/2009, de 27 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei 65/2015, de 3 de julho, elevou a escolaridade obrigatória até ao diploma de curso conferente de nível secundário da educação.
 38. Cf. Artigo 9º n. 1 RCT.
 39. Cf. Artigo 10º n. 1 RCT.
 40. A RCT, no seu artigo 10º n. 5, estatui que “Sempre que a atividade exercida pelo menor tenha como consequência uma relevante diminuição do aproveitamento escolar ou uma relevante afetação do seu comportamento, a CPCJ notifica a entidade promotora para que lhe apresente, bem como ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, aos representantes legais do menor e, caso este esteja abrangido pela escolaridade obrigatória, ao estabelecimento de ensino, uma alteração das condições de participação adequada a corrigir a situação”. E por força do n. 6 do mesmo artigo: “A CPCJ revoga a autorização sempre que não seja feita a alteração prevista no número anterior ou esta não seja adequada a corrigir a situação”.
 41. Cf. artigo 10º n. 7 e n. 8 RCT.
 42. Em 2014 não existiu qualquer revogação de autorização. Cf. Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2014. Lisboa: Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco. 2015, p. 144. Disponível em http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=5603&m=PDF.
 43. Cf. artigo 11º RCT.
 44. Cf. Artigo L.7124-9 do *Code du Travail*.
 45. Cf. Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2014. Lisboa: Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco. 2015, p. 142. Disponível em http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=5603&m=PDF.
 46. Mais ainda, apenas existiu um indeferimento no ano em análise e 55% das CPJC chamadas a analisar os requerimentos situam-se no distrito de Lisboa.

PONTOS DE INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO DO CONSUMIDOR – DIÁLOGO DAS FONTES

BRUNO DE ALMEIDA LEWER AMORIM*
Advogado, graduado em Direito pela Faculdade de
Direito Milton Campos

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar os principais pontos de interseção entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, propondo o diálogo entre os diplomas com base no paradigma valorativo da busca pela norma mais favorável ao consumidor. O foco principal é analisar a forma pela qual cada diploma trabalha os contornos normativos da responsabilidade civil, perscrutando os principais pontos de divergência e convergência entre eles, para, então, propor o diálogo possível.

SUMMARY

This article aims to analyze the main intersection points between the civil code and the consumer protection code, proposing the dialogue between the codes and having as the focus point the law that is more effective for the consumer. The main focus is to exam the way in which each law works with the civil responsibility, as well as analyzing and searching the main points of divergence and convergence between them. And proposing in the end the possibility of a dialogue between the civil code and the consumers, code.

Introdução

Embora destinados à regulação das relações mantidas entre particulares, o direito civil e o direito do consumidor guardam distinções significativas. A adequada compreensão tanto dos pontos de convergência, quanto dos pontos de divergência entre o Código Civil e o do Código de Defesa do Consumidor é fundamental para aqueles que desejam atuar na seara do direito privado.

Aliás, a compreensão dos pontos de interseção entre os diplomas legais em questão permite a ampliação do campo de proteção do consumidor, em razão do diálogo de fontes proposto pelo art. 7º do CDC.

O diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil dar-se-á ora por complementaridade, ora por subsidiariedade e ora por exclusão. Nesse aspecto, pode-se reconhecer a nobreza do CDC, que permite o afastamento de suas próprias normas quando outras, ainda que situadas em corpos normativos diversos, sejam mais favoráveis ao consumidor. É o que dispõe seu art. 7º, *in verbis*:

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

Por essa razão, o ponto de partida para todo aquele que deseja compreender os meandros da interseção entre o direito civil e o direito do consumidor deve ser o diálogo de fontes.

O diálogo de fontes se contrapõe aos critérios tradicionais de resolução de antinomias – especialidade, temporariedade, hierarquia –, na medida em que permite que norma geral prevaleça sobre norma especial, ou que norma mais antiga se aplique em detrimento de normas mais recente, tudo em prol da busca pela norma mais protetiva.

O diálogo de fontes se orienta por um único critério valorativo: a defesa do consumidor. Aquela norma que se demonstrar como a mais apta à defesa da parte vulnerável da relação de consumo deverá ser aplicada em detrimento das demais.

Segundo explica Cláudia Lima Marques, “o Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da ADIn 2.591¹, que concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas as atividades bancárias, reconheceu a necessidade atual do diálogo das fontes”².

É sob esse paradigma – busca da norma mais protetiva ao consumidor – que devemos analisar as interseções existentes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Por vezes a doutrina sugere a aplicação de normas do diploma civil, em detrimento de normas do código consumerista, por serem as primeiras mais favoráveis ao consumidor.

Fazendo referência ao diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Marques fala de um “modelo *sui generis* brasileiro”, marcado por “um código para iguais (CC/2002) dialogando com um código para diferentes (CDC)”³. Ainda segundo a festejada autora, este novo diálogo das fontes principais do direito brasileiro, influenciado pela coexistência do CDC e do CC/2002, “foi imposto pela Constituição brasileira (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da CF/1988; e art. 48 do ADCT)”⁴.

Ancorados, portanto, nessa ideia, trataremos agora de traçar os principais pontos de interseção entre o direito civil e o direito do consumidor, sempre atentos ao critério valorativo de busca pela norma mais favorável.

Direito civil e direito do consumidor: um diálogo possível

A primeira distinção marcante entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – e talvez a mais óbvia –, pode ser encontrada nos destinatários da proteção legal por eles conferida. O Código Civil, na condição de lei geral, congrega uma pluralidade de atores: o pai de família, o marido/esposa, o contratante, o prestador de serviços, o credor, o proprietário, o possuidor etc. Em diferentes momentos de nossa vida assumimos uma dessas *personas*. O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, na condição de lei especial, tutela uma única personagem: o consumidor. E tanto assim o é, que para que outras pessoas sejam alcançadas pela proteção consumerista faz-se indispensável a sua equiparação à condição de consumidor – art. 2º, p. único; art. 17 e art. 29, todos do CDC.

Uma segunda distinção – essa já não tão óbvia – diz respeito ao escopo protetivo de cada corpo normativo. Enquanto o Código Civil pressupõe a igualdade entre os destinatários de suas normas, o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor e, conseqüentemente, o desequilíbrio próprio das relações de consumo. A consequência disso: o CDC se assume como norma parcial e protetiva da parte mais fraca da relação. À este passo, um rol de direitos é conferido ao consumidor, ao qual se contrapõe um extenso rol de deveres impostos ao fornecedor.

Essa segunda distinção não é tão óbvia, já tendo gerado acirradas discussões no meio acadêmico e doutrinário. Isso porque muitos juristas e aplicadores do direito, quando do advento do CDC, se recusavam a reconhecer a possibilidade de uma norma ser parcial. Não por outra razão o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do código consumerista, não havendo óbice a que uma norma seja parcial.

Aliás, o direito, enquanto mecanismo social, deve refletir a realidade em que se encontra inserido. Fato é que algumas relações envolvem natural desequilíbrio técnico, econômico, político ou social entre as partes, e o direito não pode ignorar essa situação.

Inúmeras leis são parciais por vocação, editadas com a finalidade exclusiva de proteger a parte vulnerável de uma determinada relação. À título de exemplo podemos citar a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha e o Estatuto da Criança e do Adolescente. São todas leis que conferem especial proteção a uma das partes da relação jurídica, assumindo-se, já em suas exposições de motivos, como parciais.

A construção do CDC partiu de alguns pressupostos fundamentais: (I) nas relações de consumo não existe igualdade; (II) a vulnerabilidade está no DNA do consumidor; (III) consumir é uma necessidade e não uma escolha do consumidor; (IV) o consumidor é obrigado a confiar no fornecedor; (V) muitas vezes a prova do dano ou da culpa do fornecedor é impossível para o consumidor. Esses pressupostos fáticos levaram à construção de normas que visam reestabelecer o equilíbrio dessa relação que já começa desequilibrada, conferindo-se direitos ao consumidor e deveres ao fornecedor.

O CDC, em verdade, promove a reforma ética do direito privado brasileiro, inaugurando novos paradigmas e valores que foram posteriormente espraiados para todo o ordenamento, tais como a noção de boa-fé objetiva, lealdade contratual e confiança.

O CDC pressupõe, de forma muito feliz, que a harmonização das relações de consumo depende do reestabelecimento do equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, e que tal somente se dará por intermédio da edição de normas parciais e protetivas da parte mais fraca. É a noção aristotélica de igualdade material: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Nessa noção reside a ideia de justiça.

Por outro lado, ao passo que o direito civil é um direito precipuamente privado, norma geral do ordenamento jurídico privado, o direito do consumidor ainda suscita dúvidas e discussões doutrinárias quanto a sua natureza. Seria ramo do direito privado ou do direito público? Isso porque, embora reja relações mantidas entre particulares (consumidor e fornecedor), o CDC proclama, em seu art. 1º, que suas normas são de ordem pública e interesse social.

Outra diferença fundamental entre as codificações está na técnica legislativa empregada em cada uma delas. O Código Civil brasileiro, fortemente influenciado pelas codificações europeias do século XIX, e também pelo positivismo jurídico de Kelsen, traz em si a pretensão de regular todos os fatos da vida que possuam relevância jurídica. Mesmo a reforma trazida por Miguel Reale, com a introdução dos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, não retirou a pretensão de completude do Código Civil.

O resultado disso é uma codificação extensa, com 2.046 artigos, que regula praticamente todas as etapas da vida social e até mesmo afetiva dos cidadãos, dispondo sobre o nascimento, o nome, os direitos da personalidade, os negócios jurídicos, os contratos, a atividade empresarial, formações societárias, a propriedade, o casamento, a união estável, o divórcio e a sucessão. A vida civil dos cidadãos é regulada pelo código do seu nascimento à sua morte.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adota técnica legislativa diversa, caracterizada por normas abertas e principiológicas. A amplitude de aplicação das normas consumeristas depende da inteligência do seu intérprete.

As preocupações com a defesa dos direitos dos consumidores surgem, sobretudo, nos Estados Unidos da América, na década de 1960, após um período de acentuado liberalismo econômico e ausência de intervenção do Estado, o que permitiu distorções e abusos contra a parte mais fraca da relação de consumo. Sem muitas limitações, os fornecedores não hesitavam em avançar sobre o patrimônio e os direitos dos consumidores, tornando quase sempre injusta e desequilibrada a relação consumerista.

Começam então a surgir, por todo o mundo, reivindicações por mais intervenção do Estado, de forma a regular essas relações jurídica e reestabelecer seu equilíbrio. Muitos movimentos pró-consumidor se formaram, sobretudo nos países desenvolvidos, culminando com o aumento da intervenção estatal no setor das relações de consumo.

Nessa época a Organização das Nações Unidas (ONU) começa a expedir recomendações para que os países adotem legislações de proteção do consumidor e de regulação das relações de consumo.

É então que, em 11 de setembro de 1990, atendendo às recomendações da ONU, o Brasil promulga a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Uma das características dessa legislação é alta qualidade da técnica legislativa nela empregada, o que fez com que em pouco menos de 10 anos de sua promulgação o Brasil viesse a se tornar referência mundial de proteção – ao menos formal – dos direitos do consumidor.

A técnica empregada pelo legislador no CDC foi marcada pela adoção de cláusulas abertas e princípios, dotados de abertura suficiente para permitirem a criação de novas regras pelos aplicadores e intérpretes do direito, sem que fossem necessárias constantes alterações legislativas.

Trata-se de sistema aberto, que não tem a pretensão de positivizar em seu corpo de normas, em minúcias, todos os aspectos das relações de consumo. Muito pelo contrário. O resultado é um microsistema formado por 119 artigos e que regula a maior parte das relações jurídicas negociais que realizamos.

A técnica empregada pelo legislador no CDC foi marcada pela adoção de cláusulas abertas e princípios

O sistema do CDC demanda muito mais do seu aplicador do que o Código Civil. Sua aplicação é muito mais difícil, pois demanda um maior esforço integrativo e interpretativo. O CDC regula, no mesmo artigo, o caso de um micro-ondas que explode ao ser ligado, o de uma tomada que dá choque e o de um veículo cujo freio falha causando grave acidente. Também regula no mesmo artigo o caso de um chinelo cuja alça arrebenta e o de um imóvel entregue fora das especificações constantes do memorial de construção.

Podemos dizer que a subsunção do fato à norma é muito mais simples no Código Civil, que positiva com maiores minúcias os fatos da vida, do que no CDC, que não explicita os fatos de consumo, criando regras gerais nas quais o intérprete deve, mediante esforço lógico e argumentativo, subsumir o fato concreto.

Em razão dessa característica – cláusulas normativas gerais e abertas –, fatos posteriores à edição do CDC, como o comércio eletrônico, fraudes cibernéticas e as relações mantidas entre usuários e redes sociais, são por ele abrangidas e reguladas, demandando tão somente o esforço interpretativo de seus aplicadores, sem necessidade de reformas legislativas.

Todavia, uma das distinções mais significativas entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor está na forma como cada um deles lida com o dano e a sua reparação.

Sem dúvida, um dos temas mais relevantes para o direito privado é o da responsabilidade civil. Acontece que os contornos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor são completamente diferentes dos contornos classicamente estabelecidos pelo Código Civil.

Classicamente, a responsabilidade civil foi atrelada à noção de culpa *lato sensu*. O Código Civil Francês de 1804, que muito influenciou as codificações brasileiras, inclusive o Código Civil de 2002, incorporou inspirações de cunho liberal e não intervencionista. Para que alguém fosse privado de seus bens, não bastava a comprovação da conduta danosa, fazendo-se indispensável a demonstração da culpa do agente. Culpa esta que abrangia tanto a imperícia, a imprudência e a negligência, quanto o dolo. Caso a culpa do agente não fosse demonstrada, o dever de reparar não exsurgia.

Rudolf Von Ihering sintetiza com argúcia o espírito da época com a expressão “*sem culpa, nenhuma reparação*”. Arthur Rios observar que a expressão de Ihering “é de um individualismo correspondente à época em que foi pronunciada” (RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, v. 10, n.36, 1986. p. 81).

A ideia de inviolabilidade quase absoluta da propriedade, contudo, gerou distorções e injustiças que, mais cedo ou mais tarde, teriam de ser enfrentadas. Além disso, com a mudança do mercado e da forma como se operam as relações sociais, a responsabilidade civil clássica passou a ser insuficiente para regular os novos fatos da vida.

Os processos produtivos passam a ser integrados, cada vez mais, por máquinas. Ou seja, os principais bens de consumo adquiridos e utilizados pelos consumidores passam a ser fabricados precipuamente por máquinas, por intermédio de processos mecanizados e automatizados. A grande questão é que se podemos afirmar que as máquinas também “erram” e falham, não podemos afirmar que elas “erram” com culpa ou com dolo.

A consequência disso: com a revolução industrial, inúmeros consumidores passaram a ser vítimas de acidentes de consumo agora deflagrados em virtude de falhas no processo produtivo mecanizado. Todavia, como às falhas do processo produtivo mecanizado não se podia imputar culpa, que é um elemento humano, milhares de vítimas ficavam sem a devida reparação. Não havia como identificar quem agiu com culpa ou dolo.

Lado outro, com a crescente massificação e aumento da velocidade de produção de bens, aumentaram os riscos de falhas no processo produtivo e, conseqüentemente, de ocorrência de acidentes de consumo.

A equação era insustentável: mais falhas, mais acidentes e menos reparação. E o desafio estava posto: como aplicar a responsabilidade civil francesa tradicional aos “erros” das máquinas?

Uma primeira resposta surge na Prússia – reino que viria a formar a Alemanha –, na primeira metade do século XIX. Em 1838 foi editada lei prussiana que previa a responsabilidade objetiva em relação a danos causados na exploração de estradas de ferro. Ou seja, o empregador respondia simplesmente em razão do exercício daquela atividade.

Embora tal representasse inequívoco avanço, não se tratava ainda de uma responsabilidade sem culpa, mas sim de uma responsabilidade onde a culpa era presumida. Assim sendo, o elemento subjetivo da culpa, enquanto nexos de imputação da responsabilidade civil e condição para reparação do dano, continuava viva.

A teoria da culpa é construída pelos juristas clássicos, ao longo dos séculos XVIII e XIX, exercendo forte influência na elaboração do Código Civil Francês de 1804, o qual, por sua vez, influenciou diversas codificações ao redor do mundo. Por essa razão, não seria fácil abandoná-la. Mesmo quase um século depois, a força da culpa continuava existindo, e continuaria por muito tempo.

Por outro lado, a ideia de presunção de culpa vai sendo aprofundada e estendida, dando origem à noção de *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo*. Assim, embora ainda presente, a culpa passou a ser presumida em diversas situações, cabendo ao “agressor” afastá-la.

No direito brasileiro, a primeira legislação a adotar a noção de presunção de culpa foi o Decreto 2.861/1912, o qual atribui responsabilidade objetiva àqueles que exploram o transporte ferroviário no país. Este decreto se encontra em vigor até hoje⁵.

Ocorre que mesmo a mudança de paradigma na demonstração da culpa ainda não era suficiente a promover o ideal de reparação integral dos danos injustos. Era preciso que a noção de culpa fosse abandonada de fato.

Josserand e Selleiles, autores franceses do final do século XIX, trazem então a noção de “risco” como substituta da noção de “culpa”, propondo a alteração do nexos de imputação da responsabilidade civil, acarretando a criação de uma modalidade objetiva de reparação de danos.

A ideia central era que a responsabilidade passa a ter fundamento no risco inerente à atividade desempenhada pelo causador do dano, e não na sua culpa. A culpa, em algumas situações, mais do que presumida, deveria simplesmente ser abandonada e ignorada.

Quem vai dar nome a esse novo nexos de imputação da responsabilidade civil não é a lei, mas a doutrina, sobretudo francesa. Agora, sim, começa-se a falar em uma responsabilidade “independente de culpa”.

Alguns sujeitos, em razão do risco inerente à atividade que exercem, devem por ela se responsabilizar, independentemente de culpa, assegurando que vítimas de danos dela decorrentes sejam reparadas. O intuito é assegurar a devida reparação das vítimas em uma sociedade na qual o risco está cada vez mais presente⁶.

A grande questão é que, apesar de incorporada pelo Código Civil brasileiro, a responsabilidade objetiva, ou independente de culpa, assume o viés de exceção, mantendo-se o protagonismo da responsabilidade subjetiva na seara das relações civis. E nisso diferem essencialmente o direito civil e o direito do consumidor.

Ao passo que no direito civil impera a responsabilidade subjetiva, ficando a responsabilidade objetiva restrita às hipóteses expressamente previstas pelo Código Civil ou por leis especiais, no campo das relações de consumo o CDC inverte essa lógica: a responsabilidade objetiva é a regra e a subjetiva a exceção.

No Código Civil a responsabilidade objetiva aparece pontualmente nos arts. 927, p. único, e 931, dispostos no título IX, capítulo I, que tratam da responsabilidade civil e da obrigação de indenizar, respectivamente, e no art. 734, que trata do transporte de pessoas:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem *independentemente de culpa* pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, *salvo motivo de força maior*, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Embora os artigos supratranscritos congreguem uma gama significativa de atividades, não há como negar que a responsabilidade

objetiva está distante do protagonismo das relações civis, ainda ocupado pela responsabilidade subjetiva, pautada na apuração de culpa.

Já o CDC é expresso ao consignar, em seus arts. 12 e 14, inseridos na seção II, do capítulo IV, que trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que o fornecedor “responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores”. Nesse sentido:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Dessa forma, apurada falha na prestação do serviço ou na fabricação do bem, o fornecedor responderá independente de culpa, pelos danos causados ao consumidor, não importando qual a atividade exercida. Inequivocamente o escopo protetivo do CDC é muito maior.

A responsabilidade subjetiva no CDC é trazida como exceção, estando restrita à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais⁷.

Assim sendo, podemos dizer que ao passo que o requisito clássico da responsabilidade no Código Civil é a “ação ou omissão voluntária” do agente, normalmente dependente ainda do elemento culpa *lato senso*; no Código de Defesa do Consumidor o requisito da responsabilidade é o “exercício de uma atividade econômica” ou o denominado “risco-proveito”. Em outras palavras, o fornecedor se beneficia de um processo autônomo, despersonalizado e normalmente mecanizado de produção de bens da mais variada natureza, do qual retira seus lucros e esse

processo representa riscos aos consumidores, razão pela qual, para ter o “lucro” almejado, assume o risco envolvido.

Questão que suscita dúvidas e que parece aconselhar o diálogo entre o CDC e o Código Civil é a atinente à responsabilidade do comerciante por defeito do produto. Uma leitura atenta do artigo 12 do CDC permite concluir que o comerciante não responde por defeitos apurados nos produtos que comercializa.

Nesse ponto, importante esclarecer que defeito e vício não se confundem. O defeito está relacionado a um acidente de consumo e envolve falha grave na fabricação, concepção, acondicionamento do bem, capaz de colocar em risco a vida, saúde ou segurança do consumidor. O defeito dá ensejo à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, disposta nos arts. 12 a 17 do CDC.

Já o vício está relacionado a um incidente de consumo, à inadequação do produto ou do serviço, que simplesmente não atendem às legítimas expectativas do consumidor, sem, contudo, representar risco a sua integridade física e psíquica. A responsabilidade pelo vício do produto e do serviço está vinculada à incolumidade financeira do consumidor e se encontra disposta nos arts. 18 a 26 do CDC.

Essa distinção é fundamental na medida em que cada modalidade de responsabilidade (pelo fato e pelo vício) guarda prazos, sujeitos, requisitos e modalidades de reparação próprios.

Retornando ao tema do diálogo entre CDC e Código Civil, podemos perceber que o art. 12 exclui, propositadamente, de seu rol, o comerciante. São citados os produtos, o construtor, o fabricante e até mesmo o importador, mas o comerciante é deixado a par, o que nos leva a crer que o comerciante não seria responsável por eventuais defeitos nos produtos que comercializa.

Reforçando essa ideia, o art. 13 do CDC enumera as hipóteses nas quais o comerciante responderá, conjuntamente com os sujeitos enumerados pelo *caput* do art. 12, pelo fato do produto:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

- II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Dessa forma, então, o comerciante estaria excluído da regra geral de responsabilidade solidária, com os demais fornecedores (fabricante, produtor, construtor e importador), tendo, em verdade, responsabilidade meramente subsidiária, ressalvada a hipótese do inciso III do art. 13, na qual a responsabilidade é por ato próprio.

O reflexo prático dessa situação é que toda vez que um consumidor adquire um veículo em uma concessionária e este apresenta um problema no freio, por exemplo, caracterizado como um defeito e não como um mero vício de inadequação, a concessionária não pode ser acionada nem responsabilizada. O consumidor, para ver o problema resolvido, ou, em caso de acidente envolvendo o referido defeito, para ver seus danos materiais e morais reparados e compensados, terá de acionar única e exclusivamente o fabricante do veículo.

Lado outro, se se trata de uma relação civil, não caracterizada como de consumo, a vítima do mesmo acidente poderá acionar diretamente o comerciante, o qual responderá de forma objetiva. Imaginemos o caso de um empresário rural que adquire um trator de uma fabricante internacional. O trator, todavia, é comercializado por uma concessionária nacional. Adquirido o trator, este apresenta um grave defeito, ocasionando um acidente e acarretando danos à saúde e à segurança do adquirente. Nesse caso, pela regra insculpida no art. 931, do Código Civil, a vítima poderá acionar diretamente o comerciante (a concessionária), a qual, além de tudo, responderá independente de culpa pelos danos causados, devendo valer-se da ação de regresso contra a fabricante do trator, posteriormente, para ser reembolsada⁸.

Se esta mesma situação houvesse ocorrido com um consumidor, este não poderia acionar a concessionária. Isso porque o comerciante/ empresário não consta do rol do art. 12 do CDC. O consumidor seria obrigado a acionar apenas a fabricante. E nesse caso específico, o fato de a fabricante ser estrangeira e não possuir agência ou filial no Brasil prejudicaria ou até mesmo impediria a reparação do consumidor. O escopo de proteção do consumidor se esvaziaria.

Imaginemos o caso extremo de uma geladeira que, por falha de fabricação, explode. Se quem a adquiriu foi um empresário, para emprego na sua atividade profissional – e portanto não inserido em uma relação de consumo –, este pode buscar a reparação dos danos físicos que sofrera tanto perante a empresa que vendeu a geladeira, quanto perante a fabricante.

Agora, se na mesma situação, um consumidor adquire a geladeira defeituosa e esta explode, o consumidor somente poderá acionar a fabricante, ainda que esta seja estrangeira, ficando impedido de responsabilizar a empresa que lhe vendeu o eletrodoméstico.

Nesse caso específico, portanto, o Código Civil traz como exceção a responsabilidade objetiva do comerciante, a qual é excluída da regra geral do CDC.

A exclusão do comerciante do rol de fornecedores elencados pelo art. 12 não encontra justificativa, nem tampouco correspondência em diplomas legais alienígenas. Em inúmeros outros países o comerciante responde, de forma solidária e objetiva, pelos defeitos apresentados pelos produtos que comercializa.

Estamos, portanto, diante de situação na qual o Código Civil traz regramento mais benéfico ao consumidor. Nesse caso, seguindo-se a ideia de diálogo de fontes, insculpida no art. 7º do CDC, a norma consumerista insculpida no art. 12 cederia lugar à regra insculpida no art. 931 do CCB, prevalecendo a norma mais protetiva. Aplicar-se-ia o Código Civil e afastar-se-ia o Código de Defesa do Consumidor.

Eis um bom exemplo de diálogo entre as normas do CDC e do Código Civil, de forma a tornar ainda mais efetiva a proteção do consumidor. Ocorre que, infelizmente, esse diálogo não vem sendo reconhecido pela jurisprudência, que ainda insiste em excluir a responsabilidade do comerciante pelo fato do produto, não aplicando o art. 7º do CDC para atrair o regime mais benéfico do Código Civil.

Essa situação gera distorções nas quais o civil ou o empresário, em uma relação comercial presumidamente equilibrada e igualitária com a outra parte, goza de proteção maior e mais efetiva do que o

A exclusão do comerciante do rol de fornecedores elencados pelo art. 12 não encontra justificativa, nem tampouco correspondência em diplomas legais alienígenas

consumidor, inserido na mesma relação, mas em patente desigualdade e vulnerabilidade.

Voltando ao tema da responsabilidade civil propriamente, podemos ainda observar que o direito civil e o direito do consumidor lançam sobre ela olhares diferentes.

Podemos dizer que o Código Civil preocupa-se, precipuamente, com a fonte do dever violado, dividindo a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. A responsabilidade será contratual sempre que violada uma cláusula contratual e será extracontratual nas demais hipóteses, quando haja a violação de um dever legal. A responsabilidade extracontratual envolve a reparação de danos causados por ato ilícito (arts. 186 e 927 do CCB), decorrente da violação de um dever imposto pela lei, e não por um contrato. É também chamada de responsabilidade *ex delicto*.

No sistema civilista, o contrato assume posição de destaque, sendo a responsabilidade extracontratual residual – ocorre por força de violação a dever que não esteja disposto em um contrato.

Já o Código de Defesa do Consumidor abandona essa dicotomia – responsabilidade contratual e extracontratual –, pouco importando se existe ou não um contrato entre as partes. O código consumerista está preocupado com o conteúdo do dever violado, e não com a sua fonte.

Nesse ponto, a construção da responsabilidade civil no CDC abandona o regime clássico do direito civil, ganhando contornos próprios, sempre no intuito de tornar mais efetiva a defesa do consumidor.

No regime do CDC a responsabilidade civil encontra seu fundamento na teoria da qualidade, de origem francesa. A teoria da qualidade impõe ao fornecedor um dever geral de qualidade, o qual se desdobra em dois deveres específicos: (I) dever de adequação; e (II) dever de segurança. Assim, todo produto colocado e comercializado no mercado de consumo deve ter qualidade e segurança.

Sob essa lógica, todo produto deve ser adequado aos fins a que se destina (art. 18, CDC) e oferecer a segurança que o consumidor dele legitimamente espera (art. 12, CDC). Não se exigem produtos inquebráveis e sem risco, mas sim que atendam às legítimas expectativas de adequação e segurança alimentadas pelo consumidor, sempre a partir das informações veiculadas pelo fornecedor.

Se não há como se evitar os riscos próprios da sociedade de consumo, o que busca o CDC é assegurar às vítimas de danos a sua devida reparação.

O dever de adequação busca tutelar a incolumidade financeira do consumidor, lançando seu foco sobre o equilíbrio econômico patrimonial da relação consumerista. Por essa razão, a violação do dever de adequação dá ensejo à responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou do serviço – incidente de consumo – disciplinada pelos arts. 18 a 26 do CDC.

Já o dever de segurança busca tutelar a incolumidade psicofísica do consumidor, lançando seu foco sobre a proteção da vida, da saúde e da segurança do consumidor. Por essa razão, a violação do dever de segurança dá ensejo à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço – acidente de consumo – disciplinada pelos arts. 12 a 17, do CDC.

Podemos afirmar, portanto, que para o CDC pouco importa se o dever violado estava em um contrato ou não. O que importa é se foi violado um dever de adequação ou um dever de segurança. Isso porque a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pelo vício, conforme já dito, seguem caminhos normativos completamente distintos. Há casos em que ambas estarão presentes, mas, ainda assim, os danos decorrentes de cada uma serão reparados dentro de suas regras próprias.

A grande vantagem do sistema consumerista, em relação ao civil, é que ele dispensa a prova do contrato por parte do consumidor. Ao passo que no Código Civil a prova do contrato é fundamental para a caracterização da responsabilidade contratual, no sistema consumerista o que importa é a comprovação do dano e a perquirição de sua natureza e conteúdo⁹. A técnica legislativa consumerista é acertada, pois as relações de consumo são marcadas pelos contatos sociais, contratações de cunho verbal e informal, cuja prova é quase impossível. É o caso dos contratos de transporte urbano de pessoas. O consumidor, ao pagar o preço e passar pela roleta, contrata o serviço de transporte. Nesse caso, não dispõe de qualquer prova da contratação. Fundamental, portanto, a dispensa da prova de contratação na maioria dos casos, bastando a comprovação do dano.

A dependência do Código Civil em relação ao contrato pode ser percebida através da forma como o diploma civilista e o diploma consumerista disciplinam a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço.

O regime da responsabilidade do Código Civil é baseado no regime dos vícios redibitórios. A teoria dos vícios redibitórios, por sua vez, exige a existência de um contrato, e somente disciplina o vício oculto. Por essa razão, o Código Civil tutela apenas os vícios ocultos e desde que haja um contrato (responsabilidade contratual), *vide* art. 441 do CCB.

O regime do Código Civil deixa desamparado o adquirente do bem, na medida em que, além de exigir o contrato, restringe a sua proteção aos vícios ocultos. Por essa razão, exige-se do contratante diligência e zelo no momento da compra, pois não poderá reclamar por vícios aparentes e de fácil constatação depois de assinado o contrato e adquirido o produto. Caso o adquirente não tenha visto um arranhão ou amassado no produto, no momento da compra, amargará o prejuízo. Infelizmente o regime liberal do Código Civil ainda tutela o contratante mais esperto, ou seja, aquele diligente, que percebe o vício aparente antes da contratação, ou aquele astuto e desidioso, que desvia a atenção do comprador.

Além disso, no regime do Código Civil a indenização é condicionada à má-fé. Em outras palavras, constatado o vício oculto, o Código Civil permite tão somente a redibição do vício – resolução do contrato – ou o abatimento proporcional do preço. A indenização ficará condicionada à demonstração da má-fé do vendedor, que sabia do vício e o omitiu propositadamente. A teoria dos vícios redibitórios foi adotada pelo Código Civil de 1916 e reproduzida, com pequenas alterações, pelo Código Civil de 2002 (arts. 441 a 446).

Além disso, a teoria dos vícios redibitórios somente disciplina os vícios ocultos apurados em produtos, não tratando dos vícios apurados em serviços¹⁰.

Ocorre que o regime de responsabilidade do Código Civil é insuficiente a reger e solucionar os problemas ocorridos na seara das relações de consumo. Isso porque na maioria das vezes o consumidor necessita do adimplemento contratual. Imagine-se o caso de um

consumidor que teve negado pela sua operadora de plano de saúde o custeio de uma cirurgia, com base em uma cláusula contratual abusiva. Nesse caso específico, caso declarada a abusividade da cláusula em questão, a solução do Código Civil – resolução do contrato e perdas e danos – não lhe seriam úteis, justamente porque ele necessita da tutela específica, ou seja, que a operadora seja obrigada a cumprir o contrato, custeando a cirurgia.

Nas relações de consumo a resolução contratual pode acarretar grave dano à saúde e à vida do consumidor. Além disso, o Código Civil não se preocupa com a qualidade do produto nem tampouco disciplina diretamente os casos em que este acarreta danos à saúde e à segurança de seu usuário. Importante nesse aspecto observar que o Código Civil permite inclusive a estipulação de cláusula de não indenizar, ao passo que o CDC expressamente a proíbe, em seu art. 51, I. Por todas essas razões, a solução dada pela teoria dos vícios redibitórios é insuficiente.

Ciente disso, o regime adotado pelo CDC é completamente distinto. De início, podemos observar que o código consumerista abrange e tutela tanto os vícios ocultos, quanto os vícios aparentes e de fácil constatação (art. 26, CDC). Assim, o consumidor sempre terá o prazo de 30 dias ou 90 dias, para produtos não duráveis e duráveis, respectivamente, para reclamar de vícios aparentes e de fácil constatação. Esse prazo começa a contar de quando o consumidor recebe o produto. Já no caso de vício oculto, os prazos são os mesmos – 30 ou 90 dias –, mas sua contagem somente começa após evidenciado o problema até então oculto (art. 26, § 3º, CDC).

Além disso, o diploma consumerista confere o mesmo tratamento/consequência aos vícios em produtos e aos vícios em serviços (arts. 18 e 20, CDC). Nesse aspecto, vale notar que o CDC confere ao consumidor a prerrogativa de exigir tanto o cumprimento forçado do serviço quanto sua reexecução, dentro das condições ofertadas pelo fornecedor e impostas pela boa-fé objetiva e seus corolários.

Pode-se dizer que o CDC dá mais valia ao adimplemento contratual, ao passo que o Código Civil, por intermédio da teoria dos vícios redibitórios, dá mais valia à redibição.

Neste ponto, porém, importante uma advertência. A teoria da qualidade, própria do código do consumidor, não exclui a aplicação da

teoria dos vícios redibitórios naquilo em que esta for mais favorável ao consumidor, em razão do diálogo de fontes.

É nesse ponto que surge mais um inestimável tópico de diálogo entre os códigos.

O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar do prazo de garantia, dispõe que o consumidor possui o prazo de 90 dias para reclamar de vícios aparentes e de fácil constatação em imóveis. Lado outro, o Código Civil, em seu art. 618, parágrafo único, traz o prazo de cinco anos para reclamações envolvendo problemas relacionados à solidez e à segurança de edifícios e construções consideráveis.

A par das inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais entorno desse dispositivo legal, o prazo de cinco anos, disposto no parágrafo único do art. 618 do CCB deve ser entendido como prazo de garantia legal¹¹, a qual deve se estender a todo e qualquer problema apresentado pelo imóvel. Nesse sentido, constatado o vício dentro do prazo de garantia de cinco anos, o adquirente ainda teria o prazo prescricional de dez anos para reclamar judicialmente a devida indenização, conforme Súmula 194 do STJ¹².

Nesse caso, o prazo trazido pelo Código Civil é indubitavelmente mais benéfico para o consumidor do que o prazo trazido pelo código consumerista. Isso porque pelo regime do CDC, o consumidor teria o prazo de 90 dias para reclamar de vícios aparentes e de fácil constatação em imóveis, caracterizados como bens de consumo duráveis (art. 26, II, do CDC). No regime do Código Civil teria cinco anos.

Nestes termos, também na hipótese de vícios aparentes e de fácil constatação em bens imóveis recomendar-se-ia a aplicação do Código Civil às relações consumeristas, por trazer o art. 618, p. único, prazo de garantia maior para o consumidor.

Conclusão

Assim sendo, embora o presente artigo não pretenda esgotar o tema, havendo inúmeras outras hipóteses de interseção possíveis entre o direito civil e o direito do consumidor – já descobertas e ainda por descobrir –, pode-se perceber a importância do diálogo entre os códigos, com vistas à ampliação da proteção conferida ao consumidor.

Notas

- * Bruno de Almeida Lewer Amorim. Advogado, graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos; Pós-graduando em Direito Civil Aplicado pela PUC Minas; Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Damásio de Jesus; Sócio-Diretor da Contratto Advocacia – Lewer & Pellegrinelli Sociedade de Advogados; Assessor Especial da Presidência da OAB/MG; Secretário Parlamentar Federal na Câmara dos Deputados; Mediador de Conflitos com ênfase em Relações de Consumo pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ; Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG; Palestrante e Autor de artigos jurídicos.
1. Do voto do ministro Joaquim Barbosa extrai-se a seguinte passagem: “Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis”. (...) “Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em ‘influências recíprocas’, em ‘aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.”
 2. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 123.
 3. *Idem*, p. 128.
 4. *Idem*, p. 127.
 5. Vale notar que o Decreto das Estradas de Ferro (Dec. n. 2861/1912) não traz a expressão “independente de culpa”. Essa interpretação foi construída pela doutrina, a partir da exegese de seu art. 1º, segundo o qual:
Art. 1º – As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar.
Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas:
1ª – caso fortuito ou força maior; (...)
 6. A esse respeito explica Arthur Rios: “(...) hoje a ‘responsabilidade pelo dano’ faz-nos abraçar o direito social, o solidarismo, onde o causador deve indenizar pelo simples fato e não pela vontade, que não interessa existente ou não, para a existência do dano, que continua o mesmo com ou sem ela” (RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, v. 10, n. 36, 1986. p. 81).
 7. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos

relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a *verificação de culpa*.

8. Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem *independentemente de culpa* pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.
9. Cumpre observar que em alguns casos o consumidor é dispensado da prova do dano, por ser este presumido. É o caso, por exemplo, da inscrição indevida do nome em cadastros restritivos de crédito. Nesse caso, o dano provém da força dos próprios fatos e, por essa razão, sua demonstração é dispensada. Assim, mesmo que o consumidor não tenha passado por nenhum constrangimento, o fornecedor será obrigado a repará-lo em razão da negativa indevida. Nesse caso, incumbe ao consumidor tão somente a prova de que a negativação foi injusta, por já estar a dívida paga, por não existir contrato etc. Além disso, importante observar o caráter subjetivo e íntimo do dano moral, decorrente do sentimento de humilhação e menos valia em decorrência da negativação indevida. Essa prova é, na maioria dos casos, impossível, pois não há como se comprovar o que passa no ânimo do sujeito. Por essa razão, quando as consequências do ato são fortes o bastante, como é o caso das restrições de estilo decorrentes de uma negativação, tais como restrição de acesso à crediários, bloqueio do cartão de crédito e limitação de acesso a financiamentos e empréstimos, o dano moral é presumido (*damnum in re ipsa*). Nesse sentido: AgRg no AREsp 124110 SP 2011/0290339-0.
10. Nesse aspecto as reformas legislativas promovidas em 1994 e 2002, pelas Leis 8.952 e 10.444, que introduziram os arts. 461 e 461-A no Código de Processo Civil, trouxeram para as relações civis a possibilidade de saneamento de vícios ocultos em serviços, por meio da determinação da tutela específica ou do resultado prático equivalente pelo juiz.
11. Nesse sentido já se manifestou o STJ: AC 2410942 PR Apelação Cível – 0241094-2.
12. Súmula 194, STJ: Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra. Embora a Súmula 194 do STJ traga o prazo vintenal, por ter sido editada antes do advento do Código Civil de 2002, recomenda-se sua releitura sob a égide das regras prescricionais em vigor, adequando-se o prazo para 10 anos.

Referências

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Boa Fé Objetiva: O Primado das Cláusulas Gerais de Direito (Estudos em Homenagem à Professora Míriam de Abreu Machado e Campos) – *Jornal das Faculdades Milton Campos*, n. 167, ano XIX, Belo Horizonte, junho de 2013.

- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Direito do Consumidor no Limiar do Século XXI. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, São Paulo, abril./jun. 2000.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NETO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm. 2013.
- RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil*. 1a. ed. São Paulo: Lumen Juris. 2008.

MULHERES, CONSUMO E SUSTENTABILIDADE

TAMARA AMOROSO GONÇALVES*

Doutoranda em Direito pela Universidade de Victoria (Canada)

DANIELA ROSENDO**

Doutoranda e Mestra em Filosofia, área de ética e filosofia política, pela Universidade Federal de Santa Catarina

EXCERTOS

“Sinalizamos que, se por um lado as mulheres são culturalmente identificadas com o hiperconsumo, por outro participam ativamente de movimentos que pretendem ou se propõem a repensá-lo em um contexto em que a defesa do consumidor pouco ou quase nada se apropria de tensões de gênero”

“O movimento de defesa dos direitos dos consumidores tem um desenvolvimento bastante particular no Brasil e conta com a ativa participação das mulheres, mas não necessariamente incorpora uma perspectiva feminista ou a agenda deste movimento”

“Diversas vertentes do movimento feminista identificam na conformação da atual sociedade de consumo múltiplas formas de violação aos direitos humanos das mulheres”

“A chamada publicidade 360º, que ocupa todos os espaços e permeia boa parte das relações (nem mesmo os ambientes escolares hoje se encontram livres dessa atividade comercial), passa a ter uma influência brutal na forma como as pessoas se relacionam e mesmo como as próprias identidades são formadas”

1. Introdução

A partir da reflexão sobre as políticas de gênero e o consumo sustentável, percebemos que as discussões acadêmicas enveredam para os três ramos: consumo, sustentabilidade e gênero, em profundas e complexas questões. Isso posto, nossa intenção neste artigo não é extrapolar o tema nem estabelecer todas as conexões possíveis, mas tão simplesmente trazer à tona algumas considerações que entendemos relevantes e indispensáveis para articularmos os três campos.

Nesse sentido, serão resgatadas brevemente questões relacionadas à participação das mulheres em arenas internacionais de debates sobre sustentabilidade, como a Eco 92 e a Rio+20, delineando algumas tensões entre feminismo e ecofeminismo. Também serão apresentadas considerações sobre as relações entre consumo e mulheres, bem como a sua participação no movimento nacional pela consolidação e luta pela garantia dos direitos dos consumidores.

Sinalizamos que, se por um lado as mulheres são culturalmente identificadas com o hiperconsumo, por outro participam ativamente de movimentos que pretendem ou se propõem a repensá-lo em um contexto em que a defesa do consumidor pouco ou quase nada se apropria de tensões de gênero. Estereótipos de gênero transbordam por todos os lados, trazendo reflexões e questionamentos sobre o comportamento das mulheres e a sua influência nesses diversos campos. São as mulheres “naturalmente” melhor preparadas para tratar de questões ambientais? Estão mais “aptas” ao cuidado? De que maneira incorporam ou não os estereótipos vendidos pela mídia hipercomercializada? Sendo as mulheres responsáveis por grande parte das decisões de compra das famílias, está também com as mulheres a possibilidade de uma reversão de padrões de consumo? Em que medida esse papel que hoje as mulheres ocupam na sociedade de consumo reflete as tradicionais percepções de que as mulheres são as responsáveis “naturais” pelas funções de cuidado com a família? Que aprisionamentos do universo doméstico essas percepções evidenciam?

Se a resposta a todas essas questões certamente demandaria estudos mais aprofundados, buscaremos compreender se e como o feminismo permeia as questões mais atuais da sociedade de consumo, e com quais discursos.

2. Mulheres, consumo e sustentabilidade

Discussões envolvendo ativismo feminista e questões de gênero impactam as reflexões sobre consumo e sustentabilidade principalmente por meio de dois eixos: mulheres no âmbito das políticas ambientais e estereótipos de gênero difundidos pela mídia de massa, com mensagens marcadas fortemente pelo apelo ao consumo. Neste artigo vamos abordar brevemente ambos os temas, para tentar entender de que maneiras as mulheres se inserem nessas pautas e como contribuem para o avanço dessas questões, focando no cenário nacional brasileiro – embora sejam feitas considerações acerca do contexto internacional também, na medida em que produz impactos locais.

No Brasil, há relatos esparsos e antigos sobre movimentos sociais que reivindicam maior proteção nas relações de consumo, mas é sobretudo a partir da década de 1970 que ganham força, impactando o processo de redemocratização e garantindo a presença dos temas consumeristas no processo constituinte que se desenvolveu na década de 1980 e culminou com a aprovação da Constituição Federal de 1988, que pela primeira vez na história constitucional do Brasil previu a proteção aos consumidores como direito fundamental e limite à atividade econômica (art. 5º, XXXII, 170, V):

A presença dos movimentos de consumidores no Brasil, dada sua longevidade, pode ser melhor entendida em relação direta com a conjuntura que possibilitou a emergência de vários outros movimentos sociais, principalmente pelas práticas de associativismo civil que vieram a se tornar mais evidentes a partir do final dos anos 1970. Quando as possibilidades de participação se ampliaram nos anos 1980, os movimentos consumeristas revitalizaram seu discurso visando a se adequar às oportunidades políticas que se apresentavam, principalmente pela via da universalização e da garantia de novos direitos que, no caso do consumidor, se referia à institucionalização de medidas protetivas que garantissem algum tipo de equilíbrio nas relações de consumo.¹

Nota-se que o movimento de defesa dos direitos dos consumidores tem um desenvolvimento bastante particular no Brasil e conta com a ativa participação das mulheres, mas não necessariamente incorpora uma perspectiva feminista ou a agenda deste movimento. Pode-se mesmo dizer que as pautas de consumeristas² e feministas desenvolveram-se de forma apartada, com o movimento feminista atuando substancialmente em temáticas relacionadas a violência contra a mulher e direitos sexuais e reprodutivos e o movimento consumerista lutando para a consolidação de uma normativa protetiva e a estruturação de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, observa-se que, no âmbito do movimento consumerista, as mulheres se articularam em torno de grupos de “donas de casa” (posteriormente se formalizaram e tornaram-se associações sem fins lucrativos de donas de casa em defesa dos consumidores). Esse grupo não incorporou (ou ainda hoje não incorpora) uma pauta feminista, mas concentra-se na difusão de informações sobre direitos consumeristas junto à comunidade local e na discussão e monitoramento do mercado por meio da incisiva atuação das donas de casa – monitoramento de preços, exigência de garantia do cumprimento de oferta etc.

Os movimentos de donas de casa, criados em vários estados e cidades brasileiros na década de 1980 e que tiveram um papel fundamental no boicote da carne em 1979, foram um tipo de organização civil que merece destaque. Os principais movimentos em atuação no momento são o de Minas Gerais (www.mdcmg.com.br); do Rio Grande do Sul (www.donadecasa.org.br); Bahia e Santa Catarina (www.adoconsc.org.br). Essas organizações trabalham principalmente na orientação de suas associadas e da comunidade e na mobilização local. O mais conhecido é o de Minas Gerais, pioneiro existente desde os anos 1980 e sua líder, Lúcia Pacífico, foi eleita vereadora de Belo Horizonte e deputada estadual graças principalmente a esse trabalho.³

Paralelamente ao desenvolvimento de ambos os movimentos, o movimento ambientalista gradualmente ganhou corpo no país, inserindo-se tanto nos grupos feministas quanto consumeristas e também desenvolvendo pautas e ações próprias.

2.1 Mulheres na sociedade de consumo

Se as discussões consumeristas pouco incorporaram questões feministas ou de gênero⁴, no movimento feminista é grande o debate sobre o papel da mídia e da publicidade comercial para a formação de valores sexistas e padrões e estereótipos de gênero, entendido como uma categoria de análise histórica segundo a qual é possível compreender como se estruturam as relações sociais e, conseqüentemente, quais são os papéis atribuídos a homens e mulheres. Nesse sentido, gênero não é meramente sinônimo de “mulheres”. Para Joan Scott, gênero é utilizado pelas feministas para se “referir à organização social da relação entre os sexos” a fim de enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas nesse critério⁵.

Diversas vertentes do movimento feminista identificam na conformação da atual sociedade de consumo múltiplas formas de violação aos direitos humanos das mulheres⁶. Ao mesmo tempo em que o mercado enxerga a mulher como um ator central – em razão de seu poder de compra – são também as mulheres as que mais sofrem com a violência simbólica perpetrada continuamente pela mídia comercial e também com flagrantes violações de direitos trabalhistas fundamentais, em que a desigualdade de salários é apenas a ponta do iceberg. Igualmente, são as mulheres as que mais sofrem com os impactos ambientais negativos das atividades empresariais.

Em países ainda em desenvolvimento, são as mulheres as que mais são exploradas por grandes corporações, onde as condições de trabalho são desumanas e não raro equiparadas à escravidão, e a negação aos direitos sexuais e reprodutivos é absoluta⁷. Um exemplo dessa exploração é a indústria da moda que de forma recorrente é denunciada por manter majoritariamente mulheres em situação análoga à de escravidão.

Paralelamente, são as mulheres que mais impactam os índices de consumo, sendo responsáveis pela maioria das decisões de compra. No Brasil, elas são responsáveis por cerca de 80% das decisões de compra⁸. Pesquisa conduzida pela Nielsen⁹, com foco nas relações entre mulheres e consumo, analisou 21 países que comportam 60% da população mundial e são responsáveis por 78% do PIB mundial e identificou interessantes tendências entre os países desenvolvidos e emergentes (terminologia utilizada pelo relatório da pesquisa). Segundo o estudo,

nos países desenvolvidos, 43% das decisões relacionadas a alimentos são tomadas prioritariamente pelas mulheres e 6% prioritariamente pelos homens. Quando se trata de cuidados com os filhos, 48% das decisões são prioritariamente femininas e 4% prioritariamente masculinas. Já quando o assunto é automóveis, as decisões são prioritariamente das mulheres em apenas 6%, enquanto que a participação prioritária masculina fica em 45%. Em termos de eletrônicos para o lar, tem-se que em 37% dos casos a decisão é prioritariamente masculina e 9% prioritariamente feminina.

Nos assim chamados “países emergentes” pelo estudo (o que inclui o Brasil), os dados se repetem com uma incrível semelhança – talvez mostrando que as desigualdades de gênero se repetem tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento. No caso desse segundo grupo de países, para as decisões sobre alimentos, temos as mulheres como

Quando se trata de tomada de decisões, os tradicionais estereótipos de gênero atrelam as mulheres a tudo o que é doméstico

prioritariamente responsáveis em 48% e os homens em 8% – participação masculina ligeiramente maior do que nos países desenvolvidos. Quando se trata de decisões com o cuidado com os filhos e a casa, novamente são as mulheres que saem na frente, com 60% do poder de decisão e os homens com apenas 4%. No que se refere a automóveis, a decisão é prioritariamente masculina em 50% e prioritariamente feminina em apenas 6%. E para os eletrônicos para o lar, os homens saem novamente na frente, com 46% das decisões e as mulheres com apenas 9%.

Interessante observar como, quando se trata de tomada de decisões, os tradicionais estereótipos de gênero atrelam as mulheres a tudo o que é doméstico, privado e relacionado ao cuidado e os homens a tudo que envolve a esfera do público, da racionalidade e da preferência por tecnologia. Assim, enquanto mulheres cuidam do alimento da família e do cuidado com as crianças, homens compram carros e aparelhos eletrônicos. Essa divisão reflete a divisão que se opera e estrutura a própria sociedade de consumo, com base em uma divisão sexual do trabalho calcada em oposições e binarismos: natureza/cuidado/feminino/corpo/reprodução e cultura/trabalho/masculino/mente/produção.

Dualismo que também é refletido e reificado constantemente nas peças publicitárias que permeiam o imaginário social atual. A publicidade pode ser considerada, na atual sociedade de consumo, uma engrenagem central que induz ao consumo e dissemina valores e estilos de vida, vendendo bem mais do que produtos. Em recente manifestação da Assembleia Geral das Nações Unidas, sobre a fruição dos direitos culturais, foi sinalizada grande preocupação com a forma pela qual a publicidade vem interferindo na vida das pessoas. Foi ressaltada a atual dificuldade em se diferenciar conteúdo comercial e cultural e a forma pela qual a publicidade impacta o universo simbólico, influenciando a formação de hábitos alimentares, valores culturais, padrões de beleza, dentre outros¹⁰.

Dada a centralidade da publicidade na atual sociedade de consumo, a mensagem que propaga não é “apenas” algo que interrompe o conteúdo: hoje a publicidade e o conteúdo estão tão imbricados que é difícil muitas vezes separá-los. A chamada publicidade 360°, que ocupa todos os espaços e permeia boa parte das relações (nem mesmo os ambientes escolares hoje se encontram livres dessa atividade comercial), passa a ter uma influência brutal na forma como as pessoas se relacionam e mesmo como as próprias identidades são formadas¹¹. Em outras palavras, a publicidade hoje é muito mais do que mera informação, ela impacta a fruição de direitos fundamentais como a própria liberdade de escolha, o direito à educação e à cultura¹².

Pesquisa recente mostra que a população brasileira pouco se enxerga na publicidade nacional. Para 80% dos entrevistados, as publicidades na TV mostram mais mulheres brancas e a maioria gostaria de ver mais mulheres negras; 73% veem mais loiras do que morenas, mas 67% gostariam de ver mais morenas; 78% veem mais mulheres jovens nas publicidades, mas a maioria gostaria de ver mais mulheres maduras¹³. E como é a publicidade brasileira? E como ela mostra as mulheres?

A publicidade apresenta um discurso sobre as relações de gênero bastante estereotipado¹⁴. Integrantes do mercado justificam dizendo que a publicidade apenas reflete os valores da sociedade que é machista e racista. Embora isso seja verdadeiro, não se pode negar que a publicidade não é uma via de mão única. Pelo contrário, ela dialoga

com esses valores machistas, ou antes, neles se apoia para criar sentidos sociais e melhor vender seus produtos, contribuindo para reforçar estes padrões estereotipados.

A gendarização das campanhas publicitárias tem início nas mensagens comerciais que se direcionam às crianças. Com a segmentação dos mercados e a centralidade comercial que a infância ocupa na atual sociedade de consumo, produtos “de meninos” e “de meninas” são logo definidos e assim anunciados. Para as meninas, um universo de delicadeza embalada por todas as variáveis possíveis de cor-de-rosa que, com o passar da idade do público alvo vai aos poucos se transformando em mensagens cada vez mais erotizadas. As meninas das peças publicitárias se identificam com princesas e brincam de casinha. Gradualmente, as meninas vão sendo cada vez mais erotizadas. Elas aparecem cada vez mais em contextos de “paquera” e se mostram sempre mais e mais “sexy”. Desde a primeira infância, a mensagem passada pela mídia comercializada é a de que as meninas precisam ser passivas, delicadas, gostar de cor-de-rosa, importar-se sobremaneira com sua aparência física. Enquanto isso, na seção masculina, o universo explorado é o dos super-heróis infalíveis e da incansável associação da violência e resolução violenta de conflitos com uma concepção bastante estreita de masculinidade. Meninos aprendem também, desde cedo, que as meninas devem ser extremamente sensuais e seu lugar na sociedade é o de primordialmente se ocupar de cuidar da casa e dos filhos. Assimilam também que as mulheres devem ceder e atender aos desejos masculinos. Sem espaço para ser outra coisa, meninos e meninas vão sendo moldados nesses rígidos padrões de gênero.

Mas quando a publicidade é para adultos, também não há grande revolução. As mulheres seguem estrelando os comerciais de produtos de limpeza e para o cuidado geral da casa e dos filhos. Também são mostradas como hiperconsumistas, fúteis e excessivamente interessadas em bens materiais, mais do que em relações pessoais. São apresentadas sempre como detentoras de uma beleza impecável e extremamente erotizadas, muitas vezes em posições de vulnerabilidade ou identificadas por partes de seus corpos. Assim, as mulheres são constantemente objetificadas na publicidade. Obviamente que existem exceções, mas essa parece ser uma tônica constante da publicidade brasileira.

Embora o Código de Defesa do Consumidor contenha uma previsão relacionada a publicidade que permita a repressão a esse tipo de publicidade – sexista¹⁵ –, na prática, a punição por parte de órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Procons, ministérios públicos, defensorias públicas) é pouco frequente. Quando eventualmente há a mobilização destes órgãos, os processos, ao desembocarem no Poder Judiciário, encontram pouca acolhida. Como exemplo, pode-se citar o caso “Skol Musa do Verão”¹⁶.

Resumidamente, a publicidade equipara a cerveja Skol à “musa do verão” e mostra a produção de “musas do verão” seguindo o mesmo padrão de uma linha de produção de cervejas. Mostra também as “musas” produzidas sendo entregues a clientes. Em uma das entregas, o cliente questiona porque a sua “musa” teria vindo com “defeito” ao apresentar um bigode. As “musas” produzidas em série são “clonagens” de uma mesma modelo, que usa apenas um biquíni e uma faixa de miss, na cor amarela e fazendo alusão à cor que identifica a marca. A partir de denúncia dos movimentos feministas, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face de AmBev – Companhia de Bebidas da América, detentora da marca Skol¹⁷. Ao analisar o mérito, embora o desembargador reconheça que “o poder do discurso e da imagem é capaz de causar repercussão social e impulsionar comportamentos”, a ação é julgada improcedente no mérito. Manifesta-se o desembargador:

O humor envolvendo as predileções, as qualidades, os defeitos e os conflitos de mulheres e homens constitui (*sic*) uma realidade social e, no mais das vezes, mostra caráter inofensivo, podendo até refletir de forma engraçada a conhecida “guerra (*sic*) dos sexos”, o que pode ser aproveitado pela mídia, pelas novelas, filmes e agências de publicidade, desde que não ocorram (*sic*) exageros ou abusos. Inclusive diversas outras propagandas fizeram inserções jocosas em relação a supostos defeitos e características dos homens e às desavenças existentes entre eles e as mulheres, naturais de todo e qualquer relacionamento humano. [...]

Esa (*sic*) opção de mercado não permite que se faça uma interpretação moralista ou radical de tais situações, porque a

própria conquista da igualdade dos sexos também deve trazer o discernimento, o amadurecimento e a tolerância adequada para que se encarem e se discutam os mais emblemáticos temas e manifestações envolvendo os gêneros, respeitados os valores da seriedade e da decência. [...]

Um outro aspecto social que deve ser ressaltado (*sic*) é o de que o consumo de cerveja no Brasil sempre foi associado (*sic*) ao verão e, evidentemente, não poderiam faltar praias, piscinas e pessoas (*sic*) exibindo, com pouca roupa, o corpo. A esse (*sic*) acrescenta-se como ingrediente indispensável um roteiro de diversão, flertes, festas, vaidade, humor, alegria, apresentando-se, justamente nesse (*sic*) contexto, a brincadeira sobre o desejo masculino de uma musa do verão em linha de produção. [...]

Observe-se, ademais, que a “clonagem” e a “entrega em domicílio” mostradas no filme, embora possam (*sic*) transmitir (*sic*) a ideia de “mercantilização” (*sic*), não implicam a “coisificação” (*sic*) da mulher de um modo geral, pois estão restritas à figura de uma musa de um verão específico (206). [...]

A verdade é que, a peça publicitária, em que pese possa ter aspecto grosseiro (*sic*), não anima inferiorizar a mulher ou lesar seus anseios e posições sociais.

A intenção do comercial, ao contrário do caráter ofensivo que se pretendeu impor, é a de promover criatividade ou brincadeira que associa a beleza, o clima quente e as vestes reduzidas, o bom humor, a alegria e o verão ao consumo de cerveja, o que é natural (mesmo que possa ser criticável (*sic*) ou equivocado) em um país tropical. As propagandas de cervejas são das mais comentadas e conhecidas pela originalidade, ainda que, por vezes, possam ser consideradas jocosas. Nessas (*sic*) circunstâncias e considerando o que foi mostrado no filme em comento, o objetivo não é de “coisificar” (*sic*) mulher nenhuma, mas sim, causar impacto com humor, criar uma ficção para que os consumidores dêem risada, façam comentários, enfim, lembrem da marca e do produto divulgado. Ausente, pois, ofensa ao art. 37, § 2º, do CDC.¹⁸

O cerne da argumentação do magistrado, como se nota, é que a peça publicitária não configuraria ofensa ao artigo 37, § 2º, do Código

de Defesa do Consumidor por não haver nenhuma intencionalidade na publicidade em ofender as mulheres ou mesmo de desqualificá-las. Para além da já conhecida resistência do Poder Judiciário a temas ligados à publicidade, em especial quando discutida a abusividade – tema mais etéreo que a enganosidade – é alarmante a naturalização acrítica defendida pelo magistrado da condição da mulher na sociedade brasileira e seu reflexo na publicidade, negando que ela possa perpetuar a objetificação da mulher. Nesse sentido, a ideia de clonar mulheres e produzi-las em uma linha de produção não passaria de uma

A igualdade
preconizada por
quase todos os
Estados, inclusive
o Brasil, ainda
não é plenamente
realizada

mera brincadeira, refletindo “de forma engraçada a conhecida ‘guerra dos sexos’”, nas palavras do magistrado.

O Relatório Anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, ao tratar das recomendações dos painéis de estereótipos de gênero e os direitos das mulheres no contexto do desenvolvimento sustentável, publicado em setembro de 2014, mostra esse problema dos estereótipos reproduzidos pelo judiciário, os quais obstam a consecução da justiça para as mulheres. A justiça é impedida pelo comprometimento da própria imparcialidade. A igualdade preconizada por quase todos os Estados, inclusive o Brasil, ainda não é plenamente realizada. Uma das dificuldades de sua efetivação é atribuída, no relatório, à falta de comprometimento dos tomadores de decisão, mas outro obstáculo são justamente os profundos estereótipos que associam as mulheres a determinados atributos, características ou lugar na família e na sociedade. Esses estereótipos são difíceis de perceber, muitas vezes agindo no próprio subconsciente¹⁹.

No entanto, essa publicidade não é um fenômeno isolado. Bem ao contrário, esse tipo de imagem da mulher é repetido à exaustão. E a sociedade é com elas bombardeada. Esse arcabouço midiático, ao permear nossas relações sociais difundindo mensagens como estas constituem um cenário de violência simbólica. Embora esse tipo de violência não tenha uma relação imediata com a violência real contra a mulher, contribui para que esta aconteça.

2.2 Mulheres e a agenda de sustentabilidade (ECO 92 e Rio+20)

Expostas algumas tensões relacionadas à mulher tanto na condição de consumidora quanto na forma como é retratada pela mídia, inclusive como objeto de consumo, estenderemos nossa análise à questão da sustentabilidade. Nesse sentido, será apresentado o protagonismo das mulheres no âmbito internacional e as críticas direcionadas ao discurso da sustentabilidade que perpetua o padrão machista de exploração ambiental e social.

Contudo, no movimento de crítica e superação da insustentabilidade, por vezes as mulheres são retratadas de forma essencialista, em virtude de sua própria “natureza” e capacidade reprodutiva, que as deixa então mais próximas da natureza. Dessa forma, às mulheres seria atribuído também o papel de cuidadoras, no sentido de remediar os danos causados. Essa é justamente uma das tensões entre feminismo e ecofeminismos essencialistas, sendo inclusive um dos motivos de resistência das feministas a incorporar a perspectiva ambiental em sua agenda. Tendo em vista os problemas oriundos da dicotomia público/privado e dos dualismos de valor segundo os quais as mulheres são associadas à natureza e ao corpo, enquanto os homens são associados à cultura e à mente, essa visão essencialista e cuidadora das mulheres pode justamente reforçar essas visões e manter a opressão das mulheres.

Entretanto, embora existam discursos ecofeministas com tais características, assim como não existe um único feminismo, existem também diversas posições ecofeministas, nem todas compatíveis entre si²⁰. Victoria Davion problematiza essa questão e afirma que é necessário ter cautela ao afirmar que quem sofre a opressão também é a fonte de cura para os problemas. Para a autora, a glorificação da opressão também é perigosa, na medida em que não compreende sua complexidade destrutiva²¹.

Para Davion, são essas posições que geram críticas ao ecofeminismo e ao alegado essencialismo. A crítica diz respeito ao fato de as ecofeministas se referirem à “mulher” e à “natureza” como se ambas fossem categorias metafísicas com qualidades essenciais, ou seja, como se todas as mulheres, de diferentes raças,

classes e identidades culturais, compartilhassem alguns atributos essenciais. [...]

Davion conclui que embora algumas ecofeministas sejam, de fato, essencialistas, essa não é uma característica necessária da análise ecofeminista. Ao contrário, afirmar que são é cometer essencialismo ou falsas generalizações.²²

Afastada a concepção essencialista da mulher, Noël Sturgeon explica que o ambiente natural (*environment*) passa a conectar as críticas que as ecofeministas direcionam ao militarismo, sexismo, capitalismo e neocolonialismo. Nesse sentido político, a presença das mulheres é uma posição estratégica num contexto internacional de ambientalismo globalizado. “*Positioning women as environmental activists is one moment in a dialectical process of negotiation between dominant interests in development policies and feminist efforts to insert women’s concerns into an international arena.*”²³

Em 1992 ocorreu, no Rio de Janeiro, a I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como Eco-92. Oriunda dessa conferência, a Agenda 21 apresentou propostas de trabalho para o século que logo se iniciaria, com enfoque no desenvolvimento sustentável pautado em três dimensões: ambiental, social e econômico.

No âmbito das Nações Unidas, o conceito de desenvolvimento sustentável foi estabelecido anteriormente, em 1987, no Relatório da Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento, conhecido como Relatório Brundtland. O documento define que o desenvolvimento sustentável significa observar as necessidades da presente geração, sem comprometer a capacidade das gerações futuras garantirem suas próprias necessidades²⁴.

Reconhecendo a importância do papel da mulher na consecução desse objetivo, o capítulo 24 da Agenda 21 trata da “Ação mundial pela mulher, com vistas a um desenvolvimento sustentável e equitativo”. Nele, enfatiza-se a participação da mulher no manejo dos ecossistemas e no controle da degradação ambiental, seja no âmbito nacional ou internacional. Nesse sentido, são lembrados os tratados internacionais que, no âmbito das Nações Unidas, dispõem sobre os direitos das

mulheres, no intuito de erradicar a discriminação contra elas e lhes garantir o acesso aos recursos de terras, educação e emprego.

Assim como nos demais capítulos, são estabelecidos objetivos e atividades a fim de promover a base de ação estabelecida para sua consecução. No que tange ao consumo, destacam-se duas atividades:

(h) Programas para desenvolver a consciência dos consumidores e a participação ativa da mulher, enfatizando seu papel decisivo na realização das mudanças necessárias para reduzir ou eliminar padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados, a fim de estimular o investimento em atividades produtivas ambientalmente saudáveis e induzir a um desenvolvimento industrial benévolo do ponto de vista ambiental e o social;

(i) Programas para eliminar imagens, estereótipos, atitudes e preconceitos negativos persistentes contra a mulher mediante mudanças nos padrões de socialização, nos meios de comunicação, na propaganda e no ensino formal ou informal;²⁵

Percebe-se que houve o reconhecimento da discriminação sofrida pelas mulheres e a necessidade de sua superação, tanto em sua condição de mulher quanto de consumidora. Às mulheres é atribuído o papel de, juntamente com os homens, também consumidores, estabelecer novos padrões que fossem sustentáveis. Denota-se, portanto, que a questão ambiental não pode ser dissociada da social. Logo, a noção de desenvolvimento sustentável atenta para o fato de que o desenvolvimento será equitativo somente quando observar a questão ambiental, social e econômica.

A própria Agenda 21 reconhece que as mulheres estão mais sujeitas aos riscos ambientais, razão pela qual os países devem tomar medidas urgentes para que elas, além de outros grupos que se encontram na mesma condição de vulnerabilidade, como as crianças, sejam protegidas das consequências da degradação ambiental.

(a) Áreas que exigem ação urgente

24.6. Os países devem tomar medidas urgentes para evitar a degradação rápida do meio ambiente e da economia em

andamento nos países em desenvolvimento, a qual afeta, em geral, a vida da mulher e da criança nas zonas rurais sujeitas a secas, desertificação e desmatamento, hostilidades armadas, desastres naturais, resíduos tóxicos e às consequências do uso de produtos agroquímicos inadequados.

24.7. A fim de alcançar essas metas, a mulher deve participar plenamente da tomada de decisões e da implementação das atividades de desenvolvimento sustentável.²⁶

Consequentemente, essas áreas demandaram que fosse estabelecida a necessidade de pesquisa, coleta de dados e difusão da informação quanto ao “impacto sobre a mulher da degradação ambiental, em particular de secas, desertificação, produtos químicos tóxicos e hostilidades armadas;” e “análise das relações estruturais entre relações de gênero, meio ambiente e desenvolvimento”. Nas recentes recomendações, a ONU continua insistindo na promoção do desenvolvimento sustentável baseado nos direitos humanos e na igualdade de gênero, inclusive por meio do reconhecimento das múltiplas formas de discriminação. O relatório afirma que não poderá haver desenvolvimento sustentável sem a igualdade de gênero e a participação efetiva de meninas e mulheres, valorizando seu potencial e suas contribuições, remuneradas ou não, à família, à sociedade e à economia²⁷.

Karen J. Warren afirma que há dados empíricos que demonstram uma conexão entre a opressão das mulheres e a destruição ambiental. São elas, ao lado de outros grupos em situação de vulnerabilidade, que sofrem mais com os problemas ambientais, como as consequências da radiação, do uso de pesticidas e demais poluentes, secas, inundações etc.²⁸ Disso não decorre que a opressão em face do gênero seja mais significativa que outras formas de opressão. Contudo, esse enfoque dado às mulheres demonstra que os sistemas de dominação estão interconectados, eis que os papéis de gênero femininos se justapõem com a questão ambiental, o que não ocorre com os papéis masculinos²⁹. Nesse sentido, os grupos que são mais vulneráveis socialmente serão mais severamente afetados por problemas ambientais.

A própria noção de desenvolvimento é questionada pela autora. Warren, filiada à vertente teórica proposta por Vandana Shiva, afirma

que a conexão socioeconômica se expressa da mesma forma que a empírica. O desenvolvimento ocidental é destituído do feminino, na medida em que vê todo trabalho que não gera lucro e capital como improdutivo³⁰. Essa mesma crítica é feita por Christa Wichterich, ao afirmar que as feministas ecologistas e economistas criticam a desvalorização do trabalho usualmente associado às mulheres, como o cuidado, a economia familiar e de subsistência, considerados improdutivos pela lógica liberal, portanto fora do mercado e sem valor econômico. Essa visão predominante acarreta a manutenção dos estereótipos de gênero e das desigualdades sociais³¹. Isso não significa dizer que os homens não possam sofrer com a degradação ambiental. No entanto, as mulheres, os negros, crianças e pobres sofrem esses danos ambientais desproporcionalmente³².

Contudo, passados 20 anos da realização da Eco-92, pouco se avançou no combate à discriminação contra a mulher e, do ponto de vista ambiental, a degradação aumentou exponencialmente, associada também ao aumento do consumo insustentável. Assim, a Assembleia Geral da ONU se reuniu novamente no Rio de Janeiro, para a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20. A declaração final da Conferência, chamada de “O futuro que queremos”, reitera o compromisso firmado em 1992 pelos Estados-parte, renovando o comprometimento com o desenvolvimento sustentável. Uma das novidades da Rio+20 foi incorporar ao documento final os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM – 2015), que incluem a redução da pobreza, a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres, e a garantia da sustentabilidade ambiental. A opção por essa linguagem de “objetivos” e não de “direitos” foi extremamente criticada. Segundo muitos ativistas, depois de um período de afirmação de direitos, a ONU passou a adotar uma nova terminologia, focada em “objetivos” e não mais em direitos, o que configuraria um processo de enfraquecimento desses direitos. Seria preciso reafirmar a lógica de direitos e não de meros objetivos, pois os direitos são permanentes e os objetivos são meras metas a serem alcançadas, temporárias e que não refletem a complexidade dos direitos em si.

Outra inclusão feita pela Rio+20 foi a “economia verde”, não conceituada claramente na declaração. Estipula-se a necessidade de

promover a harmonia com a natureza, propondo a adoção de abordagens holísticas e integradas entre humanidade e natureza, a fim de manter a saúde e integridade do planeta. Entretanto, o conteúdo material da economia verde não é explicitado. Invoca-se também a participação pública e inclusiva, reconhecendo a vulnerabilidade de certos grupos e sua participação para a promoção do desenvolvimento sustentável. Mulheres, crianças e jovens, povos indígenas, organizações não governamentais, autoridades locais, trabalhadores e sindicatos, agricultores, dentre outros grupos e indivíduos, são chamados à participação ativa. Especialmente em relação às mulheres, dispõe a declaração:

45. Ressaltamos que as mulheres têm um papel vital a desempenhar no desenvolvimento sustentável. Reconhecemos o papel de liderança das mulheres e resolvemos promover a igualdade de gênero e empoderamento das mulheres e garantir a sua participação plena e efetiva nas políticas, programas e tomadas de decisão em todos os níveis envolvendo o desenvolvimento sustentável.³³

Contudo, embora não esteja conceituado, vislumbra-se uma conotação liberal da proposta, ao afirmar que o “a participação ativa do setor privado [...] pode contribuir para a realização do desenvolvimento sustentável” e ao eleger o mercado-verde como principal diretriz. Entretanto, a política neoliberal adotada (ou mantida) pela Conferência das Nações Unidas possui limites em relação a uma ética genuinamente ambiental. O ambientalismo de mercado verde não implica uma intervenção direta na produção econômica, sendo suficiente a criação de novos parâmetros para que indivíduos e empresas tomem suas decisões econômicas. “[N]ão se trata de estabelecer o que cada um de nós deve fazer, mas de conceber um sistema de regras que dê uma orientação precisa dos rumos que nossas ações devem tomar”³⁴, de modo a afastar a subjetividade individual e recorrer à modificações objetivas e em termos econômicos.

O mercado-verde, então, centraliza sua proposta no ajuste do mercado, ou seja, os sujeitos são livres para agir e regulam suas ações movidos somente pelos seus motivos pessoais, mesmo quando forem decorrentes da degradação ambiental³⁵. De acordo com Leon Fahri

Neto, o ambientalismo liberal pode ser considerado tão somente expressão de uma ética de “gestão” ambiental. Esse ponto fica claro antes mesmo da Rio+20, quando a Agenda 21 ressalta a participação das mulheres no manejo dos ecossistemas, como foi mencionado.

O neoliberalismo ambientalista não pressupõe qualquer regulação ética do comportamento individual. Aparentemente, o novo capitalismo dispensa qualquer forma de ascetismo, limitador da despesa, do consumo ou do individualismo. Ao contrário, ele os fomenta.³⁶

Wichterich afirma que a lógica liberal trabalha com a noção de crescimento verde e com a economização da natureza, segundo os quais o crescimento permanece como objetivo global, mas revestido de um “esverdeamento” (*greening*) promovido pela indústria, nomeadamente o setor privado. Há, portanto, a manutenção da mesma matriz capitalista, passada pelo esverdeamento no qual se revestem as parcerias público-privadas. A economização, por sua vez, trata da internalização dos cálculos econômicos dos custos ambientais, antes externalizados. Entretanto, essa visão mercantilista da natureza implica cada vez mais sua privatização³⁷.

Consequentemente, essa concepção se distancia de uma perspectiva de afirmação dos direitos humanos coerente com a justiça social. Na medida em que a economia verde mantém a concepção liberal e não reconhece a esfera privada, nela incluída o cuidado e a economia doméstica, o que decorre é a exclusão de grupos já marginalizados, ao invés de sua inclusão. A chamada desses grupos a cooperar com o desenvolvimento, na verdade, os instrumentaliza. Mesmo que a economia verde tenha um discurso inclusivo, ela mantém as mesmas restrições da economia marrom³⁸.

Embora a inclusão das mulheres no mercado sustente seu “empoderamento econômico”, da perspectiva econômica-política-feminista isso está essencialmente direcionado ao ajuste das mulheres às normas de mercado masculinas do *homo oeconomicus* e é instrumental para a flexibilização dos mercados de trabalho num sistema ecológica e socialmente insustentável.³⁹

Ao utilizar o termo “acesso universal”, a própria linguagem do documento final da Rio+20 denota um retrocesso em relação à garantia dos direitos humanos. Ao eleger o acesso, e não o direito, como universal, abre-se margem para a privatização e mercantilização de bens, privilegiando a economia em detrimento das esferas social, cultural e ambiental. Por conseguinte, sabe-se que os grupos mais vulneráveis, em especial do sul global, são os que mais sofrem com esse retrocesso⁴⁰.

Diante desse limite, economistas políticas feministas propõem uma mudança de paradigma, segundo a qual o crescimento inclusivo e pró-pobre deve ser conceituado de baixo para cima (dimensão microeconômica) e com enfoque nas políticas macroeconômicas de “redistribuição, proteção dos bens naturais e outros bens comuns, e uma estreita regulamentação dos mercados financeiros, do investimento direto estrangeiro e das políticas comerciais”⁴¹.

Dessa forma, o cuidado deve ser politicamente considerando, mas numa acepção que não incorra no reforço dos estereótipos de gênero, isto é, que não reforce o papel de gênero essencialista atribuído à mulher como cuidadora e instrumentalizado pelas políticas neoliberais. O cuidado deve ser político e distribuído de forma justa na sociedade⁴². Nesse mesmo sentido propõe Warren em sua concepção de ética sensível ao cuidado, revisada por Rosendo:

[O] cuidado ao qual Warren se refere na ética sensível ao cuidado, pode ser visto em uma acepção política, de cuidado com a “saúde” das instituições, que, “adoecidas”, oprimem. O cuidado, nesse sentido, desnaturaliza a opressão e sai da esfera do cuidado somente de si, para o cuidado do outro e das instituições, isto é, o cuidado político com as práticas institucionalizadas.⁴³

Diante da constatação do individualismo inerente à proposta do mercado-verde, depara-se com o impasse de como ele pode ser compatível com o reconhecimento dos grupos em situação de vulnerabilidade citados pela própria declaração: comunidades rurais, pequenos produtores, mulheres, povos indígenas.

Atentas a esses limites, as mulheres participaram ativamente desse momento histórico no qual as Nações Unidas debatiam os caminhos

do desenvolvimento sustentável, participando tanto da Conferência Oficial quanto do encontro organizado pela sociedade civil organizada, a Cúpula dos Povos na Rio+20 por Justiça Social e Ambiental. Na cúpula, a denúncia foi clara ao atribuir a crise global e as injustiças socioambientais ao sistema capitalista patriarcal, racista e homofóbico, criticando as “falsas soluções propostas no âmbito das Nações Unidas para enfrentar a crise climática e ambiental, inclusive da economia verde”⁴⁴. As propostas para superação da crise são feitas pelos próprios responsáveis por ela.

Erika Massara chama a atenção para o fato de que a preservação ambiental está, de fato, nas mãos dos povos tradicionais, camponeses, indígenas e mulheres, justamente os grupos que mais sofrem com a devastação ambiental. Assim, em contraposição ao posicionamento liberal da erradicação da pobreza por meio do crescimento econômico, perpetuado pelas Nações Unidas, os movimentos sociais propuseram, na ocasião da Rio+20 e da Cúpula dos Povos, a redistribuição da riqueza e o fortalecimento das economias locais e cadeias curtas de produção, distribuição e consumo, com vistas à garantia do baixo impacto ambiental e da soberania alimentar. De forma concreta, propõe-se “formas cooperativas de organização da produção, as redes de economia solidária, as redes integradas de produção e consumo consciente, a agricultura em base agroecológica e o controle popular e democrático das cadeias produtivas”⁴⁵.

Nesse sentido, as mulheres estiveram presentes na Cúpula dos Povos e, no “Território Global das Mulheres”, chamaram a atenção para as consequências que sofrem desproporcionalmente em razão do capitalismo, do patriarcado e do racismo que as oprime. Assim, sua atuação se deu tanto na construção de propostas para um desenvolvimento mais justo e harmônico, quanto na crítica ao retrocesso do texto final da Rio+20. Ao retirar o termo “direitos reprodutivos” e substituí-lo por “saúde reprodutiva”, pela pressão do Vaticano e de alguns Estados católicos e muçulmanos, a autonomia da mulher para decidir sobre sua vida reprodutiva foi substituída pelo direito de acesso a métodos de planejamento familiar⁴⁶.

Entretanto, embora as feministas reconheçam e denunciem os sistemas imbricados de opressão, elas ainda não se referem ao especismo.

O termo, cunhado na década de 1970 por Richard D. Ryder, designa a discriminação contra animais não humanos⁴⁷. Semelhante a racismo ou sexismo, especismo é o nome dado ao ato de discriminar outros que não possuem as mesmas características daquele que discrimina, nesse caso os de outra espécie. Algumas correntes ecofeministas visam justamente mostrar essa relação entre as diferentes formas de discriminação e defendem que para superá-las é necessário reconhecer que esses sistemas estão imbricados.

Nesse sentido, a ética se depara a um trilema moral: cada vida (vegetal, animal ou humana) é valorada de uma forma diferente⁴⁸. Disso decorre, portanto, a falta de consideração moral da vida não humana e, muitas vezes, a defesa do meio ambiente apenas por meio de um viés antropocêntrico, preocupado somente com as consequências da devastação ambiental para os humanos. Segundo Felipe, a configuração biológica e a aparência exterior do ser vivo não deve ser relevante para sua valoração. “O corpo não é a causa da vida. Ele é a configuração específica na qual a vida mesma se expressa.”⁴⁹

Nesse sentido, para que uma ética se constitua como genuinamente ambiental, é necessário eleger o critério da vulnerabilidade (Regan e Taylor). Não é meramente a vida que inclui os sujeitos no âmbito da moralidade, mas sim a vulnerabilidade segundo a qual os pacientes morais podem sofrer as consequências e serem prejudicados pelos agentes morais, ou seja, o sujeito moral racional. Esse critério permite que humanos, não humanos e ecossistemas possam ter seus interesses preservados⁵⁰. Contudo, a consideração moral de não humanos não implica necessariamente no seu reconhecimento como sujeitos de direitos, ou seja, é possível trabalhar com a esfera da eticidade sem necessariamente entrar na categoria de direitos. Nesse sentido, entende-se que a ampliação do círculo de moralidade reconhece que animais podem ser pacientes morais quando sofrem com as ações dos humanos, isto é, dos agentes morais.

A discussão sobre a consideração moral de diferentes formas de vida⁵¹, que se expressa tradicionalmente nas éticas ambiental e animal, não pode ficar alheia aos debates sobre as mulheres e o consumo, por tudo já exposto até aqui. É relevante que as discussões envolvendo o papel das mulheres na sociedade de consumo esteja também atendida

com outras discussões, como as ambientais – aqui incluída a ideia de ampliação da noção de eticidade – e as feministas. Neste último campo, é preciso considerar de forma integrada as múltiplas formas de opressão que podem ser conjugadas e repetidas, com vistas a romper com esses sistemas. Nesse viés, por exemplo, é uma discussão feita também no âmbito dos direitos das mulheres: mulheres brancas, embora possam ser subjugadas pelo sistema patriarcal, podem ter privilégios em relação às mulheres negras, ou mulheres cisgênero terem privilégio em relação a mulheres transgênero. Isso demonstra que privilégio e opressão são afetados por diversos fatores: gênero, etnia, classe, orientação sexual, idade etc.

3. Considerações finais

Embora breve, este artigo buscou colocar em perspectiva algumas problemáticas relacionadas a mulheres e sociedade de consumo. Como se observou, as tensões não são poucas, e se apresentam não apenas como problemáticas pontuais ou laterais, mas como questões estruturais, que se relacionam com a própria estrutura do capitalismo e da sociedade de consumo, a qual é permeada e organizada a partir de valores sexistas. As tensões que se colocam também reforçam e mostram movimentos que contrariam essas estruturas, por vezes reforçando-as.

O dualismo/binarismo sexual pode ser considerado uma das principais matrizes dessa forma de organização que apresenta em antagonismo os campos de: natureza/emoção/reprodução e cultura/razão/produção. Nesse contexto, a forma pela qual as relações de produção e consumo estão atualmente configuradas reproduzem estes estereótipos e reificam essas relações dualizadas. Nota-se que, por vezes, mesmo os movimentos que buscam contestar ou implodir esses modelos, os repetem como, por exemplo, quando parcela do movimento ambientalista enxerga nas mulheres uma solução para a condução das questões ambientais em razão de sua maior propensão “natural” ao cuidado, relegando-a novamente à esfera de tudo que é privado. Ao contrário, o que se mostra é que as mulheres têm um papel importante e precisam ser ouvidas justamente por saberem o que é estar do lado oprimido desses dualismos.

Por outro lado, no movimento consumerista, as questões de gênero, mais alinhadas com proposições feministas e que, portanto, questionam os estereótipos de masculinidade e feminilidade vendidos como mercadoria, são pouco ou nada incorporadas. Assim, paradoxalmente, embora as mulheres sejam centrais para a movimentação do próprio mercado, na medida em que são as grandes responsáveis pelas decisões de compra, são elas também alvo de mensagens publicitárias que reforçam e cristalizam estereótipos de gênero muito restritos, conformando noções de feminilidade e de masculinidade estreitas e sufocantes. Embora sejam abundantes e constantes essas formas de

A questão da publicidade abusiva é abordada com receio pelos órgãos do sistema e julgada de forma bastante conservadora pelo Poder Judiciário

representação de mulheres nos anúncios publicitários, esse assunto ainda é muito pouco debatido no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. As denúncias via provocação de movimentos de mulheres se dirigem notadamente aos órgãos do Ministério Público, instituição identificada como “protetora da sociedade”. Nesse sentido, o relatório mencionado sobre estereótipos de gênero e os direitos das mulheres no contexto do desenvolvimento sustentável afirma que desafiar os

estereótipos de gênero é o primeiro passo no combate à discriminação contra as mulheres e a promoção da igualdade. A educação, portanto, passa a ser um pilar fundamental para sua consecução.

A questão da publicidade abusiva, por se referir a valores e portanto comportar um aspecto mais subjetivo, é abordada com receio pelos órgãos do sistema e julgada de forma bastante conservadora pelo Poder Judiciário. Se por um lado os órgãos do SNDC encontram-se sobrecarregados com as demandas mais cotidianas dos consumidores, por outro há ainda certa resistência a adentrar no terreno da publicidade abusiva, especialmente considerando o custo para lidar com essas demandas – que invariavelmente terminam no Poder Judiciário com grandes chances de serem julgadas improcedentes, dada a resistência das cortes em tratar do tema. Há um grande temor em lidar com tais assuntos. Se por um lado há uma

vertente jurídica que defende a publicidade como ato de liberdade de expressão comercial como direito fundamental das empresas, portanto impassível de qualquer restrição ou limitação, ainda que posterior à sua veiculação, no âmbito da reparação por danos morais coletivos; por outro há quem defenda que a publicidade é mera expressão da atividade comercial e como tal se limita pelos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, estes, sim, com *status* de direitos fundamentais (arts. 170, V, e 5º, XXXII, da Constituição Federal). A já mencionada recente resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas reconhece que a informação comercial – no caso, a publicidade –, goza de menor proteção do que outras manifestações da liberdade de expressão e que por isso mesmo está mais sujeita à restrições⁵².

Adicionalmente, o documento expressamente recomenda que os Estados regulem a publicidade comercial, buscando proteger grupos vulneráveis como mulheres, crianças e comunidades indígenas. A regulação seria a forma mais adequada para se assegurar a pluralidade, diversidade e a tolerância social, promovendo a diversificação dos estereótipos tão comumente apresentados pela publicidade. Contribuiria também para garantir a liberdade de pensamento e de expressão, bem como a liberdade de escolha⁵³.

Portanto, na esfera consumerista o agenciamento fica em torno dos movimentos de donas de casa, que buscam a efetividade dos direitos dos consumidores mas desvinculadas de uma perspectiva política feminista. Esse movimento deve ser reconhecido e valorizado, mas importante seria se pudesse também dialogar com as pautas do movimento feminista e incentivar debates que possam influenciar a mudança de paradigmas sexistas na sociedade de consumo.

Refletindo e simultaneamente acentuando as discriminações de gênero, são as mulheres as que mais sofrem com esse modelo: são as mais exploradas por relações de trabalho desumanizadas e as que mais são afetadas com as crises ambientais. Ou seja: as mesmas mulheres que contribuem para esse modelo de exploração são aquelas que mais sofrem com suas consequências, em um ciclo vicioso, que dificulta o agenciamento e o empoderamento em busca de melhores condições de vida e de trabalho.

Notas

- * Tamara Amoroso Gonçalves: Doutoranda em direito pela Universidade de Victoria (Canada). Advogada graduada pela PUC/SP e mestra em Direitos Humanos pela USP. Membro do CLADEM/Brasil, do Grupo de Estudos sobre aborto (GEA), do Conselho Consultivo da Doctors for Choice Brazil e pesquisadora associada do Instituto Simone de Beauvoir, Concordia University, Canadá.
- ** Daniela Rosendo: Doutoranda e Mestra em Filosofia, área de ética e filosofia política, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville. Professora na Faculdade Guilherme Guimbala (FGG). Membro do Comitê Latino Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM Brasil).
1. SANTOS, Djalma Eudes. Sobre as possibilidades de ação política na esfera do consumo. *Psicologia & Sociedade*, n. 26, 2014, p. 205.
 2. “O termo ‘consumerismo’, um anglicismo presente em vários idiomas e que tem sido difundido como sinônimo de movimentos ou associações de consumidores, na realidade comporta uma significação mais abrangente, englobando dimensões e categorias que traduzam alguma modalidade de ação coletiva dos cidadãos, como: consumo consciente; consumo sustentável; consumo ético; consumo responsável; organizações de consumidores; testes de produtos; e movimentos sociais de consumidores (Harrison, 2006). Esse significado amplo pode, portanto, ser sintetizado na afirmação de que, na relação de consumo, o resultado mais visível da ação consumerista ocorre quando, além de preço e qualidade dos produtos, critérios adicionais são somados a essa relação, influenciando a decisão de compra.
Hilton afirma que, se o ‘consumismo’ é o ‘ismo’ que venceu, o ‘consumerismo’, por sua vez, irrompe como uma importante ‘força mobilizadora incrustada no coração da história social e política do século vinte’ (Hilton, 2003, p. 54). Nesse sentido, o consumerismo se afirma como um modo de ação coletiva na medida em que, englobando preocupações com a justiça e a equidade na relação de consumo, estrutura-se a partir de modelos organizacionais típicos e evoca uma noção de consumidor diferente daquela concebida pelo mercado. A sua ação é tipificada por valores e critérios como saúde, segurança e proteção ao meio ambiente, mas, além disso, guarda o idealismo que marcou suas origens, qual seja, que somente com a ação dos consumidores é possível alcançar transformação e almejar equidade nas relações de consumo (Harrison, 2006; Hilton, 2003)”
SANTOS, Djalma Eudes. Sobre as possibilidades de ação política na esfera do consumo. *Psicologia & Sociedade*, n. 26, 2014, p. 204.
 3. PÓ, Marcus. *Defesa do consumidor no Brasil: contextualização histórica, legislação e mapa das instituições públicas e sociais atuantes no tema. Análisis y Propuestas*. Fundação Friedrich Ebert, 2008, p. 20.
 4. “No marco de pensamento feminista, os questionamentos melhor fundamentados às abordagens pós-modernas apontam para as incongruências presentes, no

terreno filosófico, entre essas abordagens e o projeto feminista, considerado, enquanto crítica e projeto de sociedade, como inexoravelmente ancorado na tradição da ‘modernidade’. Varikas sintetiza essas críticas mostrando que as noções e os pressupostos em torno dos quais se desenvolveu o feminismo referem-se implícita ou explicitamente a uma filosofia ‘moderna’ da história, centrada na ideia de emancipação como resultado de uma marcha progressiva do progresso ou da razão.

Nesse sentido, haveria uma incongruência entre os pressupostos nos quais se ancoram as formulações contemporâneas de gênero e aqueles que orientam o feminismo. Vale lembrar que esses últimos incluem a percepção da realidade como uma estrutura que a razão aperfeiçoada tem condições de descobrir através de uma pesquisa científica; a noção de um sujeito racional e unificado capaz de agir de maneira consciente e coerente para sua própria libertação; a conceitualização homogeneizante, até etnocêntrica, da categoria mulheres, na qual há uma tendência a minimizar ou apagar a diversidade; a visão de uma temporalidade linear e, finalmente, a pretensão a um ponto de vista crítico que englobe o conjunto das relações sociais injustas”. PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, Leila Mezan (org.). *A prática feminista e o conceito de gênero. Textos Didáticos*, n. 48, nov., 2002, p. 30.

5. SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: *Educação e Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, n. 2, jul./dez. 1995, p. 72.
6. Para uma discussão aprofundada sobre a consolidação dos direitos humanos das mulheres: GONÇALVES, Tamara A. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
7. Situação brilhantemente relatada na obra *No Logo*, de Naomi Klein.
8. “Em casa, cada vez mais elas contribuem e até assumem as contas. Muitas vezes controlam as finanças e são elas as responsáveis pelas decisões de compra. No Brasil, a renda média feminina na classe C aumentou 78% de 2002 a 2010, segundo pesquisa do Data Popular, encomendada pela Editora Abril, realizada entre março e julho de 2011. Além disso, entre 70% e 80% das decisões de consumo hoje no Brasil são tomadas por mulheres.” AKATU. “*No Brasil, elas escolhem*”. Disponível em: <<http://akatu.org.br/Temas/Consumo-Consciente/Posts/No-Brasil-elas-escolhem>> Acesso em: 17 out. 2014.
 “A mulher da chamada “nova classe C” é arrimo de família e decide as compras da casa. A renda média do que se define como classe C cresceu 62% entre 2002 e 2010. Entre as mulheres deste grupo, o aumento é significativamente maior – 78%. O resultado disso é que elas já respondem por 70% das decisões de compra, delas e da família. É o que revela a pesquisa da Editora Abril, realizada entre março e julho de 2011, pelo Data Popular.” AKATU. *Cresce o poder de escolha das mulheres da classe C*. Disponível em: <<http://akatu.org.br/Temas/Dinheiro-e-Credito/Posts/Cresce-o-poder-de-escolha-das-mulheres-da-classe-C>> Acesso em: 17 out. 2014.
9. NIELSEN. *Mulheres do amanhã: um estudo sobre as mulheres ao redor do mundo*. Nielsen, 2011.

10. “2. Commercial advertising and marketing practices encompass a diversity of tools and methods to sell and promote services or products. Adapting quickly to new technologies, these practices constantly evolve, using both overt and less overt messaging. Recognizing different forms of advertising and clearly distinguishing between commercial advertising and other content is increasingly difficult. The myriad commercial messages people receive on a daily basis is striking, as is the large variety of media used in a systematic and integrated way. 3. Commercial advertising and marketing practices have an increasing impact on the cultural and symbolic landscapes we inhabit and more widely on our cultural diversity. Always aiming to sell, this commercial messaging has the potential to deeply influence the philosophical beliefs of people and their aspirations, as well as cultural values and practices, from food consumption models to burial rituals, including tastes and beauty canons.” UNITED NATIONS. General Assembly. *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*. A/69/150. August 2014.
11. “According to this law of diminishing returns, the more advertising there is out there (and there always is more, because of this law), the more aggressively brands must market to stand out. And of course, no one is more keenly aware of advertising’s ubiquity than the advertisers themselves, who view commercial inundation as a clear and persuasive call for more – and more intrusive – advertising. With so much competition, the agencies argue, clients must spend more than ever to make their pitch screeches so loud it can be heard over all the others.” KLEIN, Naomi. *No Logo: Taking Aim at the Brand Bullies*. Toronto: Vintage Canada, 2000, p. 9.
12. “28. The power of advertising to influence individual choices demands a careful assessment of the means advertisers use, taking into consideration in particular the rights of people to privacy and to freedom of thought, opinion and expression, as enshrined in particular in articles 17 to 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as their rights to education and to participate in cultural life, as protected in particular in articles 13 and 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.
29. In the past, advertising was mainly informative. That changed in the 1920s and today much contemporary advertising focuses on the link between emotional responses and decision-making, benefiting from advances in behavioural sciences and playing on subconscious desires.” UNITED NATIONS. General Assembly. *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*. A/69/150. August 2014.
13. AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. *Para diretora executiva do Instituto Patrícia Galvão, pesquisa aponta que a publicidade representa a mulher de forma ultrapassada*. Disponível em: <<http://agenciapatriciagalvao.org.br/mulher-e-midia/pautas-midia/segundo-pesquisa-propaganda-representa-a-mulher-de-modo-ultrapassado/>> Acesso em: 17 out. 2014.
14. “48. Many products, behaviours and attitudes promoted by commercial advertising are harmful to people’s health and social relationships, as well as to the environment. Examples most frequently mentioned include tobacco smoking, which advertising

- associates with the positive values of freedom and independence; the stereotyping of women; and the promotion of food with a high content of fat, sugar or salt. These are not the only examples, and some argue that, overall, it is the omnipresent and aggressive promotion of lifestyles based on intense consumption that is detrimental to human societies and the environment.” UNITED NATIONS. General Assembly. Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. A/69/150. August 2014.*
15. Art. 37, § 2º “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”
 16. YOUTUBE. *Skol: A Musa do Verão*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DhCf5Ustu8k>> Acesso em 17 out. 2014.
 17. SÃO PAULO. *Apelação cível n. 90005-45.209.8.26.010*. Apelante: Ministério Público de São Paulo. Apelado: AMBEV. Relator Desembargador Enio Ziliani, julgado em 26 de abril de 2012.
 18. SÃO PAULO. *Apelação cível n. 90005-45.209.8.26.010*. Apelante: Ministério Público de São Paulo. Apelado: AMBEV. Relator Desembargador Enio Ziliani, julgado em 26 de abril de 2012.
 19. UNITED NATIONS. General Assembly. *Summary report on the recommendations of the panel discussion on gender stereotyping and on women’s human rights in the context of sustainable development agenda*. A/HRC/27/73. 16 September 2014.
 20. WARREN, Karen. *Ecofeminist Philosophy: A Western Perspective on What It Is and Why It Matters*. Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 21.
 21. DAVION, Victoria. Ecofeminism. In: JAMIESON, Dale (ed.) *A Companion to Environmental Philosophy*. Blackwell, 2001, p. 240.
 22. ROSENDO, Daniela. *Sensível ao cuidado: Uma perspectiva ética ecofeminista*. Curitiba: Prismas, 2015, p. 146-147.
 23. STURGEON, Noël. Ecofeminist Appropriations and Transnational Environmentalisms. In: *Feminist Theory reader: Local and global perspectives*. New York, 2003, p. 123.
 24. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the World Commission on Environment and Development*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>> Acesso em: 14 out. 2014.
 25. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento: de acordo com a Resolução 44/228 da Assembleia Geral da ONU, de 22.12.89, estabelece uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas a meio ambiente e desenvolvimento: a Agenda 21*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995, p. 365.
 26. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*, p. 366.
 27. UNITED NATIONS. General Assembly. *Summary report on the recommendations of the panel discussion on gender stereotyping and on women’s human rights in the context of sustainable development agenda*. A/HRC/27/73. 16 September 2014.

28. WARREN, Karen. *Ecofeminist Philosophy: A Western Perspective on What It Is and Why It Matters*, p. 25.
29. WARREN, Karen. *Ecofeminist Philosophy*, p. 2.
30. Idem, p. 25.
31. WICHTERICH, Christa. Desafiando o crescimento verde e o empoderamento neoliberal: A ecologia política feminista encontra a economia política feminista. In: RODRIGUEZ, Graciela (coord.) *As mulheres na Rio+20: Diversas visões contribuindo ao debate*. Rio de Janeiro: Instituto Eqüit, 2013, p. 59.
32. WARREN, Karen. *Ecofeminist Philosophy*, p. 16.
33. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *O futuro que queremos*. Disponível em < <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>> Acesso em: 9 nov. 2014.
34. FAHRI NETO, Leon. Ambientalismo liberal considerado a partir de uma perspectiva ética. *Ethic@*. v. 5, n. 3, jul. 2006, p. 157.
35. Idem.
36. Idem, ibidem, p. 156.
37. WICHTERICH, Christa. *Desafiando o crescimento verde e o empoderamento neoliberal: a ecologia política feminista encontra a economia política feminista*, p. 61-62.
38. O termo é utilizado para se referir ao modelo econômico capitalista que se contrapõe à economia verde, que supostamente avançaria nas preocupações sociais e ambientais.
39. WICHTERICH, Christa. *Desafiando o crescimento verde e o empoderamento neoliberal: a ecologia política feminista encontra a economia política feminista*, p. 64.
40. MASINARA, Erika. A Cúpula dos Povos na Rio+20: A voz da sociedade civil global e das mulheres contra a demagogia da sustentabilidade. In: RODRIGUEZ, Graciela (coord.) *As mulheres na Rio+20: diversas visões contribuindo ao debate*. Rio de Janeiro: Instituto Eqüit, 2013, p. 30-31.
41. WICHTERICH, Christa. *Desafiando o crescimento verde e o empoderamento neoliberal: A ecologia política feminista encontra a economia política feminista*, p. 67.
42. Idem, ibidem, p. 68-69.
43. ROSENDO, Daniela. *Sensível ao cuidado: uma perspectiva ética ecofeminista*, p. 195.
44. MASINARA, Erika. *A Cúpula dos Povos na Rio+20: A voz da sociedade civil global e das mulheres contra a demagogia da sustentabilidade*, p. 29.
45. Idem, ibidem, p. 32.
46. Idem, ibidem, p. 33.
47. Cf. FELIPE, Sônia T. Especismo: conceito e história. *Labrys Estudos Feministas*. n. 24, jul.-dez. 2013. Disponível em: <<http://www.tanianavarrosvain.com.br/labrys/labrys24/antispecisme/sonia.htm>> Acesso em: 16 out. 2014.
48. FELIPE, Sônia T. Da considerabilidade moral dos seres vivos: a bioética ambiental de Kenneth E. Goodpaster. *Ethic@*. v. 5, n. 3, jul. 2006, p. 105.

49. Idem, *ibidem*, p. 106.
50. FELIPE, Sônia T. *Da considerabilidade moral dos seres vivos: a bioética ambiental* de Kenneth E. Goodpaster, p. 109.
51. Ao tratarmos do critério da vida, ressaltamos que não incorremos no posicionamento “pró-vida” em relação ao aborto. Entendemos que o aborto integra uma agenda de direitos sexuais e reprodutivos e deve ser uma escolha da mulher, enquanto sujeito autônomo. Por vezes, os posicionamentos em favor da vida não humana alega que o feto também é uma vida a ser preservada, mas entendemos que não podemos perder de vista a vida da mulher, da qual depende a vida em potencial do feto. Para ver os argumentos que mostram a coerência entre a defesa do aborto e dos animais, cf. ROSENDO, Daniela. GONÇALVES, Tamara A. *Aborto em perspectiva ecofeminista*. Geni, n. 26, out. 2015. Disponível em: < <http://revistageni.org/10/aborto-em-perspectiva-ecofeminista/>>
52. “Restrictions to freedom of expression should always be the least restrictive and be proportionate to achieving the purported aim. The Special Rapporteur stresses, however, that commercial advertising and marketing may be granted less protection than other forms of speech.” UNITED NATIONS. General Assembly. *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*. A/69/150. August 2014.
53. “(a) States adopt legislation on commercial advertising and marketing that regroups dispersed codes of ethics and clearly refers to the obligation to respect and protect human rights, in particular the right to freedom of thought, opinion and expression, the right to privacy and family life, the rights of women, children, minorities and indigenous peoples, the right to health, food, education and leisure, the right to take part in cultural life and the right to artistic freedom”. UNITED NATIONS. General Assembly. *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*. A/69/150. August 2014.

Referências

- AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. *Para diretora executiva do Instituto Patrícia Galvão, pesquisa aponta que a publicidade representa a mulher de forma ultrapassada*. Disponível em: <<http://agenciapatriciagalvao.org.br/mulher-e-midia/pautas-midia/segundo-pesquisa-propaganda-representa-a-mulher-de-modo-ultrapassado/>> Acesso em: 17 out. 2014.
- AKATU. *Cresce o poder de escolha das mulheres da classe C*. Disponível em: < <http://akatu.org.br/Temas/Dinheiro-e-Credito/Posts/Cresce-o-poder-de-escolha-das-mulheres-da-classe-C>> Acesso em: 17 out. 2014.
- _____. “No Brasil, elas escolhem”. Disponível em: <<http://akatu.org.br/Temas/Consumo-Consciente/Posts/No-Brasil-elas-escolhem>> Acesso em: 17 out. 2014.
- DAVION, Victoria. Ecofeminism. In: JAMIESON, Dale (ed.) *A Companion to Environmental Philosophy*. Blackwell, 2001, p. 233-247.
- FAHRI NETO, Leon. Ambientalismo liberal considerado a partir de uma perspectiva ética. *Ethic@*. v. 5, n. 3, jul. 2006. p. 153-164.

- FELIPE, Sônia T. *Da considerabilidade moral dos seres vivos: a bioética ambiental de Kenneth E. Goodpaster*. *Ethic@*. v. 5, n. 3, jul. 2006, p. 105-118.
- _____. *Especismo: conceito e história*. *Labrys Estudos Feministas*. n. 24, jul.-dez. 2013. Disponível em: <<http://www.tanianavarrosowain.com.br/labrys/labrys24/antispecismo/sonia.htm>> Acesso em: 16 out. 2014.
- GONÇALVES, Tamara. *Direitos humanos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KLEIN, Naomi. *No Logo: Taking Aim at the Brand Bullies*. Toronto: Vintage Canada, 2000.
- MASINARA, Erika. A Cúpula dos Povos na Rio+20: A voz da sociedade civil global e das mulheres contra a demagogia da sustentabilidade. In: RODRIGUEZ, Graciela (coord.). *As mulheres na Rio+20: diversas visões contribuindo ao debate*. Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2013. p. 25-36.
- NIELSEN. *Mulheres do amanhã: um estudo sobre as mulheres ao redor do mundo*. Nielsen, 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento: de acordo com a Resolução 44/228 da Assembleia Geral da ONU, de 22.12.89, estabelece uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas a meio ambiente e desenvolvimento: a Agenda 21*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995.
- _____. *O futuro que queremos*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>> Acesso em: 9 nov. 2014.
- _____. *Report of the World Commission on Environment and Development*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>> Acesso em: 14 out. 2014.
- PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, Leila Mezan (org.). *A prática feminista e o conceito de gênero*. *Textos Didáticos*, n. 48, nov., 2002.
- PÓ, Marcus. *Defesa do consumidor no Brasil: contextualização histórica, legislação e mapa das instituições públicas e sociais atuantes no tema*. Análisis y Propuestas. Fundação Friedrich Ebert, 2008.
- ROSENDO, Daniela. *Sensível ao cuidado: uma perspectiva ética ecofeminista*. Curitiba: Prismas, 2015.
- SANTOS, Djalma Eudes. Sobre as possibilidades de ação política na esfera do consumo. *Psicologia & Sociedade*, n. 26, 2014, 201-211.
- SÃO PAULO. *Apelação cível n. 90005-45.209.8.26.010*. Apelante: Ministério Público de São Paulo. Apelado: AmBev. Relator Desembargador Enio Ziliani, julgado em 26 de abril de 2012.
- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: *Educação e Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, n. 2, jul./dez. 1995, p. 71-99.
- STURGEON, Noël. *Ecofeminist Appropriations and Transnational Environmentalisms*. In: *Feminist Theory reader: Local and global perspectives*. New York, 2003.
- UNITED NATIONS. General Assembly. *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*. A/69/150. August 2014.

- _____. General Assembly. *Summary report on the recommendations of the panel discussion on gender stereotyping and on women's human rights in the context of sustainable development agenda*. A/HRC/27/73. 16 September 2014.
- WARREN, Karen. *Ecofeminist Philosophy: A Western Perspective on What It Is and Why It Matters*. Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
- WICHTERICH, Christa. Desafiando o crescimento verde e o empoderamento neoliberal: A ecologia política feminista encontra a economia política feminista. In: RODRIGUEZ, Graciela (coord.). *As mulheres na Rio+20: diversas visões contribuindo ao debate*. Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2013. p. 57-71.
- YOUTUBE. *Skol: A musa do verão*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DhCf5Ustu8k>> Acesso em 17 out. 2014.

EDUCAÇÃO DO CONSUMIDOR: PARENTE POBRE DAS PRETENSAS POLÍTICAS DE CONSUMIDORES NO PLANO GLOBAL

MÁRIO FROTA*

Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação
Internacional de Direito do Consumo
Fundador e presidente da apDC – associação portuguesa de
Direito do Consumo

EXCERTOS

“Deverá ser dada às crianças em idade escolar uma formação em matéria de consumo que lhes permita atuar como consumidores informados durante a sua vida”

“A formação do consumidor constitui uma prioridade. O conceito, de per si, recobre um campo de ação particularmente extenso: a etiquetagem alimentar, as cláusulas abusivas, o acesso à justiça, a segurança doméstica são, pois, entre vários, conteúdos de base dos programas escolares”

“A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”

“A responsabilidade no domínio da informação e educação do consumidor incumbe, de harmonia com o princípio da subsidiariedade, em grande medida, às autoridades nacionais, regionais e locais”

[Elementos recolhidos da nossa obra intitulada
DIREITO EUROPEU DO CONSUMO, Juruá, 2007]

I PROLEGÓMENOS

1. A educação para o consumo nos instrumentos europeus

A educação para o consumo surge, no espectro europeu, na CARTA EUROPEIA DE PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR, editada pelo Conselho da Europa (Assembleia Consultiva) a 17 de Maio de 1973:

Nela se consigna de modo singelo:

“[...]

D. O direito do consumidor à educação

(i) Deverá ser dada às crianças em idade escolar uma formação em matéria de consumo que lhes permita actuar como consumidores informados durante a sua vida.

(ii) Do mesmo modo deverão ser postos à disposição dos adultos meios educativos no domínio do consumo.”

1.2 Nos instrumentos internacionais

E, no plano global, avulta na Resolução das Nações Unidas 39/248, modificada em 1999 e ora em revisão, adoptada originalmente em 09 de Abril de 1985, que na versão actual reza o que segue:

“[...]

F. Programas de educação e informação

35. Os governos devem formular ou estimular a formulação de programas gerais de educação e informação do consumidor, incluída a informação sobre os efeitos no meio ambiente das decisões e o comportamento dos consumidores e das consequências, incluídos custos e benefícios, que possam ter a modificação das modalidades de consumo, tendo em conta as tradições culturais do povo de que se trate. O objectivo de tais programas deve consistir em capacitar os consumidores para que saibam discernir, possam escolher com fundamento os bens e

serviços, e tenham consciência de seus direitos e obrigações. Ao formular tais programas, deve prestar-se especial atenção às necessidades dos consumidores que se encontram em situação desvantajosa, tanto nas zonas rurais como urbanas, incluídos os consumidores de baixos salários e aqueles quase ou totalmente analfabetos. Os grupos de consumidores, as empresas e outras organizações pertinentes da sociedade civil devem participar nesse trabalho de educação.

36. A educação do consumidor deve, se procede, chegar a formar parte integrante do programa básico do sistema educativo, de preferência como componente de assinaturas já existentes.

37. Os programas de educação e informação do consumidor devem abarcar aspectos da protecção do consumidor tão importantes como os que seguem:

- a) Saúde, nutrição, prevenção das doenças transmitidas pelos alimentos e adulteração dos alimentos;
- b) Perigos dos produtos;
- c) Rotulação (etiquetagem) de produtos;
- d) Legislação pertinente, forma de obter compensação e organismos e organizações de protecção ao consumidor;
- e) Informação sobre pesos e medidas, preços, qualidade, condições para a concessão de créditos e disponibilidade dos artigos de primeira necessidade;
- f) Protecção do meio ambiente; e
- g) Utilização eficiente de materiais, energia e água.

38. Os governos devem dar suporte às organizações de consumidores e a outros grupos interessados, incluídos os meios de comunicação, para que coloquem em prática programas de educação e informação, inclusive sobre os efeitos das modalidades de consumo no meio ambiente e as consequências, incluídos custos e benefícios, que possam ter a modificação dessas modalidades, particularmente em benefício dos grupos de consumidores de baixos salários das zonas rurais e urbanas.

39. O comércio, quando proceda, deve empreender programas objectivos e pertinentes de educação e informação do consumidor, ou participar dos mesmos.

40. Tendo em conta a necessidade de chegar aos consumidores rurais e aos consumidores analfabetos, os governos deverão, quando proceda, formular ou incentivar a formulação de programas de informação do consumidor destinados aos meios de comunicação de massas.

41. Os governos devem organizar ou incentivar a organização de programas de formação para educadores, profissionais dos meios de comunicação de massas e conselheiros do consumidor, que lhes permitam participar na execução dos programas de informação e educação do consumidor.”

II A EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO NOS SUCESSIVOS PROGRAMAS DE ACÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA (E INSTITUIÇÕES QUE A PRECEDERAM)

CAP. I

PROGRAMA PRELIMINAR DE ACÇÃO de 14 de Abril de 1975

1. A Europa Social – a coesão social e a política

1.1 *O Programa preliminar de acção*

O Programa preliminar radica em uma Resolução do Conselho das Comunidades Europeias cujo anexo se articula em

Introdução – I.

Considerações Gerais – II.

Objectivos da Política comunitária relativa aos consumidores – III.

Execução – IV.

[...]

1.1.1 *Informação e educação do consumidor*

No plano da informação os princípios decalcam-se sobre os que se erigiram por ocasião do **programa preliminar** de 14 de Abril de 1975.

Donde, a desnecessidade da sua revelação neste passo.

1) **Acções:**

A Comissão, no plano de que se trata, propor-se-á renovar de análogo modo o que constituíra preocupação de fundo no domínio dos projectos antevistos à luz do programa preliminar:

- Informação suficiente em relação a produtos ou serviços que revistam características especiais;
 - Estímulos de molde a lograr-se a concertação entre associações e empresas: em vista de uma rotulagem voluntária ou eventuais meios de informação graciosa para determinadas categorias de produtos e serviços;
 - Cooperação de instituições que se votam aos ensaios comparativos de molde a prover à difusão dos resultados no território das Comunidades Económicas Europeias;
 - Demais iniciativas tendentes a um esforço de informação mais geral.
- Na execução do programa, particular atenção deve ser reservada aos preços e consequente informação.

“O mercado deve comportar em si mesmo, na medida do possível, as condições estruturais de um melhor ajustamento da procura às variações de preços, principalmente pelo aumento da transparência. Tal pressupõe que se realize, nos casos adequados, consequente esforço num tríptico sentido:

- *a informação do consumidor sobre a relação qualidade/preço dos produtos e serviços oferecidos (particularmente em relação às condições de garantia e de serviço pós-venda) para uma melhoria de informação sobre os produtos, uma larga difusão dos resultados de ensaios comparativos e a informação do consumidor sobre produtos idênticos que ele não pode reconhecer como tais;*
- *a informação do consumidor sobre os preços em si. Através da melhoria das modalidades regulamentares da indicação dos preços, compreende o preço por unidade de medida, sem por outro lado encorajar práticas prejudiciais à concorrência, em matéria de fixação de preços;*
- *a informação do consumidor sobre as diferenças de preços em zonas geográficas acessíveis aos mesmos consumidores, pelo encorajamento de iniciativas locais ou regionais nesse sentido.”*

1.1.2 Educação do consumidor

O **princípio da acessibilidade** de condições e materiais para a consecução dos objectivos constantes do programa preliminar persiste.

a) **Acções:**

A Comissão das Comunidades Europeias propõe-se apresentar ao Conselho uma comunicação sob a epígrafe da educação e formação do consumidor e, na sequência, projecta adoptar medidas susceptíveis de

prover à educação dos adultos, “*particularmente as possibilidades de recorrer à televisão e aos cursos de férias para a promoção de quadros e membros de organizações de consumidores.*”

Terá em conta os problemas dos consumidores desfavorecidos.”

1.1.3 Promoção dos interesses do consumidor

Surge *ex novo* a rubrica autónoma sob a epígrafe.

E a justificação que o programa oferece parece, em síntese, assentar em:

- o desenvolvimento de processos que propiciem a consulta dos representantes dos interesses dos consumidores por iniciativa dos poderes públicos;
- o desenvolvimento de um diálogo regular entre consumidores e fornecedores;
- o reforço das subvenções concedidas às associações de consumidores.

Acções:

- Comunicação ao Conselho a propósito da representação das associações;
- Representação equilibrada dos consumidores no seio dos Comitês Consultivos da própria Comissão;
- Suporte económico-financeiro às associações representativas dos consumidores europeus: seminários para a formação de quadros das associações;
- Concertação entre associações europeias (à escala europeia) e os distintos meios profissionais;
- Representação adequada dos consumidores nas instituições de normalização.

CAP. II

NOVO IMPULSO de 23 de Julho de 1985

1. *O Novo Impulso*

O programa que se vulgarizou sob a denominação “**Novo Impulso para a Política de Consumidores**”, que veio a lume em 1985 (Doc. COM (85) 314 final de 23 de Julho de 1985) revela que os resultados obtidos pelos programas precedentes se acham aquém dos intuítos expressos.

Ao analisar as razões de insucesso ou, noutra formulação, de tão escasso êxito dos programas delineados, o “Novo Impulso” descortina 4 causas primaciais, entre as quais cumpre destacar:

Um novo entrave ao desenvolvimento da legislação emanada das Comunidades Europeias no domínio da tutela do consumidor decorre do facto de um apreciável número de rubricas dos programas se achar sob a égide dos Governos nacionais que não da Comunidade Económica.

O “**Novo Impulso**” alça a promoção dos interesses do consumidor a preocupação primeira no cerne de uma política que ancora no **bem-estar** dos cidadãos.

Ao conceito de **bem-estar** acresce o do papel económico que se reserva a um consumidor esclarecido.

O “**Novo Impulso**” retoma os **cinco direitos fundamentais** e os considerandos dos programas precedentes “que deveriam nortear as acções tendentes a garantir que os direitos se tornem reconfortante realidade na vida quotidiana dos cidadãos”.

Três os objectivos essenciais preconizados:

- As vantagens do mercado colhê-las-ão os consumidores;
- A informação e a formação visam a consecução de um tal desígnio;
- A edificação da Europa dos cidadãos “que são todos os consumidores”

constitui, enfim, o objectivo derradeiro, segundo Karel van Miert, o Comissário Europeu que detinha, ao tempo, o pelouro dos consumidores no seio da Comissão.

Ao enunciar os cinco “**direitos fundamentais**” de que a educação e a informação constituem eixos nucleares, o comissário concluiu: os direitos permanecem ao nível de puros princípios a que toda a gente adere de bom grado, mas simplesmente isso não acarreta consequências práticas – urge, pois, transformar as mentalidades”.

Se elegermos neste particular a educação do consumidor, as acções susceptíveis de desencadeamento alinhar-se-ão como segue:

- necessidades experimentadas pelos consumidores, expressas pelos seus representantes;
- a integração das matérias que lhe respeitam nos *curricula* do ensino obrigatório;
- a formação de formadores;

- a formação de adultos;
- o recenseamento e a difusão do material didáctico existente;
- a perspectiva global dos trabalhos em curso no serviço da Política do Consumidor da Comissão da Comunidade Económica Europeia.

2. As necessidades dos consumidores

Torna-se indispensável ligar as associações aos trabalhos que a Comissão se propuser elaborar nesse sentido: nomeadamente ao Comité de “expertos” da formação dos consumidores que reagrupa os especialistas governamentais e representantes de 4 instituições de consumidores escolhidos pela sua elevada competência.

A integração nos *curricula* escolares do ensino obrigatório

A situação difere de Estado para Estado.

Daí que se revele indispensável reunir pontualmente o Comité de Especialistas em “educação do consumidor”, que envolve os representantes governamentais e os mais especialistas por forma a que os trabalhos em curso se repercutam em todos os Estados.

No lapso de dois anos dever-se-ia apreciar o “estado da questão”.

3. A formação de formadores

As experiências-piloto de formação de docentes correspondem a uma necessidade basilar.

A formação estimula os professores a definir objectivos homogéneos para a educação para o consumo.

Tal formação permite-lhes:

- O domínio dos métodos de formação;
- A destriça entre o bom e o mau material didáctico (quer se trate de proveniência comercial ou institucional)
- Preparar a inserção da educação do consumidor no programa tanto na vertente vertical (disciplina em separado) como na horizontal (integrada em cada uma das disciplinas).

4. A formação de adultos

O objectivo que tende a atingir-se sob a consigna “**consumidor advertido**”, não dispensa a formação do consumidor adulto.

A informação por si só não é suficiente.

A informação deve ser assistida de uma adequada formação que lhe permita assinalar de imediato as noções que se lhe inculcam, na ausência do que nada se aproveitará.

Dificuldades se suscitam, em particular, por não haver qualquer factor de inserção em uma estrutura escolar, salvo no que toca aos **cursos regulares** de adultos (no âmbito do ensino recorrente).

Países há em que a **formação** se processa em **universidades abertas** , em **universidades populares** ou em **acções pontuais** , promovidas pelas autarquias locais, por associações recreativas e culturais e pelas próprias associações.

A formação de adultos, no quadro do **novo impulso** , constitui domínio por excelência de intervenção, carecendo, como se realça, de reflexões aprofundadas e de estudos preliminares.

5. O recenseamento e difusão do material

A preparação do material auxiliar de pedagogia e didáctica constitui outra das rubricas da acção que se visa empreender neste capítulo.

A criação de uma “pedagoteca”, tal como a concebeu o Instituto Nacional do Consumo francês, constitui magnífico exemplo e figurino digno de ser adoptado pelas instituições congéneres e pelos demais países membros.

As exposições de auxiliares de didáctica neste particular constituem excelente meio adjuvante da difusão do material didáctico.

No plano das Comunidades Europeias perspectiva-se a intervenção a dois títulos:

- a médio prazo, criar uma pedagogoteca europeia, com antenas em cada um dos países membros;
- a curto prazo, encorajar os Estados membros a criar centros nacionais e assegurar a nível das Comunidades a circulação de informações pela organização de encontros pontuais dos responsáveis nacionais e pela formação de um quadro de referência homogénea.

Visa-se ainda a definição de um *código deontológico* do material didáctico para a educação do jovem consumidor

6. O conjunto de trabalhos do serviço de consumidores

Como se exprime K. Sokolsky, “a formação do consumidor constitui uma prioridade. O conceito, de per si, recobre um campo de acção particularmente extenso: a etiquetagem alimentar, as cláusulas abusivas, o acesso à justiça, a segurança doméstica são, pois, entre vários, conteúdos de base dos programas escolares”.

Importa:

- estudar a forma de “vulgarizar” aspectos complexos dos temas enunciados de modo a torná-los acessíveis a jovens e adultos,
- buscar o material disponível, adaptá-lo à evolução da legislação e promover a sua difusão,
- congregar esforços de entre as Direcções-Gerais, em particular com a DGX que dispõe de suporte didáctico / mediático ou a DGV que possui uma rede de escolas-piloto para a educação para a saúde, de molde a alcançarem-se os objectivos preconizados.

CAP. III

ACTO ÚNICO EUROPEU

O ADVENTO DO TRATADO DE MAASTRICHT

SECÇÃO ÚNICA

PLANO TRIENAL DE 1990/1992

1. O Acto Único Europeu e o relançamento da política de consumidores: O Plano

O PLANO DE ACÇÃO TRIENAL DE 1990/1992

Identificadas quatro áreas de interesse prioritário:

- 1. Representação dos consumidores**
- 2. Informação dos consumidores**
- 3. Segurança dos consumidores**
- 4. Contratos e protecção dos seus interesses económicos**

Implementação

Assegurar a implementação das directivas importantes para o consumidor

Representação

1. Finalizar a constituição do Conselho Consultivo dos Consumidores e incentivar o desenvolvimento de iniciativas similares nos Estados-membros.

2. Apoiar o desenvolvimento de associações de consumidores, especialmente na Europa do Sul e Irlanda, mediante assistência técnica e/ou financeira a projectos e acções, bem como o intercâmbio de informações e experiências.

3. Encorajar uma maior concertação produtor/consumidor.

Informação do consumidor

1. Comunicação ao Conselho sobre a informação do consumidor (estratégia e acções) (1990).

2. Apoio a iniciativas locais de três projectos-piloto de informação do consumidor europeu e centros de aconselhamento para as regiões fronteiriças em 1991 e 1992, aproveitando a experiência adquirida pelos Serviços da Comissão em actividades similares.

3. Promoção da cooperação entre as associações de consumidores e os sistemas de ensino no intercâmbio de materiais com vista à melhoria do ensino.

4. Colaboração com os programas de informação e sensibilização da juventude.

Transparência

1. Procurar a máxima transparência, especialmente nos serviços bancários e de seguros, se necessário através de legislação comunitária, tendo em vista o apoio à capacidade de escolha dos consumidores.

2. Propostas para garantir a transparência nas transferências e pagamentos financeiros transnacionais (1991).

3. Análise das directivas vigentes em matéria de rotulagem, tendo em vista a sua racionalização e aperfeiçoamento e tendo em conta a evolução das necessidades

- Alteração de Directiva 79/112/CEE relativa à rotulagem dos géneros alimentícios (1990);

- Proposta de Directiva sobre a rotulagem dos produtos em geral (1991).

4. Desenvolver o conceito de rotulagem em apoio dos produtos de qualidade (1990/1991)

Testes comparativos

1. *Incentivo à realização de testes comparativos para dar resposta às necessidades do mercado, tendo em conta o memorando da Comissão COM(89)209 (1991-1992).*
2. *Proposta de directiva no sentido de incentivar a publicidade comparativa (alteração da directiva 84/450/CEE) (1990).*

Segurança

1. *Proposta de decisão do Conselho que prorogue o sistema de troca rápida de informações (1990).*
2. *Análise da necessidade eventual de uma proposta relativa à responsabilidade por danos físicos resultantes de serviços.*
3. *Alteração da directiva relativa aos cosméticos (1990).*
4. *Preparação de uma lista de produtos que mereçam atenção prioritária dos consumidores em termos de elaboração de normas e de informação (1991).*

Transacções dos consumidores

1. *Proposta de directiva sobre cláusulas contratuais abusivas (1990).*
2. *Análise de possíveis iniciativas com vista a simplificar os contratos transnacionais celebrados pelos consumidores, as garantias e os serviços pós-venda.*
3. *Análise dos meios de valorar o acesso dos consumidores à justiça e a acções de indemnização (1991).*
4. *Proposta de directiva relativa às vendas à distância (1990).*

CAP. IV

PLANO TRIENAL DE 1993/1995

1. O Plano de Acção Trienal de 1993/1995

O Segundo Plano trienal de Acção assenta no eixo

- Informação
- Acesso à justiça
- Saúde e segurança

Para além de um consequente esforço de integração da política dos consumidores nas demais políticas da Comunidade Europeia.

As prioridades que se estabelecem no triénio em epígrafe contemplam, pois, os domínios em realce, sem descurar outros que, em decorrência, se

revelam imprescindíveis para que o estatuto do consumidor no Mercado Interno, delimitado pelas fronteiras da Comunidade Europeia, se reforce e se observe.

Do plano emerge:

“Reforçar a Informação do consumidor

- O relatório sobre o funcionamento do mercado interno apresentado a 26 de Outubro de 1992 à Comissão pelo grupo de alto nível presidido pelo Sr. Sutherland, relatório esse intitulado “O mercado interno após 1992. Responder ao desafio”, estabelece uma lista de recomendações destinadas a dar uma resposta às incertezas dos consumidores. O relatório insiste na criação de uma estratégia de informação e nos problemas de acesso à justiça.

A Comissão tenciona levar bastante em conta estas recomendações na acção futura em matéria de protecção do consumidor. A Comissão adoptou ainda, a 5 de Maio de 1993, uma Comunicação designada “Por uma melhor coordenação e reforço da política de informação e de comunicação no Mercado Único”, com o objectivo de assegurar uma maior eficácia na difusão da informação sobre o mercado interno.

Esta iniciativa baseia-se no princípio de uma melhor coordenação entre os diversos instrumentos e serviços da Comissão, bem como no princípio da selecção da informação em função de grandes categorias de cidadãos. Desta forma, este documento refere-se expressamente ao consumidor enquanto grupo-alvo das acções a empreender.

- A informação é essencial para permitir que o consumidor beneficie das vantagens no mercado único. De forma geral, a liberdade de escolha não pode ser efectiva se as condições do mercado não forem conhecidas e se as informações existentes não forem divulgadas. A falta de informação coloca o consumidor numa situação de inferioridade face aos fornecedores e impede o mecanismo da concorrência. A atenção dada à informação pelas associações de consumidores ilustra esta importância e vai no mesmo sentido da preocupação da Comissão.

- As acções já empreendidas em matéria de informação nos locais de venda sobre as características técnicas dos produtos serão prosseguidas e aprofundadas. Na sequência da Resolução do Conselho de Ministros de 2 de Março de 1993 relativa as medidas futuras em matéria de rotulagem dos produtos no interesse dos consumidores, a Comissão lançará uma série

de acções destinadas à sua aplicação e a assegurar uma boa rotulagem informativa.

O método escolhido consiste em aproximar os representantes dos fornecedores e dos consumidores. O programa esforçar-se-á por chegar a um acordo sobre as necessidades em matéria de rotulagem para cada categoria de produto e assegurar a utilização mais ampla possível de soluções aceites por todos os intervenientes no mercado. Convém, além disso, reforçar a informação do consumidor para que ele possa escolher os produtos tendo um bom conhecimento dos respectivos efeitos sobre o meio ambiente.

Nesta óptica, o programa da Comunidade Europeia de política e acção em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável – COM (92) 23 final – sublinha, no vol. II, pág. 73, que: “Para que o indivíduo, enquanto consumidor, possa fazer uma escolha racional e devidamente informada, é necessário que a informação relativa ao produto que lhe é fornecida cubra todos os aspectos relevantes como as condições de funcionamento, a fiabilidade, a eficiência energética, a durabilidade, os custos de exploração, etc., e que essa informação lhe seja fornecida de forma imparcial e apoiada por garantias reais e fiáveis”.

O Regulamento (CEE) na 880/92 do Conselho, de 23 de Março de 1992, relativo a um sistema comunitário de atribuição de rótulo ecológico, contribuirá para esse objectivo.

• Por outro lado, os Inquéritos sobre os preços patrocinados pela Comissão constituem uma fonte de informação insubstituível. Os testes comparativos demonstraram igualmente o seu interesse pelo sucesso que alcançam junto dos consumidores.

As acções empreendidas para assegurar uma cobertura dos problemas do consumo pelos órgãos de comunicação social, em especial a nível comunitário, têm igualmente um impacto positivo. Além disso, a informação sobre os desenvolvimentos no domínio do consumo na Comunidade, fornecida directamente pela Comissão às organizações intermédias (organizações de consumidores, institutos do consumo, centros de informação, órgãos de comunicação social), deverá continuar a ser desenvolvida, a fim de consolidar os laços estabelecidos com essas mesmas organizações.

O apoio da Comissão às organizações de consumidores nas suas acções de formação de adultos e de jovens consumidores, nas escolas, em especial

para o aperfeiçoamento do material didáctico, deverá igualmente ser desenvolvido.

- Além disso, a Comissão pretende pôr em prática, a partir de 1993, uma nova iniciativa, que consiste em publicar um guia do consumidor europeu no grande mercado e a lançar a realização, em cooperação com as associações de consumidores interessadas, de guias sectoriais ou nacionais ligados à realização do mercado interno. O guia procurará, de forma muito concreta, ser útil ao consumidor europeu no mercado único. A necessidade de tal guia resulta claramente do êxito das publicações já lançadas por numerosas instituições ou associações a nível local ou regional.

O guia deverá receber a mais ampla divulgação possível na Comunidade, em especial pelas organizações intermédias, incluindo a rede associativa e os centros de informação dos consumidores.

- Os centros transfronteiriços de informação dos consumidores constituem uma experiência que já demonstrou o seu grande interesse. Instalados nas regiões fronteiriças, estes centros têm por missão fornecer informações relativas às ofertas, aos preços, ao direito aplicável e todas as outras informações práticas sobre a região, isto é, dos dois lados da fronteira. O funcionamento dos centros é assegurado por organizações dos sectores público ou privado competentes em matéria de consumo, com a ajuda da Comissão.

Será incentivada uma estreita colaboração com outras organizações. A Comissão dá o impulso necessário a criação dos centros e toma a seu cargo, nesta fase, metade do respectivo custo de funcionamento, até um limite máximo. A primeira fase prevê a criação de 10 centros; 6, já inaugurados, instalados em Lille, Luxemburgo, Barcelona, Gronau, Aix-la-Chapelle//Eupen/Heerlen e Vale do Ave.

A abertura de 4 outros centros está prevista para 1993 em Marselha-Turim, Flensburg, Kehl e Vitoria. Naturalmente, estes 10 centros não cobrem o conjunto das necessidades das regiões fronteiriças. A Comissão, conseqüentemente, pretende desenvolver a experiência, iniciando a criação de novos centros, privilegiando sempre as regiões fronteiriças para a respectiva implantação.

A actividade destes centros será valorizada no quadro de uma nova política coerente da Comissão em relação a todas as redes existentes na Comunidade, a criar brevemente, no seguimento da adopção pela

Comissão, em 30 de Junho deste ano, da sua nova estratégia de informação e comunicação.

Esta política terá por base a definição de um conjunto de direitos e obrigações das diversas redes e organizações intermédias a que a Comissão presta o seu apoio. O objectivo a alcançar é a valorização das sinergias entre os vários intervenientes no âmbito da informação de carácter comunitário. A Comissão elaborará em 1995 um relatório de avaliação com base na experiência adquirida nesses centros transfronteiriços de informação.

- *Estas iniciativas precisam de ser completadas por acções mediáticas de sensibilização dos consumidores para os seus novos direitos no grande mercado. Essas acções inscrever-se-ão no quadro da aplicação das recomendações do relatório Sutherland e da estratégia de informação e comunicação acima referida sobre uma melhor informação dos cidadãos da Comunidade. Convirá, em especial, examinar, se necessário com os Gabinetes de Representação nos Estados-membros, em que medida essas acções poderão apoiar-se no recurso aos meios audiovisuais.*

[...]

CAP. V

O PLANO DE ACÇÃO TRIENAL 1996/1998

1. Especialidades: **o Plano de Acção Trienal de 1996/1998**

As prioridades definidas no plano de que se trata projectam-se em dez pontos, em hierarquização que se nos afigura haver sido escalonada face ao quadro expectável de tempo.

“1. Centrar esforços na melhoria da educação e informação dos consumidores

Estando uma informação inadequada na origem de muitos problemas para os consumidores, a conclusão lógica é a de que a existência de boa informação permitirá ultrapassar muitas dessas dificuldades. Poder-se-ia pensar que a explosão de serviços de informação que conhecemos actualmente vem facilitar a vida dos consumidores. A realidade é, porém, algo diferente; os consumidores vêem a sua situação complicar-se porquanto sentem cada vez maiores dificuldades em escolher as informações apropriadas e pertinentes que os habilitem a seleccionar os bens e serviços de que necessitam.

Importa reflectir sobre os meios de estimular uma investigação independente a levar a cabo nas universidades e noutros centros de excelência, tendo em vista o desenvolvimento de um conhecimento especializado sobre uma série de questões ligadas ao consumo.

As condições de mercado alteraram-se em todos os Estados-membros com a realização do Mercado Interno. Se os consumidores não estiverem suficientemente conscientes destas alterações sairão prejudicados. A tarefa que compete às autoridades públicas de fazer cumprir e controlar o cumprimento da regulamentação resultará mais difícil se os consumidores não estiverem vigilantes e prontos a assinalar quaisquer falhas no mercado. Os Estados-membros têm um papel crucial a desempenhar na questão da informação dos consumidores, sendo intenção da Comissão complementar e apoiar esse trabalho.

As bases em que assentará este trabalho foram lançadas e o volume de conhecimentos especializados e “know-how” é considerável. Agora o grande desafio é conseguir uma projecção em larga escala da informação mais importante por forma a que se obtenha um efeito máximo dessas alterações do mercado. Para tanto, é necessária uma utilização intensiva dos meios de comunicação audiovisuais e electrónicos. As vantagens que daí advirão terão repercussão não apenas a nível do mercado, mas também na melhoria da atitude das populações face à Comunidade Europeia em geral, num momento em que a percepção da relevância do seu trabalho em prol do bem-estar dos cidadãos está a diminuir.

A informação por si só não basta para responder às necessidades dos consumidores. A menos que seja feito um esforço sério, através de uma educação do consumidor bem direccionada e desde os primeiros anos da escola, que conduza à compreensão de uma série de temas, desde nutrição e saúde até ao funcionamento dos mercados, muitos consumidores não estarão preparados para se movimentarem a vontade em mercados modernos. É da maior importância o papel que a educação pode desempenhar na evolução para o consumo sustentado ou na preparação para a sociedade da informação. Se não for adoptada uma abordagem adequada o mais provável é que as desconfianças dos consumidores os inibe de participar em tais projectos. Para que se disponha de uma oferta sofisticada, é necessário que a procura o seja também.

A responsabilidade pela educação dos consumidores recai evidentemente nos Estados-membros. Cabe à Comissão chamar a atenção para esta necessidade, ajudando e complementando a acção da maneira mais adequada.

[...]

CAP. VI
O TRATADO DE AMSTERDÃO
E
O PLANO TRIENAL DE ACÇÃO DE 1999/2001

1. **Generalidades:** o artigo 153 do Tratado.

O **Tratado de Amsterdão**, sob cuja égide o plano de acção trienal 1999/2001 se desenvolveu, consigna no n. 1 do seu artigo 153, os objectivos globais neste particular:

“A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.”

Como se afirma no documento de base em que ancora o plano: “[...] a **promoção da saúde**, da **segurança** e dos **interesses económicos** dos consumidores e destes três direitos (à **informação**, **educação** e à **organização** para a defesa dos seus interesses) constituem os objectivos fundamentais da política dos consumidores da União Europeia.

A promoção destes três direitos é fundamental para dar aos consumidores **“uma voz mais activa”**¹.

Do Tratado não consta um qualquer itinerário demarcado que confira exequibilidade aos objectivos nele consignados.

É à Comissão Europeia que incumbe delinear as directrizes por que se pautarão as políticas neste particular.

O tripé em que o plano se alicerça, na singeleza dos seus termos, define-o a Comissão Europeia destarte:

– **Uma voz mais activa para os consumidores em toda a União Europeia**

– **Um nível elevado de saúde e de segurança para os consumidores da União Europeia**

– **Pleno respeito dos interesses económicos dos consumidores da União Europeia.**

A Comissão Europeia ter-se-á permitido suscitar a cooperação com os Estados que integram a União de molde a tecer uma rede de cumplicidades para que o desenvolvimento harmonioso de planos, projectos e programas se alcance.

Até então, como se salientara, as bases em que assentava a cooperação se tinham por fragmentadas ou até inexistentes, prosseguindo as actividades de forma episódica e não sustentada.

Nem sempre os propósitos mais fundados se cumprem, já que nem sempre a articulação entre as políticas (onde as haja) dos Estados-Membros e a da União se harmonizam ou fundem.

Daí as preocupações manifestadas pela Comissão Europeia que centrou a sua bateria de fogos nos três alvos já enunciados, cujo recorte se impõe nos passos subsequentes.

[...]

2. As directrizes políticas

2.1 *A autonomia ética dos consumidores e sua expressão plural: uma voz mais audível dos consumidores*

“No intuito de contribuir para a promoção da educação para o consumo nos Estados-Membros, a Comissão, em colaboração com as autoridades nacionais, regionais ou locais, irá incentivar a troca de boas práticas em matéria de integração desta temática nos programas escolares.

A Comissão irá privilegiar sobretudo a elaboração de materiais didácticos, a formação de professores e a interacção entre escolas e o seu meio envolvente, incluindo representantes do tecido empresarial”.

(in Plano de Acção Trienal 1999-2001)

2.1.1 *A educação para a sociedade de consumo*

A **educação para a sociedade de consumo** constitui deveras o cabouco fecundo sobre que se ergue uma qualquer política de promoção de interesses e de protecção dos direitos do consumidor.

A acção que se perspectiva neste passo assenta:

- Na **formação de formadores** (em regra, os formadores natos serão os professores dos diferentes graus e ramos de ensino)

- Na **elaboração de materiais didáticos** e

- Na **interação das escolas, meio circundante e tecido empresarial**

A **formação** não se esgota, porém, na que tem como público-alvo os professores.

A **formação** – forçoso é que abarque os **técnicos de informação** que em instituições públicas e privadas exerçam funções ou ainda os quadros dos departamentos de consumidores das empresas.

A **formação** *intra* ou *extra curricular* deve coenvolver ainda em particular os juristas – quer se achem afectos à judicatura, ao Ministério Público, ou à barra, ante o incremento da conflitualidade no domínio das relações económico-jurídicas de consumo: a formação processar-se-á tanto no plano de estudos dos cursos de graduação, como nos de pós-graduação, ou nas escolas em que se professe a preparação dos que elegem qualquer das carreiras jurídicas para aí debutarem.

A educação (e a *formação*, nas vertentes por que se desdobra: a **inicial** e a **subsequente, contínua** ou **permanente**) terá de constituir a pedra angular de uma qualquer abordagem neste domínio. E o plano consagra-o de forma inequívoca.

Ponto é saber se a *praxis* confirma as miríficas intenções que se lobrigam na lapidar arquitectura do plano.

2.1.2 A *informação* sob o *influxo* de novas estratégias

A **informação** constitui também um dos pilares de uma qualquer política de promoção dos interesses do consumidor.

A **informação**, no plano de que se trata, não se circunscreve, em particular, ao espaço geográfico restrito de cada um dos Estados.

Relevância neste passo para os centros fronteiriços de informação (os denominados “euroguichets”) que se incrustam no eixo nuclear do mercado interno: em regiões que se balanceiam entre os diferentes Estados.

Onze dos quinze Estados-Membros dispõem de centros de informação: o volume de informação ronda as 50 000 pretensões/ano deduzidas perante tais centros.

A evolução conceitual que se opera nas missões que ao centro se cometem é algo que convém reter: de simples plataforma de informação

a uma autêntica base dos interesses da União Europeia co-implicada em acções de formação de jornalistas e de “fazedores de opinião” e um suporte de “**Diálogo permanente com os cidadãos e as Empresas**”, que aspira a estabelecer sinergias mais estreitas entre as redes da Comissão Europeia de molde a carrear aos consumidores e às empresas informação consequente acerca dos seus direitos no **mercado interno**.

Para além, porém, dos centros transfronteiriços, a informação tal como o plano a enquadra, deverá assentar em campanhas **temáticas**.

E, na estratégia que ora se define, realce para:

- centrar a mensagem em um tema a que se confere prioridade, de entre os temas a versar;

- conagraçamento das associações de consumidores, agências nacionais, empresas e demais interessados na preparação e desenvolvimento das campanhas;

- avaliação do impacte das campanhas na opinião pública;

- campanhas que, por norma, não excederão um ano;

- incentivar as associações de consumidores a interconectarem as páginas *web* por forma a que haja um só ponto de acesso à **informação** que é seu intuito prestar.

A **informação** persiste, pois, como **essencial** para que o consumidor se mova no mercado com o domínio das situações e com plena autonomia. E de molde a ter uma clara percepção do “mundo que se constrói” e da Europa que derruba fronteiras, afeiçoa processos e tende à harmonização dos interesses dos que a povoam.

[...]

CAP. VII

O TRATADO DE NICE E

O PLANO QUINQUENAL DE ACÇÃO DE 2002-2006

1. Generalidades

A estratégia da Comissão Europeia no domínio da política de consumidores, no termo do plano trienal 1999-2001, só tardiamente se delineou.

Exaurido o horizonte temporal do plano que se finara em 31 de Dezembro de 2001, só a 8 de Junho de 2002 se deu à estampa o novo plano

(quinquenal) para o período compreendido entre 2002-2006, adoptado, porém, a 7 de Maio de 2002.

Os objectivos que nele se compendiam traduzem-se de forma simples em três ideias:

- **asseguramento de um elevado nível comum de tutela da posição jurídica do consumidor**
- **aplicação efectiva das regras que conformam o estatuto europeu do consumidor**
- **a participação das instituições de consumidores na definição das políticas empreendidas no seio da comunidade.**

O primeiro dos objectivos (“**um elevado nível comum de protecção jurídica do consumidor**”) assenta em distintas **acções** singulares, a saber, por um lado, o seguimento das **situações de facto no domínio da praxis negocial**, tal como emerge do “**Livro Verde da Defesa do Consumidor na União Europeia**”² e, por outro, o desencadeamento de um sem número de iniciativas centradas em torno da **segurança dos serviços**.

O segundo dos objectivos (“**aplicação efectiva das regras que regem neste domínio**”) pressupõe a consecução de acções tendentes a uma **efectiva cooperação administrativa** entre os Estados-membros e, em seguida, o desenho de peculiares **mecanismos de reparação dos prejuízos** que produtos e serviços causem aos consumidores.

O terceiro dos objectivos (“**a participação das instituições de consumidores nas políticas da União Europeia**”) impõe acções que consistem na **revisão de instrumentos susceptíveis de assegurar a participação**, por via representativa, das **estruturas de consumidores** no processo de definição de políticas nas instâncias europeias e na criação de projectos tendentes à **formação** e ao **reforço das capacidades** dos dirigentes das instituições em causa.

A política europeia de consumidores é deveras “**elemento central de um dos magnos objectivos estratégicos da Comissão Europeia**” – **contribuir para uma melhor qualidade de vida para todos**³.

A política europeia de consumidores constitui ainda um dos pilares da estratégia que visa a desencadear um novo impulso em ordem à modernização da economia europeia.

Ponto é que se não conceba, como, por vezes, constitui preocupação das sucessivas instâncias, o consumidor como **agente económico** e se **não afivele a máscara** a uma tal circunstância.

Ao menos, no plano das intenções, os instrumentos de que nos socorremos exprimem o sentimento, após as afecções profundas pelas vulnerabilidades da “segurança alimentar”, de que urge se reorganizem as actividades científicas e de regulamentação por forma a assegurar a **independência, transparência** e uma **mais adequada protecção dos interesses** (no plano da saúde e da bolsa) **dos consumidores**.

O que é susceptível de indiciar a crescente relevância atribuída à política de consumidores.

De par, porém, com a estratégia delineada neste particular, há o desenho próprio em tema de “**segurança alimentar**” de uma política em separado (que força é se perspective articuladamente)⁴.

2. Razão de ser e fundamentos da nova estratégia

A Comissão Europeia considera, aliás, de forma elementar que “*o desenvolvimento da política de consumidores... é o corolário indispensável do estabelecimento progressivo do mercado interno*”: a livre circulação de produtos e serviços tornou necessária a adopção de regras comuns ou, ao menos, convergentes, de molde a assegurar em simultaneidade uma suficiente tutela dos seus interesses e a eliminação dos obstáculos regulamentares e das distorções da concorrência.

2.1 O tripé que tende a reforçar-se é o das exigências fundamentais em tema de:

- saúde
- segurança
- interesses económicos.

A soma dos interesses neste passo coenvolvidos garante, ao que se assevera, um **elevado nível de protecção** susceptível de permitir que se alcancem as expectativas dos cidadãos-consumidores.

E, neste particular, se perspectiva uma estratégia que privilegia:

- **produtos e serviços seguros**
- **informações pertinentes** de molde a atingirem-se **escolhas adequadas**

• obstáculos a **práticas abusivas** mediante o recurso a medidas de natureza legislativa e de outra índole com impacto directo no mercado, a saber:

- **normalização**
- **códigos de conduta ou de boas práticas.**

A política comunitária assenta ainda no propósito de conferir aos consumidores:

• **capacidade** de compreensão das políticas que os afectam e de contribuírem para a sua

- **definição.**

Ao alcance do consumidor devem ser postos

• **meios** que lhes permitam promover os seus interesses mediante a superação dos obstáculos que inibem o **acesso ao mercado** interno:

- **amplitude da escolha**
- **preços** mais baixos
- acessibilidade **económica**
- **disponibilidade** dos serviços essenciais.

Como se sustenta nos considerandos da estratégia

“A política de consumidores tem, pois, como objectivo estabelecer um **“ambiente coerente e comum que permita efectuar compras além-fronteiras no território da União Europeia com toda a confiança”**”.

Outra das vias que se visualizam é a que se conecta na integração sistemática dos consumidores nas demais políticas que se imbricam no seu estatuto: **mercado interno, ambiente, desenvolvimento sustentável, transportes, serviços financeiros, comércio externo...**

Por último, dois planos se divisam ainda: o da

• **responsabilidade partilhada** entre a União Europeia e as autoridades nacionais;

e o do

• **esforço conjunto** de todos os sectores políticos da União Europeia e a todos os níveis: *regional, nacional e europeu*⁵.

[...]

2.2 Informação e educação do consumidor

A responsabilidade no domínio da **informação** e **educação** do consumidor incumbe, de harmonia com o princípio da **subsidiariedade**, em grande medida, às autoridades nacionais, regionais e locais.

2.3 A informação ao consumidor

A **informação**, em particular em países em que o grau de desenvolvimento não é muito elevado, constitui a preocupação primeira, seguindo-se-lhe, por ordem de importância, a **educação** (e a **formação**).

“As crescentes expectativas dos cidadãos de disporem de pleno e fácil acesso a informações sobre os assuntos europeus exigem uma política de informação moderna, eficiente e fiável, que tenha em conta as evoluções mais recentes em matéria de investigação e de conhecimentos”.

A informação constitui um permanente desafio à Comissão e demais instituições europeias particularmente empenhadas em uma política de abertura assente no princípio da responsabilidade.

As políticas de consumidores repercutem-se no quotidiano de cada um e todos.

A Comissão desenvolveu, em anos precedentes, instrumentos de informação dirigidos aos consumidores e a grupos-alvo específicos: de entre tais instrumentos registem-se a “*página na rede mundial de informação*”, o boletim “*Consumer Voice*” e um sem número de campanhas de informação. Aos Centros Europeus do Consumidor cabe relevante papel na informação directa ao consumidor no que toca às iniciativas da União.

A Comissão aperfeiçoará os mecanismos em ordem a beneficiar a **política de informação**.

De entre as acções a empreender, avultarão campanhas de prevenção do tabagismo dirigidas aos jovens, como manifestação relevante que importará realçar.

2.3 Educação (e Formação) do Consumidor

A educação (e a formação) do consumidor, no contexto do mercado interno, constitui instante necessidade.

Na perspectiva do alargamento mais premente se torna.

O objectivo principal é o de conferir ao consumidor as bases para que se mova em um mercado extenso, cónscio dos seus direitos e interesses, ciente das potencialidades que se lhe oferecem nesse espaço.

Domínios como os da especificidade do mercado que se lhe abre, o intercâmbio de experiências e *praxis* negocial em cada um dos espaços e a dimensão europeia dos direitos ter-se-ão como essenciais.

Força é conferir ao consumidor as bases para que se couse contra artificios, sugestões e embustes tão frequentes no mercado de molde a poder separar com segurança o *trigo* do *joio*.

A Comissão elaborará **instrumentos educativos interactivos** em linha, disponibilizando-os aos quadros das associações de molde a prover à sua formação particularmente sobre

- aspectos específicos das operações mercantis transfronteiriças, v.g., os serviços financeiros;
- os direitos dos consumidores na União Europeia.

A Comissão adoptará as boas práticas desenvolvidas pelos Estados-membros e pelas instituições de consumidores.

CAP. VIII PLANO SEPTENAL DE ACÇÃO 2007/2013

I

1. Preliminares

[...]

2. Razões de método

A agregação das políticas e programas de saúde e demais interesses dos consumidores em um quadro único visa, de análogo modo, um objectivo que é o do recrudescimento da eficácia de uma política europeia para os cidadãos.

Os objectivos de tais políticas que emanam dos artigos 152 e 153 do Tratado de Nice relevam de um sem número de objectivos comuns, a saber, os de promover

- a saúde
- a informação e a educação (formação)
- a segurança
- a integração da saúde e interesses dos consumidores nas demais políticas.

A tipologia de acções é similar em mira dos objectivos por cuja consecução urge se pugne:

- informação dos cidadãos

- audição e consulta dos partícipes
- actividades convergentes e agregadoras (*mainstreaming*)
- avaliação dos riscos...
- ...

3. A política de consumidores *tout court*: Por um Mercado Europeu para Consumidores Europeus

3.1 A situação actual

Sendo insofismavelmente maior a percepção da relevância da confiança dos consumidores enquanto condição essencial para os mercados, o facto é que este aspecto não se foi suficientemente tido em conta em todos os domínios políticos.

Nem todos os Estados-membros conferem hoje em dia uma acrescida prioridade à **protecção dos consumidores**, em razão sobretudo da crise que em 2007/2008 se abateu sobre a Europa e o mundo civilizado.

As empresas parece reconhecerem os efeitos positivos da legislação europeia de protecção do consumidor acerca do desenvolvimento do mercado interno, no reforço da confiança dos consumidores e na exclusão dos profissionais desonestos do mercado. A importância de uma representação forte e credível dos consumidores é de análogo modo reconhecida como de extrema valia.

Como o revela a análise de impacto, é imprescindível progredir nos domínios considerados como de absoluta prioridade para a política de consumidores.

Os objectivos actuais – um **nível comum elevado de protecção dos consumidores, uma boa aplicação da legislação e uma influência acrescida dos consumidores na elaboração das políticas** – permanecem, por conseguinte, válidos e bem assim o que consiste em integrar os interesses dos consumidores nas demais políticas delineadas e prosseguidas no seio da União Europeia.

De forma análoga, a elaboração de dados que permitam compreender os problemas e as necessidades dos consumidores permanece um desafio, mau grado os progressos registados recentemente.

Um mercado integrado carrega vantagens económicas ao consumidor (**maior escolha de produtos e serviços, concorrência fundada na**

qualidade, preços mais baixos, valorização do nível de vida). As políticas susceptíveis de visar o mercado interno deverão processar-se de sorte que tais vantagens se materializem, nomeadamente no que se refere à qualidade de produtos e serviços, à sua acessibilidade, assim como a sua integração. O mercado interno não pode funcionar correctamente sem a confiança dos consumidores. Torna-se indispensável assegurar-lhes uma protecção adequada a fim de garantir ao mercado crescimento e competitividade.

3.2 Acções projectadas

3.2.1 Compreender melhor os consumidores e os mercados

O ponto consiste em:

- desenvolver e actualizar a base de conhecimentos científicos e as ferramentas disponíveis em ordem a avaliar a exposição dos consumidores às substâncias químicas, nomeadamente na perspectiva da segurança geral dos produtos e contribuir para a aplicação do REACH⁶.

- elaborar indicadores e critérios de referências comparáveis no quadro da política de consumidores: medir o sucesso do mercado na perspectiva dos resultados carreados aos consumidores, por exemplo, no que se refere aos *preços*, ao *volume das transacções* transfronteiriças efectuadas pelos consumidores, ao volume do *marketing* transfronteiriço, às *fraudes no consumo*, nos *acidentes* e nas *lesões deles resultantes*, às *denúncias dos consumidores*, com precauções peculiares nos *serviços de interesse geral*;

- adquirir um conhecimento aprofundado das demandas e comportamentos dos consumidores e das suas interacções com as empresas, assim como dos efeitos da regulamentação nos mercados, ao efectuar-se um trabalho, por exemplo, sobre a informação dos consumidores e indagando da sua satisfação, com a ajuda do programa estatístico da União, enquanto necessário.

Algumas das suas actividades poderão integrar-se no 7º programa-quadro de investigação.

3.2.2 Regulamentar melhor a protecção dos consumidores

[...]

3.2.3 Melhorar a aplicação da lei, o seu acompanhamento e as vias de acção

[...]

3.2.4 Melhorar a informação e a educação dos consumidores

Marco que consiste em:

- informar o consumidor, em colaboração com os Estados-membros, no que se refere, por exemplo, aos seus direitos e aos meios de acção à sua disposição: as informações fornecidas versarão designadamente sobre os ensaios comparativos e visarão igualmente a uma melhor sensibilização às ofertas disponíveis na União Europeia;
- desenvolver a educação dos consumidores, apoiando-se em um trabalho piloto realizado até ao momento no domínio da educação;
- dar a sua contribuição às autoridades nacionais para a educação dos consumidores, afirmando-se nesse particular uma dimensão europeia e promovendo acções dirigidas ao universo-alvo dos jovens consumidores;
- zelar por que os consumidores possam, mercê de uma melhor informação, escolher com conhecimento de causa e de uma maneira responsável no plano ambiental e social os géneros alimentícios e bem assim os produtos e serviços os mais vantajosas e correspondentes ao melhor dos seus objectivos em função do modo de vida e de forma a reforçar a sua confiança;
- reforçar as capacidades das associações de consumidores: formação com vista ao desenvolvimento das competências e dos saberes, constituição de redes e conagração de esforços para a consecução de objectivos comuns.

A análise de impacto revela a necessidade de empreender uma acção mais larga e sustentada em qualquer dos domínios. Para tal é indispensável dispor de meios que ora inexistem.

De molde a constituir uma base de conhecimentos que se ocupe, por exemplo, dos prejuízos sofridos pelos consumidores, a segurança dos serviços, a satisfação dos consumidores e a sua confiança no mercado, dos serviços de interesse geral ou da sociedade da informação, é indispensável realizar um trabalho de investigação mais importante do que o que se fez até ao momento.

A formação das associações de consumidores e a informação dos cidadãos exigem esforços sustentados que vão para além do que permitem os recursos actuais.

A cooperação em matéria de controlo para aplicação da legislação, aí se abrangendo a edificação de redes e a formação de quantos têm por missão fazer respeitar a lei, é necessária para assegurar nas melhores condições a vigência e a aplicação transfronteiriça das regras, o que comportará naturalmente encargos financeiros.

É indispensável se carregem meios suplementares para a prossecução de uma política de sustentação das associações de consumidores em uma Europa alargada. Impõe-se se disponha de recursos financeiros bem superiores aos dos actuais orçamentos de molde a dar sequência à estratégia 2002-2006 e pôr em relevo os desafios esboçados precedentemente.

A execução do programa e a gestão dos reclamados recursos suplementares ter-se-ão de apoiar em uma organização eficaz e estruturada. A solução que apresenta a melhor relação *custo / eficácia* consiste em tornar extensiva a **agência executiva para a saúde à problemática do consumo**, de molde a nela incluir um serviço expressamente incumbido da política de consumidores.

4. Perspectiva crítica

Os objectivos a que visa o projecto de **PLANO DE ACÇÃO** parece situarem-se muito aquém das expectativas.

A razão de ser e os fundamentos da estratégia de 2002-2006 tecidas ainda na vigência da Comissão Europeia a que presidira Romano Prodi e que corresponderia à anterior legislatura, abandonados que foram, cavam uma brecha no sistema que o novo desenho da estratégia 2007-2013 parece não preencher ou recompletar de todo.

A adjunção **saúde / consumidores** parece conduzir a uma maior fragilidade da política de consumidores, enquanto tal. Expressão que deve ser entendida em termos hábeis, já que o **direito à saúde e segurança** constitui um dos pilares da carta de direitos do consumidor.

Nem sequer se nos afigura haverem sido assimiladas as conclusões do “*parecer de iniciativa*” intitulado “*A Política de Consumidores após o Alargamento da U. E.*”, que surge com a chancela do português Jorge Pegado Liz, mui ilustre conselheiro do CESE – **Comité Económico e Social Europeu** – e que o órgão, com a sensibilidade que lhe é peculiar,

aprovara por quase unanimidade, em 10 de Fevereiro de 2005, já que dos 97 titulares, só dois se abstiveram, votando concordantemente 95 dos seus membros.

As conclusões que nele se expressam merecem o aplauso de quem se consagra à temática em apreço, afigurando-se-nos não haverem sido tidas em consideração na proposta de decisão em análise, ao menos em segmentos relevantes, como se apreciará.

Do seu teor, realce para:

- “A promoção, a participação, a protecção e a defesa dos consumidores devem constituir um objectivo permanente de todas as políticas da União Europeia, como verdadeiro direito da cidadania europeia.

- Com o alargamento a mais de dez Estados-membros, onde, na sua maioria, a protecção dos consumidores é uma questão relativamente nova, haverá que repensar toda a política dos consumidores em termos da sua adequação à nova realidade de um mercado com cerca de 500 milhões de consumidores.

- À União Europeia e às suas instituições cabe um papel decisivo no estabelecimento das prioridades na reformulação do quadro legal e institucional e dos programas de acções indispensáveis para assegurar uma efectiva política dos consumidores que assegure e realize aqueles objectivos.

- O CESE, com o presente parecer de iniciativa, propõe-se contribuir para a definição de uma tal política, como intérprete das preocupações da sociedade civil e tendo em especial conta a participação dos representantes oriundos dos novos Estados-membros.

- O CESE é de parecer que as prioridades imediatas, em termos de política de consumidores, são:

- A consolidação do acervo comunitário, num esforço de simplificação e codificação

- A efectiva aplicação do direito legislado e adequadamente transposto, e o seu estrito controlo

- A implementação da directiva-quadro sobre as práticas comerciais desleais

- Um esforço urgente no sentido de melhor informação e educação dos consumidores

– A consideração da efectiva integração da política dos consumidores nas restantes políticas quer ao nível comunitário quer ao nível nacional

– O apoio às organizações de consumidores com vista à realização de análise de produtos e troca de informações sobre a sua qualidade.

- O CESE defende que organizações representativas dos consumidores fortes e independentes constituem a base para uma efectiva política de defesa, promoção e participação dos consumidores.

- O CESE entende que, para esse efeito, é necessário garantir que as organizações de consumidores sejam adequadamente financiadas para o desenvolvimento de acções, programas, projectos e iniciativas.

- O CESE é de opinião que a definição de critérios de representatividade e de participação das organizações de consumidores poderá contribuir decisivamente para uma maior eficácia da política dos consumidores.

- O CESE entende que, de forma gradual e sem se perder de vista a necessidade de manter o equilíbrio dos interesses em causa, se deverá prosseguir ou dar início a novas iniciativas legislativas, destacando os seguintes domínios:

- Segurança de serviços e responsabilidade de prestação de serviços defeituosos

- Serviços *essenciais* de interesse geral

- Protecção da saúde e da segurança

- Maior segurança nos pagamentos electrónicos e na utilização da *internet*

- Sobreendividamento das famílias

- Meios de pagamento

- Direito dos contratos

- Acesso à justiça e ao espaço judiciário único.

- Por outro lado, o CESE é de entendimento que deveria ser revista e compatibilizada entre si vária legislação comunitária já existente, em ordem a adequá-la ao novo mercado único alargado, destacando, em especial, as seguintes áreas:

- Responsabilidade do produtor

- Vendas ao domicílio, vendas à distância, comércio electrónico e promoção de vendas

- Cláusulas abusivas

- Crédito ao consumo
- Garantias na venda de bens e serviços
- O CESE lembra a sua proposta de criar um Instituto Europeu de Investigação para a Protecção do Consumidor para proporcionar a base de conhecimento indispensável para a política dos consumidores.
- O CESE apela aos Estado-membros para que considerem a protecção, a defesa, a promoção e a participação dos consumidores como uma prioridade a considerar em todas as suas políticas.
- O CESE recomenda à Comissão que tenha presente as propostas e sugestões constantes do presente parecer na definição das novas orientações em matéria de política dos consumidores e que proceda à divulgação periódica de relatórios sobre a situação do consumo e dos consumidores na Europa”.

Na realidade, enorme distância haverá que ser calcorreada em vista de uma autêntica, autónoma e genuína política de consumidores na vertente estrita por que se espraia, saúde à parte.

Conquanto a preocupação de se imbricar a política dos consumidores nas demais políticas, como se revelou em um dos anexos *infra*, se torne meritória, o fenómeno não poderá de todo o modo constituir pretexto para subverter a real valia de ambas as vertentes, desvalorizando-se o segundo termo da equação.

Há que promover hérculeo esforço de molde a consubstanciar

- a **EDUCAÇÃO** e a **FORMAÇÃO** e bem assim
- a **INFORMAÇÃO** ao consumidor

na trave mestra da acção mais ampla da União Europeia em sede de promoção dos interesses do consumidor.

No que tange à **PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR**, impor-se-ia o desencadeamento de adequadas acções tendentes à consecução de

- um acervo normativo congruente (simplificação e tendência para a codificação)
- instituições que mediem conflitos e dirimam litígios de modo consequente
- uma instituição que, em racional aproveitamento de recursos económico-financeiros, se ocupe da investigação em ordem ao reforço do estatuto do consumidor

– uma outra – ao estilo das novas Agências – que avoque as tarefas de execução a nível europeu das políticas estritamente a cargo da Comissão.

No que tange ao acervo normativo, urge ter a percepção dos domínios de intervenção que se impõem, para que da norma à sua efectiva aplicação não distem abismos insusceptíveis de superação.

O acesso à informação e o acesso à justiça constituem prioridades marcantes que mister é se não percam de vista.

A denegação de justiça principia em geral na ignorância dos direitos e prolonga-se na inacessibilidade dos consumidores a instâncias em que de modo célere, seguro e tendencialmente gratuito ou em que prepondere a moderação de custos, se dirimam conflitos e se dispense, afinal, justiça, como elementarmente se impõe.

O Comité, ante as insuficiências detectadas, elaborou um parecer de iniciativa, a 20 de Maio de 2005, intitulado “Quadro Jurídico para a Política de Consumidores”, que será objecto de discussão em 16 de Setembro próximo, em Bruxelas.

[...]

CAP. IX PROGRAMA DE ACÇÃO 2014 – 2020

1. Contexto geral

Os principais problemas que se pretende resolver através do financiamento de acções ao abrigo do novo Programa estão agrupados nas quatro categorias seguintes:

i) Segurança: diferenças entre os Estados-Membros na aplicação da legislação em matéria de segurança dos produtos e presença de produtos não seguros no mercado único; riscos ligados à globalização da cadeia de produção; segurança dos serviços; falta de uma estrutura de coordenação adequada a nível da UE capaz de garantir o melhor valor para o co-financiamento da UE.

[...]

ii) Informação e educação: falta de dados e análises fiáveis e de boa qualidade sobre o funcionamento do mercado único para os consumidores; insuficiente capacidade das organizações de consumidores, incluindo falta de recursos e de conhecimentos especializados, nomeadamente nos

novos Estados-Membros; falta de informações transparentes, comparáveis, fiáveis e de fácil utilização para os consumidores, em particular para os casos transfronteiras; falta de conhecimentos e de compreensão, tanto pelos consumidores como pelos retalhistas, dos principais direitos dos consumidores e das principais medidas de protecção; insuficiência dos actuais instrumentos da UE em matéria de educação do consumidor, especialmente no que diz respeito à evolução no ambiente digital.

[...]

Ao mesmo tempo, o novo Programa, com as suas quatro prioridades – segurança, informação e educação, direitos e reparação, e aplicação da legislação (SIDE) –, precisa de ter em conta os novos desafios societais que têm vindo a adquirir maior importância nos últimos anos.

Entre eles incluem-se: a crescente complexidade do processo de tomada de decisão dos consumidores, a necessidade de adoptar padrões de consumo mais sustentáveis, as oportunidades e ameaças representadas pela digitalização, o aumento da exclusão social e do número de consumidores vulneráveis, e o envelhecimento da população.

[...]

2. Objectivos da proposta

O objectivo do Programa Consumidores consiste em apoiar o objectivo político de colocar no centro do mercado único o consumidor no pleno uso dos seus direitos. Para alcançar este objectivo, o Programa irá contribuir para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, para além de promover o direito destes à informação, à educação e à organização em defesa dos seus interesses. O Programa irá complementar, apoiar e monitorizar as políticas dos Estados-Membros.

As acções empreendidas permitirão apoiar os quatro objectivos específicos seguintes:

[...]

ii) Informação e educação: melhorar a educação e a informação dos consumidores e sensibilizá-los para os seus direitos, com o intuito de desenvolver uma base de informações para a política dos consumidores e de prestar apoio às organizações de consumidores;

[...]

3. Valor acrescentado das acções

[...]

ii) Informação e educação

A monitorização do mercado de consumo ajuda a identificar insuficiências nos mercados nacionais e os obstáculos no mercado interno que podem ser eliminados com reformas que estimulem a inovação e a concorrência. Em geral, os dados são concebidos com suficiente solidez e representatividade para poderem ser utilizados não só na UE mas também a nível nacional, comportando assim alguns ganhos de eficiência à escala da UE e permitindo aos Estados-Membros proceder a avaliações comparativas.

Encorajar uma representação forte e coerente do movimento dos consumidores a nível da EU permite a consolidação do contributo dos consumidores para a elaboração das políticas da UE, para as instituições da UE e para os diálogos à escala da UE. Ao mesmo tempo, garante a capacitação directa de organizações particularmente frágeis dos novos Estados-Membros e o apoio a estas organizações. As acções de reforço das capacidades das organizações nacionais de consumidores contribuem para o desenvolvimento de redes transnacionais entre os participantes, nomeadamente no que diz respeito à tutoria e à avaliação pelos pares.

As iniciativas de informação e de formação dos consumidores à escala da UE melhoram os conhecimentos e a confiança dos consumidores nas transacções transfronteiras, contribuindo, assim, para a realização do mercado único. Estas iniciativas facilitam a partilha de boas práticas entre Estados-Membros e contribuem também para a criação de uma fonte fidedigna e coerente de informação/educação a nível da UE.

[...]

4. O programa em curso de execução no seio da União Europeia (2014/2020), a tal propósito estabelece imperativamente:

4.1 Generalidades

A acção da UE em prol dos consumidores materializou-se inicialmente numa série de planos de acção encetada pela Resolução do Conselho de 14 de abril de 1975. Após a conclusão do mercado único, os objectivos da política dos consumidores têm agora de ser considerados como um

dos principais domínios políticos da UE. O programa de acção da UE no domínio da política dos consumidores assenta em duas medidas: A Agenda do Consumidor Europeu, que constitui a nova estratégia para a política dos consumidores da UE, em consonância com a estratégia de crescimento da UE, a Estratégia Europa 2020, e o programa «Consumidores» para 2014-2020, enquanto quadro financeiro que complementa a estratégia.

A agenda do consumidor cumpre quatro objectivos principais:

- [...]

- promover o conhecimento (melhorar a informação e sensibilização tanto dos consumidores como dos comerciantes no que se refere aos direitos e interesses dos consumidores e melhorar o conhecimento dos consumidores e a sua capacidade de participar mais eficazmente no mercado);

-[...]"

A agenda do consumidor identifica ainda desafios, como avançar no sentido de um consumo mais sustentável e responder às necessidades específicas dos consumidores vulneráveis.

A Comissão considera que a simplificação e a melhoria do contexto regulamentar em matéria de defesa dos consumidores constituirá, no futuro, um dos principais objectivos, envolvendo muitas directivas, decisões em matéria de jurisprudência e diversas normas dos próprios Estados-membros. Em Fevereiro de 2007, a Comissão apresentou um Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, abrangendo oito directivas neste domínio. Sempre que possível, a modernização e simplificação das normas vigentes poderá beneficiar os consumidores, ao permitir-lhes acesso a uma maior gama de produtos a melhores preços, reduzindo ao mesmo tempo os encargos das empresas.

A fim de reforçar a confiança dos consumidores no mercado único, o Ato para o Mercado Único, de Abril de 2011, apresentou uma série de medidas com propostas em matéria de resolução alternativa de litígios, recurso colectivo e direitos dos passageiros. Em Outubro de 2012, a Comissão apresentou um novo conjunto de medidas para adopção (o Acto para o Mercado Único II), centrado numa revisão da segurança geral dos produtos, das normas de fiscalização do mercado e incluindo uma iniciativa sobre contas bancárias. Esta última garantiria maior

transparência e comparabilidade em matéria de taxas aplicáveis às contas bancárias e tornaria mais fácil para os consumidores a mudança das contas bancárias.

4.2 Medidas sectoriais

1. [...]

4.3 Educação dos consumidores

A UE organizou acções de educação dos consumidores a vários níveis, nomeadamente através da inclusão gradual da educação dos consumidores nos programas do ensino primário e secundário. A Agenda Europa é uma agenda escolar que se destina a estudantes do ensino secundário, com idades compreendidas entre os 15 e os 18 anos. Contém informações para os jovens sobre questões relacionadas com a UE, incluindo os seus direitos enquanto consumidores. Neste contexto, a Comissão lançou igualmente programas de formação de professores e apoiou a criação de cursos de mestrado em política dos consumidores. A ferramenta interactiva e em linha de educação do consumidor “Dolceta” (www.dolceta.eu) está disponível em todos os Estados-membros e em todas as línguas oficiais da UE. Destina-se não apenas a formadores e professores, mas também a consumidores esclarecidos e abrange, entre outros, os direitos básicos dos consumidores, segurança de produtos e literacia financeira.

[...]

CAP. X CONCLUSÕES

1. **EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO** ou a **EDUCAÇÃO DO CONSUMIDOR**, enquanto tal, constitui um dos pilares estruturantes de qualquer política de consumidores.

2. Desafortunadamente, parece não constar das preocupações dos “responsáveis” políticos, entre nós e noutros quadrantes do globo...

3. O que transforma os consumidores em “*carne para canhão*” num mercado povoado de agentes inescrupulosos que – quais predadores impenitentes – transformam os consumidores em presas fáceis para as suas ignominiosas estratégias que, por indignas, convocam *urbi et orbi* a repulsa das gentes de boa vontade...

4. Para quando um rebate de consciência dos “senhores” que “governam” “este mundo” e uma decisiva intervenção em domínio tão fundamental no quadro dos programas escolares?

5. Será que não há resposta para este candente problema que a tantos atinge e a todos afecta?

Nota: o presente artigo constitui a recopilação de excertos da obra “Direito Europeu do Consumo” que o autor deu à estampa em 2007 (Editora Juruá, Curitiba, Brasil).

Notas

* Mário Frota. Fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo – APDC/Professeur à l’Université de Paris XII (1991/2006). Diretor do CEDC – *Centro de Estudos de Direito do Consumo, de Coimbra*. Diretor da RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo, de Coimbra*. Presidente do Conselho Diretor da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Antigo Presidente do Conselho de Administração do CICAP – *Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto*, em representação da Câmara Municipal do Porto. Presidente da *Comissão de Instalação do Centro de Estudos Euro-Latino-Americano de Direito do Consumo*, Coimbra/São Paulo. Fundador e primeiro presidente da AIDC – *Association Internationale du Droit de la Consommation*, Bruxelles. Fundador e primeiro Vice-Presidente da AEDEPh – *Association Européenne de Droit et Economie Pharmaceutiques*, Paris.

1. Da Comunicação da Comissão Europeia realce para as passagens que cumpre reproduzir:

“O novo Tratado reconhece também explicitamente as crescentes interligações entre os interesses dos consumidores e outros interesses do mercado e da política pública.

O n. 2 do artigo 153 é uma cláusula “horizontal” que obriga as Instituições da UE a tomar em consideração as exigências em matéria de defesa dos consumidores na definição e na aplicação de outras políticas e actividades da Comunidade.

O n. 3 do artigo 153 prevê medidas legislativas e outras a adoptar no âmbito da realização do mercado interno, com base na revisão do artigo 100 A, agora artigo 95, ou medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros, com base no n. 3, alínea b) do artigo 153.

Em ambos os casos, aplica-se o procedimento de co-decisão.

Importa notar que o artigo 95 impõe que o legislador se baseie num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos.”

Outros artigos do Tratado são relevantes para a política dos consumidores. Por

exemplo, a importância das questões de saúde é confirmada pela nova redacção do artigo 152 sobre Saúde Pública, cuja aplicação está relacionada com o artigo 153.

O novo artigo 65, concretamente a alínea c), respeitante à boa tramitação das acções cíveis, é pertinente em matéria de acesso à justiça para os consumidores. Pertinente também continua a ser o artigo 28 do Tratado (ex artigo 30).”

2. Cfr. COM(2001) 531 final, de 2 de Outubro de 2001.
3. Cfr. Comunicação da Comissão COM (2000) 154 final, de 9 de Fevereiro de 2000: objectivos estratégicos 2000-2005 – “Configurar uma nova Europa”.
4. No plano, porém, de que se trata, a **segurança alimentar** não é considerada: **“a estratégia apresentada não abrange as questões de segurança dos alimentos;** as questões alimentares são agora abordadas separadamente, com uma agenda legislativa própria.
O Livro Branco sobre a Segurança dos Alimentos, adoptado em Janeiro de 2000 (COM (1999) 719 final) inclui propostas para um importante programa de reforma legislativa neste domínio”.
5. Os princípios que se enunciam acham-se, afinal, inscritos nos artigos 153 e 195 do Tratado que institui a Comunidade Europeia.
6. REACH é o acrónimo de **R**egistration, **E**valuation and **A**uthorisation of **C**hemicals, programa que visa assegurar, no plano de que se trata, o registo, a avaliação e autorização de substâncias químicas fiáveis em homenagem à saúde e segurança dos consumidores.

Referências

- FROTA, Mário. *Política de Consumidores na União Europeia e seus reflexos no Direito Europeu do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004.
- _____. *Direito Europeu do Consumo*, Juruá, Curitiba, 2007.
- PEGADO LIZ, Jorge. *Introdução ao direito e à política de consumo*. Notícias Editorial, Lisboa, 1999.
- PORTUGAL FROTA, Ângela Maria M. S. *Dos direitos dos consumidores, sua projecção interdisciplinar*. Coimbra, Centro de Publicações da apDC, 1995.

LES GRANDS
PRINCIPES
FONDAMENTAUX DU
DROIT DES PRODUITS
(ALIMENTAIRES ET NON
ALIMENTAIRES)

HENRI TEMPLE*

Co fondateur et co Directeur du Centre de droit de la consommation
Université de Montpellier (France)
Avocat, expert international

EXCERDOS

“Même si on la confond parfois avec la loyauté, l’obligation générale de sécurité s’en distingue, et elle est un des principes fondateurs du droit de la consommation”

“Dans la tradition juridique le terme de conformité est à la fois ancien et ambigu. En effet, il concernait l’exigence, pour le bien vendu, d’être conforme à la volonté des parties à la vente, et tout particulièrement à celle de l’acheteur”

“C’est avant tout l’importateur qui est visé: il ne sait pas exactement comment l’aliment est produit et l’exportateur étranger, de surcroît, n’a pas toujours bien intégré le fait que, pour être commercialisé sur le territoire européen, son produit alimentaire doit, depuis le champ, être élaboré en conformité avec les règles de la CE, y compris celles du pesage, de l’étiquetage, de l’emballage”

“L’autocontrôle (ou self monitoring), c’est le fait, imposé par la loi, pour un professionnel de mettre en place un management privé (interne ou externe) du contrôle de la conformité, de la sécurité, de la loyauté, de la traçabilité (et même pour les aliments de la qualité organoleptique) du produit”

Le droit des produits est une branche spécifique du droit de la consommation¹ qui puise, en partie, ses règles dans les données de la science (biologie et chimie notamment) et dans les contraintes de la technologie. Il n'en reste pas moins rattaché, en grande partie aussi, à l'arborescence du droit aussi bien en ce qui concerne les principes fondamentaux que les sanctions pénales, administratives ou civiles qui en découlent.

La plus haute difficulté de compréhension exacte du droit des produits, c'est la conjugaison:

- de nécessités scientifiques et technologiques
- de plusieurs strates juridiques, à combiner avec les nécessités techniques et entre les strates juridiques elle-même:
 - règles internationales
 - règles européennes
 - règles nationales, elles-mêmes hiérarchisées et diversifiées

En France il y eut d'abord la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes, posant des règles pour la loyauté des transactions et la santé du consommateur. Mais ces règles étaient loin de s'organiser en une matière cohérente: le droit alimentaire et des autres produits se bornait en un empilement de dispositions hétéroclites, innombrables, parfois très techniques, allant parfois jusqu'à donner le schéma de certaines molécules de substances chimiques utilisées par l'industrie alimentaire, parfois des précisions apparemment minimales sur la façon de dresser des procès verbaux dans la perspective de poursuites pénales.

Puis vinrent les textes communautaires européens. Ces directives ou règlements font désormais l'ordinaire des spécialistes, et ont apporté encore plus de détails au "corpus", commun aux pays européens, qui se construit peu à peu. De mauvaises habitudes furent prises à cette époque: face au risque de "submersion" des producteurs sous ce déluge de textes de plus en plus complexes, nombreux et volumineux, les spécialistes scientifiques décidèrent parfois qu'il suffirait de ne lire, de ces instruments communautaires, que les seuls "Considérants", c'est-à-dire l'exposé des motifs parfois fort long, qui entame chaque directive ou règlement (propos entendus). Ces scientifiques crurent dans leur confusion que les normes (type ISO ou NF) étaient sur un même plan de coercition que les règles techniques figurant dans les règlements

européens, que les règles spéciales suffisaient et prédominaient sur les principes légaux généraux, et que “de toute façon on n’avait pas besoin des juristes” (propos entendus). Or, certains de ces “spécialistes” sont aujourd’hui recherchés devant la justice sur la base de leur responsabilité professionnelle (et ne sont pas toujours assurés!).

Quant aux spécialistes juristes ils furent vite convaincus que ces textes étaient simplement “de la réglementation” (ce qui est un peu méprisant dans leur esprit), que c’était affaire de scientifiques, ou, pour les plus impliqués d’entre eux, qu’il était bien compliqué de combiner ces flots de règles nouvelles avec les règles anciennes du code civil et du code pénal...

Vinrent alors les Colloques pluridisciplinaires de Montpellier (à partir de 2004), dont l’objectif fut, au contraire, de faire travailler ensemble: scientifiques, industriels et juristes. Et la méthode fonctionna parfaitement car les sphères de compétence de chaque catégorie de professionnels ne se chevauchaient absolument pas, mais, bien au contraire, s’additionnaient, se complétaient sans “gap” ni “overlap”, chacun apportant à tous, sur le point discuté, son expertise: l’affaire de la “vache folle”, puis le Règlement 178/2002 du 28 janvier 2002 (programmé en raison de cette affaire) étaient passés par là.

Désormais de nouvelles obligations générales de sécurité viennent donner au droit des produits une cohérence qu’il n’avait pas et ses lettres de noblesse.

Ce sont les obligations générales d’information, de sécurité, de conformité et d’autocontrôle

Quelques axiomes essentiels gouvernent la matière, au premier rang desquels, et historiquement la plus ancienne, la sécurité sanitaire des aliments. “D’abord ne pas nuire” selon l’adage de la médecine d’Hippocrate (Epidémies I.5 ; 410 av JC) et Galien. La sécurité sanitaire de l’aliment qui est l’objectif absolu, l’*ultima ratio*, est aussi la maîtresse branche du droit alimentaire, dont se détachent les branches dérivées: conformité, autocontrôle (et l’on doit en rapprocher précaution et traçabilité). Sur ces branches dérivées se greffe toute une ramée de principes pratiques, de plus en plus imprégnés de techniques: l’hygiène, la traçabilité, l’étiquetage, les analyses, les traitements industriels, les

rappels et retraits, les matériaux de contact, les additifs, etc... Plus récemment les mêmes règles ont été généralisées à l'ensemble des produits de consommation (médicaments, cosmétiques, produits ménagers, etc.)

Mais l'idée de loyauté, qui est également un axiome premier du droit, inspire, autant que celle de sécurité, les exigences de conformité et d'autocontrôle (et de traçabilité comme on le verra, infra...).

Sécurité et loyauté des aliments suffisent à expliquer tout le droit alimentaire, si l'on y ajoute le droit à l'information.

Quant à l'autocontrôle c'est une obligation d'organiser le management interne de l'entreprise, qui a pour objet d'exercer au mieux, et de façon préventive, les impératifs de sécurité et de loyauté alimentaire par le respect de la réglementation.

Les obligations générales qui organisent toute la matière du droit des produits sont les obligations générales d'information, de sécurité, de conformité, d'autocontrôle, de loyauté et de responsabilité.

Toutefois, nous présenterons seulement les quatre premières qui ont – et de loin – l'effet structurant le plus fort sur la législation et qui sont les plus récentes. La loyauté et la responsabilité sont à la fois mieux connues (car très anciennes) et, quoique faisant l'objet d'applications si ce n'est de sanctions abondantes, ont beaucoup moins puissamment fédéré les blocs de réglementation.

I. Les obligations générales qui soutiennent la sécurité des produits

1. L'obligation générale d'information

L'accès des consommateurs à l'information est un des “principes directeurs des Nations unies” révisés en 1999.

En France: “Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service”. Placé en tête de tous les articles du code de la consommation, l'article L. 111-1 est complété par l'article, général mais ancien, lui aussi figurant dans l'article du Code civil relatif aux devoirs du vendeur, l'article 1602: “le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige”.

Ainsi, se combineront deux textes:

– l'un qui impose des obligations d'information dans le cadre de chaque contrat de vente successif conclu entre chaque maillon de la chaîne économique (article 1602 du Code civil)

=> producteurs primaires => importateurs => transformateurs
=> conditionneurs => distributeurs => consommateurs.

– l'autre qui impose aux professionnels, préalablement à la conclusion du contrat, une obligation d'information du seul consommateur (du moins en apparence).

En réalité, même si, en apparence, seul le dernier vendeur au consommateur paraît être tenu à la fois d'une information postérieure ou concomitante au contrat de vente et d'une information antérieure à la vente du produit, les maillons précédents de la filière supportent aussi cette obligation dès lors qu'ils auront procédé au conditionnement portant l'étiquette ou à la publicité qui sera destinée au consommateur. En effet, s'il s'agit d'un produit prêt à distribuer en l'état, il devra, en droit, être conforme à sa destination de produit de consommation.

En matière de produit alimentaire: le fameux règlement européen 178/2002 est d'importance majeure. Il aborde, en plusieurs de ses 65 articles, l'idée d'information. Que ce soit pour affirmer des principes de transparence conduisant à la nécessité de consulter les citoyens sur les questions de législation alimentaire (article 9), ou pour l'information collective de la population de l'existence d'un risque (article 10). Mais l'information revêt aussi des aspects plus concrets et restreints à chaque produit mis sur le marché: information, en cas de risque, des autorités compétentes (article 19) ; information sur la traçabilité sur toute demande de l'autorité (article 18) ; obligation de ne pas induire le consommateur en erreur par la présentation, la publicité, l'étiquetage (article 16 ; voir aussi article 8). Toute la réglementation de l'étiquetage alimentaire, de la plus générale à la plus spéciale, se rattache au principe fondateur de l'article L. 111-1 du code de la consommation. Et l'on doit considérer que l'article 16 du règlement 178/2002 s'y greffe hiérarchiquement, directement, et qu'il en découle ensuite toutes les réglementations obligatoires relatives aux mentions d'informations plus spécifiques devant, ou pouvant, figurer sur l'étiquette.

Preuve: Si l'acheteur d'un produit estime qu'il ne lui a pas été fourni, avec le produit vendu, une information suffisante au regard de l'obligation légale, il devra en rapporter la preuve. Mais si cet acheteur est le consommateur final (et – pensons-nous – le distributeur final vis-à-vis de son propre vendeur, sauf clause contraire du contrat de fourniture) une modification législative récente du code de la consommation (loi n. 2009-526 du 12 mai 2009) opère un renversement de la charge de la preuve: la nouvelle rédaction de l'article L. 111-1 du code de la consommation, en effet, met à la charge du professionnel la preuve qu'il a bien fourni au consommateur – avant le contrat d'achat – une information suffisante sur “les caractéristiques essentielles”: “En cas de litige, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté cette obligation” (article L.111-1 al 1).

Cette preuve ne peut se faire que par écrit si le vendeur est un commerçant, mais la preuve contraire par le consommateur peut être effectuée par tous moyens y compris les témoignages.

2. L'obligation générale de sécurité

Même si on la confond parfois avec la **loyauté**, l'obligation générale de sécurité s'en distingue, et elle est un des principes fondateurs du droit de la consommation.

La sécurité physique du consommateur est, elle aussi, un des principes directeurs des Nations Unies comme l'était le droit à l'information (principes directeurs des Nations Unies 2003, révision de 1999).

En France, tous les produits – et particulièrement les produits alimentaires – “doivent [avant tout] présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes” (article L. 221-1 du code de la consommation).

Cette règle est le pilier central de tout le droit alimentaire et des produits, et de nombreuses règles s'y appuient solidement: hygiène, méthodes d'analyses, transports, stockage, matériaux de contact, pesticides, additifs,....

Mais, encore, les principes de précaution, l'autocontrôle, la traçabilité, toutes règles de grande importance, en découlent plus ou moins étroitement.

La règle française préexistait – et l’a inspirée – à la directive européenne n° 2001/95 du 3 décembre 2001 et même à celle du 29 juin 1992, dite directive générale sur la sécurité des produits.

Plus intéressantes encore sont les précisions données sur cette exigence de sécurité en matière alimentaire par le règlement 178/2002 dont tout l’esprit et la lettre sont imprégnés de l’idée de sécurité, fortement exprimée dès son intitulé².

C’est dans ce règlement que se trouvent les racines de tous les autres textes communautaires qui touchent à la sécurité sanitaire des aliments (SSA).

Il en est ainsi des dispositions relative à “l’analyse des risques” (article 6), le principe de précaution (article 7), la traçabilité (article 18), les contrôles (article 17), les retraits et rappels (article 19), l’AESA (article 22), le “forum” et le comité scientifique (article 27 et s.), la collecte des données et les risques émergents (article 32 et s.), les systèmes d’alerte (article 35 et 50) et le réseau (article 36), les crises et l’urgence (article 53 et 55) etc...

Des dizaines de textes émis par la Commission européenne visent, dans leur premier considérant, le règlement 178/2002 qui, sans qu’on puisse parler de hiérarchie s’agissant de textes de force identique, conserve néanmoins de ce fait (le visa) une influence majeure pour l’ordre et l’interprétation des règles de SSA.

Parmi les articles du règlement 178/2002 l’article 14 mérite une attention particulière. Pour tenter de résumer cet article long de 58 lignes on retiendra:

- qu’aucun aliment dangereux ne peut être mis sur le marché,
- qu’il sera dangereux s’il est préjudiciable à la santé ou impropre à la consommation,
- que pour apprécier sa dangerosité il sera tenu compte de nombreux critères et, notamment de critères extrêmement exigeants, les plus exigeants étant:
 - l’effet probable à long terme sur la descendance du consommateur (14,4, a)
 - les effets toxiques cumulatifs probables (b)
 - les sensibilités sanitaires particulières d’une catégorie spécifique de consommateurs (exemple: allergies alimentaires (c)).

Application

L'article L. 221-1 du code de la consommation a reçu beaucoup d'applications pour des dommages provoqués par des substances chimiques, médicamenteuses, des produits industriels mais moins pour des aliments, concurrencé qu'il est sur ce terrain par un texte plus traditionnel pour les aliments, le texte sur les tromperies (v. infra).

Décrets d'application: prévention et contrôle

Les articles L. 221-2 et L. 221-3 définissent les obligations de l'État lorsqu'il élabore les décrets d'application de l'article L. 221-1. En réalité seulement cinq décrets lui rattachent explicitement quelques produits alimentaires, il est vrai, dans des cas tangentiels:

- décret n. 274 du 26 mars 1990 relatif aux "poppers" (confiserie contenant des nitrites et ayant un effet "ludique" (?))
- décret n. 985 du 9 septembre 1992, relatif à certains produits imitant les denrées alimentaires
- décret n. 572 du 17 juin 2004 interdisant certaines confiseries gélatifiées
- décret n. 1184 du 19 septembre 2005 interdisant certaines espèces de champignons
- décret n. 286 du 13 mars 2006 relatif aux produits composés solidairement d'éléments comestibles et non comestibles (décoration, jouet).

L'essentiel des décrets relatifs à la sécurité des tous les produits se greffent sur une loi-base: la tromperie de l'article L. 213-1 du code de la consommation, issue de la loi du 1^{er} août 1905 (Henri Temple et al, in La loi du 1^{er} août 1950, Doc. Fr. 2007).

Sur ce texte qui, à la différence de l'article L. 221-1 est assorti de sanctions pénales se greffent une profusion de décrets d'application, eux-mêmes assortis d'arrêtés et de divers textes consacrés aux détails de leur mise en œuvre concrète.

Ils couvrent les additifs, les alimentations particulières (diététiques, compléments), toutes les boissons (alcooliques et non alcooliques), les arômes, les auxiliaires technologiques, les corps gras, bouillons et potages, café, thé ou chocolat, produits carnés, confitures, conserves, poissons et crustacés, contaminants, poids et mesures, eaux, fruits et

légumes, céréales, emballages, étiquetage, foies gras, fromages, huiles, gommes à mâcher, jus, traitements particuliers les labels et appellations, les laitages, les surgelés, œufs, volailles, produits sucrés etc... Mais aussi d'autres produits non alimentaires (cosmétiques; médicaments et appareils de consommation courante).

Application jurisprudentielle

Les tribunaux ont fait de nombreuses applications de ces textes, notamment pour sanctionner pénalement les fraudes ou les falsifications mais, dans le champ de notre investigation, c'est surtout l'article L. 213-2 du code de la consommation qui retient l'attention (ainsi que L. 213-3) qui porte au double les peines (soit quatre ans de prison et 75 000 euros d'amende) lorsque la tromperie présente un danger pour l'homme (ou l'animal). Ces peines s'appliquent aussi bien à l'importation qu'à l'exportation, en plus de l'application à la production destinée au marché national

La règle de précaution

Le désir de sécurité est poussé si loin que, par précaution (*primum non nocere...*), dans le cas où "une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé mais où il subsiste une incertitude scientifique..." des mesures provisoires, notamment de retrait ou de rappel, pourront être adoptées, le temps que l'incertitude soit tranchée, dans un sens ou dans l'autre. Le principe de précaution, est donc d'abord un principe scientifique. Il fut d'abord posé par les lois sur la protection de l'environnement ; puis dans le règlement alimentaire européen 178/2002; mais pas encore dans le code de la consommation.

3. L'obligation générale de conformité

Dans la tradition juridique le terme de conformité est à la fois ancien et ambigu. En effet, il concernait l'exigence, pour le bien vendu, d'être conforme à la volonté des parties à la vente, et tout particulièrement à celle de l'acheteur.

Il s'y est adjoint, plus récemment, la formulation expresse d'une exigence de conformité aux règles légales et réglementaires, devenues,

c'est à remarquer, profuses en matière alimentaire et, plus généralement, pour les produits de consommation.

Dans sa nouvelle acception la conformité se rapproche alors de l'obligation (séculaire) de "loyauté marchande". Elle en constitue bien, en fait, un avatar imprégné néanmoins très fortement de l'idée d'ordre public, puisqu'on touche de près à la santé de la population et à la loyauté de la concurrence sur le marché.

Code de la consommation, article L. 212-1: "Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs.

Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur."

Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur

Ce texte précise et développe, pour tenir compte de la masse et de la technicité des réglementations modernes, une règle contractuelle plus ancienne, celle de l'article 1135 du code civil, ainsi que la façon d'en contrôler l'application effective.

"Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité et l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."

Pour les aliments le Règlement 178/2002 relaie et précise pour le domaine alimentaire dans tous les pays d'Europe, France incluse, cette obligation. L'article 14 (9) de ce texte dispose que... "sont considérés comme sûres [les denrées alimentaires qui] sont conformes aux dispositions spécifiques de la législation alimentaire nationale..." de l'Etat où s'effectue commercialisation.

Mais l'article 17 édicte que les professionnels "du secteur alimentaire... veillent, à toutes les étapes de la production, de la transformation et de la distribution ... à ce que les denrées ... répondent aux prescriptions de la législation alimentaire..."

On est donc en harmonie avec le droit français qui expose que "le responsable de la première mise sur le marché d'un produit [pas

seulement alimentaire] est ... tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur.”

C'est avant tout l'importateur qui est visé: il ne sait pas exactement comment l'aliment est produit et l'exportateur étranger, de surcroît, n'a pas toujours bien intégré le fait que, pour être commercialisé sur le territoire européen, son produit alimentaire doit, depuis le champ, être élaboré en conformité avec les règles de la CE, y compris celles du pesage, de l'étiquetage, de l'emballage.

L'importateur doit donc, pour éviter une grave crise de consommation, obtenir la certitude que son vendeur est doté, entre autres, d'un système d'autocontrôle (voir ci-dessous B.1.1.4).

Contrôles administratifs

Même si, désormais, l'administration contrôle avant tout si l'entreprise s'est dotée d'un management de l'autocontrôle (voir infra), les administrations, nationales et même européennes, peuvent exercer les contrôles classiques de conformité.

Les autorités qualifiées pour la recherche et la constatation de la non-conformité (y compris l'insécurité ou l'insuffisance d'information) sont listées (article L. 215-1 du code de la consommation) et leurs pouvoirs administratifs et judiciaires encadrés (article L. 215-3 et suivants du code de la consommation). Leurs pouvoirs sont étendus au contrôle du respect en France des règlements communautaires (article L. 214-3 du code de la consommation) mais, pour la conséquence pénale de la transgression de ces règlements en France, des décrets en Conseil d'état doivent constater que les règlements doivent bien être considérés comme des mesures d'exécution de la répression de la tromperie (Crim. 4 nov 2003, Dr pénal 2004, comm n. 38 ; Crim 10 oct 2006, Bull. Crim. n. 247. Ces deux arrêts accèdent aux demandes de poursuites pénales étayées sur un élément légal posé par les règlements communautaires).

La Commission européenne peut, sur demande d'un État membre et où l'avis de l'AESA, suspendre la distribution, l'importation des produits alimentaires dangereux, suspects ou non conformes (article 53 du règlement 178/2002).

Domaine d'application

Il est immense. Dès lors qu'une règle est imposée par un texte, et qu'elle n'est pas respectée, le produit devient non conforme et donc illicite. Le retrait du marché est la moindre des menaces. Ainsi – pensons-nous – une insuffisante traçabilité (article 18 du règlement 178/2002) rend le produit non conforme (Henri Temple, Traçabilité des produits alimentaires et non alimentaires: l'ampleur des contraintes in, Revues des techniques des ingénieurs, n° 11,2008, TR880).

Sanctions

On retrouve des sanctions proches de celles qui frappent les produits dangereux et les opérateurs concernés.

Sanctions pénales et administratives (v. supra sous obligation générale de sécurité)

Sanctions civiles allant de la nullité du contrat de vente de la denrée non conforme, aux dommages et intérêts. Le dégât commercial peut s'avérer colossal.

Les sanctions pénales, classiques, vont de la publicité trompeuse à la tromperie (voir supra Obligation générale de sécurité).

4. L'obligation générale d'autocontrôle

L'autocontrôle (ou *self monitoring*), c'est le fait, imposé par la loi, pour un professionnel de mettre en place un management privé (interne ou externe) du contrôle de la conformité, de la sécurité, de la loyauté, de la traçabilité (et même pour les aliments de la qualité organoleptique) du produit.

Le professionnel sera – à notre sens – inévitablement, aussi, conduit à vérifier que ses fournisseurs ont eux-mêmes mis en place un système sérieux d'autocontrôle ou de certification.

Pour les aliments c'est le *Codex alimentarius* de la FAO qui est à l'origine d'un tel système qui transfigure la place de l'entreprise dans le système de production et de distribution mais qui modifie aussi, profondément, la posture traditionnelle de l'Administration. En effet, cette dernière, non seulement peut exercer classiquement ses prélèvements et analyses mais, surtout, désormais, elle contrôlera la qualité et l'efficacité des systèmes d'autocontrôle mis en place par

l'entreprise: laboratoires et services de réglementation internes, ou instituts externes de certification des produits.

Pour tous les produits, en France, toujours dans le cadre de l'article L. 212-1 du code de la consommation, "le responsable de la première mise sur le marché ... est tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur."

Et, à tout moment l'Administration peut lui demander de "justifier les vérifications et contrôles effectués".

Un importateur (mais la règle vaut pour tous les professionnels de la filière) qui s'abstiendrait d'effectuer les vérifications nécessaires commettrait une négligence interdisant de plaider la bonne foi ce qui ne lui permettrait pas d'échapper à la sanction pénale (Crim. 30 oct 1990, BID 1991, n. 4, p. 24). Ce contrôle doit être effectué conformément aux règles des bonnes pratiques de laboratoire, un contrôle d'échantillons ne suffirait pas à exonérer pénalement et, a fortiori, civilement (Paris, 18 mars 1992 CCC 1992, n. 212 ; Crim. 17 janvier 1996, D. affaires, 1996,674 ; Crim. 10 avril 1997, B.C. n. 138).

Le Règlement 178/2002 approfondit les devoirs légaux de l'autocontrôle (article 17). Nous pensons aussi, clairement, que l'obligation de traçabilité exposée à l'article 18 (règlement 178/2002) est à la fois:

- un objet de conformité, c'est-à-dire que le professionnel doit être certain que le produit est complètement tracé en amont et au sein de sa propre entité économique jusqu'aux lots à la sortie
- un moyen de vérifier en aval la qualité et la sécurité.

En effet, d'une part l'article 18 du règlement contraint les "exploitants" à disposer "de systèmes et de procédures permettant d'identifier les entreprises auxquelles leurs produits ont été fournis" (traçabilité aval).

D'autre part, l'article 19 du règlement met à la charge du professionnel "exploitant" l'obligation de retirer un produit non sûr même lorsque ce dernier "ne se trouve plus sous [son] contrôle direct..." Et même "lorsque le produit peut avoir atteint le consommateur, l'exploitant informe les consommateurs de façon effective et précise des raisons du retrait et, au besoin, rappelle les produits déjà fournis aux consommateurs..."

De telles obligations ne pourront être assumées que si les systèmes d'autocontrôle et de traçabilité sont modernes, performants et "osmotiques".

II. Les sanctions des obligations générales

1. Sanctions préventives générales

En cas de danger grave et immédiat, diverses mesures générales peuvent être adoptées pour prévenir les atteintes à la sécurité des consommateurs.

Certaines de ces mesures seront **provisoires** qui sont, pour certaines, nationales: mise en garde adressée au public par la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC) ou par l'Agence française de sécurité des aliments (AFSSA). Un avis de la CSC ou de l'AFSSA peut être rendu public et la commercialisation suspendue par arrêté (maïs, huile de tournesol, Coca-Cola, poulet, steak haché, vin, poissons, bonbons, conserves, asperges...). Pour les autres produits des médicaments cosmétiques, outillages, mobiliers appareils de chauffage). L'arrêté est pris par le ministre sur la base légale de l'article L. 221-5 du code de la consommation. Par exemple: des conserves (CE 28 oct. 1991, JCP E 1991), du maïs transgénique (CE 11 déc. 1998, D 1999 somm. 341).

Les mesures provisoires peuvent même être prises au niveau local par le préfet (article L. 221-6 alinéa 2 du code de la consommation), voire le maire (règlement sanitaire départemental, code des communes etc.).

Le règlement 178/2002 complète ce dispositif strictement national par le principe de précaution (article 7) au nom duquel "des mesures provisoires de gestion du risque (y compris de restriction du commerce intra-européen) [...] peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques".

D'autres mesures sont **préventives mais définitives**, souvent administratives, moitié prévention, moitié sanction, telles celles qu'évoquent le code de la consommation et le Règlement 178/2002.

Il s'agit purement et simplement du rappel et du retrait aux fins de destruction définitive (article 19 du règlement et L. 221-2 du code de

la consommation) et, enfin, de l'interdiction totale de vente, par décret (article L. 221-3 du code de la consommation). Une telle interdiction est, bien entendu, étendue à l'importation mais – c'est plus nouveau – aussi à l'exportation.

Le corpus juridique français peut y ajouter la fermeture de l'établissement et l'affichage de la décision (article L. 223-1 du code de la consommation).

2. Sanctions pénales

S'il n'existe pas d'arsenal communautaire européen³, le système français, lui, est prodigue de sanctions pénales, évoquées brièvement ci-après.

Article L. 223-1 du code pénal: est réprimé le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou blessure en raison d'une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière (dans un texte spécial) de sécurité.

L'infraction est constituée même s'il n'y a pas de préjudice. En revanche, s'il y a atteinte à l'intégrité physique, plus ou moins grave selon la durée de l'incapacité (± 3 mois), on fera application des articles 222-19 ou R. 622-1 du code pénal.

Mais le code de la consommation contient lui aussi les infractions pénales de l'article L. 213-3, si l'aliment est mis en vente, à l'article L. 213-4 (souvent appliqué aux restaurateurs) pour le seul fait d'être "trouvé(s) détenteur(s)" de denrées corrompues, toxiques, falsifiées (Crim. 12 déc. 1991 BID 1992 n. 6, p. 24 ; Crim. 26 janv. 1999, BID 1999, n. 6, p.39: peu importe que le prévenu proteste de son intention de changer l'huile de cuisine...).

Bien sûr, l'atteinte à la vie (article L. 221-6 du code pénal) peut, malheureusement, être réalisée, mais très difficilement l'empoisonnement (article L. 221-5) soumis à des conditions de droit très strictes.

Ces sanctions sont les plus graves car elles peuvent porter atteinte à la liberté du chef d'entreprise ou de ses cadres complices ou co-auteurs.

La prison, en effet, jusqu'à quatre ans en cas de circonstances aggravantes, est prévue par de nombreux textes, non seulement en cas de danger pour la santé publique, mais aussi de fraude. Or, contrairement

au premier sentiment à ce sujet, c'est assez fréquemment la prison ferme, et pas seulement avec sursis, qui est prononcée. Les exemples sont très nombreux.

L'amende, peut assortir ou suppléer, la prison mais on ne doit pas non plus perdre de vue les **peines dites complémentaires ou accessoires** (interdiction de gérer une entreprise, publication dans la presse ou sur les portes de l'établissement de la décision, fermeture judiciaire...). Le défaut d'information ou la fausse information (par commission ou omission) peut générer une infraction pénale. Les plus connues sont la publicité trompeuse ou – désormais – déloyale – la tromperie...

Si le défaut d'information provoque des maladies ou blessures (on pense aux allergies), le délit de mise en danger peut-être constitué (article L223-1 du code pénal).

Ainsi, le vendeur d'un produit vanté comme naturel, alors qu'il contient, même en faible quantité, un produit chimique encourra les peines de tromperie de l'article L. 213-1 du code de la consommation (Crim. 20 déc. 1988, D. 1990, somm. 361).

3. Sanctions administratives

Elles sont plus graves pour l'entreprise que pour son chef, mais peuvent aboutir à la mort de l'entreprise.:

- fermeture provisoire ou définitive de l'établissement,
- interdiction provisoire et ciblée de commercialiser un produit,
- retrait ou rappel de ce produit
- saisie en douane des marchandises, à l'export ou à l'import,
- refus ou retrait d'une autorisation ou agrément administratif,
- interdiction définitive d'un composant alimentaire

4. Sanctions civiles

Le professionnel convaincu d'avoir fabriqué, importé ou distribué un aliment dangereux devra, outre les sanctions administratives et pénales ci-dessus évoquées, indemniser le préjudice.

On pense bien sûr à la victime (le consommateur) qui pourra utiliser la voie commode des articles 1386-1 et suivants du code civil qui facilitent grandement la demande d'indemnisation en la dispensant d'établir la faute du professionnel: la défectuosité du produit suffira. Et

“un produit est défectueux lorsqu’il n’offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre.” (article 1386-4 du code civil).

Ainsi, la boucle est bouclée puisque cette formule reprend, au mot près, les termes de l’obligation générale et légale de sécurité (voir article L. 221-1 du code de la consommation) (voir supra).

Mais le consommateur n’est pas la seule victime potentielle: outre les transporteurs et les travailleurs du secteur, on ne doit pas oublier les professionnels qui, opérant dans la filière, peuvent se voir eux-mêmes poursuivis, la marchandise refusée (à la frontière, par exemple), et être assignés par leur sous-acquéreur, car une denrée dangereuse est évidemment non conforme aux contrats commerciaux de vente et de revente.

Ces obligations générales sont les fondations sur lesquelles s’édifie, peu à peu, toute la construction du droit des produits

L’introduction de l’action de groupe en droit français (loi du 17 mars 2014 ; art. 423-1 code de la consommation) ne va pas beaucoup développer les condamnations judiciaires en ce domaine puisqu’elle est

réservée aux seuls préjudices économiques, à l’exclusion des dommages corporels.

Répercussions économiques

Elles peuvent être beaucoup plus graves que les sanctions juridiques elles mêmes dont elles sont la conséquence induite. Elles peuvent aller jusqu’à la disparition de l’entreprise ou son rachat par un concurrent qui profite de son affaiblissement.

Conclusion:

Ces obligations générales sont les fondations sur lesquelles s’édifie, peu à peu, toute la construction du droit des produits. Elles en sont le socle inébranlable et en fondent toute la cohérence.

Notas

- * Henri Temple. Co fondateur et co Directeur du Centre de droit de la consommation Université de Montpellier (France). Avocat, expert international.
1. Le droit de la consommation est d'apparition récente en tant que discipline autonome (années 1970) mais il a pris une grande importance dans le management.
 2. Les mots "sécurité des aliments" et "sécurité des denrées alimentaires" y figurent deux fois. Et plus de vingt fois dans les considérants...
 3. La matière pénale (infractions, poursuites, sanctions) est de la compétence réservée de chaque Etat.

EL AMPARO DEL
CONSUMIDOR
A TRAVES DE LA
EMPRESA.
EL CONCEPTO
FRIENDLY BUSINESS

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ OROZCO
Abogado y Co-Founder “Quaestio Soluciones”

EXCERTOS

“El consumidor como sujeto, se mantiene como una unidad débil en la relación de consumo, que individualmente dispone de una capacidad “limitada” para enfrentarse a las grandes corporaciones”

“La visión actual sigue la línea marcada, con la imagen del consumidor como sujeto inferior subordinado a la voluntad de la empresa, pero con un carácter asociativo que ha supuesto la creación de organizaciones protectoras de los intereses de los consumidores, con peso bastante como para promover, con mayor o menor éxito, regulaciones y directrices internas en algunas de las economías más fuertes del globo”

“La economía mundial, en las relaciones de consumo, básicamente se rige por el principio de la oferta y la demanda, inicialmente con la posición dominante del oferente que ha derivado en una desviación de la curva a favor del demandante de esa oferta”

Mucho ha llovido desde el 15 de marzo de 1962 en el que John Fitzgerald Kennedy, en su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos, ofreciera su visión del concepto de consumidor. Desde entonces la producción normativa y el interés por esta materia se ha ido acrecentando, tratando de seguir la estela de una economía de mercado en constante desarrollo y que con el efecto de las nuevas tecnologías y la globalización de los mercados, manteniendo un pulso en evidente desventaja y con grandes dificultades para obtener un consenso entre todos los grupos que intervienen en las relaciones de consumo.

Vision actual de la proteccion del consumidor

Desde que JFK pronunciase aquel discurso, el desarrollo de la tecnología ha provocado una evolución de las relaciones de consumo de unas dimensiones tales que se escapan al control de los gobiernos, donde la relación directa de los consumidores con las empresas no se controlan hasta que el propio consumidor se ve afectado por la violación de alguno de sus derechos y lo pone en manos de los organismos diseñados para la protección de estos.

“El consumidor como sujeto, se mantiene como una unidad débil en la relación de consumo”.

La visión actual de la protección del consumidor viene precedida de un maremágnum legislativo que emana de la gran heterogeneidad de supuestos que afectan a la protección del consumidor, y que cada vez se complica más por la creciente competencia comercial auspiciada por el desarrollo tecnológico que propicia las relaciones comerciales directas por empresas y consumidores situados en los polos opuestos del mundo, de países con regulaciones que en muchos casos difieren de las nacionales del propio consumidor relativas a la protección que este merece.

El consumidor como sujeto, se mantiene como una unidad débil en la relación de consumo, que individualmente dispone de una capacidad “limitada” para enfrentarse a las grandes corporaciones. El ejercicio de esta protección de los intereses de los consumidores se viene realizando dentro de los mercados internos de cada país, en los que cada gobierno

mantiene unas líneas concretas de actuación para la defensa de los consumidores nacionales. Pero sus actuaciones difícilmente pueden ir más allá de sus fronteras.

Las nuevas tecnologías, al igual que a las empresas, han facilitado que la presencia de los consumidores también se globalice, y se incrementa la capacidad de ayudar y proteger a los consumidores a través de organizaciones de carácter internacional, como *Consumers International* (CI), desde un ámbito generalista, u otros tipos de organizaciones con campos de actuación específico, como la Organización de la Alimentación y la Agricultura de Naciones Unidas (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) como protectores y desarrolladores de los derechos de los consumidores a nivel mundial.

En pocas palabras, la visión actual sigue la línea marcada, con la imagen del consumidor como *sujeto inferior subordinado a la voluntad de la empresa*, pero con un carácter asociativo que ha supuesto la creación de organizaciones protectoras de los intereses de los consumidores, con peso bastante como para promover, con mayor o menor éxito, regulaciones y directrices internas en algunas de las economías más fuertes del globo.

La desincentivación de la empresa en el derecho de consumo

¿Por qué hablar de *la desincentivación de la empresa en el derecho de consumo*? Poco se ha hablado de esta porque hasta la fecha no se ha empezado a valorar desde la perspectiva empresarial los efectos del derecho de consumo y la protección de los consumidores en el ámbito económico empresarial.

Usando un símil de la filosofía antigua, casi tan conocido como su autor, la situación de las empresas en las relaciones de consumo las podríamos identificar como el mundo de las sombras que describe Platón en la Alegoría de la caverna o Mito de la caverna, donde las empresas únicamente ven una sombra de lo que la realidad representa, o así la han asumido sin buscar esa luz que proyecta las imágenes sobre su mundo de comprar y vender, oferta y demanda, ganar o perder.

“Las empresas aparecen en el mercado de consumo como un enemigo sin ser premiadas por realizar buenas prácticas ante los consumidores”.

Obviamente la perspectiva que tiene las relaciones de consumo, en cierta forma interesan a las empresas pues actúan como contrapunto a la acción desarrollada por los gobiernos para la protección de los derechos de los consumidores, en los que no parece que el sector empresarial haya intervenido con el fin de lograr unos mínimos consensuados, y teniendo en cuenta su posición, lógicamente prefieren mantener una posición de fuerza en un marco poco regulado que les “permite” seguir actuando a su “libre albedrío”.

A corto o medio plazo las empresas no ven o no quieren ver ningún tipo de beneficio en este terreno, pues la pérdida que perciben a través de los protectores de los derechos de los consumidores, es mínima en relación con el beneficio que les pudiera suponer una actitud activa en el enfrentamiento con el consumidor y los organismos gubernamentales. O así se la han hecho ver, o podríamos presuponer la falta de interés en los poderes facticos en un equilibrio del *status quo* de las relaciones de consumo.

¿Es realmente la atención al cliente una atención al consumidor?

Lo que hay actualmente sigue siendo una perspectiva de cómo las empresas aparecen en el mercado de consumo como un enemigo sin ser premiadas por realizar buenas prácticas ante los consumidores. Se las representan como un depredador, cuando podríamos interpretar que únicamente lucha por sus intereses, como cualquier persona, es decir, ante el derecho de consumo y la protección de los consumidores, la empresa se percibe como causante del mal por parte de consumidores y administraciones, sin facilitarles medios o apoyarles en proyectos de mejora de imagen y productos. Y esto hace que el sector empresarial no quiera participar de esa protección de los consumidores.

Como afrontan las empresas la formación en atención al consumidor

Atención al consumidor ¿Un término extraño? Se podría decir que las empresas utilizan el término Atención al cliente, como si fuera una atención al consumidor, pero ¿Es realmente la atención al cliente una

atención al consumidor? La realidad y la experiencia nos afirma que NO. Que la atención al cliente, en algún supuesto especial se transforme en atención al consumidor, si es cierto, pero la confusión de los términos con el objeto que cada una conlleva distorsiona la finalidad que se presupone a cada tipo de servicio de atención.

El gasto que destinan las empresas a la formación de atención al cliente, es muy grande, con el claro objetivo del incremento de las ventas y de la calidad, mostrándonos una doble vertiente en lo que podemos entender como calidad de atenciones al cliente: 1.- La calidad entendida como solucionar técnicamente de forma acertada y eficiente las demandas y necesidades de los clientes cuando nos piden información y asesoramiento. 2.- La calidad entendida como el proceso de compra más amigable y confortable que puede recibir un cliente: el trato, la calidad de atención, la interpelación humana y el proceso de marketing y comunicación que influye en todo el proceso. (Entrevista, Francisco Martín Alcón, 2015).

Esto supone un gran avance en cuanto a que se vislumbran algunas pinceladas de interés por el consumidor. Pero esta formación se centra en el punto de vista comercial, en la relación directa con el cliente pero siempre con la intención de vender o fidelizar a través de nuevos productos. A lo largo del tiempo, las empresas han empezado a prestar atención a los consumidores dada la creciente regulación en la protección de sus derechos, pero siempre desde la perspectiva del cliente o futuro cliente, e instaurando en sus planes de formación cursos orientados a la gestión de quejas y reclamaciones, pero con igual orientación comercial. Es decir, el fin es mantener la venta y satisfacer al cliente descontento, pero sin ampliar la mira a lo que la protección del consumidor supone.

Según las circunstancias socioeconómicas y de mercado, la formación que proponen las empresas, van orientadas de una u otra manera, buscando la estrategia que se considere más adecuada en ese momento. Así la formación puede estar orientada a actuar de forma más activa o pasiva hacia el cliente, con técnicas agresivas de venta, el uso de la comunicación verbal, formación para la fidelización, o resolución de quejas y problemas, entre otras muchas opciones, pero siempre con el objetivo de captar y mantener al cliente en la cartera.

Cliente: “sujeto receptor del bien, producto o servicio a cambio de dinero”.

Aquí es donde podemos ver la incongruencia de la orientación de las empresas hacia el consumidor. El concepto consumidor posee un componente ético que es el pilar fundamental en su formulación, que trata de instar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios, así como de su distribución, a adoptar normas éticas de conducta para la protección de los consumidores. No así como se detrae del término cliente, que es sobre el que funcionan las empresas, como el “*sujeto receptor del bien, producto o servicio a cambio de dinero*” (Reizenstein, Richard C, (2004). “Customer.”; Kendall, Stephanie D. (2007). “Customer Service from the Customer’s Perspective”) orientando sus planes de formación a la inducción de situaciones de necesidad y creación de expectativas que generen un estado de satisfacción del sujeto-cliente.

Queda plantearse la cuestión de si ¿Las empresas destinan los fondos empleados en ese servicio a una finalidad realmente útil para el negocio?

La confianza como pilar de la calidad del producto

Partiendo de la definición de *confianza* como la “creencia de que la otra parte realizará acciones que tendrán resultados positivos, así como la creencia de que la otra parte no realizará acciones inesperadas que podrían terminar en resultados negativos” (Anderson y Narus, “A model of distributor firm and manufacturer firm working partnerships”, The Journal of Marketing, 1990), nos ofrece una perspectiva conductual del cliente que en ningún momento la empresa podría prever, pues estas (las empresas) son los sujetos pasivos que han de ser beneficiados por esas conductas.

¿Pero como obtienen las empresas esa confianza? El marketing es la herramienta que las empresas emplean para transmitir confianza a los consumidores, pero son ellos quienes deben ser receptivos con esa imagen. Es por ello que se afirma la bidireccionalidad del marketing humano, que tiene un origen generador a la vez que receptor. La parte generadora crea un sistema de interacciones en el que la imagen, los valores, las habilidades y los argumentos diferenciales de la empresa

actúan creando un entorno de cordialidad y “respeto” que rigen la relación de consumo (Marketing Humano III: cuestión de confianza “Pablo Adán Micó y Guillem Recolons, 2011).

El objetivo de las empresas a través del marketing no es otro que “*generar credibilidad y confianza en tus potenciales clientes para conseguir su compromiso, participación y fidelización con tu marca*” (“Como generar credibilidad y confianza en tus potenciales clientes para conseguir su compromiso, participación y fidelización con tu marca”, Marta Rodríguez, www.increta.com, 2014).

Pero ¿por qué hablamos de la confianza a través de la calidad del producto? Sencillo. Porque se podría decir que la confianza del consumidor nace en la post-venta del producto en función del grado de satisfacción del cliente sobre dicho producto. Existe un estudio realizado por la empresa Research Now que muestra que la confianza del cliente proviene de la calidad de sus productos ya que, según exponen, el 78% de clientes le daría a los nuevos productos una marca, que hubieran adquirido con anterioridad, una oportunidad, e incluso, en el 50% de los casos estarían dispuestos a pagar más por ellos.

Con todo ello vemos que la citada confianza, que el objetivo empresarial pretende, proviene principalmente de situaciones preventa tratando de modificar la premisa de la confianza que realmente proviene de la propia experiencia con el producto.

“El marketing es la herramienta que las empresas emplean para transmitir confianza a los consumidores”.

En la actualidad, se están realizando en países de la Unión Europea nuevos estudios, con el objeto de determinar los nuevos fundamentos que inspiran la confianza y seguridad de los consumidores en las marcas a la hora de realizar una compra, principalmente a través del comercio online. Y las conclusiones que se pueden extraer determinan la necesidad de adaptación de las formas de marketing de las empresas, sobretodo en el mercado online, ante la evolución del comportamiento y de los hábitos de los consumidores, que empiezan a no basar sus compras únicamente en el producto y su precio. Si no que la muestra de su confianza empieza a tomar otro tipo de referentes que no se basan únicamente en el producto, si no en hechos que podríamos identificar que están más relacionados con la relación que se genera con la empresa

vendedora, que es con la que se mantiene la verdadera relación de consumo, que con el bien adquirido en sí. Es decir, que el grado de satisfacción y confianza en la marca o empresa, comienza a ser más valorado por factores que generan la tranquilidad del consumidor en la seguridad y protección de sus derechos durante la post-venta durante el período pre-venta.

Los citados estudios revelan que los consumidores, actualmente, antes de realizar la compra online, tienen como principales referentes a la hora de realizar una compra, que la empresa de la que van a adquirir el bien o servicio, en el 35% de los casos, disponga de un distintivo de calidad, y como segundo referente, en el 25% de casos, la accesibilidad o facilidad de interrelacionarse con la empresa.

Estos factores nos hacen recapacitar sobre la importancia que los consumidores comienzan a darle a la protección de sus derechos antes de depositar su confianza en un producto si no han realizado antes un ejercicio de reflexión acerca del respeto empresarial hacia sus derechos.

El sentimiento de la empresa

La tendencia empresarial es, haciendo una interpretación del enfoque de la empresa que pudiéramos extraer de las directrices indicadas por la ONU, la del uso de prácticas comerciales abusivas. Obviamente hasta la fecha las empresas han sido consideradas como el enemigo por los consumidores en las relaciones de consumo, y aunque históricamente podemos afirmar que ha sido así. La entrada en juego de la imagen del consumidor es la que ha generado un nuevo desequilibrio, pues ahora, en cierta forma son las empresas las que se ven como el caballo perdedor de las relaciones de consumo por ese crecimiento en la regulación de la protección del consumidor.

La economía mundial, en las relaciones de consumo, básicamente se rige por el principio de la oferta y la demanda, inicialmente con la posición dominante del oferente que ha derivado en una desviación de la curva a favor del demandante de esa oferta. El demandante tiene el poder de decidir y exigir al oferente unas garantías, pero en ningún momento se ha trabajado en generar el equilibrio en el *status quo* de las relaciones de consumo. El oferente y el demandante,

la empresa y el consumidor, siempre han sido antagónicos por cuestiones de puro interés, cuando la realidad es que están obligados a entenderse. Pero es necesario el entendimiento de este hecho por ambas partes y luchar por un nexo de conexión que ni perjudique la economía empresarial y que en todo caso mantenga esa protección del consumidor individual.

Si algo nos ha enseñado la historia es que la imposición de normas únicamente genera enfrentamiento entre “dominante” y “dominado”. La relación de consumo no debería de actuar como tal, pues esta relación difiere en cada caso en particular, las múltiples variables son tan difíciles

“El cliente NO siempre tiene la razón”, pero se ha de tener en cuenta estas razones porque aprender de un problema puede suponer una mejora que reduzca problemas futuros

de determinar que ambas partes deberían de aceptar unos mínimos para que se pudiesen colocar ambas posiciones dentro de un marco que generase la confianza de los consumidores hacia las empresas, y de las empresas ante los órganos de protección de los consumidores, minimizando los daños colaterales en un marco de actuación con unos mínimos de aceptabilidad de daños, manteniendo en equilibrio la economía global en busca del bien común, y perjudicando a aquel que no quiera actuar dentro de ese marco establecido por

una nueva “regulación” que reduzca las distancias entre las partes.

“Aprender de un problema puede suponer una mejora que reduzca problemas futuros”.

Por desgracia o por fortuna, desconocemos si el desequilibrio del *status quo* de las relaciones de consumo se mantiene por la mera desidia gubernamental, promovidas por personas con intereses ajenos a su deber frente a los que representan o por esas pocas personas que dirigen las grandes empresas, promovidas por la avaricia y que hacen que las grandes marcas para las que trabajan se vean afectadas por malas decisiones tomadas por unos pocos y de las que nunca serán responsables personales.

“Por definición, el término ‘consumidores’ nos incluye a todos”, dijo John F. Kennedy en su discurso ante el Congreso. “Ellos son el

grupo económico más amplio que afecta y es afectado por casi cada decisión económica pública o privada. No obstante, es el único grupo importante... cuyas opiniones a menudo no son escuchadas”.

Haciendo una reflexión sobre la definición dada por Kennedy del término “consumidores” como grupo económico no hace sino acrecentar la importancia de prestar la atención por parte de las empresas a las opiniones formuladas por estos, como un valor de activos de la propia empresa. Hemos de ser realistas de que “el cliente NO siempre tiene la razón”, pero se ha de tener en cuenta estas razones porque aprender de un problema puede suponer una mejora que reduzca problemas futuros. Y ahí está el plus de imagen que las empresas recogerían de llevar a cabo unas actuaciones que se verían recompensadas por una mayor y mejor aceptación de su producto en la relación de consumo.

La cuestión que debería plantearse el sector empresarial es sencilla, ¿Opero realmente dentro del área de confianza de un consumidor?

Hacia unos estándares en la globalización. Una solución armonizadora

La globalización del comercio que afecta al ámbito de los consumidores por su directa participación en las relaciones de consumo en las que el consumidor y el vendedor, a pesar de las distancias, beneficiados por las facilidades proporcionadas por el comercio electrónico y el consumo digital, requieren de un consenso en la interposición de unos estándares globales que procuren una seguridad jurídica dentro del campo de la contratación de los particulares con empresas de ámbito internacional y que generen un vacío en la interrelación de los sujetos que deviene en dificultades prácticas al existir numerosos inconvenientes a la hora de proteger los derechos de los consumidores, y que a las propias empresas gracias a la apertura del mercado electrónico hace que les sea indiferente el hecho de que sus productos no se adecuen a las normativas internas de cada país, generando una inseguridad jurídica sobre los productos y los propios consumidores a los que se les dificulta, por no decir, imposibilita, el acceso a su derecho de protección.

El consenso sobre unos estándares en el comercio global abre una ventana a la creación de ese marco normativo al que nos referíamos anteriormente, en el que tanto consumidores como empresas deberían de aceptar unos mínimos regulatorios de las relaciones de consumo, basados en el respeto mutuo y con una base protectora y de seguridad sobre el consumidor final, pero aceptando esta una posibilidad de riesgo mínimo aceptable en cuanto a la seguridad del producto y la aceptación responsable de la calidad de lo que se está consumiendo, pues hay que recordar que el acto de consumo, queramos o no, sigue siendo una acción de libre elección por parte de los consumidores y por tanto está sujeta al principio de autonomía privada de las partes.

Hasta la fecha todas las actuaciones realizadas tanto por los organismos nacionales como internacionales, han tratado de forzar a las empresas al cumplimiento de normativas sin ofrecerles alicientes y con finalidades, generalmente, coercitivas.

Desde la perspectiva empresarial, la imagen que se percibe del derecho de los consumidores es la de una normativa residual y de poco valor, y en todo caso con disposiciones de aspecto sancionador/perjudicial para las empresas, lo que hacen que lo traten como un daño colateral al que únicamente se tiene en cuenta como una partida económica por los posibles sucesos que contravengan la citada normativa.

La armonización de unos estándares normativos, que en la actualidad ya son necesarios por el efecto de la globalización, que fuesen plenamente aceptados por ambas partes en las relaciones de consumo, tales como unos mínimos de información, acceso y un sistema de resolución de los conflictos activa pero no ejecutiva, generaría ese marco de “confiabilidad” entre las empresas y los consumidores, abriendo la ventana a un efecto domino dentro de los mercados internos, y sobre todo en las relaciones de consumo generadas mercado presencial u off-line, tanto con las empresas de gran consumo, como con los pequeños establecimientos de la calle.

“Es necesario el consenso de unos estándares normativos mínimos de información, acceso y un sistema de resolución de los conflictos activa pero no ejecutiva”.

El concepto *friendly business*. La oportunidad

Ese sentimiento de antagonismo de las empresas acerca de los consumidores, se mantiene dentro de un enfoque puramente comercial, usando la confianza como elemento vehicular a través de acciones de marketing para generar ventas.

La interpretación que las empresas han dado al término *friendly business*, es de “algo más que una mera disciplina, es una actitud, un comportamiento que debe definir nuestros contactos con todo aquello que rodea e influye en nuestra empresa”, “se basa en establecer una relación directa, simple, sencilla, flexible y multidireccional con los distintos grupos que la evolución el entorno social y económico genera de forma continua y cambiante, sin limitarse a los tradicionales grupos de interés”, es “una concepción del negocio como un acompañante, un amigo que está siempre aliado de los grupos del entorno” (Oscar Fajardo, *Manifiesto Friendly Business*, 2007).

Podemos observar como numerosas empresas, de los más variados ámbitos, han utilizado este término con el fin de dar una imagen más social de la empresa, para acercarse a la confianza de los clientes y ser atractivos, sobre todo, por mantener una relación más positiva, cercana, y, por qué no, servicial hacia los clientes. *Ecofriendly*, *age-friendly*, etc... buscan un elemento diferenciador para que el cliente se acerque a su marca, pero a través de valores sociales.

El *friendly business*, tal y como se interpreta, nos proporciona una definición orientada a la satisfacción del cliente, y a través de ella, llegar a la confianza en la marca. Pero el concepto de *friendly business*, tal y como lo asimilo desde mi perspectiva, va orientado a la confiabilidad del cliente, sin que intervenga de forma previa la satisfacción en el producto. El factor social existe, pero no debería ser la base del *friendly business*. El *friendly business* no debe considerarse una actitud como atractivo social, sino que hay que darle un enfoque práctico de fundamentos económicos-comerciales orientado al respeto del consumidor y la seguridad en sus productos, como actitud previa a la comercialización de los productos, siendo proactivos, en lugar de reactivos.

Esta interpretación da un vuelco en cuanto a la perspectiva que se tiene en 10 que se refiere al estudio de comportamientos y preferencias

que se hacen de los clientes a través de su conducta y exigencias. El *friendly business* exige la autocrítica y autoexigencia empresarial, en la que hay que empatizar con el cliente potencial y el consumidor fidelizado, a través del respeto al consumidor y las normas que lo protegen y garantizan su seguridad.

“Un consumidor que muestra su confianza, es un cliente satisfecho y fiel”.

Ser atrayente, en lugar de atractivo. Ahí reside la confiabilidad. No hay que forzar la confianza, sino que el hecho de actuar de una determinada manera es la que genera esa confianza. El cliente tiene que percibir una realidad y no una imagen forzada de la realidad. La empresa

Ser atrayente, en lugar de atractivo. Ahí reside la confiabilidad. No hay que forzar la confianza, sino que el hecho de actuar de una determinada manera es la que genera esa confianza

ha de creérselo para que el consumidor se lo crea y confíe en la relación de consumo con esa empresa, que le muestra la verdad, y basa sus relaciones de consumo tanto en su calidad de producto como calidad de servicio. Una respuesta rápida y honesta, acorde con unos estándares que el consumidor acepta y asume, porque se respetan sus derechos, asumiendo los riesgos que cualquier relación conlleva, pero que desde la confianza, los riesgos hacen que se mantenga el interés en la mejora del servicio y el producto.

La oportunidad que se nos ofrece con esta aplicación del *friendly business*, quiere decir que si la buena gestión de los clientes a través de sus comentarios, comportamiento, sugerencias y quejas sobre nuestra marca o producto, tiene un impacto directo en la rentabilidad. La implantación de un sistema preventivo de interacción con el cliente, para que este encuentre confianza en una empresa que aún no le ha apartado satisfacción, supone un incremento exponencial del valor del branding comercial, sin que el consumidor aún se haya convertido en cliente, lo que hace de la fidelización un pequeño escalón que se obtendría con el grado de satisfacción que ofrece la calidad del producto. Recordando que un consumidor que muestra su confianza, es un cliente satisfecho y fiel.

“Ser atrayente, en lugar de atractivo. Ahí reside la confiabilidad”.

Así, teniendo en cuenta que el consumidor está dispuesto a recompensar a las empresas que invierten en mejorar su gestión de clientes, y que los incumplimientos en materia de protección y seguridad de los consumidores generan perjuicios económicos previsibles en las empresas, la aplicación del *friendly business* en el sistema de calidad de la empresa, supondría una pérdida, contrapuesta al beneficio que causa, ínfima, dentro de la inversión empresarial.

Una respuesta al amparo del consumidor

“El amparo del consumidor a través de la empresa”, ese debe ser el objetivo, que sean las propias empresas, a través de su actitud y ética hacia la sociedad, las que protejan a los consumidores. Y a ese objetivo se llega desde la colaboración y la autocrítica.

Todas las partes posicionadas en las relaciones de consumo, las empresas y los consumidores como participantes directos, y las instituciones y gobiernos como participantes indirectos, deben de trabajar por un marco normativo común que promueva el equilibrio de la relación de consumo, con unos estándares justos que entrelacen los intereses de ambas partes cuando se realiza la acción de consumo. Que se afiance una ética de mercado en la que, ni lo más importante sea vender a toda costa, ni que la insatisfacción por hechos imprevisibles sea un motivo de gran penalización.

La realidad es que las empresas están trabajando en modelos de atención de calidad al cliente con una finalidad de calidad orientada hacia la venta y un proceso de compra más amigable. Estos modelos ciertamente son un gran avance para las relaciones de consumo, generando esa imagen de confianza a través de la inversión en marketing. Pero no olvidemos que esto es solo el vehículo para llegar al cliente y la venta del producto.

Desde aquí pretendemos orientar a la empresa con una nueva perspectiva. Una nueva forma de hacer desde la panorámica del derecho de consumo. Esto no significa una protección del consumidor pura y dura, pero si una forma de acción e interacción con el cliente/ consumidor de forma indirecta, pero desde lo que consideramos es

la percepción que a futuro debería de emplearse por la empresas de términos como cliente, consumidor, confianza, calidad, protección y derechos.

El área de atención al cliente y a sus quejas y reclamaciones, se suele utilizar de forma equivocada por cuanto debería estar basado en una interacción con valores éticos, y actitud receptiva de la opinión del consumidor, pues han de interiorizar que la persona de contacto no es solo un cliente, sino un consumidor desprotegido, y que su capacidad cognitiva sobre los productos o servicios adquiridos, siempre están limitados a la información que las propias empresas transmiten con ellos.

En numerosas ocasiones las empresas se han visto envueltas en situaciones comprometedoras y perjudiciales por un “incorrecto” o “inaceptable” trato hacia el consumidor, bien por perjuicios que este haya percibido sobre el producto adquirido, o bien por el trato recibido por la empresa a su queja o reclamación. Y esto lo convierte en el “malvado” dentro de la relación, y genera en el consumidor la sensación de indefensión y desconfianza.

Haciendo un análisis y reflexión sobre un suceso actual, como es el caso “Volkswagen”, podemos ver todas las situaciones sobre las que ya hemos hablado. La gran empresa contra el pequeño consumidor, el valor de la confianza a través de la calidad del producto, el coste de una mala gestión por parte de sujetos individuales que han desvirtuado la calidad de una marca y su confiabilidad. Y ahora la empresa se enfrenta a cuantiosas sanciones, la pérdida de confianza, declive de imagen... y se encuentran en la tesitura de ¿Cómo afrontar esta situación? La empresa ha quedado en una situación que, primero, pudo prever; segundo, se salió de esos márgenes mínimos de ética que deberían existir en todas las empresas, y tercero no actuaron sino hasta que ya no había marcha atrás. Y ahora, al coste que les va a suponer la restitución de la situación, la recuperación de la confianza y el precio de las sanciones mantiene en vilo la situación económica de la empresa para los próximos años.

¿Cuál habría sido el coste final si se hubiese actuado antes? ¿Si el consumidor estuviera amparado desde un principio? ¿Qué volumen de ventas necesitaran para recuperarse? ¿Cómo recuperar la confianza?

El hecho de disponer de un área de atención al consumidor, basado en la ética y el cumplimiento de las normas, haciendo el *Friendly Business* del que hablábamos, con una percepción del consumidor en el servicio postventa... el invertir en estas cualidades. ¿Dónde estaría ahora la imagen de esa marca de automóviles?

Definitivamente, el hecho de amparar al consumidor desde la empresa, hace que las raíces de la confiabilidad y la imagen de calidad sean más fuertes. Con un sistema interno y efectivo de la gestión de quejas basado en el respeto del consumidor, y no como media para aliviar descontentas, y proteger sus derechos, evitarían pérdidas innecesarias si las empresas se tomaran en seria la seguridad y protección de los consumidores.

AS AÇÕES COLETIVAS E AS DEFINIÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

RIZZATTO NUNES*

Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP

EXCERTOS

“O CDC permite a proteção dos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas”

“Os chamados direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende regravar e proteger são indeterminados e indetermináveis”

“Nos chamados direitos coletivos, os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo”

“O direito coletivo tem objeto que diz respeito à coletividade de consumidores como um todo”

No presente artigo apontarei a importância das ações coletivas, no que respeita à proteção processual inaugurada com a Lei 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor e, especialmente, no âmbito das definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por ela trazidos ao sistema jurídico brasileiro.

1. O caráter coletivo da proteção processual do CDC

1.1 A defesa do consumidor em juízo

Um dos mais marcantes aspectos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de reger uma série de direitos subjetivos individuais dos consumidores, é o de sua preocupação especial com a proteção coletiva, isto é, de toda a coletividade de consumidores. Isso é significativo na Lei 8.078/90.

Se observarmos o título III da lei, “Defesa do Consumidor em Juízo”, perceberemos isso. Muito embora a proteção individual não esteja excluída – o que, aliás, era mesmo de esperar –, a natureza do regramento é claramente coletiva. Tanto que, como se sabe, o CDC acabou por ser o responsável, no sistema jurídico nacional, por fixar o sentido de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

1.2 A proteção coletiva

O CDC permite a proteção dos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas. É por elas que o consumidor poderá ser protegido. E, o que se verifica é que, aos poucos, começa-se a descobrir a importância desse tipo de ação nos ajuizamentos feitos pelo Ministério Público ou pelas associações de defesa do consumidor. Mas, a lei consumerista, digamos assim, “quer mais”, ela “gostaria” que existissem muitas ações coletivas, pois um de seus alicerces fundamentais na questão processual é exatamente este de controlar como um todo os atos dos fornecedores.

Além disso, vale lembrar que as ações coletivas são, talvez, as únicas capazes de fazer cessar aquilo que eu chamo de “abusos de varejo”: uma tática empresarial dolosa de impingir pequenas perdas a centenas ou milhares de consumidores simultaneamente.

Veja-se um exemplo disso, numa mala-direta enviada por um grande banco:

Prezado(a) Cliente,

Temos uma novidade que vai aumentar ainda mais a sua tranquilidade. O Serviço de Proteção do seu Cartão de Crédito (...) foi ampliado e, a partir do vencimento de sua próxima fatura, você contará com o novo Seguro Cartão (...).

Agora, além da proteção contra perda e roubo de seu cartão de crédito, você terá a mesma proteção para saques feitos sob coação em sua conta corrente.

E mais: com o Seguro Cartão (...) você contará com um conjunto de coberturas e serviços, como renda por hospitalização e cobertura por Morte Acidental e Invalidez Permanente em consequência de crime, além de serviços de táxi, despachante, transferência inter-hospitalar e transmissão de mensagens.

Por apenas R\$3,50 mensais, somente R\$1,00 a mais do que você paga atualmente, você terá acesso a todos esses benefícios.

Esta é uma segurança da qual você não deve abrir mão. Porém, caso você queira manter apenas a cobertura atual, basta que nos próximos 30 dias você entre em contato com o (...) por Telefone.

Cordialmente,

Perceba o abuso: o banco já lançou o valor de R\$1,00 na fatura do consumidor. Se este não tiver interesse no novo produto/serviço enviado/lançado, terá que tomar a iniciativa de telefonar para o banco para cancelar o que nunca pediu. Some-se a isso a eventual dificuldade de ligar para o banco e, se apesar da “desistência”, acabar sendo cobrado, provar que telefonou.

Agora, como trata-se de apenas R\$1,00 ao mês, muito provavelmente os consumidores nada farão, nem reclamarão. Individualmente não compensa. Mas, o banco terá enorme vantagem com seus milhares de clientes.

Somente uma ação coletiva teria eficácia na resolução desse tipo de problema.

Lembre-se, também, de um outro exemplo vergonhoso, o da maquiagem de pesos e medidas feita diversas vezes pelas grandes indústrias de alimentos, na qual os produtos tiveram seu peso líquido diminuído sem que os consumidores soubessem. Manteve-se o preço e diminuiu-se o peso ou a medida dos produtos em pequenas quantidades e metragens, de modo que não só os prejuízos foram individualmente pequenos, como por isso mesmo, demorou em ser notado!

Apesar dos avanços, a área jurídica ainda não respira uma atmosfera cultural de ações coletivas. Uma explicação possível para isso diz respeito ao ponto da história em que elas foram trazidas para as relações de consumo.

O CDC surgiu no cenário jurídico nacional com muitos anos de atraso, gerando um problema típico de memória. Explico: quase todos aqueles que militam

na área jurídica formados até 1990 não entendiam as inovações que a lei trouxe, porque foram estudar relações de consumo com base no aprendizado obtido no direito privado. E mesmo depois dessa data, ainda demorou muitos anos até que os conceitos introduzidos no sistema jurídico pelo CDC pudessem começar a ser entendidos.

O prestígio de nosso Código Civil de 1916 impregnou o modo de percepção dos estudiosos do direito que, com base no seu acervo mnemônico, acabavam interpretando – e ainda o fazem – as normas a partir do clássico modelo privatista. O vetusto Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, recebeu forte influência do direito privado europeu do século anterior, e que já não tinha plena relação com a nossa realidade. Ora, esse direito civil não estava aparelhado para atender as demandas típicas do processo de industrialização capitalista do século XX e seu modo de produção estandarizada, seus esquemas de oferta e *marketing*, sua capacidade de distribuição etc. Por influência, em parte, dessa legislação e a interpretação que dela se fez, têm-se até hoje dificuldade para se compreender muitos aspectos da sociedade de massas, dentre os quais o sentido das ações coletivas. É por isso que

O CDC surgiu
no cenário
jurídico nacional
com muitos
anos de atraso,
gerando um
problema típico
de memória

ainda existe, por exemplo, discussões a respeito da legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos¹.

De todo modo, para prosseguir, deixo consignado esse ponto: a proteção processual no CDC tem forte caráter coletivo.

2. Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a Constituição Federal

A Constituição Federal faz referência aos direitos difusos e coletivos (inciso III do art. 129²), mas não os define. Foi a Lei 8.078/90 que tratou de apresentar os parâmetros definidores de direitos difusos e direitos coletivos, o que fez no seu artigo 81.

E a guisa de explicitar o sentido de cada um, acabou por trazer uma nova espécie, a dos direitos individuais homogêneos.

Diga-se, desde já, que a definição legal está em perfeita consonância com o sistema constitucional, não havendo nada que possa macular suas disposições. Ou seja, o CDC, como lei principiológica que é, concretizador dos princípios e regras constitucionais, também aqui designa os limites e o modo de aplicação dos direitos postos e definidos. Para fazermos uma análise adequada, leia-se primeiramente o que diz a lei:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Na sequência, examinarei cada um dos tipos.

Para facilitar o entendimento do sentido implantado pelo sistema legal, apresento para cada um dos tipos estudados, os tópicos que permitem o estudo das relações jurídicas em geral. Apontarei assim, os elementos da relação jurídica: sujeito ativo, sujeito passivo e objeto (elementos subjetivos e objetivos).

3. Os direitos difusos

3.1 Sujeito ativo indeterminado

Os chamados direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende regrear e proteger são indeterminados e indetermináveis.

Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão somente que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos.

Por exemplo, se um fornecedor veicula uma publicidade enganosa na televisão, o caso é típico de direitos difusos, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetido. De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso.

Digamos que um vendedor de remédios anuncie um medicamento milagroso que permita que o usuário emagreça cinco quilos por dia apenas tomando um comprimido, sem nenhum comprometimento à sua saúde. Seria um caso de enganação tipicamente difusa, pois é dirigida a toda a comunidade.

Agora, é claro que uma pessoa em particular pode ser atingida e enganada pelo anúncio: ela vai à farmácia, adquire o medicamento, ingere o comprimido e não emagrece. Ou pior, toma o comprimido e fica intoxicada.

Nesse caso, esse consumidor particular, tem um direito individual próprio, que também, obviamente, está protegido. Ele, como titular de um direito subjetivo, poderá exercê-lo plenamente com base na Lei 8.078/90. Poderá, por exemplo, ingressar com ação de indenização por danos materiais e morais.

Mas, o só fato de alguém em particular ter sido atingido pelo anúncio não só não elide os demais aspectos formadores dos direitos difusos em jogo, como ao contrário, exige uma rápida atuação dos legitimados para a tomada das medidas capazes de impedir a violação a esses direitos difusos (no caso, feita pelo anúncio enganoso).

Aliás, diga-se que é exatamente essa característica da indeterminabilidade da pessoa concretamente violada um dos principais aspectos dos direitos difusos.

O termo “difuso” significa isso: indeterminado, indeterminável. Então, não será preciso que se encontre quem quer que seja para proteger-se um direito tido como difuso.

Ou, em outros termos, ainda que não se possa encontrar um único consumidor enganado concretamente por uma publicidade enganosa, ela poderá ser qualificada de enganosa assim mesmo.

Portanto, quer se identifique um consumidor que foi violado no seu direito – individual –, quer não se encontre nenhum, trata-se sempre de direitos difusos. Aliás, ao contrário: essa é que é sua marca, a não determinação do sujeito.

Diga-se mais: sempre que surgir, ao mesmo tempo, questão que envolva direitos difusos e outra que envolva direito individual, ambas ligadas pelo mesmo objeto – no exemplo, a publicidade enganosa –, ter-se-á dois tipos de direito em jogo, e ambos protegidos pelo regime legal consumerista: os direitos difusos e o direito individual.

3.2 Sujeito passivo

Os obrigados a respeitar os direitos difusos são todos aqueles que direta ou indiretamente vendem, produzem, distribuem, comercializam etc., produtos e serviços, isto é, são todos os fornecedores, cuja definição está estabelecida no artigo 3º do CDC.

3.3 A relação jurídica

Em matéria de direitos difusos, inexistente uma relação jurídica base. São as circunstâncias de fato que estabelecem a ligação.

Entenda-se bem: são os fatos, objetivamente postos, os pontos de ligação entre todas as pessoas difusamente consideradas e o obrigado.

Assim, utilizando-se o mesmo exemplo daquele anúncio enganoso, tem-se que da veiculação do anúncio projete-se sobre toda a coletividade sua influência real, efetiva e objetiva. Eis as circunstâncias de fato: o anúncio e sua projeção objetiva e significativa sobre toda a população. O elemento de comunicação do anúncio arremeça-se, lança-se por toda a coletividade, difusamente, atingindo a todos³.

3.4 Objeto indivisível

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, exatamente por atingir e pertencer a todos indistintamente. Por isso, ele não pode ser cindido.

Faça-se uma ressalva esclarecedora: o fato do mesmo objeto gerar dois tipos de direito, não muda a natureza de indivisibilidade do objeto nos direitos difusos. Isto é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio.

É que na ação judicial de proteção aos direitos difusos, o caráter da indivisibilidade do objeto faz a ligação com a titularidade difusa, sem alterar o quadro da proteção particular.

3.5 Exemplos

Eis alguns exemplos de fatos de direitos difusos: a publicidade em geral, a distribuição e venda de medicamentos, a poluição do ar e as questões ambientais em geral etc.

4. Os direitos coletivos

4.1 Sujeito ativo indeterminado, mas determinável

Nos chamados direitos coletivos, os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.

Assim, por exemplo, a qualidade de ensino oferecida por uma escola é tipicamente direito coletivo. Ela – a qualidade oferecida – é

direito de todos os alunos indistintamente, mas, claro, afeta cada aluno em particular.

4.2 Sujeito passivo

Os obrigados a respeitar os direitos coletivos são os fornecedores envolvidos na relação jurídica base ou aqueles que se relacionam com o grupo de consumidores que formam uma relação jurídica base entre si (ver explicações da relação jurídica, a seguir). No exemplo acima, é a escola.

4.3 A relação jurídica

Em matéria de direito coletivo são duas as relações jurídicas-base que vão ligar sujeito ativo e sujeito passivo:

a) aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados entre si por uma relação jurídica. Por exemplo, os pais e alunos pertencentes a uma associação de pais e mestres; os associados de uma associação de proteção ao consumidor; os membros de uma entidade de classe etc.;

b) aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados com o sujeito passivo por uma relação jurídica. Por exemplo, os alunos de uma mesma escola, os clientes de um mesmo banco, os usuários de um mesmo serviço público essencial como o fornecimento de água, energia elétrica, gás etc.

4.4 Objeto indivisível

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível. Ele não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. Se for divisível é individual ou individual homogêneo e não coletivo.

O direito coletivo tem objeto que diz respeito à coletividade de consumidores como um todo. Nos exemplos já dados, a qualidade do ensino oferecido por uma escola é indivisível; o tratamento da água conferido pelo prestador do serviço público afeta toda a água a ser entregue.

4.5 Distinção dos direitos individuais homogêneos

Note-se bem: às vezes se faz uma confusão entre direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, o que exige uma elucidação que será feita no próximo item, mas há que se fazer desde já uma ressalva.

Como se viu, o objeto do direito coletivo é indivisível. O que vai acontecer é que o efeito da violação a um direito coletivo gera também um direito individual ou individual homogêneo. Assim, por exemplo, o mau tratamento da água fornecida aos usuários é típico caso de direito coletivo com objeto indivisível, mas simultaneamente seu fornecimento e consumo pode gerar dano à saúde de um consumidor individualmente considerado ou a mais de um consumidor.

Daí que, no caso, ambas as situações se configuram.

Já o inverso não é verdadeiro: nem todo direito individual homogêneo é coletivo típico conforme se verá no próximo item, mas é uma espécie de direito coletivo (o caráter de divisibilidade do direito individual homogêneo remanesce dividido quando ele for puramente direito individual homogêneo).

4.6 Exemplos

São exemplos de direito coletivo: a boa qualidade do fornecimento de serviços públicos essenciais como água, energia elétrica e gás; a segurança do serviço de transporte público de passageiros prestado pelas empresas de ônibus; a qualidade oferecida pela escola dos serviços educacionais por ela prestados.

5. Os direitos individuais homogêneos

5.1 Sujeito ativo determinado e plural

Aqui os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um, porque em sendo um só, o direito é individual simples, e determinados porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneos, os direitos protegidos são individuais.

Mas, note-se: não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. Não é o caso de ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no polo ativo da demanda, o que se dá no litisconsórcio

ativo; quando se trata de direitos individuais homogêneos, a hipótese é de direito coletivo – o que permitirá, inclusive, o ingresso de ação judicial por parte dos legitimados no artigo 82 da lei consumerista.

É verdade que a ação individual ou a ação proposta por litisconsórcio facultativo não estão proibidas, como também não está proibido o ingresso de tais ações no curso da ação coletiva de proteção aos direitos individuais homogêneos. Porém, não se pode confundir os institutos, que tem natureza diversa: no litisconsórcio o que há é reunião concreta e real de titulares individuais de direitos subjetivos no caso, no polo ativo da demanda; na ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, o autor da ação é único: um dos legitimados do artigo 82 do CDC⁴.

5.2 Sujeito passivo

Os responsáveis pelos danos causados aos sujeitos ativos são todos aqueles que direta ou indiretamente tenham causado o dano ou participado do evento danoso, ou ainda, que tenham contribuído para tal.

5.3 A relação jurídica

O estabelecimento do nexos entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos, se dá numa situação jurídica – fato, ato, contrato etc. – que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado.

Isto é, o liame que une os titulares do direito violado há de ser comum a todos.

Apesar disso – isto é, apesar de ser de origem comum – não se exige, nem se poderia exigir, que cada um dos indivíduos atingidos na relação padeçam do mesmo mal. Aliás, não só o aspecto do dano individualmente considerado será oportunamente apurado em liquidação de sentença, como o fato de serem tais danos diversos em nada afeta a ação coletiva de proteção e apuração dos danos ligados aos direitos individuais homogêneos.

5.4 Objeto divisível

Aqui o objeto é divisível. A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados dos direitos individuais homogêneos, mas o

resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível.

5.5 Espécie de direito coletivo

Apontamos no item anterior aspectos dos direitos individuais homogêneos diante do direito coletivo. Reexaminemos a questão.

Primeiramente, anote-se, como já adiantando, que os direitos individuais homogêneos são também uma espécie do direito coletivo.

E, também conforme dito acima, não se deve confundir com litisconsórcio facultativo (ou necessário). Quando duas ou mais pessoas reúnem-se no polo ativo de uma ação judicial, elas formam litisconsórcio facultativo ou necessário. Na hipótese dos direitos individuais homogêneos a ação judicial é coletiva, não intervindo o titular do direito subjetivo individual. Se este quiser promover ação judicial por conta própria para a proteção de seu direito individual pode à vontade, não afastando em nada a ação coletiva.

5.6 Exemplos

São exemplos de direitos individuais homogêneos: as quedas de aviões, como o da TAM no Jabaquara em São Paulo; o naufrágio do barco “Bateau Mouche” no Rio de Janeiro etc.

6. Conclusão

Vê-se, pois, por aquilo que foi exposto que, há no sistema jurídico nacional regras que permitem a proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Quanto mais as pessoas tomarem consciência de sua existência e de sua possibilidade de eficácia muito ampla, mais poder-se-á no Brasil incrementar-se os chamados direitos coletivos *lato sensu*, o que trará enorme economia não só para o Poder Judiciário – na correspondente diminuição das ações individuais –, como maior eficácia, posto que as decisões nessas ações acabam por beneficiar todos os atingidos, quer tenham ingressado em juízo ou não.

Notas

- * Rizzatto Nunes. Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Livre-Docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (aposentado). Advogado e escritor.
1. Mas, o fato é que o Ministério Público pode ingressar com ações para proteção desse tipo de direito. (Para um exame completo desse tema, ver nosso *“Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010: comentários ao art. 82).
 2. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]
III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”
 3. Aliás, no que respeita à publicidade, esse caráter de expansão da mensagem sobre toda a coletividade é sua razão mesma de ser, já que, como diz o jargão, “a publicidade é a alma do negócio”. Não é à toa que se gaste tanto dinheiro com ela.
 4. É verdade que se mais de um dos legitimados ingressar no polo ativo da demanda haverá litisconsórcio facultativo, mas ainda assim diverso daquele que liga os consumidores individuais.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES¹

MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ*
Contrato FPU en la Universidad de Granada

EXCEROTOS

“Tratándose de contenidos digitales, cobrará especial relevancia la información relativa al soporte material en el que se integran éstos contenidos, así como el formato en el que se presenta y los datos acerca de la calidad e interoperabilidad de los mismos”

“La realidad actual nos muestra que el entorno digital es ya el principal motor de la economía mundial”

“No se puede olvidar la debida aplicación de la teoría general de los contratos del derecho civil, que contempla instituciones como los vicios de la voluntad”

“Queda claro que el incumplimiento del deber de información por parte del empresario, que se articula como un derecho del consumidor y usuario por la legislación de consumo, originaría la nulidad del contrato si la información no facilitada recae sobre aspectos esenciales del producto y/o sus condiciones de uso y disfrute”

1. El impacto de la realidad digital

Presente, la irrupción de los contenidos digitales tuvo ya lugar en el mercado de consumo de finales del pasado siglo XX, siendo en la actualidad una de las tipologías de bienes más consumidos en nuestra sociedad actual en los países desarrollados. Resulta evidente que esta importancia adquirida por los mismos se deriva, indiscutiblemente, del auge y hegemonía del que goza actualmente internet tanto en los hábitos de vida como de consumo de los habitantes de la sociedad de la información. Así, como ponía ya de relieve, en el año 2011, el Libro Verde de la Comisión Europea sobre “la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital”, *“la tecnología digital e Internet están cambiando rápidamente el modo de producir, comercializar y distribuir a los consumidores los contenidos. Con las tecnologías convergentes los mismos contenidos se pueden transmitir a través de redes diferentes, ya sea mediante los medios de difusión tradicionales (terrestre, cable y satélite) o a través de Internet, y pueden enviarse a una serie de dispositivos: televisión, ordenador, consola de juegos o dispositivos móviles.”*²

En este sentido, la realidad actual nos muestra que el entorno digital es ya el principal motor de la economía mundial, puesto que según recoge la Comisión Europea en la Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”, de 6 de mayo de 2015, *“en menos de una década, la mayor parte de la actividad económica dependerá de los ecosistemas digitales, que integrarán infraestructuras digitales, equipos y programas informáticos, aplicaciones y datos. Será necesario digitalizar todos los sectores si la UE quiere mantener su competitividad, mantener una base industrial fuerte y gestionar la transición a una economía industrial y de servicios inteligente. El 75 % del valor añadido por la economía digital proviene de las industrias tradicionales”*.

La expansión en la actualidad de internet y las nuevas tecnologías es por tanto una realidad innegable, siendo ya habitual el consumo de

todo tipo de productos y servicios a través de la red, la utilización de plataformas para la interacción social, la llamada economía o consumo colaborativo (basado en el intercambio de servicios entre particulares, como es el caso de *Uber*, *Blablacar*, entre otros), el uso de aplicaciones de mensajería instantánea, etc. Todo ello se ve favorecido por la multiplicidad de dispositivos electrónicos de los que disponemos en la actualidad, con conexión a internet, como tablets, smartphones y ordenadores, a los que se unen los relojes inteligentes y cada vez mas los dispositivos de reproducción y smartvs, con los que se puede acceder a innumerables portales webs y cada vez mas aplicaciones. Esto se ve reflejado en la previsión que ha sido noticia en medios especializados de que el universo digital se expandirá hasta los 6 trillones de terabytes de datos en este año, lo que supone el 50% más de la información digitalizada que se creó, se replicó y se consumió el año pasado, tal y como pone de manifiesto el whitepaper de IBM titulado “*El big bang*”.

Esta tendencia la confirma la Comisión Europea, en su Informe de Impacto que acompaña a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, para asegurar la portabilidad transfronteriza de los servicios en línea de contenidos en el mercado interior [COM(2015) 627 final, SWD(2015) 271 final], de 9 de diciembre de 2015, donde concluye que “*la penetración de los smartphones se ha cuasi doblado en Europa en los últimos dos años y el uso de los tablets ha aumentado desde el 18% en 2012 hasta casi el 50% de los hogares en 2014*³. *En 2012, el 36% de los individuos en la Unión Europea usaron un dispositivo móvil para conectarse a internet. En 2014, este porcentaje ha subido hasta el 51%*⁴⁻⁵ *En 2012, el 14% de los individuos en la UE usaron un dispositivo móvil para leer o descargar noticias, un 12% para jugar a videojuegos, ver imágenes video o escuchar música*⁶⁻⁷⁻⁸”.

2. Los contenidos digitales

Todos estos datos no hacen mas que confirmar la clara hegemonía de los contenidos digitales en el mercado actual, frente a los analógicos, sin embargo, estos bienes de consumo generalizado no se encontraban contemplados de manera específica en la normativa reguladora del derecho de consumo hasta la entrada en vigor de la Directiva 2011/83/

CE, la cual ha supuesto su inclusión “oficial” en el ámbito de protección de éste derecho, como bienes culturales objeto del comercio, tanto a nivel comunitario como, en consecuencia, en nuestro derecho interno una vez realizada la transposición de la norma comunitaria. El rasgo más significativo de estos contenidos que se ha de poner de relieve, se deriva del hecho de que nos encontramos ante productos con un claro componente de inmaterialidad, lo que determina, ya de base, notorias diferencias frente a los tradicionales bienes tangibles intercambiados en el mercado de consumo. Se trata por tanto de mercancías que, por sus particularidades, requieren de un tratamiento y tutela específicos que regulen los derechos y obligaciones ad hoc que se deban de aplicar a su tráfico.

Para empezar, la necesaria definición de qué debemos entender por contenidos digitales la encontramos, de un lado, en el artículo 2 apartado 11) de la citada directiva y, de otro, en el artículo 59 bis 1.i) del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (de ahora en adelante, TRLGCU), donde se establece que son “los datos producidos y suministrados en formato digital”, debiendo ser el considerando 10 de la directiva, el que especifique que dicho concepto abarca, de manera concreta, *“programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios”*. En este sentido, como destaca Cámara Lapuente, *“la definición legal de los “contenidos digitales” en el TR-LGDCU abarca cualesquiera datos (constituyan o no obras originales protegidas por la propiedad intelectual) producidos y suministrados en formato digital, bien sean contenidos digitales estándar para su distribución en masa o bien se hayan producido siguiendo especificaciones previas del consumidor, incluidos los que permiten personalizar equipos o programas informáticos ya existentes, así como los llamados “contenidos generados por los usuarios” (“user-generated content”) y también algunas prestaciones que acaso podrían calificarse como servicios electrónicos (v.gr., de comunicaciones electrónicas, como programas de mensajería instantánea o VoIP, el almacenamiento en la nube o cloud computing) – siempre que no exista norma expresa que excluya la aplicación de alguna regla concreta”*⁹.

3. La incorporación de lo digital al derecho de consumo. Los derechos de información previa.

Una vez realizada la delimitación conceptual de la extensión de la normativa de consumo a este tipo de contenidos, se entienden, por tanto, aplicados a estos los derechos y obligaciones generales de los consumidores y empresarios que dicha regulación prevé. De manera concreta, en el presente estudio, voy a ceñir mi reflexión a los derechos de información que se articulan en la legislación comunitaria y nacional de aplicación para este tipo de productos.

En este sentido, en cuanto a las novedosas obligaciones de información que se crean ex profeso para estos contenidos, es el artículo 6.1 en sus apartados r) y s) de la directiva, por un lado, el que introduce las obligaciones de información previa al consumidor acerca de la funcionalidad e interoperabilidad de estos productos, regulación que encontramos transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 60.2 apartados i-j y 97.1, apartados s-t del TRLGDCU. Dichas previsiones legales son de aplicación a todo tipo de contenidos digitales (por lo tanto, con independencia de si se incluyen en un soporte material o no), y cualesquiera que sea el modelo contractual en el que se inserten e independientemente del tipo de contrato, por lo que quedan incluidos los contratos gratuitos. y tanto si el contenido se alberga en un soporte material o no. Dichos deberes de información previa, de novedosa inclusión en la directiva y legislación española, no obstante, no hacen más que sumarse al resto de deberes de información a los consumidores contemplados en la normativa que, en cualquier caso, también serán de aplicación en los contratos que tengan como objeto contenidos digitales.

Ello implica que para que el consumidor quede vinculado por el contrato, el empresario deberá de facilitar previamente a éste la información acerca de las características esenciales del contenido digital, es decir, entre otros datos, la identidad del empresario, la dirección completa de su establecimiento, información de contacto, el precio total de los contenidos digitales, debiendo hacerse referencia, así mismo, a cualquier tipo de gasto adicional que pueda existir (gastos de envío, etc.) y los gastos adicionales (en caso de transporte, entrega,

etc.), los procedimientos de pago, entrega y ejecución, y todos los demás requisitos informativos que se prevén en los arts. 60 y 97 TRLGDCU. En este sentido, como destaca el autor antes citado, tratándose de contenidos digitales, cobrará especial relevancia la información relativa al soporte material en el que se integran éstos contenidos (es decir, si se trata de un VHS, un DVD o Blu-Ray, etc.), así como el formato en el que se presenta (existiendo una multiplicidad de ellos, entre los que destacan Avi., flac., flv., mp4., mp3., AAC, y un largo etc.) y los datos acerca de la calidad e interoperabilidad de los mismos. Igualmente destaca por su importancia la información acerca de las características del producto digital, que tienen una influencia decisiva en el uso y disfrute del producto, como es, el título, tamaño y versión del archivo, debiendo tenerse presente que, en el caso de suscripciones periódicas a contenidos multimedia y de prensa así como en el caso de la compra de aplicaciones, se deberá indicar previamente el precio total del servicio o, de ser así, su carácter gratuito, así como todos los costes individualizados por descarga, además de cualquier otro que pueda generarse con su uso (caso por ejemplo de las compras dentro de una aplicación).

Unido a todo lo anterior, y ya de manera específica, como se ha indicado, el artículo 60.1 extiende la obligación de información precontractual a las condiciones generales de los contratos en los que se limiten o excluyan aspectos relacionados con la funcionalidad e interoperabilidad de los contenidos, es decir, el número de copias privadas que se permite realizar, así como los límites existentes en el contenido para su utilización en determinados reproductores o soportes, ya que, a la luz de la directiva en cuestión, la configuración mediante tales cláusulas de la licencia de uso de obras protegidas por la propiedad intelectual constituirá una información esencial para determinar la decisión del consumidor de contratar o no un determinado contenido digital.

Para que el consumidor quede vinculado por el contrato, el empresario deberá de facilitar previamente a éste la información acerca de las características esenciales del contenido digital

De manera general, la obligación de información previa acerca de la funcionalidad de los contenidos digitales que recoge el art. 60.2.i) del TRLGDCU establece que se considera relevante la obligación de información que se refiere a “*la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional*”, siendo necesario, una vez más, recurrir a los considerandos de la Directiva 2011/83, en este caso el 19, para encontrar la precisión de lo que se debe entender por “funcionalidad”, concretando que se refiere a “*las posibles maneras de utilizar el contenido digital*”.

De este modo, nos encontramos con que el mencionado deber abarca una amplia tipología de información relativa a los requisitos técnicos para el uso, los usos permitidos o restringidos por la naturaleza de las cosas, por efecto legal o por imposición o pacto contractual, conectándose así con los deberes informativos sobre características principales del contenido digital.

4. Las medidas técnicas de protección y los derechos de los consumidores y usuarios

Tal y como se desprende de la norma, la información sobre funcionalidad, a la que se viene haciendo referencia, incluye, así mismo, aquella relativa a las medidas técnicas de protección (MTP) de los derechos de autor de los titulares de las obras digitales. Estas medidas se encuentran protegidas por nuestra normativa de propiedad intelectual tras la transposición de la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información, en su concepción de mecanismos tendentes a la protección, a su vez, de las creaciones intelectuales.

En este sentido, es el artículo 160.3 del TRLPI el que las define como “*toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual*”. Atendiendo a lo regulado en el TRLGDCU y en el TRLPI, existe una multiplicidad de este tipo de mecanismos, entre las que cabría destacar las medidas de

“gestión de los derechos digitales”, conocidas como DRM (*digital rights management*), cuya finalidad principal es facilitar a los titulares de los derechos de autor de los contenidos, información y poder de control sobre el uso que se hace de éstos; y aquellas destinadas a prevenir la infracción de los derechos de propiedad intelectual, de muy diverso tipo (pudiendo basarse en un control de acceso y/o de uso que impiden la sucesiva reproducción, comunicación o puesta a disposición del público de la obra o prestación, permitiendo el seguimiento del uso que hace el usuario del contenidos, incluso medidas anti-copia), así como medidas de bloqueo.

Por tanto, como se ve, se puede concluir que las medidas tecnológicas o MTP son muy variadas en su morfología y finalidad, pudiendo impedir o limitar la funcionalidad de los contenidos, fijando barreras al uso de la obra o prestación digital, o al número éstos que se pueden realizar, o bien impedir o limitar la copia privada, así como afectar a la interoperabilidad al impedir su goce en ciertos aparatos reproductores o en un número concreto de dispositivos.

5. La excepción de copia privada. Derechos de autor versus derechos de los consumidores y usuarios

Tras el análisis anterior, se hace evidente el más que posible choque que puede tener lugar entre las medidas técnicas de protección que, recordemos, protegen los derechos de los autores, con la excepción de copia privada prevista en la normativa comunitaria y recogida en nuestro ordenamiento jurídico de mano del TRLGDCU, que pese a no ser un derecho de los usuarios, si que protege en cierto modo a los mismos y les permite el correcto disfrute de las creaciones intelectuales.

De manera concreta, el punto de fricción se sitúa, específicamente, en las medidas que limitan o impiden las sucesivas reproducciones del contenido y las anti copia. Éstas chocan, por tanto, de manera precisa, con dos cuestiones principales. De un lado, con la excepción a los derechos de autor que constituye la copia privada, y que nuestro ordenamiento jurídico reconoce, ya que pueden reducir y, en algunos casos, impedir o eliminar la funcionalidad del contenido digital contratado por el consumidor; y, de otro, con las obligaciones de información previa a

la formalización del contrato, a las que he hecho ya mención, puesto que la ausencia de dicha información conllevaría las consecuencias y sanciones propias de esta infracción, además de su relevancia a la hora de evaluar una posible falta de conformidad, que supondría la nulidad del contrato.

En primer lugar, ya centrándonos en el límite o excepción de copia privada, tal y como establece el artículo 31.2 del TRLPI tras su reciente reforma, éste reconoce la posibilidad de llevar a cabo actos de reproducción de obras ya divulgadas y en cualquier soporte sin necesidad de la autorización del titular de los derechos de autor, siempre que se trate de una persona física y con la finalidad exclusiva de uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales; y sólo en los casos en que se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. Es preciso destacar, en este punto, que no se trata éste de un derecho del usuario o consumidor, sino que éstos son los sujetos beneficiarios de dicha excepción legal.

Esta previsión legal lleva aparejada, tal y como recoge el artículo 161.1 del TRLPI, una obligación para los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces de facilitar a los beneficiarios de determinados límites, entre ellos el de copia privada, los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, eso sí, sólo cuando se trate beneficiarios que hayan accedido a la obra o prestación de que se trate de manera legal. Yendo un paso más allá, el apartado 2 del mismo precepto reconoce la potestad a los beneficiarios de esos límites de acudir a la jurisdicción civil si los titulares de los derechos de autor no cumplen con el mencionado mandato y alteran, así, con medidas técnicas de protección, la funcionalidad del contenido, con la precisión de que, de tratarse de consumidores en el sentido de la LGDCU, *“en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”*.

En segundo lugar, pese a la posibilidad que se reconoce, como hemos visto, a los titulares de los derechos sobre los contenidos de fijar medidas de protección que limiten la reproducción de los mismos (en ningún caso imposibilitándola pero si limitando su número),

éstos nunca podrán afectar de manera decisiva a la funcionalidad e interoperabilidad del producto, puesto que ello lo haría inservible para su fin principal, y afectaría por tanto a uno de los elementos esenciales del contrato, de no existir conocimiento de este aspecto por parte del consumidor, lo que haría posible el desistimiento del contrato por falta de conformidad del consumidor. Debe servir de ejemplo en este punto el caso de los archivos BluRay, cuyo formato imposibilita su reproducción en cualquier otro dispositivo que no sea su lector específico, extremo que debe ser debidamente especificado al consumidor.

En segundo lugar, y ya en relación con los deberes de información previa por parte del empresario, de no cumplirse con los mismos se deriva una responsabilidad de éste *ex lege*, recayendo sobre éste, en aplicación del artículo 97.8 TRLGDCU, el deber de probar el cumplimiento. No obstante lo anterior, es preciso señalar en este punto que, la Ley 3/2014, al igual que la directiva que transpone, no contempla de manera expresa las consecuencias legales derivadas de la infracción de los deberes de información precontractual que establece el mencionado artículo 97, por lo que, se concluye que el incumplimiento de estos deberes informativos no lleva aparejada en el texto legal ninguna sanción civil. Por tanto, al respecto, solo existe una sanción administrativa aplicable a estos casos, ex artículos 49.2 a), 50.2 y 51 TRLGDCU, según los cuales estos incumplimientos supondrán, en su caso, una infracción grave o muy grave, según el supuesto de hecho.

No obstante, tal y como destaca la doctrina (CÁMARA LAPUENTE y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ¹⁰, entre otros), esta falta de previsión legal específica no imposibilita que el incumplimiento del deber de información comporte, asimismo, consecuencias civiles. En este sentido se debe, en primer lugar, acudir al artículo 65 TRLGDCU, por cuanto regula expresamente la inobservancia del deber que nos ocupa, si bien lo hace con carácter general, no de manera específica contemplando los contratos celebrados fuera del establecimiento. De acuerdo con dicho artículo, los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

En cualquier caso, no se puede olvidar la debida aplicación de la teoría general de los contratos del derecho civil, que contempla

instituciones como los vicios de la voluntad. De este modo, nos encontramos con que, si se ha omitido parte de la información exigible y ello provoca error en el consumidor al contratar o bien existe una omisión consciente (dolosa) del empresario que provoca el engaño de la otra parte, el consumidor estará habilitado para solicitar la anulación del contrato por error o dolo, respectivamente, conforme a los artículos 1300 y siguientes CC. A las sanciones civiles, además, se une la posibilidad de solicitud de una indemnización por daños y perjuicios ex artículos 1258 y 1101 del C/C., en los casos en los que quede probado la causación de daños al consumidor derivados del incumplimiento. Sin embargo, la realidad muestra que las vías civiles de impugnación de los contratos mencionadas, pueden resultar poco eficientes en la práctica en muchas ocasiones, dada la elevada complejidad y coste que puede suponer la práctica de la prueba para el consumidor.

5. Conclusiones

A modo de conclusión, es preciso señalar, en primer lugar, que en la normativa vigente, por tanto, se continúa observando una indefinición acerca de lo que se debe entender por contenido digital, concepto que entiendo debe clarificarse para ofrecer una mayor protección, cuantitativa y cualitativamente, a los usuarios y consumidores.

En segundo lugar, se pone de relieve la evidente desconexión existente entre la legislación de propiedad intelectual y la legislación de consumo. En esta situación, en los casos de enfrentamiento o disparidad en ambas materias, debe existir, sin duda, una preferencia de aplicación de la normativa protectora del consumidor por su dimensión constitucional, en aplicación del artículo 51 CE. Entendemos que, frente a la senda de avance que está siguiendo la legislación de propiedad intelectual, existen determinadas líneas rojas que no se pueden cruzar. Los derechos de los consumidores y usuarios deben configurarse como hitos fijos de obligado respeto, siendo por tanto necesaria la adecuación de ambos regímenes legales, haciéndose posible la pacífica convivencia de los derechos de autor con los de los primeros.

Así mismo, por otro lado, queda claro que el incumplimiento del deber de información por parte del empresario, que se articula como

un derecho del consumidor y usuario por la legislación de consumo, originaría la nulidad del contrato si la información no facilitada recae sobre aspectos esenciales del producto y/o sus condiciones de uso y disfrute. Además, se concluye que es de obligada aplicación el régimen general civil contractual, que cubre no sólo al propio producto, sino también los daños que de su uso puedan generarse en los equipos destinados a su utilización.

Todo ello, en cualquier caso, debería pasar a formar un cuerpo unitario de derecho del consumo, aclarando así las distintas vías de defensa de sus derechos por parte del consumidor, acabando con la ambigüedad y la necesidad de acudir al régimen general de los contratos del Código civil, de modo que dichas acciones ya comentadas, ex artículo 1300 y ss., queden recogidas de modo expreso en la normativa de consumo, evitando así confusiones e indefensión.

Por otro lado, queda clara la tendencia de la Unión Europea en el fomento del mercado digital, puesto que la Comisión Europea ha comenzado en el proceso de creación del Mercado Único digital europeo, en lo que está poniendo grandes esfuerzos. Dicha iniciativa se compone de actuaciones y estrategias de diverso tipo y en distintos campos con el objetivo de crear un mercado electrónico único dentro de la Unión Europea, favoreciendo así el comercio por esta vía e instaurando el *e-government*. Tal y como destaca el propio Parlamento Europeo en la ficha técnica titulada “El mercado único digital omnipresente”, *“el mercado único digital consiste fundamentalmente en eliminar las barreras nacionales a las transacciones efectuadas en línea. Se basa en el concepto de mercado común, concebido para eliminar las barreras comerciales entre Estados miembros con el objetivo de aumentar la prosperidad económica y contribuir a ‘una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos’ y desarrollado posteriormente en el concepto de mercado interior, definido como ‘un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada’.*”¹¹

De modo específico, según el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 5 de mayo de 2015¹², uno de los objetivos que se persigue con la estrategia del mercado único digital es que los consumidores se beneficien de un mayor nivel de protección y de una mayor variedad

de productos a precios más competitivos, para ello se trabaja desde esta institución en varias propuestas normativas en materia de derecho de consumo, entre las que destacan las siguientes. De un lado, se propone la inversión de la carga de la prueba, de modo que, como subraya el documento en cuestión, *“por ejemplo, si un consumidor italiano descubre hoy que un producto que adquirió en línea hace más de seis meses es defectuoso y pide al vendedor que lo repare o lo sustituya, se le puede pedir que demuestre que el defecto existía en el momento de la entrega. Gracias a las nuevas normas propuestas, durante todo el período de dos años de garantía, el consumidor podrá pedir que se solucione la situación sin tener que demostrar que el defecto existía en el momento de la entrega”*. Es por tanto, como se ve, una medida tendente a una mayor seguridad y certeza del consumidor al adquirir un contenido digital online.

En segundo lugar, se pretende trabajar por unos derechos claros y específicos para los contenidos digitales, así, como pone de relieve, *“por ejemplo, actualmente si un consumidor descarga un juego que posteriormente resulta no funcionar adecuadamente solo puede recibir como compensación un descuento por descargar otros juegos en el futuro. Con la Directiva propuesta, los consumidores podrán solicitar que se resuelvan los problemas y, si no fuera posible o no se hiciera correctamente, obtener un descuento del precio o dar por finalizado el contrato y que se les reembolse íntegramente.”*

Según el comunicado de la Comisión, la meta es, además, armonizar la regulación contractual a nivel europeo para el mercado único digital, de modo que las empresas podrán suministrar contenidos digitales y vender mercancías en línea a consumidores de toda la UE, según el mismo conjunto de normas contractuales. Se pretende así promover la seguridad jurídica y favorecer un entorno favorable para las empresas, ya que en la actualidad, se enfrentan a la dificultad que supone tener que dedicar tiempo y dinero para adaptarse a las normas de derecho contractual en los Estados miembros en los que efectúan ventas; de este modo, el objetivo de la Comisión Europea es que *“según las normas propuestas, las empresas ya no tendrán que hacer frente a esta fragmentación: deberán poder suministrar contenidos digitales o vender mercancías a consumidores de todos los Estados miembros cumpliendo el mismo conjunto de normas*

contractuales clave”, lo cual redundará en una disminución de costes, por lo tanto, para las empresas, ya que éstas actualmente tienen que hacer frente a un coste único de 9 000 EUR adicionales, según el documento en cuestión, para adaptarse a la legislación contractual de cada uno de los nuevos Estados miembros en los que deseen vender, mientras que con las nuevas normas a escala de la UE, una empresa podría ahorrar hasta 243 000 EUR en caso de que desee vender en los otros 27 países de la UE.

En este sentido, se debe entender que cualquier esfuerzo normativo que vaya en la línea de regular el mercado digital favorecerá a esta tipología de productos o contenidos, ya que, como se ha visto, uno de los problemas de los que adolece es la escasa regulación específica por parte del ordenamiento jurídico español y europeo. Así mismo, como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, los contenidos digitales, por su idiosincrasia, requieren de normas específicas que asuman y prevean los riesgos y circunstancias particulares que se pueden dar en el comercio de este tipo de bienes y servicios, por lo que es preciso regular en el sentido de mayor protección del consumidor, otorgando así mayor certeza en el consumo, lo que redundará sin duda en una expansión de este mercado.

Por último, es preciso poner de relieve y tener presentes los riesgos que pueden traer consigo los productos digitales en los casos en que haya una deficiente o escasa información previa. De una parte, un uso incorrecto de los mismos puede producir daños en los equipos informáticos o dispositivos electrónicos en los que se descarguen o utilicen, lo cual nos puede llevar a la pérdida de información relevante y contenidos almacenados e incluso a la avería del propio aparato, además de la propia inutilización y daño en el contenido o producto adquirido. Por otro lado, su mal uso puede poner en riesgo la seguridad y protección de los datos del consumidor y usuario que, por falta de información o desconocimiento puede permitir el acceso a información personal o ceder determinados datos a aplicaciones o terceros.

Uno de los objetivos que se persigue con la estrategia del mercado único digital es que los consumidores se beneficien de un mayor nivel de protección

Por tanto, como se ve, la correcta y pormenorizada regulación de esta materia es indispensable por la cantidad y diversa tipología de daños que puede ocasionar, frente a los cuantiosos e importantes riesgos que supone para los consumidores y usuarios, al estar en jaque su seguridad personal (de sus datos e información privada) y la de su patrimonio. Con ello, se evidencia la necesidad de un trabajo interdisciplinar, en este sentido, del derecho de propiedad intelectual, el derecho de protección de datos y el derecho de consumo en aras de una regulación del mercado único digital que proteja de manera equilibrada los derechos de los autores y titulares de derechos de un lado, los intereses de las empresas de otro y, por supuesto, de los consumidores y usuarios.

Notas

- * Margarita Orozco González. Contrato FPU en la Universidad de Granada. Investigadora doctoral Università degli Studi di Bari (Italia) y Universidad de Granada (España).
1. Trabajo realizado en el marco del Contrato FPU del Ministerio de Educación del Gobierno de España, en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada.
 2. Libro Verde de la Comisión Europea sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital, Bruselas, 13.7.2011 COM (2011) 427 final; pág. 3.
 3. Fuente: Ericsson mobility report appendix, Europe, November 2014 (data: Ericsson ConsumerLab research from 2014)
 4. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Information_society_statistics_-_households_and_individuals
 5. Según el apéndice del “*Ericsson mobility report Europe*” de noviembre de 2014, “*almost 60% of consumers use multiple screens to perform the same digital activity (i.e. change devices according to their location during the day)*”.
 6. Fuente: Eurostat 2012
 7. Según el ya citado informe de Ericsson, “*de manera global, el 61% de los consumidores ven televisión y vídeos en sus teléfonos móviles, lo que supone un incremento del 71% desde 2012*” (Traducción de la autora del texto original en inglés).
 8. Traducción de la autora del texto original en inglés.
 9. CÁMARA LAPUENTE, S., “La Nueva Protección Del Consumidor De Contenidos Digitales tras La Ley 3/2014, De 27 De Marzo”, Centro de Estudios de Consumo, UCLM, octubre 2014, www.uclm.es/centro/cesco.
 10. Ver, Vázquez-Pastor Jiménez, L.; “Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento”, Revista InDret, octubre 2014; www.indret.com
 11. <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html>

12. Comunicado de prensa, Comisión Europea, “*Un mercado único digital para Europa*”, Bruselas, 6 de mayo de 2015. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_es.htm

Referencias

- HELBERGER, N. y BERNT HUGENHOLTZ, P., “No place like home for making a copy: Private copying in European Copyright Law and Consumer Law”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 22:1061, 2007.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “La Nueva Protección Del Consumidor De Contenidos Digitales tras La Ley 3/2014, de 27 de Marzo”, Centro de Estudios de Consumo, UCLM, octubre 2014, www.uclm.es/centro/cesco
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.; “Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento”, *Revista InDret*, octubre 2014; www.indret.com
- Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Institute for Information Law (IViR), “*Digital content services for consumers. Comparative analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content services*”, University of Amsterdam, 2011.
- Libro Verde de la Comisión Europea sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital, Bruselas, 13.7.2011 COM (2011) 427 final.
- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones “*Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*”, 6 de mayo de 2015.
- Informe de Impacto de la Comisión Europea, que acompaña a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, *para asegurar la portabilidad transfronteriza de los servicios en línea de contenidos en el mercado interior* [COM(2015) 627 final, SWD(2015) 271 final], de 9 de diciembre de 2015.
- Comunicado de prensa, Comisión Europea, “*Un mercado único digital para Europa*”, Bruselas, 6 de mayo de 2015.
- Parlamento Europeo en la Ficha técnica, “*El mercado único digital omnipresente*”, 2015 <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html>
- Ericsson Mobility Report Appendix, Europe, November 2014 (data: Ericsson ConsumerLab research from 2014).

VULNERABILIDADE
POTENCIALIZADA
DIANTE DE
PUBLICIDADE
ENGANOSA COM
PROMESSA DE CURAR
CÂNCER: COMENTÁRIO AO
RESP. 1.329.556/SP*

VITOR HUGO DO AMARAL FERREIRA**

Mestre em Integração Latino Americana, Linha de Pesquisa
Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de
Santa Maria (UFSM)

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO***

Pós-Doutorado em andamento pela Universidade Federal do Rio
Grande do Sul (UFRGS)

RESUMO

Trata-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial na ação que intentou reparação por danos morais diante de publicidade enganosa, em ofensa a direito subjetivo de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas. O comentário pontua-se no Código de Defesa do Consumidor a partir da tese de que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. A ênfase do comentário vai ao encontro das bases da tutela consumerista ao revisar princípios e direitos básicos, trazendo à baila o necessário (re)conhecimento da (hiper)vulnerabilidade do consumidor.

A) Resumo do caso

Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor que alega publicidade enganosa, em ofensa a direito subjetivo de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

A publicidade enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Em síntese, o mérito da questão ocupou-se em julgar pedido de indenização por danos materiais e morais, a partir da demonstração de venda de produto impróprio ao consumo como medicamento e inadequado para o fim a que se destinava¹.

Repassa, ao caso em comento, questão basilar do direito do consumidor, que é o direito a receber informações básicas acerca dos produtos e serviços postos no mercado de consumo. Em que pese, a recorrida atribui ao produto Cogumelo do Sol propriedades terapêuticas e medicinais não comprovadas cientificamente, utilizando-se, inclusive, de expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves.

B) Comentário ao caso

As sociedades passaram a ser denominadas a partir dos elementos que as caracterizam: fala-se em sociedade de informação, sociedade em rede e sociedade de exclusão. Entre tantas, é possível um raciocínio que conduz à sociedade da oferta, que atrai a sociedade do consumo, oportuniza a sociedade do crédito, produz a sociedade do endividamento. Na sociedade dos desejos por produtos e serviços passamos a viver mais tempo, vida mais longa e de melhor qualidade; são os contornos de um tempo em que, via de regra, passamos a usufruir de melhor saúde.

Há uma multiplicidade de paradigmas que explica a construção do mundo. O homem, em sua eterna contradição, é genial diante do seu potencial de criação, mas se reduz ao não dominar a sua relação com seus inventos. As suas descobertas levam a cometer exageros, sejam nas invenções, no acúmulo de recursos, no consumo.

A todas as questões que a vida nos traz podemos buscar respostas e soluções, contudo, é na doença que somos acometidos pela maior de nossas vulnerabilidades, fragilidades.

Como restou posto na decisão em comento, “no caso vertente, está demonstrado o dissídio jurisprudencial no que se refere ao direito do consumidor à informação clara, precisa e coerente dos produtos e serviços postos no mercado de consumo”²².

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (relator), em voto favorável ao recurso, traz a lição preliminar que pontua o conteúdo por ora exposto:

Cinge-se a controvérsia a analisar o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. A lide está adstrita à alegação de propaganda enganosa. A dramática situação dos autos tem origem na plausível busca de um pai pela cura do câncer de fígado que acometeu seu filho, menor de idade. A razão exclusiva para a aquisição do produto “Cogumelo do Sol” se deu por sua publicidade que assegurava, de forma positiva, resultados no tratamento de câncer.

O voto divergente do ministro Moura Ribeiro sustenta que, estando o paciente acompanhado por especialistas, inclusive com o emprego da radioterapia e da quimioterapia, evidente que o tratamento não seria suficiente para debelar o lamentável câncer.

Em que pese, não está em discussão a efetividade do produto, mas sim a promessa patrocinada na oferta ao consumidor. É o princípio da vulnerabilidade que merece ser cotejado³.

O homem reforça suas esperanças na fé, não necessariamente na religiosidade, mas sim na fé que cria deuses, sejam estes humanos ou não. Idolatra não apenas imagens e cultos, mas também pessoas: os criadores das tecnologias, os avanços da saúde.

Somos os sujeitos dessa tremenda aventura que é o existir, e ainda que não sejamos todos questionadores, estamos sim, em boa parte, procurando respostas. O homem na sua fascinante busca já cometeu devaneios para justificar seus meios, na intenção de ver seus fins. Nada que a religião, tampouco a filosofia, a química, as ervilhas, ou mesmo as maçãs – as teorias da evolução ou da gravidade – não tenham tentado explicar⁴, mas parece-nos que conhecer o ser humano, entender o outro, ainda é o nosso maior desafio.

É impensável que ainda existam pessoas capazes de utilizar da dor e sofrimento do seu semelhante, vislumbrando algum proveito. A decisão que apresentamos aqui repassa pontos não desconhecidos do direito do consumidor, não há ineditismo, tampouco uma nova tese. O que a fez ser escolhida é o desejo de que fatos como esse não sejam banalizados, e por isso passíveis de uma normalidade jurídica. As premissas precisam ser revisitadas, precisamos dizer o óbvio para não nos afastarmos do que fundamenta a nossa existência na tutela do consumidor.

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por escopo assegurar o direito à informação adequada – inteligência do art. 6º, III, CDC – e o respeito à dignidade, à saúde e à segurança na relação consumerista – art. 4º do CDC. Nota-se não apenas um texto legal, mas uma base principiológica, direitos básicos que merecem resguardo, ao passo que sustentam todo o sistema de proteção e defesa do consumidor. Neste sentido, são as bases, em especial, que jamais podem ser negligenciadas, sob o risco de desestruturar todo o sistema.

O caso cuida da tutela do consumidor diante da publicidade enganosa (37, § 1º, CDC); e pontual é o voto do ministro Villa Bôas Cuevas ao considerar a necessidade da veracidade da informação falsamente prestada, a qual, ainda que por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro quanto à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços⁵.

Assegura, que:

a ausência da obtenção do resultado prometido e a comprovada publicidade enganosa e abusiva ensejaram transtornos que superaram o mero dissabor. A aquisição do produto decorreu da inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do recorrente, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido por seu filho. O intuito de lucro desarrazoado, a partir da situação de premente necessidade do recorrente, é situação que desafia a reparação civil.

Percebe-se a inteligência do voto ao considerar a exploração da hipervulnerabilidade⁶, com o intuito de lucro desarrazoado, ao passo que a ideia de vulnerabilidade está justamente associada à debilidade de um dos agentes da relação de mercado, no caso, o consumidor, cuja dignidade merece ser preservada.

Com efeito, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem explicitam que:

a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como [...] sua situação de doente. [...] Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade 'geral' do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e 'especial' à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)⁷.

Neste sentido, a vulnerabilidade do consumidor permite que o Código de Defesa do Consumidor possa falar em atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Ao reconhecer a vulnerabilidade com relação a sua ignorância técnica e específica para discernir quanto a melhor decisão a ser tomada na sua relação consumerista, o Código de Defesa do Consumidor proporciona elementos jurídicos que darão uma garantia maior de segurança nas suas deliberações. O dever de informar é princípio fundamental no Código de Defesa do Consumidor.

O dever de
informar é
princípio
fundamental
no Código
de Defesa do
Consumidor

A publicidade dentre seus propósitos, incentiva o consumidor ao desejo, levando ao ato de adquirir. Entretanto, as técnicas utilizadas, por vezes, evidenciam aspectos da vulnerabilidade sob uma ordem psíquica, fisiológica e econômica. Eis a regra que não devem imperar. Em matéria contratual, a boa-fé objetiva, definida como um dever jurídico instituído às partes contratuais de atuar com lealdade e probidade, garantindo a concretização das legítimas expectativas do parceiro contratual na relação de consumo, além do conceito ético, exprime uma concepção econômica, ligada à funcionalidade econômica das interações sociais e contratuais do mercado.

O caso em tela é importante ao estudo do direito do consumidor, pois quando passarmos a assimilar que o consumidor é um litigante habitual estaremos fadados à estagnação. Ao entendermos a necessidade de informar como condição essencial, vinculada à boa-fé contratual, sem exigir que o consumidor tenha condições médias de avaliar a publicidade, sem transferirmos responsabilidades, poderemos ainda acreditar em um sistema mais justo, ou seja, sem ganho ou perda em demasia a ninguém, mas apenas harmônico, equilibrado.

A lição que persegue inúmeros casos como o exposto aqui, infeliz realidade, não está em nenhuma norma jurídica específica. Cremos que

já temos normas em demasia, precisamos sim efetivá-las, (re)discutir as bases do direito do consumidor, dentre elas o direito à informação e o reconhecimento da (hiper)vulnerabilidade, é renovar esperanças, não somente na lei, mas no que o ser-humano é capaz de fazer pelo bem do outro.

A história nos deixou de herança o desejo por *liberdade, igualdade e fraternidade*. Aqui a nossa maior lição, o anseio por uma nova igualdade, uma nova liberdade, uma nova fraternidade. O futuro da proteção dos vulneráveis passa pela construção de uma origem comum, cotejado por um diálogo das diferenças, apto a permitir autonomia aos mais fracos e a inclusão dos diferentes. Por tempos de “uma igualdade com alma e com calma”, por um direito privado solidário⁸.

Ao caso não resta nenhum apontamento teórico mais aprofundado. Ao comentá-lo, em especial a passagem de trecho acima, a partir da contribuição dos professores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, ainda uma última contribuição em nosso comentário: o direito nos trouxe a igualdade, permitiu-nos a liberdade, mas não será o direito capaz de nos tornar mais fraternos. Eis o desafio!

Notas

* O Acórdão encontra-se às págs. 231-242.

** Vitor Hugo do Amaral Ferreira. Mestre em Integração Latino Americana, Linha de Pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduado com especialização na Área de Violência Doméstica contra Criança e Adolescente pela Universidade de São Paulo (USP); Docente do Centro Universitário Franciscano, onde coordena o Projeto de Ensino, Pesquisa e Extensão Prática em Direito do Consumidor; e o grupo de pesquisa Política e Sociedade de Consumo; Docente da Antonio Meneghetti Faculdade. Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação em Direito. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: sociedade de consumo, direito do consumidor, superendividamento, publicidade, governança para internet, sociedade de informação. Advogado, sócio-fundador do escritório Amaral Ferreira & Schlosser Advocacia. Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio Grande do Sul. Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Email: vitorhugodir@hotmail.com.

*** Diógenes Faria de Carvalho. Pós-Doutorado em andamento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Psicologia (Economia

Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC – GOIÁS). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO) e Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação em Direito. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual. Advogado do escritório Velasco, Vellasco & Simonini Advocacia. Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Email: dfcarvalho01@hotmail.com.

1. Nas razões do especial, o recorrente aduz que a publicidade foi capaz de induzi-lo em erro, principalmente pela superficialidade com que trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio e alega dissídio jurisprudencial com os seguintes precedentes, todos julgados com base na tese da publicidade enganosa e proteção do consumidor (art. 37, CDC): (i) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Apelação Cível 20070710030024, DJ 24/9/2007, no qual houve o reconhecimento da propaganda enganosa com a condenação por danos morais de empresa que vendeu produto para emagrecimento a consumidor lesado na justa expectativa almejada, mas frustrada em virtude da plena impossibilidade do resultado prometido, a despeito da observância das orientações constantes na publicidade; (ii) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível 70041542580, em que foi reconhecida a publicidade enganosa ante a atribuição de propriedade terapêuticas de produto (esteira de massagem), sem comprovação, e uso de técnica agressiva de venda domiciliar, visando idosos e aposentados; (iii) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível 1.0261.06.045252-9/003, julgado em que se reconheceu o dano moral decorrente da publicidade enganosa destinada a cooptar consumidor com necessidades especiais a adquirir veículo automotor, sem, no entanto, informar acerca das limitações de uso. (iv) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte: Apelação Cível 2008.01.0002-9 – publicidade enganosa foi reconhecida, pois o consumidor acreditou estar adquirindo um automóvel quando lhe foi vendido, em verdade, um título de capitalização.
2. Primeiramente, registre-se que, no caso concreto, não se está a analisar a eficácia do produto “Cogumelo do Sol”, quais seus resultados objetivos à saúde ou, ainda, se existe autorização da ANVISA para a sua comercialização, circunstâncias não elencadas na causa de pedir e alheias ao pedido (e-STJ fls. 3-11).
3. Oportuna é a obra de Paulo Valério Dal Pai Moraes, Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade, em que há um estudo cuidadoso sobre a vulnerabilidade do consumidor na perspectiva contratual, na publicidade e demais práticas comerciais.
4. [...] Em texto intitulado *A lição da tartaruga*, compartilhamos, em metáfora, que somos, em nossos tempos, muitas tartarugas – “a que transporta e sustenta o

mundo” – [...] Ensina-nos a tartaruga a apreciarmos a longevidade, simboliza o trabalho, que se traduz, novamente no crédulo dos chineses, no animal que representa uma temporada de pausa. Tempo em espera, que anunciará outros novos tempos. Evolução lenta, mas segura: eis a lição da tartaruga. Aqui podemos traduzir a ideia, ao pensarmos no esforço de carregarmos um fardo maior do que as nossas forças. Pensar, a partir da lição da tartaruga, é não querer desistir. O fardo, ainda que pesado, é o nosso encontro à vulnerabilidade, a pausa, a lentidão; mas a certeza do movimento, é o que nos faz crer na possibilidade. Um novo tempo, um novo (mais humano) direito.

5. A publicidade de medicamentos não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo (art. 7º, § 2º). Toda publicidade de medicamentos conterà obrigatoriamente advertência indicando que, em persistindo os sintomas, o médico deverá ser consultado (art. 7º, § 5º) (Rizzato Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. Saraiva, p. 491-492).
6. O STJ já se pronunciou sobre a hipervulnerabilidade de coletividade indígena desprovida de assistência médico-odontológica (REsp 1.064.009/SC), de deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp 931.513/RS) e de portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp 586.316/MG).
7. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 188-189.
8. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, Revista dos Tribunais, 2014.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça
Relator: [Ricardo Villas Bôas Cueva](#)

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Relator: [Reinaldo Pinto Alberto Filho](#)

EXCERTOS

Do Superior Tribunal de Justiça (25.11.2014)

“Importante relevar que a publicidade enganosa e abusiva patrocinada pela empresa-ré enseja reparação de dano moral, na medida em que incutiu falsas expectativas e levou o autor a erro, frustrando-o em sua expectativa de obter os resultados propalados”

“À toda evidência, não é razoável, nem se coaduna com a legislação pátria, a oferta de produto que, sem comprovação científica quanto à sua eficácia, é anunciado como apto a reabilitar pessoa acometida de doença grave”

“A ré, indubitavelmente, prevaleceu-se da fraqueza e ignorância do autor, oferecendo produto que, por óbvio, não tem as propriedades por ela informadas”

Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (30.11.2015)

“As obrigações e procedimentos instituídos pela Lei Estadual n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, não violam de qualquer forma o suscitado Princípio da Presunção de Inocência”

“Pela referida teoria da inconstitucionalidade por ‘arrastamento’ ou ‘atração’ ou ‘inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados’, se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior – tendo em vista a relação de instrumentalidade que entre elas existe – também estará eivada de vício de inconstitucionalidade”

**EMPRESA DEVE INDENIZAR
POR PROPAGANDA
ENGANOSA DE PRODUTO QUE
SUPOSTAMENTE CURAVA O
CÂNCER**

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **3a. T.**

Relator: **Ricardo Villas Bôas Cueva**

RECURSO ESPECIAL Nº
1.329.556 – SP (2012/0124047-6)
RELATOR: MINISTRO
RICARDO VILLAS BÔAS
CUEVA
RECORRENTE: BENEDITO
DOMINGUES
ADVOGADO: LÁZARO
RAMOS DE OLIVEIRA E
OUTRO(S)
RECORRIDO: COGUMELO
DO SOL AGARICUS DO
BRASIL COMÉRCIO
IMPORTAÇÃO E
EXPORTAÇÃO LTDA
ADVOGADO: NORIYO
ENOMURA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada **hipervulnerabilidade** do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes.

5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatô-

ria por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide A Terceira Turma, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por BENEDITO DOMINGUES, com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

“Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e morais. Ação julgada parcialmente procedente. (...) Demonstração de venda de produto impróprio ao consumo como medicamento e inadequado para o fim a que se destinava. Publicidade enganosa e abusiva. Art. 18, parágrafo 6º, inciso III, do Código de Defesa do

Consumidor. Devolução do preço pago. Necessidade. Danos morais indevidos. Morte ocorrida depois de três anos da aquisição do produto. Mero dissabor que não justifica a indenização. Provimento parcial da apelação da ré, prejudicado o recurso do autor. (...) Há demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento, mesmo porque inadequado para o fim a que se destinava por força de publicidade feita (art. 18, parágrafo 6º, inciso III, da Lei 8.078/90) e de natureza enganosa e abusiva, merecendo ressarcido o consumidor pelo dispêndio de produto que se revelou sem a menor eficácia. A ineficácia do produto para combater a neoplasia pode constituir em mágoa e aborrecimento, mas não atinge o direito de personalidade depois de três anos do uso e de continuidade no tratamento convencional. Para que a indenização seja devida, é mister que o indivíduo tenha sido submetido à situação humilhante e vexatória, ausente na hipótese” (fl. 276 – grifou-se).

Na origem, trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais ajuizada pelo ora recorrente, beneficiário da justiça gratuita, contra a empresa ré, ora recorrida, que lhe vendeu, em 22.3.1999, no valor total de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), o produto denominado “**Cogumelo do Sol**”, sob a promessa de que seria eficaz na promoção da cura do câncer. No caso, o autor adquiriu o “remédio” para seu filho Lucas da Silva, portador de câncer no fígado, em

estado avançado, e que veio a óbito por carcinomatose em 27.3.2002, ou seja, três anos após a compra do “medicamento”.

Extraí-se da inicial a seguinte narrativa:

“(…) A sócia-proprietária da ré afirmou ao autor que o REMÉDIO COGUMELO DO SOL teria resultado positivo garantido para a cura da doença após a sua utilização durante o período de 6 (seis) meses, visto que o remédio possuía propriedades terapêuticas e medicinais, agia na parte imunológica do organismo, diminuindo as células cancerígenas. Em vista disso, o autor, fragilizado pela enfermidade de seu filho, adquiriu o produto Cogumelo do Sol como solução para a doença (…). O produto Cogumelo do Sol não trouxe qualquer resultado positivo na cura da doença do filho do autor, até que no dia 27 de março de 2002, este veio a falecer.

O autor na hora do desespero foi induzido em erro pela empresa-ré, ao buscar a ‘solução’ no Cogumelo do Sol, principalmente pela superficialidade com que a empresa-ré trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio, além do que não estava registrado como medicamento sendo que a atribuição de propriedades terapêuticas não havia sido comprovada junto ao órgão competente.

Neste passo, importante relevar que a publicidade enganosa e abusiva patrocinada pela empresa-ré enseja reparação de dano moral, na medida

em que incutiu falsas expectativas e levou o autor a erro, frustrando-o em sua expectativa de obter os resultados propalados, causando danos à saúde do seu filho, que realizou tratamento com o produto Cogumelo do sol como solução para o câncer que ele não é capaz de combater” (e-STJ fls. 4-5 – grifou-se).

Ao final, afirmou que os danos sofridos deveriam ser reconhecidos de plano (*in re ipsa*), à luz dos arts. 6º, IV e VIII, 31, 37, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e 186, 187, 927 e 944 do Código Civil.

Consta dos autos que a empresa recorrida já foi autuada por uso ilegal da medicina mediante a prescrição de tratamentos não comprovados cientificamente (e-STJ fl. 72). Afere-se ainda a existência de prisão em flagrante em 10 de novembro de 2000 de YASUKO KIMURA (IP nº 35/00), comerciante que vendeu ao autor o produto, por infração do art. 273, parágrafo 1º, 1º a e 1º b, do Código Penal (com as alterações da Lei nº 9.677/98 – falsificação de medicamentos), nas dependências da empresa COGUMELO DO SOL AGARICUS DO BRASIL COMÉRCIO IMPORTADORA, EXPORTADORA LTDA., ora recorrida, que foi interdita.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido sob o fundamento de que “*prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste na intenção de comercializar produtos ou serviços*” por meio de publicida-

de enganosa, ensejaria o dever de indenizar o consumidor tanto material como moralmente (e-STJ fls. 171-181).

O Tribunal de origem a despeito de reconhecer a publicidade enganosa, reformou a sentença para negar o pleito de danos morais sob o fundamento de que houve um simples aborrecimento banal ou mera suscetibilidade ferida, mantendo incólume apenas a indenização por danos materiais. Assim, não obstante tenha considerado existir “*demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento*”, **reputou o fato um mero dissabor** (e-STJ fl. 276):

“(…) *A publicidade enganosa e da qual o autor se vergou decorre do fato de que a ré, indicando o ‘cogumelo do sol’ ou o ‘Royal Agaricus’ como algo ‘rico em proteínas, vitaminas, sais minerais e inúmeros princípios ativos, vem atraindo a atenção da comunidade médico-científica e do público em geral das propriedades terapêuticas que apresenta em relação a diversas patologias, com destacada atuação nos casos de câncer’* (fl. 36), fazendo, ainda, exposição do sistema imunológico e a formação das células cancerígenas, passando pela abordagem dos métodos convencionais do tratamento do câncer para, em seguida, afirmar que o Dr. Ghoneum descobriu que **‘o Royal Agaricus pode estacionar o crescimento das células cancerígenas, dois dias após administração do chá com concentração de 5%.** Em

paralelo, constatou que as células neoplásicas, que não receberam infusão de RA, dobraram em número, no intervalo de dois dias...’, apontando o cogumelo como profilaxia contra o câncer (fls. 37/45). ***Mas a publicidade não para aí, afirmando casos de recuperação de pacientes portadores de neoplasia em fase avançada*** (fls. 46/51).

Aliás, tão amplas foram as divulgações da eficácia do produto que despertaram a atenção das autoridades competentes, redundando em prisão em flagrante dos responsáveis pelo produto (fls. 58/113), ***observando-se que o conteúdo da ação civil pública movida pelo Ministério Público contra a ré é sintomático, onde se anota de forma clara que as propriedades terapêuticas e medicinais não estão cientificamente provadas e que ela, inclusive, faz uso de ‘expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves, melhorando o estado de saúde das pessoas e abreviando o tratamento, além de prevenir doenças e de fortalecer pessoas deficientes, ou que estão com baixa resistência. A publicidade, portanto, é capaz de induzir o consumidor em erro principalmente pela superficialidade quando trata de dado essencial do produto, qual seja, de que é alimento e não remédio*** (fls. 187/232). A ré, em relação a essa peça de seu conhecimento, tanto que figura como parte, não se manifestou, embora a tanto tivesse oportunidade.

Assim, há demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo, mesmo porque inadequado para o fim a que se destinava por força de publicidade feita (art. 18, parágrafo 6º, inciso III, da Lei 8.078/90) e de natureza enganosa e abusiva, merecendo ressarcido o consumidor pelo dispêndio de produto que se revelou sem a menor eficácia. Daí porque corretamente se deliberou a devolução do preço pago pelo produto impróprio ao uso a que se destinava devidamente corrigido, e limitado apenas ao que restou documentado. (...) A ineficácia do produto para combater a neoplasia pode constituir em mágoa e aborrecimento, mas não atinge o direito de personalidade depois de três anos do uso e de continuidade no tratamento convencional” (e-STJ fls. 280-281 – grifou-se).

Nas razões do especial, o recorrente aduz que a publicidade foi capaz de induzi-lo em erro, principalmente pela superficialidade com que trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio e alega dissídio jurisprudencial com os seguintes precedentes, todos julgados com base na tese da publicidade enganosa e proteção do consumidor (art. 37 do CDC):

(i) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Apelação Cível nº 20070710030024, DJ 24/9/2007, no qual houve o reconhecimento da propaganda enganosa com a condenação por danos morais de empresa que vendeu produto para

emagrecimento a consumidor lesado na justa expectativa almejada, mas frustrada em virtude da plena impossibilidade do resultado prometido, a despeito da observância das orientações constantes na publicidade;

(ii) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 70041542580, em que foi reconhecida a publicidade enganosa ante a atribuição de propriedade terapêuticas de produto (esteira de massagem), sem comprovação, e uso de técnica agressiva de venda domiciliar, visando idosos e aposentados;

(iii) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível nº 1.0261.06.045252-9/003, julgado em que se reconheceu o dano moral decorrente da publicidade enganosa destinada a cooptar consumidor com necessidades especiais a adquirir veículo automotor, sem, no entanto, informar acerca das limitações de uso.

(iv) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte: Apelação Cível nº 2008.01.0002-9, na qual a publicidade enganosa foi reconhecida, pois o consumidor acreditou estar adquirindo um automóvel quando lhe foi vendido, em verdade, um título de capitalização.

Aduz que o direito do consumidor a informações básicas acerca dos produtos e serviços postos no mercado de consumo decorre do sistema. Afirma que *“a Recorrida atribui ao produto Cogumelo, do Sol, que nada mais é que um complemento alimentar à base de um tipo de fungo, proprieda-*

des terapêuticas e medicinais não comprovadas cientificamente, utilizando-se, inclusive, de 'expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves' (e-STJ fl. 289 – grifou-se).

Sem as contrarrazões (e-STJ fl. 343), o recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): O recurso merece prosperar.

No caso vertente, está demonstrado o dissídio jurisprudencial no que se refere ao direito do consumidor à informação clara, precisa e coerente dos produtos e serviços postos no mercado de consumo, razão pela qual passa-se à análise de mérito recursal.

Primeiramente, registre-se que, no caso concreto, não se está a analisar a eficácia do produto “Cogumelo do Sol”, quais seus resultados objetivos à saúde ou, ainda, se existe autorização da ANVISA para a sua comercialização, circunstâncias não elencadas na causa de pedir e alheias ao pedido (e-STJ fls. 3-11).

Cinge-se a controvérsia a analisar o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras fun-

ções. A lide está adstrita à alegação de propaganda enganosa. A dramática situação dos autos tem origem na plausível busca de um pai pela cura do câncer de fígado que acometeu seu filho, menor de idade. A razão exclusiva para a aquisição do produto “Cogumelo do Sol” se deu por sua publicidade que assegurava, de forma positiva, resultados no tratamento de câncer.

Destaque-se que o tema tem importância constitucional, tendo em vista que o art. 220, § 4º, da Constituição Federal prevê que *“a propaganda comercial (...) de medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”*. A saúde, por sua vez, está incluída entre os direitos sociais assegurados pela Constituição, no art. 6º da CF/1988, razão pela qual é direito de todos e dever do Estado.

Ademais, a Política Nacional das Relações de Consumo está voltada a assegurar ao consumidor o direito à informação adequada sobre produtos postos no mercado de consumo (art. 6º, III, do CDC) e o respeito à dignidade, à saúde e à segurança na relação consumerista (art. 4º do CDC), em especial quanto aos *“riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”* (art. 6º, I, do CDC).

Trata-se, no caso, de **propaganda enganosa** (37, § 1º, do CDC), tida como aquela relacionada à veracidade da informação falsamente prestada, a

qual, ainda que por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro quanto à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Aliás, também se verifica, no caso concreto, a denominada **publicidade abusiva** (art. 37, § 2º, do CDC), vinculada à insurgência aos “valores da coletividade”, por exploração do medo e incitação de superstições, aproveitando-se da momentânea deficiência de julgamento do consumidor, restando contrariada a própria boa-fé objetiva que permeia a relação consumerista (art. 39, IV, do CDC).

De fato o consumidor médio, em condições normais, dificilmente acreditaria que pedaços de cogumelos desidratados em comprimidos (na forma oral e em supositórios) poderiam, de forma autônoma, fazer parte do tratamento de paciente com câncer. No caso, o produto amplamente ofertado no mercado estava sendo utilizado como uma alternativa na busca de cura, tendo em vista que o acompanhamento do paciente por especialistas foi mantido, inclusive com o emprego de radioterapia e quimioterapia (sentença – fl. 178).

À toda evidência, não é razoável, nem se coaduna com a legislação pátria, a oferta de produto que, sem comprovação científica quanto à sua eficácia, é anunciado como apto a reabilitar pessoa acometida de doença grave. O art. 31 do CDC veda a oferta que coloque em risco a saúde e a segu-

rança do consumidor, detentor do direito subjetivo às informações quanto às “*características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados*” do produto adquirido (REsp nº 1.188.442/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 5/2/2013).

A propaganda de medicamentos não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo (art. 7º, § 2º). Toda propaganda de medicamentos conterà obrigatoriamente advertência indicando que, em persistindo os sintomas, o médico deverá ser consultado (art. 7º, § 5º) (Rizzato Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª Edição, Editora Saraiva, págs. 491-492 – grifou-se).

Ora, a ausência da obtenção do resultado prometido e a comprovada publicidade enganosa e abusiva ensejaram transtornos que superaram o mero dissabor. A aquisição do produto decorreu da inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do recorrente, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido por seu filho. O intuito de lucro desarrazoado, a partir da situação de premente necessidade do recorrente, é situação que desafia a reparação civil.

A ideia de vulnerabilidade está justamente associada à debilidade de

um dos agentes da relação de mercado, no caso, o consumidor, cuja dignidade merece ser preservada. Com efeito, há de ser valorada a frustração da expectativa de obtenção dos resultados propalados, como a última chance de sobrevida de um filho. O desequilíbrio da relação comercial decorre da capacidade de persuasão do fornecedor, único e verdadeiro detentor da informação acerca do produto e da sua eficácia, havendo, indubitavelmente, um desencontro de forças. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada é denominada **hipervulnerabilidade** (art. 39, IV, do CDC).

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem explicitam que “(...) a *hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como (...) sua situação de doente.* (...) *Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade ‘geral’ do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)*”. (O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis, Editora Revista dos Tribunais, págs. 188-189 – grifou-se)

O STJ já se pronunciou sobre a hipervulnerabilidade de coletividade indígena desprovida de assistência médico-odontológica (REsp 1.064.009/SC), de deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp 931.513/RS) e de portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp 586.316/MG).

O ordenamento pátrio não tolera a conduta da empresa recorrida em induzir a compra de mercadoria “milagrosa” (e-STJ fls. 37-58), justamente no momento de desespero de um consumidor premido de necessidade. A esperança de possível resgate da dignidade do paciente, seu familiar que estava diante de morte iminente, conduziu à aquisição do produto. **A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, era apta a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).**

A demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na propaganda enganosa é irrelevante para a caracterização da publicidade ilícita no âmbito do CDC (REsp nº 1.266.937/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Dje 1º.2.2012). Também prescindível o efetivo engano do consumidor, bastando aferir em abstrato a potencialidade da publicidade em induzi-lo em erro.

A propósito, confirmam-se acerca do tema propaganda enganosa, os seguintes precedentes desta Corte: REsp

1.344.967/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 15/9/2014; REsp 1.391.084/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira turma, julgado em 26/11/2013, DJe 25/2/2014; AgRg nos EDcl no AREsp 259.903/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 25/9/2014; REsp 1.317.338/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/3/2013, DJe 1º/4/2013, REsp 866.636/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2007, DJ 06/12/2007 e REsp nº 92.395/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 5/2/1998, DJ 6/4/1998.

No caso, a manifesta incongruência do conteúdo veiculado no rótulo do produto “Cogumelo do Sol”, aliada às circunstâncias pessoais da vítima, teve o condão de agravar a já angustiante situação de vida do consumidor, desafiando a indenização por dano moral, que prescinde da demonstração de prejuízo, por ocorrer *in re ipsa*.

Como se pode averiguar dos autos (e-STJ fls. 37-58), a publicidade foi exteriorizada por meio de gráficos e estatísticas de difícil compreensão e imprecisas as informações. Há falta de transparência dos dados fáticos, técnicos ou científicos do produto (art. 36, parágrafo único, do CDC), inclusive em relação a seus malefícios, já que a recorrida **nega a possibilidade de quaisquer efeitos colaterais na ingestão do produto, sem sequer**

mencionar os perigos quanto ao uso excessivo ou inadequado dos comprimidos. Tais importantes advertências, que deveriam sustentar a mensagem, foram substituídas pela intensa divulgação da esperança na terapia de moléstias graves, dentre as quais a neoplasia maligna. Portanto, ao não se precisar a qualidade e a composição do produto vendido, violou-se o art. 31 do CDC.

O direito pleiteado foi **reconhecido pela sentença** em virtude do manifesto abalo moral sofrido pelo recorrente consoante fundamentação que se transcreve, por oportuno, no que interessa:

*“(...) Pelo que se infere dos autos, a ré realizou publicidade enganosa e abusiva, consoante estabelecido no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. **Há documentos que demonstram que a ré divulgava – ou divulga – efeitos do produto por ela comercializado. Esses efeitos estão relacionados não somente a tratamento e cura do câncer, como também a melhora do sistema imunológico, com cura de doenças daí resultantes. O livreto distribuído pela ré e acostado aos autos informa a atuação do produto e destinação, com ampla descrição, inclusive gráficos, que demonstram como as células cancerígenas poderiam ser por ele tratadas.***

Há referência à chamada abordagem tradicional contra o câncer, com informações, inclusive, pertinentes à ausência de possibilidade de solução da questão com esta uti-

lização, enaltecendo-se a atuação do produto por ela comercializado como capaz de superar o resultado obtido com a chamada abordagem tradicional. Inúmeras expressões relatam, de forma clara, a existência de ‘nova e promissora droga’ destinada a tratar doenças, um novo tipo de terapia proposto, com atuação no sistema imunológico e, ainda, capaz de não produzir nenhum efeito colateral.

Contrariamente ao informado pela ré, há expressões que relatam as propriedades do produto e a capacidade deste de remir totalmente células cancerígenas e metástase, com a apresentação de casos e relatos correspondentes.

Não se pode olvidar que estas mesmas informações, consoante os documentos constantes nos autos, foram divulgadas na Imprensa escrita e falada, que tem grande penetração e efeito sobre o grande público, potencializando, assim, os efeitos da sua efetivação. Ressalve-se que **nenhum dos documentos foi impugnado pela ré, sendo, no mais, oriundos de Inquérito Policial instaurado para apuração de situações pertinentes à utilização e comercialização do produto em questão.**

O Código de Defesa do Consumidor combate toda e qualquer conduta abusiva que, de alguma forma, venha a proporcionar dano ao consumidor, destacando-se, dentre elas, aquela pertinente à existência de conduta através da qual venha o fornecedor de um produto ou serviço a prevalecer-se da

fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste, na intenção de comercializar produtos ou serviços (art. 39, IV do Código de Defesa do Consumidor). Estabelece, outrossim, o artigo 37, nos termos já expostos acima, proibição pertinente a realização de publicidade enganosa ou abusiva, definindo estas modalidades de atuação nos parágrafos correspondentes.(...)

A ré, indubitavelmente, prevaleceu-se da fraqueza e ignorância do autor, oferecendo produto que, por óbvio, não tem as propriedades por ela informadas. Por outro lado, a aquisição comprovadamente se fez quando já detectada a doença e na intenção de cura. Há obviamente, nexos de causalidade, considerando-se a finalidade da aquisição e a atuação da ré para que esta fosse possível” (e-STJ fls. 173-179 – grifou-se).

A propósito, é consabido que condutas dessa natureza são tipificadas como crime (art. 283 do Código Penal), porquanto vedado no ordenamento pátrio “*inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível*”, o que se conhece por “**charlatanismo**”, crime de perigo abstrato e que tem como sujeito ativo qualquer pessoa (delito comum) e passivo, a coletividade e **as pessoas eventualmente iludidas. A consumação do crime se dá com o mero anúncio.** Luiz Régis Prado, ao interpretar o mencionado artigo, alega que “**tem-se como exemplo o agente que promete curar o câncer mediante tratamento que é somente**

de seu conhecimento” (Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 3, Parte Especial – arts. 250 a 359H, 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 238 – grifou-se).

Saliente-se, ainda, que é objetiva a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores em razão de defeitos do produto (arts. 14 e 30 do CDC), o que se aplica, inclusive, aos anúncios. Portanto, tendo em vista o direito básico do consumidor de “*efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais*” (art. 6º, VI, CDC), é imprescindível aplicar a regra de ordem pública. Por sua vez, diferentemente da regra constante no CDC, no art. 6º, VIII, o art. 38 determina uma modalidade de inversão legal obrigatória do ônus da prova no tocante à publicidade (*ope legis*). Em outras palavras, o ônus de provar que a publicidade não é enganosa nem abusiva é do fornecedor, não tendo a recorrida se desincumbido desse mister.

Por fim, **arbitro o montante de R\$ 30.000,00** (trinta mil reais) a **título de indenização por danos morais**, valor condizente aos parâmetros adotados nesta Corte, com acréscimo de juros de mora a partir do evento danoso (data da aquisição do produto), à luz da Súmula nº 54/STJ, e correção monetária a partir do arbitramento, restabelecendo-se, no mais, a sentença de fls. 171-181 (e-STJ) para manter a condenação por danos materiais (quantia gasta na aquisição do “remédio” que totaliza R\$ 540,00 – qui-

nhentos e quarenta reais) e condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido inicial nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº
1.329.556 – SP (2012/0124047-6)**

RELATOR: MINISTRO
RICARDO VILLAS BÔAS
CUEVA

RECORRENTE: BENEDITO
DOMINGUES

ADVOGADO: LÁZARO
RAMOS DE OLIVEIRA E
OUTRO(S)

RECORRIDO: COGUMELO
DO SOL AGARICUS DO
BRASIL COMÉRCIO
IMPORTAÇÃO E
EXPORTAÇÃO LTDA
ADVOGADO: NORIYO
ENOMURA E OUTRO(S)

VOTO VENCIDO

**O EXMO. SR. MINISTRO
MOURA RIBEIRO:**

Sr. Presidente, não acompanho o voto de V. Exa., ainda que excelente, porque, com todo o respeito, o fato de se ter persistido no acompanhamento do paciente por especialistas, inclusive com o emprego da radioterapia e da quimioterapia, evidencia, a meu ver, que era sabido e consabido que esse tratamento não seria suficiente para

debelar o lamentável câncer que acometeu o jovem.

Por esse motivo, divirjo.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro:

2012/0124047-6

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.329.556 / SP

Números Origem:

5830020061034470 61034470

91557624620068260000

992060391684

PAUTA: 25/11/2014

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO**

VILLAS BÔAS CUEVA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO**

VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da

República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO**

PIMENTEL ALBUQUERQUE

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA**

RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: **BENEDITO**

DOMINGUES

ADVOGADO: **LÁZARO**

RAMOS DE OLIVEIRA E

OUTRO(S)

RECORRIDO: **COGUMELO**

DO SOL AGARICUS DO

BRASIL COMÉRCIO

IMPORTAÇÃO E

EXPORTAÇÃO LTDA

ADVOGADO: **NORIYO**

ENOMURA E OUTRO(S)

ASSUNTO: **DIREITO**

DO CONSUMIDOR –

Responsabilidade do Fornecedor

– Indenização por Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **TERCEIRA TURMA**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

**É INCONSTITUCIONAL A
LEI QUE DISPÕE SOBRE A
CRIAÇÃO DO LIVRO DE
RECLAMAÇÕES EM TODOS
OS ESTABELECIMENTOS DE
FORNECIMENTO DE BENS OU
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Tribunal: TJ/RJ

Órgão Julgador: **Órgão Especial**

Relator: **Reinaldo Pinto Alberto Filho**

PROC. Nº: 0050920-
85.2014.8.19.0000 – ÓRGÃO
ESPECIAL
REPTE: ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DE
RESTAURANTES
REPDO – 1: EXMO. SR.
GOVERNADOR DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO
REPDO – 2: EXMO. SR.
PRESIDENTE DA ALERJ
LEGISL.: LEI ESTADUAL N.
6.613/2013
RELATOR: DES. REINALDO
PINTO ALBERTO FILHO

ACÓRDÃO

EMENTA: *Representação de Inconstitucionalidade. Lei Estadual n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013 a qual “Dispõe sobre a criação do livro de reclamações em todos os estabelecimentos de fornecimento de bens ou prestação de serviços no Estado do Rio de Janeiro”. Decreto Estadual n. 44.810, de 26 de maio de 2014, regulamentador da matéria normatiza-*

da. Alegação de violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º, 112, § 1º, II, alínea “d” da CERJ.

I – Legitimidade ativa. Controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da legislação, em face da Constituição Estadual. Entidade de classe em âmbito estadual. Exegese do art. 162 da Constituição Estadual. Pertinência temática. Ensinamentos doutrinários acerca do tema conforme transcritos na fundamentação. Legislação ora Impugnada estabelecendo obrigação para os empresários de diversos setores da economia e, portanto, alcançando a representatividade da Parte Autora, ou seja, da Associação Nacional de Restaurantes.

II – Artigos 8º, 11 e 12 da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013. Vício de iniciativa. Violação a regra estrita de competência, usurpando atribuição privativa do Excelentíssimo Chefe do Poder Executivo. Legislação objeto da presente Representação dispendo sobre serviços públicos do Estado, bem como criando obrigações a órgãos vinculados da Administração Pública.

III – Devido processo legislativo. Inobservância às normas impostas acarretando a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido. Preceitos básicos procedimentais para elaboração legislativa previstos na Lei Maior como modelo obrigatório às Constituições Estaduais. Regras de compulsório atendimento e observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes.

IV – Vício formal objetivo de inconstitucionalidade evidenciado. Matéria de iniciativa privativa do Governador. Exegese do artigo 112, § 1º, inc. II, alínea “d” da Constituição do Estado, em reprodução obrigatória do artigo 61, § 1º, inc. II, alínea “c” da Carta Magna. Exegese dos artigos 145, inc. VI da CERJ e 84, inc. VI, alínea “a” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

V – Na ponderação entre os Princípios Constitucionais invocados deve prevalecer o da Separação dos Poderes previsto nos artigos 7º da Constituição Estadual, em observância ao mandamento constitucional disposto nos arts. 2º da CRFB/88. Ditame que possui o status de Cláusula Pétrea. Sistema de Freios e Contrapesos visando atenuar ou elidir possíveis interferências de outros Poderes. Ensinos doutrinários com relação à hipótese em debate.

VI – Demais dispositivos que não usurpam competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Ausência do vício de inconstitucionalidade alegado. Exercício regular de um direito conferido aos consumidores, prestigiando a aplicação dos artigos 4º, inciso II, alínea “c”, bem como 6º e seus incisos, principalmente o VI e VII do Código de Defesa do Consumidor.

VII – Tese autoral sustentando a inaplicabilidade da Legislação ora Vergastada, haja vista a escassez de servidores efetivos integrantes dos

quadros do PROCON-RJ. Descabimento. Situação hipotética. Possibilidade do Poder Executivo para sanar eventual deficiência. Inviabilidade de declaração de inconstitucionalidade com base em tal argumento.

VIII – Aumento de despesa. Ocorrência que dependerá de eventual abertura de Concurso Público para preenchimento de cargos no PROCON-RJ. Ausência de violação ao preceituado no art. 113, I da CERJ.

IX – Desrespeito ao Princípio da Presunção de Inocência. Direito constitucional de que ninguém é obrigado a autoincriminação. Abrangência do Princípio nemo tenetur se detegere. Descabimento. Obrigações e procedimentos instituídos pela Lei n. 6.613/2013, não violam de qualquer forma o suscitado Princípio. Prestígio aos instrumentos de defesa dos direitos dos consumidores, tornando obrigatória a existência e disponibilização do Livro de Reclamações em todos os estabelecimentos de fornecimento de bens ou prestação de serviços sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

X – Inconstitucionalidade por Arrastamento do Decreto n. 44.810 de 26/05/2014. Possibilidade. Decreto regulamentador. Relação de interdependência. Arrastamento vertical. Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal, bem como ensinamentos doutrinários sobre a matéria ventilada. Inconstitucionalidade por Arrastamento do inciso I do artigo 3º

do Decreto Estadual n. 44.810 de 26 de maio de 2014.

XI – Procedência Parcial para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 8º, caput e parágrafo único; 11, caput e incisos I e II; e 12 da Lei n. 6.613/2013, por violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; da CERJ e, por arrastamento, do inciso I do art. 3º do Dec. n. 44.810/2014, com efeitos ex-tunc e erga omnes, vencido o Desembargador Nagib Slaib Filho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Representação de Inconstitucionalidade n. 0050920-85.2014.8.19.0000, em que é Representante ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE RESTAURANTES e como Representados EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e EXMO. SR. PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

A C Ó R D A M os Desembargadores que integram o Órgão Especial do EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por maioria de votos, em JULGAR PROCEDENTE EM PARTE A REPRESENTAÇÃO, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 8º, *caput* e parágrafo único; 11, *caput* e incisos I e II; e 12 da Lei n. 6.613/2013, por violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; da CERJ e, por arrastamento, do inciso I do artigo 3º do Dec. n. 44.810 de 26/05/2014, ven-

cido o Desembargador Nagib Slaib Filho que, preliminarmente, não conhecia do pedido por falta de pertinência temática e, no mérito, julgava improcedente o pedido.

DECIDEM, assim, pelo seguinte.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE RESTAURANTES apresenta Representação de Inconstitucionalidade impugnando os artigos da Lei Estadual n. 6.613/2013, sob alegação de violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; Constituição Estadual, consentânea com os princípios emanados da vigente Constituição Federal, desrespeitando o Princípio da Separação e Independência entre os Poderes, além de se afigurar manifestamente inexecutável.

R. Decisão desta Relatoria à fl. 23, determinando a notificação das Autoridades responsáveis pela edição do Ato Normativo Impugnado.

Informações do Excelentíssimo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 27/44, alegando, em resumo:

1) que ante a presunção de constitucionalidade dos atos normativos estatais, descabida é a concessão da medida liminar em Ação Direita de Inconstitucionalidade, providência de inegável e forte caráter excepcional, restando ausentes os requisitos para sua concessão;

2) que, no mais, o ato normativo impugnado tem o veemente e inequívoco propósito de proteção ao consumidor, norteando-se, assim, pelo princípio consagrado no art. 5º, inciso

XXXII da Constituição Federal, tendo sido editado com base na competência legislativa concorrente outorgada aos Estados-membros, em especial naquela prevista no artigo 24, incisos V e VIII da Carta Magna, reproduzido pelo artigo 74, incisos V e VIII da Constituição Estadual;

3) que as alegações autorais se limitam a externar meras suposições acerca da inexecutabilidade da lei, sem apontar o dispositivo da Constituição Estadual que estaria sendo violado, a par de suscitar a contrariedade a artigos da Constituição Federal e de Convenção Internacional, em completar desarmonia com o estatuído no artigo 125, § 2º da CRFB/88;

4) que, além disso, o Exmo. Sr. Governador do Estado, apesar de ter sancionado a legislação com alguns vetos, editou a devida regulamentação de suas disposições por meio do Decreto Estadual n. 44.810/2014, devendo prevalecer à presunção de constitucionalidade do ato normativo;

5) que, por fim, a prática da utilização do “Livro de Reclamações” já se incorporou a rotina administrativa do Estado do Rio de Janeiro, consoante amplamente noticiado pela Autarquia do PROCON-RJ, demonstrando a eficácia do instrumento de tutela dos interesses dos consumidores.

Informações do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 60/61, reportando-se, integralmente, aos dados apresentados nos autos do Processo n. 0049577-54.2014.8.19.0000, ino-

vando, em suma, que não procedem às alegações com relação aos deveres e penalidade por eventual descumprimento, implicando em violação a imposição constitucional de proporcionalidade, ressaltando, outrossim, assistir razão ao Representante no concernente aos dispositivos legais vetados no momento oportuno, pelos motivos já expostos no próprio ato.

Pronunciamento da I. Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, à fl. 62, reiterando os termos das informações do Exmo. Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, veiculadas por meio de peça minutada pela própria Procuradoria Geral, pleiteando ao final pela improcedência da Representação, exceto no que concerne aos dispositivos oportunamente vetados pela Chefia do Poder Executivo.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, às fls. 64/74, no sentido do reconhecimento da pertinência temática entre a atividade desenvolvida pelos integrantes da associação representante e a obrigação criada pela Lei impugnada, devendo, ainda, serem rejeitadas as preliminares arguidas e, no mérito, opina pela procedência parcial do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 5º, 8º, 9º, 11, 12 e 15 da Lei n. 6.613/2013, por violação do Princípio da Separação dos Poderes, inscrito no art. 7º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

É o **RELATÓRIO**

FUNDAMENTA-SE E DECIDE-SE

Cuida-se de Representação por Inconstitucionalidade impugnando os artigos da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, a qual “Dispõe sobre a criação do livro de reclamações em todos os estabelecimentos de fornecimento de bens ou prestação de serviços no Estado do Rio de Janeiro”, sob alegação de violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; CERJ, consentânea com os princípios emanados da vigente CRFB/88, desrespeitando o Princípio da Separação e Independência entre os Poderes, com pedido de concessão de medida liminar, ante a inconstitucionalidade flagrante do Diploma Normativo ora Vergastado, eis que evidente o vício de iniciativa, usurpando atribuição privativa do Excelentíssimo Chefe do Poder Executivo Municipal.

Ab initio, cabe consignar que a Associação Autora possui legitimidade para provocar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da legislação, em face da Constituição Estadual, haja vista ser uma entidade de classe em âmbito estadual, nos termos do art. 162 da CERJ, in litteris:

“Art. 162 – A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembléia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado,

pelo Procurador-Geral da Defensoria Pública, Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.”

Assim, verifica-se a legitimidade para Representante, na condição de entidade representativa de classe em âmbito estadual, observada, também, estar presente a denominada pela Jurisprudência “*pertinência temática*”.

Vale ressaltar que o Eminentíssimo Professor Hugo Nigro Mazzilli, em sua obra “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo” 16ª edição, 2003, Editora Saraiva, página 260, enfatiza “*a pertinência temática é a adequação entre o objeto de ação e a finalidade institucional.*” E, desta forma, a Representante preencheu tal requisito.

Nesta linha de raciocínio, constata-se a necessária pertinência temática para a propositura da presente lide de controle concentrado de constitucionalidade, quando a legislação ora Impugnada estabelece obrigação para os empresários de diversos setores da economia e, portanto, alcança a representatividade da Parte Autora, ou seja, da Associação Nacional de Restaurantes.

Desta feita, ultrapassado o esclarecimento inicial, cumpre transcrever o teor do Ato Normativo Estadual Vergastado na exordial, que possui o seguinte teor *in litteris*:

“Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013. DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DO LIVRO DE RECLAMAÇÕES EM TODOS OS ESTABELECIMENTOS DE FORNECIMENTO DE BENS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O presente diploma visa reforçar os procedimentos de defesa dos direitos dos consumidores, tornando obrigatória a existência e disponibilização do Livro de Reclamações em todos os estabelecimentos de fornecimento de bens ou prestação de serviços sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto neste artigo, os fornecedores de bens e os prestadores de serviços devem disponibilizar no seu sítio de Internet instrumentos que permitam aos consumidores reclamarem.

Art. 2º O fornecedor de bens ou prestador de serviços é obrigado a:

I – Possuir o Livro de Reclamações nos estabelecimentos;

II – Facultar, imediata e gratuitamente, ao consumidor o Livro de Reclamações sempre que lhe seja solicitado;

III – Afixar no seu estabelecimento, em local bem visível e com caracteres facilmente legíveis pelo consumidor, um letreiro com a seguinte informação: ‘Este estabelecimento dispõe do Livro de Reclamações’;

IV – Manter, por um período de cinco anos, um arquivo organizado dos Livros de Reclamações que tenha encerrado.

Art. 3º O fornecedor de bens ou prestador de serviços não pode, em caso algum, justificar a falta do Livro de Reclamações no estabelecimento onde o consumidor o solicita.

Art. 4º Sem prejuízo da regra relativa ao preenchimento da folha de reclamação a que se referem os artigos seguintes, o fornecedor não pode condicionar a apresentação do Livro de Reclamações para consulta à necessidade de identificação do consumidor.

Art. 5º Quando o Livro de Reclamações não for imediatamente disponibilizado ao consumidor, este pode requerer a presença de agentes policiais da Delegacia do Consumidor – DECON, a fim de que essa autoridade tome nota da ocorrência e a faça chegar ao Departamento de Fiscalização do PROCON/RJ, ou entidade que o substitua, com cópia para o Ministério Público.

Art. 6º A reclamação é formulada através do preenchimento da folha de reclamação, que será composta por 3 (três) vias, sendo a 1ª via encaminhada ao órgão fiscalizador competente, a 2ª via entregue ao consumidor e a 3ª via que faz parte do livro de reclamações e dele não pode ser retirado, onde o consumidor deve:

I – Preencher de forma correta e completa todos os campos relativos à sua identificação e endereço;

II – Descrever de forma clara e completa os fatos que motivam a reclamação.

Parágrafo único. O fornecedor de bens ou o prestador de serviços está obrigado a fornecer todos os elementos necessários ao correto preenchimento dos campos.

Art. 7º Caso o consumidor se encontre impossibilitado de registrar a reclamação, seja por analfabetismo, deficiência física ou visual, permanente ou transitória, ou por qualquer outra razão, o fornecedor deverá, desde que solicitado pelo interessado, redigir a reclamação nos termos indicados pelo cliente e somente finalizar a reclamação após sua anuência.

Parágrafo único. Conforme disposto no caput deste artigo, o consumidor poderá solicitar auxílio de outrem para redigir a sua reclamação.

Art. 8º V E T A D O.

* **Art. 8º** Após o preenchimento da folha de reclamação, o fornecedor tem a obrigação de destacar do Livro de Reclamações a 1ª via que, no prazo de 30 dias, deve ser remetido ao PROCON/RJ ou à outra entidade reguladora do setor que o substitua.

Parágrafo único. A Autoridade Administrativa deverá comunicar imediatamente ao Ministério Público a ocorrência de violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos dos consumidores.

*(Veto rejeitado pela ALERJ – DO II – 24/03/2014).

Art. 9º V E T A D O.

* **Art. 9º** Para efeitos do disposto nesta Lei, a remessa da 1ª via da folha

de reclamação pode ser acompanhada das alegações do fornecedor, bem como dos esclarecimentos e providências dispensados ao consumidor em virtude da reclamação.

*(Veto rejeitado pela ALERJ – DO II – 24/03/2014).

Art. 10 Após o preenchimento da folha de reclamação, o fornecedor tem a obrigação de entregar a 2ª via da reclamação ao consumidor.

Art. 11 V E T A D O.

* **Art. 11** Para efeitos de aplicação da presente Lei, cabe ao órgão do Poder Executivo Estadual destinado à proteção e defesa dos direitos e interesses dos consumidores – PROCON/RJ ou entidade que o substitua:

I – Receber as folhas de reclamação e, se for o caso, as respectivas alegações dos fornecedores;

II – Instaurar o procedimento adequado, se os fatos resultantes da reclamação indicarem a prática de infrações prevista em norma específica aplicável.

*(Veto rejeitado pela ALERJ – DO II – 24/03/2014).

Art. 12 V E T A D O.

* **Art. 12** O PROCON/RJ deverá disponibilizar no seu site o andamento e encaminhamento de todas as reclamações, que deverão ser acompanhadas pelo consumidor, através do número de protocolo existente na folha de reclamação.

*(Veto rejeitado pela ALERJ – DO II – 24/03/2014).

Art. 13 Sem prejuízo dos artigos anteriores, o modelo do Livro de Re-

clamações e as regras relativas à sua edição e venda, bem como o modelo de letreiro a que se refere o inciso III do artigo 3.º do presente diploma, serão regulamentados pelo Poder Executivo, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação desta Lei.

Art. 14 *Em caso de descumprimento desta Lei, os estabelecimentos de fornecimentos de bens ou prestação de serviços poderão sofrer as seguintes sanções, sem prejuízo daquelas previstas na Lei 6.007, de 18 de julho de 2011:*

- a) Encerramento temporário das instalações ou estabelecimentos;*
- b) Interdição do exercício da atividade;*
- c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público.*

Art. 15 *A fiscalização e a instrução dos processos relativos às sanções previstas no artigo anterior compete ao Departamento de Fiscalização do PROCON/RJ, órgão pertencente à Secretaria de Estado da Casa Civil – Governo do Estado do Rio de Janeiro.*

Art. 16 *Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.*

Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2013.

SÉRGIO CABRAL
Governador”

A competência legislativa estadual, in casu, está entabulada no artigo 24, incisos V e VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reproduzido no artigo 74, incisos V e VIII da Carta

Estadual, estabelecendo, respectivamente, in verbis:

“Art. 24 da CRFB/88. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*

V – produção e consumo;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;” (destaques nossos).

“Art. 74 da CERJ – Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre:

V – produção e consumo;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;” (grifamos).

Assim, sustenta o Representante, em suma, a existência de vício de iniciativa no Diploma Legal, violando a regra estrita de competência, usurpando atribuição privativa do Excelentíssimo Chefe do Poder Executivo, haja vista conferir atribuições para a Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON-RJ), subordinada à Secretaria de Estado de Proteção e Defesa do Consumidor.

Noutro giro, alegam o Primeiro e/ou Segundo Representados a presunção de constitucionalidade dos atos normativos estatais, ressaltando que a legislação impugnada possui o veemente e inequívoco propósito de proteção ao consumidor, norteando-se, assim, pelo princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXII da Consti-

tuição Federal, tendo sido editado com base na competência legislativa concorrente outorgada aos Estados-membros, em especial naquela prevista no artigo 24, incisos V e VIII da Carta Magna, reproduzido pelo artigo 74, incisos V e VIII da Constituição Estadual, enfatizando, ainda, que as alegações autorais se limitam a externar meras suposições acerca da inexecutabilidade da lei.

No concernente ao mérito, vale elucidar que o termo “processo legislativo” pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições disciplinadoras do procedimento a ser obedecido pelos Órgãos competentes na produção das leis e atos normativos, derivados diretamente da própria Constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como a comunhão de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

Neste diapasão, a Carta Magna e também a Constituição Estadual definem uma sequência de atos a serem realizados pelos Órgãos Legislativos, visando à formação das espécies normativas.

O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do Princípio da Legalidade, consagrado na Lei Maior, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei, compreendida aqui

lato sensu, devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as regras de procedimento estabelecidas constitucionalmente, prevendo, desta forma, a Carta Magna, quais os Órgãos, bem como as etapas de criação das normas gerais.

Por outro lado, o desrespeito às normas de processo legislativo impostas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido.

Avulta enfatizar que o Supremo Tribunal Federal considera os preceitos básicos de procedimento legislativo previstos na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais, declarando que a estrutura do processo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Carta da República, impõe-se, enquanto padrão normativo, de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros.

Nestas circunstâncias, verifica-se o entendimento jurisprudencial do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos precedentes: STF – Pleno – Adin n. 1.254-1/RJ – Medida Liminar – Rel. Min. Celso Mello, Diário da Justiça, seção I, 18 ago. 1995, p. 24.894; Adin n. 822-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Adin n. 774, Rel. Min. Celso de Mello; Adin n. 582-SP, Rel. Min. Néri da Silveira (RTJ 138/76); Adin n. 152/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão (RTJ 141/355); Adin n. 645-DF, rel. Min. Ilmar Galvão (RTJ 140/457).

Ocorre que, os artigos 8º, *caput* e parágrafo único; 11, *caput* e incisos I e II; e 12 da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, de autoria do Poder Legislativo Estadual, com a redação acima reproduzida dispõe, **indubitavelmente, sobre as atribuições e competências do Chefe do Poder Executivo, além de estabelecer providências a serem adotadas no âmbito da estrutura da Administração Estadual.**

Nesta linha de raciocínio, insta constatar que os artigos 8º, *caput* e parágrafo único; 11, *caput* e incisos I e II; e 12 da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013 estão inquinados de vício formal objetivo de inconstitucionalidade, **vez que são de iniciativa privativa do Governador do Estado às Leis que disponham sobre atribuições dos Órgãos do Poder Executivo**, conforme se infere do artigo 112, § 1º, inc. II, alínea “d” da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em reprodução obrigatória do artigo 61, § 1º, inc. II, alínea “c” da Lei Maior, *in verbis*:

“Art. 112 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º – São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:

II – disponham sobre: (...)

d) criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da adminis-

tração pública, observado o disposto o art. 145, caput, VI, da Constituição;” (grifos nossos).

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º – São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II – disponham sobre:

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;” (grifos nossos).

Neste mesmo sentido, prelecionam os artigos 145, inc. VI da CERJ e 84, inc. VI, alínea “a” da CRFB/88, *in litteris*:

“Art. 145 – Compete privativamente ao Governador do Estado: (...).

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, que não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;”

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

Desta feita, é firme o posicionamento de que compete exclusivamente ao Chefe do Executivo a iniciativa de leis que disporão sobre remuneração de pessoal, organização e funcionamento da Administração. O desrespeito a esta reserva, de observância obrigatória pelos Estados-membros por encerrar corolário ao Princípio da Independência dos Poderes, viola o art. 61 § 1º, II, “a” e “c” da Constituição Federal. **Ressalte-se que essa é a jurisprudência do Egrégio S.T.F., conforme Precedentes: ADI 2.646, rel. Maurício Corrêa; ADI 805, rel. Sepúlveda Pertence; ADI 774, rel. Celso de Mello; ADI 821, rel. Octavio Gallotti e ADI 2186-MC, rel. Maurício Corrêa.**

Na ponderação entre os Princípios Constitucionais invocados na hipótese em debate, deve prevalecer o da Separação dos Poderes previsto nos artigos 7º da Constituição Estadual, em observância ao mandamento constitucional disposto nos arts. 2º da CRFB/88.

Nesta linha de ideias, **impende reproduzir os ensinamentos dos Autores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, 2ª edição, Editora Saraiva, páginas 155/156, in verbis:**

“Para avaliarmos a importância desse princípio, nada melhor que invocar as palavras de Montesquieu, uma

dos seus formuladores e, certamente, o maior responsável pela sua expansão na vaga do constitucionalismo que tomou conta do Ocidente a partir do Século das Luzes:

‘Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.’

A partir dessa enfática formulação, cujas origens são mais antigas do que se possa imaginar, o princípio da separação dos poderes adquiriu o status de uma forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.”

De fato, na Constituição do Brasil, bem como na Carta Estadual, esse Princípio está estampado nos art. 2º e 7º, respectivamente, onde se declaram que são os Poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, possuindo tamanha relevância, alcançando o *status* de Cláusula Pétrea, imune, portanto, as emendas, reformas ou revisões tendentes a aboli-lo.

Os citados dispositivos, antes de qualquer outro juízo de valor, **são normas típicas do Sistema de Freios e Contrapesos e, como tal, visam atenuar ou elidir possíveis interferências de outros Poderes**, em assuntos em que, *a priori*, a Constituição deixou a cargo de um único Poder e de uma única Autoridade Constituída.

Tal asseveração é válida, não apenas no concernente ao § 1º do art. 61, mas também, a todas as normas que estabelecem competência, reservam matérias e compartilham atribuições. Se o Princípio da Separação dos Poderes tem essa dimensão em nosso ordenamento – chegando até mesmo a ser Cláusula Pétrea da Constituição (art. 60, § 4º, III) – o mínimo que se pode fazer é objetivar o patrocínio de regimentos visando sempre o equilíbrio, evitando-se, destarte, as mútuas e indesejadas interferências entre Poderes Constituídos e, *per viam consequentiae*, entre suas Autoridades, como se afigura no caso em comento.

Destarte, cedo que os artigos 8º, *caput* e parágrafo único; 11, *caput* e incisos I e II; e 12 da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, de autoria da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e impostos ao Poder Executivo Estadual **ferem o Princípio da Separação dos Poderes previsto no artigo 7º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e no artigo 2º da Carta Magna, motivo pelo qual evidenciado o vício de iniciativa dos dispositivos do ato normativo atacado.**

Noutro giro, forçoso reconhecer, ainda, que, os demais dispositivos, bem como especificamente os artigos 5º, 6º, 9º e 15 instituídos pela Legislação ora Impugnada, **não estão eivados do vício de constitucionalidade**, haja vista, ao contrário do suscitado pelo Representante, não usurparem competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Nesta toada, observa-se que tais dispositivos possuem a seguinte redação, a qual se reproduz, mais uma vez, *in verbis*:

Art. 5º Quando o Livro de Reclamações não for imediatamente disponibilizado ao consumidor, este pode requerer a presença de agentes policiais da Delegacia do Consumidor – DECON, a fim de que essa autoridade tome nota da ocorrência e a faça chegar ao Departamento de Fiscalização do PROCON/RJ, ou entidade que o substitua, com cópia para o Ministério Público.

Art. 6º A reclamação é formulada através do preenchimento da folha de reclamação, que será composta por 3 (três) vias, sendo a 1ª via encaminhada ao órgão fiscalizador competente, a 2ª via entregue ao consumidor e a 3ª via que faz parte do livro de reclamações e dele não pode ser retirado, onde o consumidor deve:

I – Preencher de forma correta e completa todos os campos relativos à sua identificação e endereço;

II – Descrever de forma clara e completa os fatos que motivam a reclamação.

Parágrafo único. O fornecedor de bens ou o prestador de serviços está obrigado a fornecer todos os elementos necessários ao correto preenchimento dos campos.

Art. 9º Para efeitos do disposto nesta Lei, a remessa da 1ª via da folha de reclamação pode ser acompanhada das alegações do fornecedor, bem como dos esclarecimentos e providências dispensados ao consumidor em virtude da reclamação.

Art. 15 A fiscalização e a instrução dos processos relativos às sanções previstas no artigo anterior compete ao Departamento de Fiscalização do PROCON/RJ, órgão pertencente à Secretaria de Estado da Casa Civil – Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Com efeito, depreende-se da leitura dos artigos 5º, 6º e 9º acima mencionados que, em verdade, dispõem sobre o exercício regular de um direito conferido aos consumidores, prestigiando a aplicação dos artigos 4º, inciso II, alínea “c”, bem como 6º e seus incisos, principalmente o VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, in litteris:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;”

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – (Vetado);

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.” (destaques nossos)

No que tange ao artigo 15 da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, forçoso concluir que, apenas, ratifica uma das atribuições do Departamento de Fiscalização do PROCON/RJ, órgão pertencente à Secretaria de Estado da Casa Civil – Governo do Estado do Rio de Janeiro, consoante se infere do disposto no artigo 4º da Lei Estadual n. 5.738, de 07 de junho de 2010, que dispõe sobre a criação da Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro – PROCON-RJ, *in verbis*:

“Art. 4º Compete ao PROCON – RJ:

I. planejar, coordenar, regular e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor;

II. estabelecer diretrizes para os Núcleos Regionais e os Municípios con-

veniados, buscando de forma permanente e contínua a orientação técnica e legal, a uniformização e padronização do atendimento ao consumidor;

III. receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais;

IV. prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias, bem como os seus deveres;

V. desenvolver programas educativos, estudos e pesquisas na área de defesa do consumidor, informando, conscientizando e motivando o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;

VI. mediar soluções negociadas entre fornecedores e consumidores;

VII. estimular os fornecedores a aperfeiçoarem os seus serviços de atendimento aos clientes, como forma de solucionar as questões oriundas das relações de consumo;

VIII. solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor, nos termos da legislação vigente;

IX. representar ao Ministério Público competente, para fins de adoção de medidas processuais penais, no âmbito de suas atribuições;

X. levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores;

XI. *solicitar, quando for o caso, o concurso de órgão e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade, qualidade, pesos e medidas, bem como segurança dos produtos e serviços;*

XII. *incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a criação de órgãos públicos estaduais e municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse mesmo objetivo;*

XIII. *fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei n. 8.078, de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;*

XIV. *solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnica – científica para a consecução de seus objetivos;*

XV. *celebrar termos de ajustamento de conduta, na forma do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;*

XVI. *promover a defesa coletiva do consumidor em juízo, nos termos do art. 82, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990;*

XVII. *elaborar e divulgar o cadastro estadual de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, a que se refere o art. 44 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990;*

XVIII. *gerir os recursos provenientes do Fundo Especial de Apoio ao Programa de Proteção ao Consumidor – FEPROCON, criado pela Lei Estadu-*

al n. 2592/96 e regulamentado pelo Decreto n. 23645/97, velando pela correta aplicação dos valores às finalidades para as quais foi criado o Fundo;

XIX. *desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades. (grifamos).*

Desta feita, não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade dos 5º, 6º, 9º e 15 da Legislação ora Vergastada, pois, como já enfatizado, ao contrário do suscitado pelo Representante, não implicam em usurpação de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, conforme fundamentação acima desenvolvida.

No mais, não merece prosperar a tese autoral arguindo a inaplicabilidade da Legislação ora Vergastada, haja vista a escassez de servidores efetivos integrantes dos quadros do PROCON-RJ.

De fato, a suposta carência de mão-de-obra para dar efetividade ao Ato Normativo somente será verificada após sua implementação, sendo possível, ainda, a adoção de medidas pelo Poder Executivo para sanar eventual deficiência.

Além disso, não se admite a declaração de inconstitucionalidade com fundamento em alegações hipotéticas, lucubrações e reflexões baseadas em dados incertos.

Ademais, não se vislumbra o alegado aumento de despesa apontado na exordial, oriundo da Legislação Impugnada, pois nos termos da peça vestibular, **sua ocorrência dependerá de eventual abertura de Concur-**

so Público para preenchimento de cargos de servidores no PROCON-RJ para atendimento da demanda ocasionada pela implementação do Diploma Normativo e, portanto, não configura violação, *a priori*, ao preceituado no artigo 113, inciso I da Constituição Estadual.

No concernente a tese autoral de violação Princípio da Presunção de Inocência, invocando o direito constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, nenhuma razão, também, justifica o seu acolhimento.

Verifica-se que o Princípio da Presunção de Inocência é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, afigurando-se como garantia processual atribuída, em regra, ao acusado pela prática de uma infração penal, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que sobrevenha R. Sentença Penal condenatória transitada em julgado.

Este preceito, em tese, evita a aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico e, ainda, garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, as obrigações e procedimentos instituídos pela Lei Estadual n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, não violam de qualquer forma o suscitado Princípio da Presunção de Inocência, haja vista apenas reforçar os instrumentos de defesa dos direitos

dos consumidores, tornando obrigatória a existência e disponibilização do Livro de Reclamações em todos os estabelecimentos de fornecimento de bens ou prestação de serviços sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

Nesta mesma linha de raciocínio, deve ser rechaçada a alegação autoral de violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo, ou seja, a aplicação do Princípio *nemo tenetur se detegere*.

Neste sentido, procedendo-se a exegese do inciso LXIII, artigo 5º da Carta Magna, observa-se constituir direito do preso a decisão de permanecer em silêncio, mas o âmbito de abrangência desta norma é bem maior, alcançando toda pessoa que estiver sendo acusada.

O Direito ao silêncio é apenas a manifestação da garantia muito maior, isto é, o direito da não autoacusação sem prejuízos jurídicos, ou seja, ninguém que se recusar a produzir prova contra si pode ser prejudicado juridicamente, como diz o parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal, *in litteris*:

“Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

Por outro lado, impende elucidar a correta delimitação do conteúdo do Princípio *nemo tenetur se detegere* adotada na doutrina processual penal, que defende que nenhum cidadão é obrigado a produzir prova contra si mesmo, porém esse direito não pode ser utilizado como proteção para a prática de atos ilícitos, mas antes só é cabível invocá-lo quando houver uma investida do Estado para desvendar uma infração penal e não para justificar a prática de infrações penais que objetivem ocultar outras.

Destarte, estreme de dúvida que o antigo adágio “ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo” deve ser lido com bastante cautela, eis que de um lado consagrado o direito de qualquer cidadão de não se autoincriminar, porém, do outro, não serve para impedir o aparelho estatal de investigar a existência de irregularidades, sob pena de superestimar o direito de uma única pessoa, subestimando o direito de toda a sociedade de apurar e punir ilícitos.

No mais, impende constatar que a Legislação Impugnada, repita-se, *ad nauseam*, apenas fortalece instrumentos de defesa dos direitos dos consumidores, tornando obrigatória a existência e disponibilização do Livro de Reclamações e, assim, cria um procedimento para registro da insatisfação do indivíduo, atribuindo ao Fornecedor o ônus de encaminhar para o órgão de fiscalização a anotação, sem obrigá-lo a produzir qualquer prova.

Assim, prevalece, tão somente, a inconstitucionalidade dos artigos 8º, caput e parágrafo único; 11, caput e incisos I e II; e 12 da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, de autoria da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e impostos ao Poder Executivo Estadual por violação ao Princípio da Separação dos Poderes previsto no artigo 7º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e no artigo 2º da Carta Magna.

Desta forma, impende analisar a inconstitucionalidade por arrastamento do Decreto Estadual n. 44.810 de 26 de maio de 2014.

Neste diapasão, cumpre transcrever o teor do Ato Normativo Estadual impugnado pelo Representante, na modalidade por arrastão, que possui o seguinte teor, *in litteris*:

“Decreto n. 44810 de 26/05/2014.

Regulamenta o modelo do livro de reclamações de que trata a Lei Estadual 6.613, de 06 de dezembro de 2013, e disciplina as regras relativas à sua autenticação e ao seu controle, bem como o modelo de letreiro a ser afixado nos estabelecimentos.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, tendo em vista o que consta do Processo Administrativo n. E-24/001/41/2014,

Decreta:

Art. 1º. Ficam regulamentados, nos termos da Lei estadual n. 6.613, de 06 de dezembro de 2013, o modelo e a venda do livro de reclamações e o mo-

delo de letreiro a ser afixado nos estabelecimentos situados no Estado do Rio de Janeiro, bem como ficam disciplinadas as regras relativas à autenticação e controle de tal livro.

Art. 2º. Os livros de reclamações deverão ter formato A5, ser impressos e ter folhas numeradas tipograficamente e em ordem crescente.

§ 1º. Cada livro terá um total de 77 (setenta e sete) folhas.

§ 2º. A primeira folha será reservada à identificação do livro, do estabelecimento e do registro de autenticação, devendo este último ser feito pelo PROCON-RJ.

§ 3º. A última folha será reservada ao encerramento do livro.

§ 4º. As demais 75 (setenta e cinco) folhas serão organizadas em grupos de 03 (três) folhas, sendo cada folha uma via da mesma reclamação. Na primeira via de cada grupo será redigida a reclamação, sendo que as demais vias serão feitas em papel autocopiativo ou passível de cópia com a utilização de folhas de papel carbono, sendo redigidos nas línguas portuguesa, inglesa e espanhola.

Art. 3º. 02 (Duas), das 03 (três) vias de cada reclamação serão destacáveis, de maneira que:

I – a primeira via seja encaminhada ao órgão fiscalizador competente (PROCON/RJ), com a periodicidade máxima de 30 (trinta) dias;

II – a segunda via deverá ser entregue ao consumidor no ato da reclamação;

III – a terceira via permanecerá no livro de reclamações, consoante dis-

posto nos artigos 6º e 10 da Lei estadual n. 6.613, de 06 de dezembro de 2013.

Art. 4º. No caso de reclamações em língua estrangeira, as mesmas deverão ser encaminhadas imediatamente ao PROCON/RJ.

Art. 5º. A folha de reclamações deverá conter as seguintes lacunas, que serão redigidas nas línguas portuguesa, inglesa e espanhola:

I – nome do fornecedor do bem/prestador do serviço;

II – CNPJ do fornecedor do bem/prestador do serviço;

III – endereço do fornecedor do bem/prestador do serviço;

IV – nome do Reclamante;

V – CPF ou Passaporte do Reclamante;

VI – endereço do Reclamante;

VII – telefone do Reclamante;

VIII – e-mail do Reclamante;

IX – motivo da Reclamação e

X – assinatura do Reclamante.

§ 1º. O impresso em língua estrangeira deverá utilizar fonte Arial, em tamanho nunca inferior a '8', sempre menor que a utilizada para a impressão em língua nacional.

§ 2º. Os dados relativos ao fornecedor do bem/prestador do serviço poderão ser impressos diretamente nas folhas do livro ao invés de se deixar lacunas para preenchimento.

Art. 6º. Os fornecedores que mantiverem mais de um estabelecimento, quer se trate de filial, sucursal, agência, depósito, fábrica ou qualquer outro, manterão, em cada um deles, livros de reclamações distintos.

Art. 7º. No caso de o fornecedor ou o prestador de serviços sofrer fusão, incorporação, transformação, cisão ou aquisição, o novo titular do estabelecimento deverá providenciar, através de solicitação junto ao PROCON/RJ, no prazo de 30 (trinta dias) contados da data da ocorrência, a transferência, para o seu nome, do livro de reclamações em uso, assumindo a responsabilidade pela sua guarda, conservação e exibição, bem como a responsabilidade pelos livros já encerrados, pertencentes ao estabelecimento.

Art. 8º. Em caso de perda ou extravio do livro de reclamações, o fornecedor deverá comunicar imediatamente o fato ao PROCON/RJ, estando obrigado, durante o período em que não disponha do mesmo, a encaminhar os consumidores ao referido órgão para apresentar sua reclamação.

Parágrafo único. No caso de perda ou extravio do livro de reclamações o fornecedor deverá substituí-lo no prazo máximo de 15 (quinze) dias a contar da comunicação prevista no caput, sob pena de incidir nas sanções previstas na Lei estadual n. 6.007, de 18 de julho de 2011.

Art. 9º. Os livros de reclamações não poderão ser retirados do estabelecimento comercial sem prévia autorização do PROCON/RJ.

Art. 10. No caso de não haver qualquer registro de reclamação no período mensal previsto artigo 3º, o fornecedor deverá informar, por escrito, ao PROCON/RJ, a aludida ausência de reclamações.

Art. 11. O registro de autenticação dos livros de reclamação será efetuado pelo PROCON/RJ em seguida ao termo de abertura, ficando pendente a apresentação do livro anterior com termo de encerramento, na hipótese de não se tratar de início de atividade.

§ 1º. Não serão autenticados os livros de reclamação cujos termos de abertura e encerramento – do livro anterior, se aplicável –, não contenham a assinatura do titular, sócio ou diretor do estabelecimento.

§ 2º. O registro de autenticação do livro de reclamações, que será afixado na capa do livro, deverá conter as seguintes informações:

I – identificação do fornecedor de bens/prestador de serviços ao qual o mesmo pertence, qualificado mediante razão social, nome fantasia, CNPJ e inscrição estadual, se aplicável;

II – a data em que o mesmo foi autenticado;

III – a assinatura do servidor responsável pela autenticação, com carimbo que contenha sua matrícula.

Art. 12. O livro de reclamações, previsto no artigo 1º deste Decreto, após regulamentação específica, também poderá ser feito de forma eletrônica, nos exatos moldes da mencionada regulamentação.

Art. 13. No caso da verificação de ocorrência de crime contra a relação de consumo, o PROCON/RJ encaminhará cópia da reclamação para a Polícia Judiciária competente, que deverá apurar o ocorrido.

Parágrafo único. Em se tratando de reclamação em língua estrangeira, a cópia de que trata o caput deste arquivado será encaminhada à Delegacia Especial de Apoio ao Turismo (DEAT) e à Secretaria de Estado de Turismo (SETUR).

Art. 14. O leiteiro disposto no inciso III, do artigo 2º, da Lei Estadual 6.613, de 06 de dezembro de 2013, deverá ser afixado em local visível e deverá ser confeccionado no formato A5, com letras em fonte do tipo Arial, tamanho cinquenta.

Art. 15. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014.

LUIZ FERNANDO DE SOUZA”.

Assim, uma vez analisada a redação do Decreto Estadual, cabe asseverar a possibilidade de extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na petição inicial da ação declaratória e, ainda, o cabimento de sua aplicação a ato infralegal, ou seja, ato normativo regulamentador da matéria.

De fato, em sede de controle de constitucionalidade, o Princípio da Adstrição sofre ponderação, autorizando que, ao julgar uma ação declaratória de inconstitucionalidade, o Colendo Órgão Julgador acabe por também reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivos não impugnados.

In casu, trata-se da denominada inconstitucionalidade consequen-

cial, também conhecida por arrastamento ou por atração, em razão da relação de dependência ou interdependência entre os dispositivos. Essa relação de interdependência poderá ser entre dispositivos de uma mesma norma ou a atos regulamentares da norma originalmente impugnada.

A primeira hipótese é chamada por **arrastamento horizontal**, já que a relação de interdependência se dá entre dispositivos da mesma norma, não havendo sentido em manter vigente dispositivo que acabaria por perpetuar no sistema jurídico regra já reconhecida como violadora da Norma Constitucional.

No caso em debate, se tem a segunda visão doutrinária e jurisprudencial acima mencionada, chamada de **inconstitucionalidade por arrastamento vertical**, pois a decisão atinge o ato regulamentador da norma diretamente impugnada, pois acaba por perder seu fundamento de validade. A norma regulamentadora (*ex vi*, decreto) está diretamente vinculada a Lei que lhe dá origem, não sendo razoável permanecer no cenário jurídico se a norma principal foi considerada inconstitucional.

Corroborando esse entendimento, obra a Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, inter plures:

EMENTA Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei n. 12.398/98-Paraná. Decreto estadual n. 721/99. Edição da EC n. 41/03. Substancial alteração do parâmetro de

controle. Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC n. 20/98. Precedentes. 1. Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação. 2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas. 3. A Lei estadual n. 12.398/98, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser convalidada pela Emenda Constitucional n. 41/03. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela Emenda Constitucional n. 41/03.

Superada a preliminar de prejudicialidade da ação, fixando o entendimento de, analisada a situação concreta, não se assentar o prejuízo das ações em curso, para evitar situações

em que uma lei que nasceu claramente inconstitucional volte a produzir, em tese, seus efeitos, uma vez revogada as medidas cautelares concedidas já há dez anos. 4. No mérito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é inconstitucional a incidência, sob a égide da EC n. 20/98, de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos e dos pensionistas, como previu a Lei n. 12.398/98, do Estado do Paraná (cf. ADI n. 2.010/DF-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 12/4/02; e RE n. 408.824/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 25/4/08). 5. É igualmente inconstitucional a incidência, sobre os proventos de inativos e pensionistas, de contribuição compulsória para o custeio de serviços médico-hospitalares (cf. RE n. 346.797/RS-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Primeira Turma, DJ de 28/11/03; ADI n. 1.920/BA-MC, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 20/9/02). 6. **Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas impugnadas do decreto regulamentar, em virtude da relação de dependência com a lei impugnada. Precedentes.** 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 2158, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00010 RTJ VOL-00219- PP-00143 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 410-426 RSJADV abr., 2011, p. 40-49).

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta. Lei n. 2.749, de 23 de junho de 1997, do Estado do Rio de Janeiro, e Decreto Regulamentar n. 23.591, de 13 de outubro de 1997. Revista íntima em funcionários de estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços com sede ou filiais no Estado. Proibição. Matéria concernente a relações de trabalho. Usurpação de competência privativa da União. Ofensa aos arts. 21, XXIV, e 22, I, da CF. **Vício formal caracterizado.**

Ação julgada procedente. Inconstitucionalidade por arrastamento, ou consequência lógico-jurídica, do decreto regulamentar. É inconstitucional norma do Estado ou do Distrito Federal que disponha sobre proibição de revista íntima em empregados de estabelecimentos situados no respectivo território. (ADI 2947, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-02 PP-00244 RTJ VOL-00217- PP-00150 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 128-131).

Neste sentido, impende transcrever os ensinamentos do Eminent Professor Pedro Lenza, em sua obra “Direito Constitucional Esquemático”, 12ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, página 171, *in verbis*:

“Pela referida teoria da inconstitucionalidade por ‘arrastamento’ ou ‘atração’ ou ‘inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados’,

se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior – tendo em vista a relação de instrumentalidade que entre elas existe – também estará eivada de vício de inconstitucionalidade ‘consequente’, ou por ‘arrastamento’ ou ‘atração’.”

Destarte, forçoso concluir pela inconstitucionalidade por arrastamento do inciso I do artigo 3º do Decreto Estadual n. 44.810 de 26 de maio de 2014, haja vista o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 8º, caput e parágrafo único e 11, caput e incisos I e II Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, conforme se infere, *in verbis*:

Art. 3º. 02 (Duas), das 03 (três) vias de cada reclamação serão destacáveis, de maneira que:

I – a primeira via seja encaminhada ao órgão fiscalizador competente (PROCON/RJ), com a periodicidade máxima de 30 (trinta) dias;

Diante do aduzido, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade formal dos artigos 8º, caput e parágrafo único; 11, caput e incisos I e II; e 12 da Lei n. 6.613 de 06 de dezembro de 2013, bem como por arrastamento do inciso I do artigo 3º do Decreto Estadual n. 44.810 de 26 de maio de 2014.

Enfatize-se, ainda, para que fique definitivamente esclarecido, que, consoante já entendimento do Direito

Pretoriano, **deve o Julgador deixar, estreme de dúvida, a fundamentação e a necessária argumentação, que importam no conclusivo**, sem que para tal seja necessário o enfrentamento de tese por tese dos Litigantes, mormente, quando a adoção de uma delas, por si só exclui as demais e, assim, traz o precípua escopo de análise de todas as sustentações em lide, sem ocorrência de omissão.

Por estas razões, este Órgão Especial, por maioria, julga procedente em parte a representação para declarar a inconstitucionalidade artigos 8º, *caput* e parágrafo único; 11, *caput* e incisos I

e II; e 12 da Lei Estadual n. 6.613/2013, por violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e, por arrastamento, do inciso I do artigo 3º do Decreto n. 44.810 de 26/05/2014, vencido o Desembargador Nagib Slaib Filho que, preliminarmente, não conhecia do pedido por falta de pertinência temática e, no mérito, julgava improcedente o pedido.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2015.

REINALDO PINTO ALBERTO
FILHO
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)
Relator: [M. Safjan](#)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Relator: [Mário Mendes](#)

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (26.11.2015)

“Os consumidores devem usufruir de um nível mínimo de segurança jurídica no que diz respeito às relações contratuais com o seu prestador direto de serviços telefónicos”

“Os Estados-Membros devem garantir que, ao subscreverem serviços que fornecem ligação a uma rede de comunicações pública e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, os consumidores, e outros utilizadores finais que o solicitem, tenham direito a um contrato com uma empresa ou empresas fornecedoras de tal ligação e/ou serviços”

Do Supremo Tribunal de Justiça (17.11.2015)

“São absolutamente proibidas cláusulas contratuais gerais que excluam de antemão a possibilidade de requerer a tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes”

“Não está de todo eliminada a possibilidade de ocorrência de litígios directamente entre o locatário e o locador atinentes ao bem locado (entretanto adquirido pelo locador) que devam ou possam ser judicialmente dirimidos, tendo em conta o disposto no artº 12º e a ressalva do artº 1034º do CC”

“Nos casos de perda ou danificação do bem em razão de caso fortuito ou de força maior, em que não existe qualquer nexo de causalidade entre a conduta do locatário e o dano, é desajustada e inadequada a cláusula que estabelece que o risco corre por conta do locatário”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

26 de novembro de 2015 (*)

“Reenvio prejudicial – Diretiva 2002/22/CE – Redes e serviços de comunicações eletrónicas – Direitos dos utilizadores – Direito dos assinantes de resolver o contrato, sem qualquer penalização – Alteração das tarifas resultante das cláusulas contratuais – Aumento da tarifa no caso de aumento do preço no consumidor”

No processo C-326/14,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Oberster Gerichtshof (Áustria), por decisão de 28 de abril de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 7 de julho de 2014, no processo

Verein für Konsumenteninformation

contra

A1 Telekom Austria AG,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente da Terceira Secção, exercendo funções de presidente da Quarta Secção, J. Malenovský, M. Safjan (relator), A. Prechal e K. Jürimäe, juízes,

advogado-geral: P. Cruz Villalón, secretário: I. Illéssy, administrador, vistos os autos e após a audiência de 30 de abril de 2015,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Verein für Konsumenteninformation, por S. Langer, Rechtsanwalt,

– em representação da A1 Telekom Austria AG, por M. Hasberger, Rechtsanwalt,

– em representação do Governo belga, por J. Van Holm e M. Jacobs, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por G. Braun e L. Nicolae, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 9 de julho de 2015,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 20º, n. 2, da Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva serviço universal) (JO L 108, p. 51), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 (JO L 337, p. 11, a seguir “Diretiva 2002/22”).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Verein für Konsumenteninformation (Associação para a informação dos consumidores, a seguir “Associação”) à A1 Telekom Austria AG (a seguir “A1 Telekom Austria”) a propósito da utilização, pela segunda, de cláusulas alegada-

mente ilegais, constantes dos contratos que celebrou com consumidores.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 2002/22

3 Os considerandos 30 e 49 da Diretiva 2002/22 enunciam:

“(30) Os contratos são um instrumento importante para garantir aos utilizadores e consumidores um nível mínimo de transparência das informações e de segurança jurídica. [...]. Especificamente, os consumidores devem usufruir de um nível mínimo de segurança jurídica no que diz respeito às relações contratuais com o seu prestador direto de serviços telefónicos, pelo que os termos contratuais, as condições, a qualidade do serviço, as condições de cessação do contrato e do serviço, as medidas de compensação e a resolução de litígios devem estar especificados nos seus contratos. [...] As medidas destinadas a assegurar a transparência dos preços, tarifas, termos e condições aumentam a capacidade dos consumidores para otimizarem as suas escolhas e beneficiarem, assim, plenamente da concorrência.

[...]

(49) A presente diretiva deve prever alguns elementos de proteção dos consumidores, como a clareza dos termos contratuais e dos procedimentos de resolução de litígios, e ainda a transparência das tarifas para os consumidores. [...]”

4 Do capítulo I dessa diretiva, sob a epígrafe “Âmbito, objetivos e defini-

ções”, consta o artigo 1º da mesma, que dispõe:

“1. No âmbito da Diretiva 2002/21/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva-quadro) (JO L 108, p. 33)], a presente diretiva diz respeito à oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas aos utilizadores finais. O objetivo é garantir a disponibilidade em toda a Comunidade de serviços de boa qualidade acessíveis ao público, através de uma concorrência e de uma possibilidade de escolha efetivas, e atender às situações em que as necessidades dos utilizadores finais não sejam convenientemente satisfeitas pelo mercado. A diretiva inclui igualmente disposições relativas a certos aspetos dos equipamentos terminais, incluindo disposições destinadas a facilitar o acesso dos utilizadores com deficiência.

2. A presente diretiva estabelece os direitos dos utilizadores finais e as correspondentes obrigações das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público. Relativamente à necessidade de assegurar a oferta de um serviço universal num ambiente de mercados abertos e concorrenciais, a diretiva define o conjunto mínimo de serviços de qualidade especificada a que todos os utilizadores finais têm acesso, a um preço acessível à luz das condições específicas nacionais e sem distorção da concorrência. [...]”

5 O capítulo IV da referida diretiva, sob a epígrafe “Interesses e direitos dos utilizadores finais”, inclui, nomeadamente, o artigo 20º da mesma, que prevê:

“1. Os Estados-Membros devem garantir que, ao subscreverem serviços que fornecem ligação a uma rede de comunicações pública e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, os consumidores, e outros utilizadores finais que o solicitem, tenham direito a um contrato com uma empresa ou empresas fornecedoras de tal ligação e/ou serviços. O contrato especificará, de forma clara, exhaustiva e facilmente acessível, no mínimo:

[...]

d) Elementos sobre os preços e tarifas, os meios de obtenção de informações atualizadas sobre todas as tarifas aplicáveis e os encargos de manutenção, os métodos de pagamento propostos e as eventuais diferenças de custo inerentes ao método de pagamento;

[...]

2. Os Estados-Membros garantem aos assinantes o direito de resolução dos contratos sem qualquer penalidade, sempre que sejam notificados de qualquer alteração das condições contratuais propostas pelas empresas que fornecem redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas. Os assinantes devem ser devidamente avisados dessas alterações com, pelo menos, um mês de antecedência, devendo ser simultaneamente informados do seu direito de resolução do contrato, sem qualquer penalização, caso não aceitem as novas

condições. Os Estados-Membros asseguram que as autoridades reguladoras nacionais possam especificar o formato destas notificações.”

6 Nos termos do artigo 21º, n. 1, da mesma diretiva:

“Os Estados-Membros asseguram que as autoridades reguladoras nacionais possam obrigar as empresas que oferecem ligação a redes de comunicações eletrónicas públicas e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público a publicar informações transparentes, comparáveis, adequadas e atualizadas sobre os preços e as tarifas aplicáveis, os eventuais encargos decorrentes da cessação de um contrato e sobre os termos e condições normais, no que respeita ao acesso e à utilização dos serviços que prestam aos utilizadores finais e aos consumidores nos termos do anexo II. Essas informações são publicadas de forma clara, exhaustiva e facilmente acessível. As autoridades reguladoras nacionais podem especificar requisitos suplementares relativos à forma de publicação dessas informações.”

Direito austríaco

7 O § 25 da Lei das telecomunicações de 2003 (Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I, 70/2003, a seguir “lei das telecomunicações”) tem a seguinte redação:

“(1) Os operadores de redes ou serviços de comunicações aprovarão as cláusulas contratuais gerais nas quais também serão descritos os serviços oferecidos, bem como as tarifas aplicáveis aos mesmos. Antes do início da

prestação do serviço, a autoridade reguladora será notificada das cláusulas contratuais gerais, que deverão ser publicadas de forma adequada.

(2) Antes da sua entrada em vigor, as alterações às cláusulas contratuais gerais e às regras sobre tarifas devem ser notificadas à entidade reguladora e publicadas de forma adequada. Às alterações que não sejam exclusivamente em benefício do assinante, aplica-se um prazo de dois meses para notificação e publicação. Quanto ao restante, permanecem inalteradas as disposições da Konsumentenschutzgesetz [Lei da proteção dos consumidores] [...] e do Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil].

(3) O conteúdo essencial das alterações que não sejam exclusivamente em benefício do consumidor deve ser comunicado ao assinante, pelo menos um mês antes da alteração por escrito, por exemplo por impressão numa das faturas periodicamente emitidas. Simultaneamente, o assinante deve ser informado da data da entrada em vigor das alterações e de que tem o direito, até essa data, de resolver o contrato sem custos. [...] Alterações às cláusulas contratuais gerais e às regras sobre tarifas, por parte dos operadores de redes ou de serviços de comunicações, que apenas são necessárias em consequência de um regulamento emitido pela autoridade reguladora, e que não beneficiam exclusivamente o utilizador, não concedem ao assinante o direito de resolução do contrato sem custos.

[...]

(5) As regras sobre tarifas devem conter, pelo menos:

[...]

2. Os meios de obtenção de informações atualizadas sobre todas as tarifas aplicáveis e os encargos de manutenção,

[...]”

8 A Lei federal sobre estatísticas de 2000 (Bundesstatistikgesetz 2000 (BGBl. I, 163/1999) prevê que o Instituto de Estatística da Áustria (Statistik Österreich) tem, nomeadamente, a função de elaborar o índice de preços no consumidor.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

9 A Associação está habilitada, por aplicação da legislação austríaca, a propor ações para cessação da aplicação de cláusulas contratuais gerais contrárias a proibições legais ou aos bons costumes.

10 A A1 Telekom Austria, prestadora de serviços de telecomunicações na Áustria, aplica cláusulas contratuais gerais nas suas relações com os consumidores.

11 Essas cláusulas preveem, nomeadamente, que, “[s]e nas regras sobre as tarifas ou num acordo individual estiver acordada uma indexação”, a “A1 [Telekom Austria] tem o direito de aumentar as tarifas em correlação com o aumento do [índice de preços no consumidor] anual para o ano civil seguinte” e, ao mesmo tempo, está “obrigada a refletir as reduções do [índice de preços no consumidor] anual e a diminuir as

tarifas de acordo com a redução. A A1 [Telekom Austria] informa o cliente da adaptação, por escrito”.

12 Sempre de acordo com as referidas cláusulas contratuais gerais, “[s] e os clientes não forem exclusivamente beneficiados pela[s] [...] alterações prevista[s] [...], a A1 [Telekom Austria] – na medida em que esta[s] não se aplique[m] apenas a futuros clientes – deve notificá-las dois meses antes da sua entrada em vigor. O conteúdo essencial da[s] [...] alterações que não beneficia[m] exclusivamente o cliente [...] ser[á] comunicad[o] ao cliente por escrito, por exemplo por impressão numa fatura, pelo menos um mês antes da sua entrada em vigor. A comunicação sobre o conteúdo essencial da modificação conterà uma informação sobre o direito de resolução sem custos, bem como o prazo de resolução”.

13 Por outro lado, as mesmas cláusulas contratuais gerais estipulam que “[a]lterações das tarifas com base no índice acordado não dão direito a resolução extraordinária do contrato”.

14 A Associação propôs no Handelsgericht Wien (Tribunal de Comércio de Viena) uma ação para cessação da utilização, pela A1 Telekom Austria, das cláusulas supramencionadas nas cláusulas contratuais gerais.

15 Com efeito, segundo a Associação, o aumento das tarifas pela A1 Telekom Austria só é legal se for então conferido aos consumidores o direito de resolução extraordinária do contrato.

16 Uma vez que o Handelsgericht Wien, por sentença de 25 de outubro

de 2012, julgou procedente a ação proposta pela Associação, a A1 Telekom Austria recorreu dessa sentença para o Oberlandesgericht Wien (Tribunal de Segunda Instância da região de Viena).

17 Por acórdão de 16 de maio de 2013, o Oberlandesgericht Wien reformou parcialmente a referida sentença. A Associação e a A1 Telekom Austria interpuseram no órgão jurisdicional de reenvio, cada uma por seu lado, recurso de “Revision” do acórdão do Oberlandesgericht Wien.

18 Por considerar que a decisão do litígio no processo principal depende da interpretação das disposições da Diretiva 2002/22, o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

“O direito, previsto no artigo 20º, n. 2, da [Diretiva 2002/22], dos assinantes à resolução dos contratos sem qualquer penalidade, sempre que sejam ‘notificados de qualquer alteração das condições contratuais’, deve ser reconhecido também no caso em que uma adaptação das tarifas decorre das condições do contrato, que estabelecem, logo no momento da celebração do mesmo, que, no futuro, será efetuada uma adaptação das tarifas (aumento/redução) com base num índice objetivo de preços no consumidor, que reflete a evolução do valor da moeda?”

Quanto à questão prejudicial

19 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em

substância, se o artigo 20º, n. 2, da Diretiva 2002/22 deve ser interpretado no sentido de que uma alteração das tarifas de uma prestação de serviços relativos às redes ou de serviços de comunicações eletrónicas, que tem lugar em aplicação de uma cláusula de adaptação de tarifas constante das cláusulas contratuais gerais aplicadas por uma empresa que presta esses serviços, cláusula essa que prevê que tal adaptação é feita em função de um índice objetivo dos preços no consumidor elaborado por uma instituição pública, constitui uma “alteração das condições contratuais”, na aceção dessa disposição, que confere ao assinante o direito de resolução do contrato, sem qualquer penalização.

20 A título liminar, recorde-se que a Diretiva 2002/22 tem por objetivo criar um quadro regulamentar harmonizado que garanta, no setor das comunicações eletrónicas, o fornecimento de um serviço universal, ou seja, de um conjunto mínimo de serviços específicos a todos os utilizadores finais a um preço acessível. Nos termos do seu artigo 1º, n. 1, um dos objetivos desse diploma é o de garantir a disponibilidade, em toda a União Europeia, de serviços de boa qualidade acessíveis ao público, através de uma concorrência e de uma possibilidade de escolha efetivas (v., neste sentido, acórdão Base e o., C-389/08, EU:C:2010:584, n. 32 e jurisprudência aí referida).

21 As disposições do capítulo IV da Diretiva 2002/22 destinam-se a proteger os interesses e os direitos dos utilizadores finais.

22 O legislador da União esclareceu, no considerando 30 desta diretiva, que os contratos sobre serviços de ligação a uma rede de comunicações pública ou de comunicações eletrónicas acessíveis ao público são um instrumento importante para garantir aos utilizadores e consumidores um nível mínimo de transparência das informações e de segurança jurídica. No seu considerando 49, referiu igualmente a transparência das tarifas para os consumidores. É neste contexto que o artigo 20º, n. 1, alínea d), da referida diretiva prevê que esse contrato especificará, de forma clara, exhaustiva e facilmente acessível, elementos sobre os preços e tarifas e os meios de obtenção de informações atualizadas sobre todas as tarifas aplicáveis e os encargos de manutenção.

23 Além disso, em consonância com o artigo 21º, n. 1, da Diretiva 2002/22, os Estados-Membros asseguram que as autoridades reguladoras nacionais possam obrigar as empresas que oferecem ligação a redes de comunicações eletrónicas públicas e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público a publicar informações transparentes, comparáveis, adequadas e atualizadas sobre os preços e as tarifas aplicáveis, os eventuais encargos decorrentes da cessação de um contrato e sobre os termos e condições normais, no que respeita ao acesso e à utilização dos serviços que prestam aos utilizadores finais e aos consumidores. Essas informações deverão ser publicadas de forma clara, exhaustiva e facilmente acessível.

24 O artigo 20º, n. 2, dessa diretiva impõe igualmente aos Estados-Membros que garantam aos assinantes o direito de resolução dos contratos sem qualquer penalidade, sempre que sejam notificados de qualquer alteração das condições contratuais propostas pelas empresas que fornecem serviços de comunicações eletrónicas. Os Estados-Membros devem assegurar-se de que os assinantes são devidamente avisados dessas alterações com, pelo menos, um mês de antecedência, devendo ser simultaneamente informados do seu direito de resolução do contrato, sem qualquer penalização, caso não aceitem as novas condições.

25 Em face destas disposições, há que observar que o legislador da União reconheceu que as empresas que prestam serviços de comunicações eletrónicas podem ter um interesse legítimo em alterar os preços e as tarifas dos seus serviços (v., por analogia, acórdão RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, n. 46).

26 No caso vertente, como resulta da decisão de reenvio e da questão submetida, a cláusula controvertida, constante das cláusulas contratuais gerais da A1 Telekom Austria, prevê uma adaptação das tarifas em função de um índice anual objetivo dos preços no consumidor, elaborado por uma instituição pública, a saber, o Instituto de Estatística da Áustria.

27 Daqui decorre que a adaptação das tarifas assim prevista contratualmente, porque assenta num método de indexação claro, preciso e acessível ao

público, saído de decisões e de mecanismos pertencentes à esfera pública, não pode colocar os utilizadores finais numa situação contratual diferente da que resulta do contrato, cujo conteúdo é determinado pelas cláusulas contratuais gerais que contêm a cláusula em questão.

28 Consequentemente, quando uma alteração das tarifas é efetuada deste modo, a mesma não pode ser qualificada de alteração das condições contratuais, na aceção do artigo 20º, n. 2, da Diretiva 2002/22.

29 Em face do exposto, há que responder à questão submetida que o artigo 20º, n. 2, da Diretiva 2002/22 deve ser interpretado no sentido de que uma alteração das tarifas de uma prestação de serviços relativos às redes ou de serviços de comunicações eletrónicas, que tem lugar em aplicação de uma cláusula de adaptação de tarifas constante das cláusulas contratuais gerais aplicadas por uma empresa que presta esses serviços, cláusula essa que prevê que tal adaptação é feita em função de um índice objetivo dos preços no consumidor elaborado por uma instituição pública, não constitui uma “alteração das condições contratuais”, na aceção dessa disposição, que confere ao assinante o direito de resolução do contrato, sem qualquer penalização.

Quanto às despesas

30 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:

O artigo 20º, n. 2, da Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva serviço universal), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, deve ser interpretado no sentido de que uma alteração das

tarifas de uma prestação de serviços relativos às redes ou de serviços de comunicações eletrónicas, que tem lugar em aplicação de uma cláusula de adaptação de tarifas constante das cláusulas contratuais gerais aplicadas por uma empresa que presta esses serviços, cláusula essa que prevê que tal adaptação é feita em função de um índice objetivo dos preços no consumidor elaborado por uma instituição pública, não constitui uma “alteração das condições contratuais”, na aceção dessa disposição, que confere ao assinante o direito de resolução do contrato, sem qualquer penalização.

Assinaturas

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 1122/12.0TJPRT.P1.S1

N. Convencional: 6ª SECÇÃO

Relator: NUNO CAMEIRA

Descritores:

CONTRATO DE LOCAÇÃO

FINANCEIRA

CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL

COISA MÓVEL SUJEITA A

REGISTO

NULIDADE

BOA FÉ

Data do Acórdão: 17-11-2015

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A REVISTA

Área Temática:

DIREITO COMERCIAL –

CONTRATOS COMERCIAIS /

LOCAÇÃO FINANCEIRA.

DIREITO BANCÁRIO – ACTOS

BANCÁRIOS EM ESPECIAL (ATOS

BANCÁRIOS EM ESPECIAL) /

CRÉDITO BANCÁRIO / LOCAÇÃO

FINANCEIRA.

DIREITO DO CONSUMO –

CLÁUSULAS CONTRATUAIS

GERAIS.

Legislação Nacional:

D.L. N. 446/85, DE 25.10 (REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS – LCCG): – ARTIGOS 15º, 18º, ALS. C) E F), 21º, AL. H).

D.L.Nº149/95, DE 24 DE JUNHO (REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA): – ARTIGO 9º, Nº1, ALS. A), B), C),

Jurisprudência Nacional:

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA:

– DE 08/02/2011, PROC. N.

851/09OTJLSB.L1-7, EM WWW.DGSI.PT.

ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

– DE 13/10/2011, EM WWW.DGSI.PT.

– DE 17/02/2000, PROC. N. 1174/99-7ª, SUMÁRIOS CÍVEL, EM WWW.

STJ.PT;

– DE 17/01/2005, PROC. N. 3071/04

– 1ª, SUMÁRIOS CÍVEL, EM WWW.STJ.PT;

-DE 04/04/2006, PROC. N. 626/06 –

6ª, SUMÁRIOS CÍVEL, EM WWW.STJ.PT;

-DE 24/03/2015, PROC. N.

3193/12.0TJLSB.S1 – 1ª, SUMÁRIOS CÍVEL, EM WWW.STJ.PT

Sumário:

I – Estão sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais aprovado pelo D.L. n. 446/85, de 25.10., as cláusulas elaboradas pela locadora, sem previa negociação individual e cujo conteúdo os potenciais destinatários não podem influenciar, destinadas a ser incluídas em contratos de locação financeira.

II – São nulas, por violação do disposto nos arts. 18º al. c) e 21., al. h), e proibidas, por violação da boa fé contratual afirmada no art. 15º, todos daquele diploma legal, as cláusulas que, naquelas condições e conjugadas entre si, prevêm, primeiro, que o locador não possa exigir a suspensão do cumprimento das suas obrigações se se encontrar impossibilitado de utilizar o bem por razão alheia à vontade do locador (cláusula 5ª); segundo, que incumbe ao locatário promover a realização do registo do bem, quando for esse o caso (cláusula 10ª, nº1); e, terceiro, que é da responsabilidade do locatário não poder utilizar o bem enquanto não obtiver toda a documentação para o efeito (cláusula 10ª, nº2).

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I. Relatório

O **Ministério Público** propôs uma acção declarativa, ao abrigo do DL 108/2006 de 6 de Junho, contra o **Banco AA, SA**, com sede no Porto, pedindo que, na sua procedência:

1) – Se declarem nulas as cláusulas 5ª n. 2, e 10ª n. 1 e 2, ambas das “Condições Gerais”, incluídas no documento n. 2 junto com a petição inicial, condenando-se o réu a abster-se de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar, e especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição, nos termos do artº 30º, n. 1, do DL n. 446/85, de 25/10 – Cláusulas Contratuais Gerais).

2) – Se condene o réu a dar publicidade a tal proibição e a comprová-la nos autos, em prazo a determinar na sentença, sugerindo-se que a mesma seja efectuada em anúncio a publicar em dois jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos, (art. 30º, n. 2 do DL n. 446/85, de 25/10), de tamanho não inferior a ¼ de página.

3) – Se dê cumprimento ao disposto no artº 34º do referido diploma, remetendo-se ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça certidão da sentença para os efeitos previstos na Portaria n. 1093/95, de 6 de Setembro.

Alegou, resumidamente, que no exercício da actividade bancária o réu celebra contratos de locação financeira mobiliária contendo clausulados já impressos, nos termos do doc. n. 2 junto com a petição, que são contratos de adesão, e como tal subsumíveis ao regime jurídico das Cláusulas Contractuais Gerais aprovado pelo DL 446/85 de 25/10, sendo certo que algumas das cláusulas neles inseridas, designadamente as supra mencionadas, são absolutamente proibidas, pois afastam a responsabilidade do locador financeiro pelo não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso do contrato – artº 18º al. c) e 21º, al. h) do DL 446/85.

O réu contestou (fls. 116 e sgs), alegando que, não sendo os contratos de locação financeira mobiliária que celebra contratos de adesão, as respectivas cláusulas não estão sujeitas ao

regime jurídico das Cláusulas Contractuais Gerais; no entanto, mesmo que assim não se entenda, as três cláusulas trazidas a juízo são válidas, devendo, por isso, julgar-se a acção improcedente.

Realizada a audiência de julgamento, foi proferida sentença, em 28/5/2013, nos seguintes termos:

“Decisão:

Face ao exposto, julga-se a presente acção procedente e, conseqüentemente:

a) declara-se a nulidade das cláusulas 5 N. 2 e 10 n. 1 e 2 nos contratos de locação financeira comercializados pelo réu Banco AA, S.A.

b) condena-se o réu a abster-se de utilizar as referidas cláusula nos contratos de locação financeira por si comercializados e

c) condena-se o réu a dar publicidade à declaração de nulidade e proibição, no prazo de trinta dias a contar do trânsito em julgado da sentença, através de publicação em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante 3 dias consecutivos, de tamanho não inferior a ¼ de página, o que deverá ser comprovado nos autos no prazo de dez dias a contar da última publicação.

O réu apelou, mas a Relação do Porto, por acórdão unânime de 16/3/15, julgou improcedente o recurso, confirmando a sentença.

Ainda inconformado, o réu inter pôs recurso de revista excepcional, que a formação do artº 672º, n. 3, do CPC, admitiu por decisão de 11/9/2015, com fundamento na al. b) do artº 672º, n. 1

(particular relevância social dos interesses em jogo).

Alegando, concluiu, de útil, o seguinte:

1ª) Uma vez que a proibição do artº 18º, al. c), do DL 446/85 tem como campo de aplicação a responsabilidade contratual do Proponente (no caso, o locador) e somente para casos de dolo ou de culpa grave, a cláusula 5ª, n. 2, não pode ser havida como nula por violação deste normativo tendo em conta que não versa sobre qualquer responsabilidade contratual, nem muito menos para casos de dolo ou culpa grave;

2ª) O seu campo de aplicação está limitado às situações em que o locatário se encontra impossibilitado de utilizar o bem, total ou parcialmente, por qualquer razão alheia à vontade do locador, incluindo força maior, o que significa que a responsabilidade do locador apenas se terá por excluída caso a ele – locador – não possa ser imputado o facto gerador da impossibilidade do uso do bem; caso contrário responde, e responde sem que essa sua responsabilidade fique excluída pela cláusula anulanda;

3ª) Ao prever esta cláusula, o recorrente quis e quer apenas confirmar numa disposição do contrato que não responde perante o locatário, nem pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação (salvo o disposto no artº 1034º do Cód. Civil), nem pelo risco de perda ou deterioração do bem (cfr. artºs 12º, 13º e 15º do DL 149/95);

4ª) Na ideia de ultrapassar este irrefutável argumento, a Relação decretou a nulidade da cláusula sob o pretexto

de o artigo 12º DL 149/95 ressaltar a aplicação do artº 1034º do Cód. Civil, nomeadamente no que diz respeito à responsabilidade do locador perante o locatário pelo incumprimento da obrigação de entrega da coisa locada;

5ª) Porque se fundou neste pretexto, pôde o acórdão recorrido concluir, embora erradamente, que a existência de uma cláusula como a que está sob análise levaria a que o locador financeiro não respondesse “em nenhum caso pela impossibilidade de utilização do bem”, sendo este o erro palmar em que labora: em primeiro lugar porque não recai sobre o locador qualquer obrigação de entrega da coisa locada; e depois porque, ainda que recaísse, a cláusula não afastaria a sua responsabilidade nesse particular, uma vez que não está integrada na sua previsão a responsabilidade contratual do locador;

6ª) O locador financeiro não está constituído na obrigação de entrega da coisa: antes de mais porque o DL 149/95 não tipifica no seu artº 9º essa obrigação; e depois porque o dever de conceder o gozo, ao contrário do que sustenta o acórdão recorrido, concretiza-se apenas no facto de o locador não obstar à sua utilização, não impedir o seu uso pelo locatário;

7ª) Nos artigos 12º e 13º do DL 149/95 o legislador quis colocar o risco da omissão da entrega da coisa locada a cargo do locatário, exonerando o locador de qualquer responsabilidade: é isto que nos ensina a doutrina – GRAVATO MORAIS, RUI PINTO DUARTE, LEITE CAMPOS, PEDRO ANTÓNIO SE-

QUEIRA DE OLIVEIRA e RAQUEL TAVARES DOS REIS – por ser a solução que mais se coaduna com o próprio regime da locação financeira;

8ª) E é neste sentido a jurisprudência, de que é exemplo, entre outros citados em texto, o acórdão da Relação de Lisboa de 8/11/94 que, chamado a pronunciar-se sobre o tema, lapidarmente concluiu que “É válida a cláusula de tais contratos em que se estabelece que” A não entrega do equipamento pelo fornecedor ou a desconformidade do mesmo com o constante das condições particulares não exoneram o locatário das suas obrigações face ao locador, nem lhe concedem qualquer direito face a este, competindo– -lhe exigir do fornecedor toda e qualquer indemnização a que se ache com direito, nos termos da lei e da cláusula segunda destas condições gerais”.

9ª) O argumento do acórdão recorrido de que a cláusula anulanda afasta a responsabilidade do locador nos casos expressamente previstos no artº 1034º do Cód. Civil, para o qual remete o artº 12º do DL 145/95, não procede, pois este artigo, tal como consta da sua epígrafe, diz apenas respeito a casos de ilegitimidade do locador ou deficiência do seu direito, sendo que a hipótese contemplada na al. a) do artº 1034º do CC reconduz-se por exemplo ao caso de o locador financeiro ser um mero usuário do bem (artº 1488º CC) e conceder o seu gozo ao locatário financeiro, que ignora os poderes daquele;

10ª) Nestas circunstâncias, é imputável ao locador a responsabilidade pela falta de legitimidade; logo, a sua responsabilidade não é afastada pela cláusula

anulanda, que apenas prevê a desresponsabilização para casos em que a impossibilidade de utilização do bem não é imputável ao locador – daí ser alheio à sua vontade.

11ª) A cláusula também não é nula por violação do disposto no artº 21º, al h), do DL 446/85, já que apenas exclui a responsabilidade do locador nos casos em que essa exclusão está directamente prevista no próprio direito material.

12ª) As cláusulas previstas nos nºs 1 e 2 do artº 10º das Condições Gerais do Contrato de Locação Financeira Mobiliário também não violam o disposto nos artºs 18º al. c) e 21º al h) do DL 446/85;

13ª) É esta a solução que a doutrina – como RUI PINTO DUARTE e GRAVATO MORAIS – considera que mais se harmoniza com o regime especial da Locação Financeira, desde logo devido à circunstância de o locatário ser o proprietário económico da coisa, gozando o bem na vigência do contrato;

14ª) É a própria lei que põe a cargo do locatário financeiro a realização das diligências administrativas relativas ao bem locado: na verdade, o Decreto-Lei n. 11/84 de 7 de Janeiro, que ainda hoje se encontra em vigor no nosso ordenamento jurídico, tem como artigo único “A posição do locatário, na locação financeira de veículos, é equiparada à do proprietário para efeitos de aplicação da legislação relativa ao licenciamento e utilização de veículos automóveis e seus reboques”;

15ª) A Relação errou a quo ao declarar estas cláusulas nulas por violação dos artºs 18,º al. c), e 21º, al. h), do DL

446/85: não se vislumbra de que forma é que estas cláusulas, por colocarem a cargo do locatário determinados encargos, podem estar, a um só tempo, a excluir ou a limitar a responsabilidade do locador por todo e qualquer evento relacionado com as condições de utilização dos bens e a excluir a possibilidade de requer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes;

16ª) A decisão vertida no acórdão recorrido conflitua, aliás, com o que tem sido o entendimento sufragado pela jurisprudência portuguesa e de que é exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8.2.11, onde se decidiu “Não é nula a cláusula segundo a qual “durante todo o período de vigência do contrato, o locatário obriga-se providenciar todas as diligências junto do fornecedor para obtenção do registo, matrícula ou licenciamento do bem locado, não podendo utilizar o bem enquanto não obtiver toda a documentação necessária para o efeito”.

17ª) Ao decidir como decidiu, o Tribunal a quo foi alheio às especificidades que os contratos de locação mobiliária podem apresentar – quer em relação ao seu concreto objecto, quer em relação ao próprio sujeito/cliente, que nem sempre é consumidor final – e, mais grave ainda, às características intrínsecas que definem a locação financeira, nomeadamente ao facto de o locador financeiro não conhecer, muitas das vezes, o fornecedor dos bens e redundar num colossal encargo, a coberto de protecção do consumo de quem, afinal, nem consumidor é, colocar a seu cargo a obrigação de

promover diligências que estão muito mais facilmente ao alcance do locatário financeiro.

18ª) O acórdão recorrido violou o disposto nos arts. 1º, n. 3, 18º al. c) e 21º h) todos do DL 446/58, os arts. 9º, 12º, 13º e 15º do DL 149/95, o artigo único do DL 11/84 de 7 de Janeiro e ainda o art. 1034º do Cód. Civil.

O MP contra alegou, defendendo a manutenção do julgado.

II. Fundamentação

a) Matéria de Facto

1) O réu encontra-se matriculado sob o n. 501525882, com a sua constituição inscrita na Conservatória do Registo Comercial do Porto, e tem como objecto social “actividade bancária com a latitude consentida pela lei”.

2) No exercício dessa actividade procede à celebração de “Contratos de Locação Financeira”, quer com pessoas singulares quer com pessoas colectivas, que têm por objecto a locação financeira dos equipamentos referidos nas “Condições Particulares”.

3) Para tanto apresenta a cada um dos interessados que com ele pretendam contratar clausulados já impressos, previamente elaborados.

4) O clausulado relativo ao “Contrato de Locação Financeira” contém páginas impressas, sendo que a primeira contém na face espaços em branco destinados apenas à identificação dos locatários e, na parte intitulada “Condições Particulares”, a identificação dos fornecedores, do bem e/ou serviço, do preço da aquisição e do prazo da locação e do n. de rendas.

5) As restantes páginas impressas do contrato, designadamente na parte relativa a “Condições Gerais”, não contêm quaisquer espaços em branco para serem preenchidos pelos contratantes que em concreto se apresentem a contratar com o réu, com excepção dos espaços destinados à colocação da data e das assinaturas do locador e locatário.

6) Assim, estas páginas impressas, designadamente na parte relativa as “Condições Gerais”, contêm apenas cláusulas previamente elaborados pelo réu que os consumidores se limitam a aceitar.

7) Tal impresso, com as cláusulas nele insertas, destina-se a ser utilizado pelo réu, no presente e futuro, para contratação com quaisquer interessados consumidores.

8) No documento de fls. 54 a 56 verso consta além do mais que “(...)”:

Artº 5º (Utilização do Bem)

(...)

2 – Se o locatário se encontrar impossibilitado de utilizar o Bem, total ou parcialmente, por qualquer razão alheia à vontade do locador, incluindo força maior, não poderá exigir deste qualquer indemnização, suspensão do cumprimento das suas obrigações ou redução das rendas incumbendo-lhe a obrigação de defender perante terceiros, a integridade quer do seu direito quer do próprio Bem.

(...)

Artº 10º (Registos e Encargos)

1 – Tratando-se de bem sujeito a registo, o locatário deverá promover a sua respectiva realização”.

2 – A obtenção das matrículas ou licenças administrativas será da responsabilidade do locatário, não podendo este utilizar o bem enquanto não obtiver toda a documentação para esse efeito.

(...)”.

9) Até à celebração do contrato de leasing o processo negocial passa por várias fases que começam com o pedido do cliente de uma simulação das condições financeiras e que termina, em caso de acordo, na celebração do contrato.

10) A simulação tem um prazo de 30 dias.

b) Matéria de Direito

Nesta fase do processo já não se discute a aplicabilidade ao caso do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais aprovado pelo DL 446/85, de 25 de Outubro; o réu começou por contestá-la, mas entretanto aceitou-a por ser evidente que estão em causa estipulações gerais elaboradas sem prévia negociação individual e cujo conteúdo os potenciais destinatários não podem influenciar, mas apenas aceitar, nos termos do artº 1º, nºs 1 e 2, do referido diploma legal.

As três cláusulas objecto da presente acção inibitória destinam-se a ser incluídas em contratos de locação financeira, cujo regime jurídico consta do DL 149/95, de 24 de Junho.

De acordo com o artº 9º, n. 1, a), b) e c) deste diploma são, nomeadamente, obrigações do locador adquirir ou mandar construir o bem a locar (a); conceder o gozo do bem para os fins a

que se destina (b); e vender o bem ao locatário, caso este o queira, findo o contrato (c). Sobre a segunda das obrigações nucleares que se referiu – a da alínea b) – aquela que, considerando as cláusulas aqui em apreciação, interessa analisar com mais detalhe, não há unanimidade na doutrina a respeito do seu alcance. Assim, enquanto que para alguns autores a entrega efectiva do bem locado é instrumental à concessão, para outros o dever de concessão do gozo do bem circunscreve-se à não perturbação do respectivo uso pelo locatário. Na situação ajuizada, todavia, não parece que seja preciso tomar partido nesta discussão. Na verdade, uma vez que se trata de cláusulas predispostas respeitantes à locação financeira de bens móveis registáveis (leasing mobiliário), o que interessa saber é se nessa hipótese o locador está ou não obrigado, no âmbito do dever de concessão do gozo, a fornecer os documentos exigíveis para a circulação do bem. E não temos nenhuma dúvida em responder afirmativamente a esta pergunta. Na verdade, seria incompreensível que o locador pudesse exigir o pagamento das rendas a que tem direito sem, concomitantemente, entregar ao locatário os documentos legalmente exigidos para que este possa gozar o bem locado; por outro lado, subsistindo a propriedade do bem na titularidade do locador até ao final do contrato, torna-se evidente que tem de ser sobre ele que recai o dever de obter a referida documentação (para o efeito recorrendo, se necessário, à colaboração do fornecedor, que, note-se,

nenhum contrato celebra com o locatário).

Ora, conjugando entre si as cláusulas em apreço – tenha-se em conta que, como justamente se observa no acórdão recorrido, a 10^a, n^{os} 1 e 2, tem de ser analisada em articulação com a 5^a, n. 2 – conclui-se, em primeiro lugar, que elas excluem de antemão, e em absoluto, a responsabilidade do locador pela falta de entrega do bem locado ao locatário, isto é, pela falta de cumprimento de um dos elementos essenciais integrantes do próprio contrato de locação financeira, e, em segundo lugar, que impedem o locatário de accionar o locador com base na falta de entrega da documentação legalmente exigida para gozar o bem locado, sem que, em contrapartida, o exonerem da obrigação de pagar as rendas devidas. Perante isto, tem de reconhecer-se que as cláusulas são nulas, por violação do disposto nos art^{os} 18^o, al. c), e 21^o, al. h), da LCCG, bem como proibidas, por violação da boa fé contratual (art^o 15^o do mesmo diploma).

Reforçando as conclusões que antecedem poderá ainda dizer-se, analisando as coisas por outro prisma, que tratando-se de veículos automóveis o dever acessório de obter a respectiva matrícula se inclui na obrigação do locador de conceder o gozo do bem ao locatário, sob pena de este, desacompanhado dos poderes que o concretizam, se tornar meramente simbólico. Deste modo, quando na cláusula 10^a, n. 2, se onera o locatário com a obrigação de obter a matrícula, do mesmo

passo que se estipula a impossibilidade de ele gozar o bem locado se a não obtiver, e, para além de tudo isto, ainda se proíbe este aderente, através da cláusula 5ª, n. 2, de em tal caso suspender o pagamento das rendas, ao cabo e ao resto está-se na prática a impedi-lo de se defender com base na excepção de não cumprimento do contrato, o que em linha recta conduz à nulidade das cláusulas em questão, nos termos do artº 18º, f), da LCCG, segundo o qual “são em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que excluam a excepção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento”.

Pronunciando-se sobre duas cláusulas contratuais gerais de conteúdo essencialmente idêntico a uma das que aqui se analisa – a constante do artº 5º, n. 2, – escreveu-se o seguinte no acórdão da Relação de Lisboa de 8/2/11 (Procº 851/09OTJLSB.L1-7), inteiramente transponível para o caso presente e que por isso se reproduz na parte relevante (os sublinhados são da nossa responsabilidade):

“*Questiona a R. a sentença que considerou proibida a cláusula 3ª, n. 3, segundo a qual: “O locatário renuncia expressamente a qualquer acção contra o locador, ficando este exonerado quanto à construção, instalação, funcionamento ou rendimento do bem locado.”*

Nos termos do art. 21º, al. h), do Dec. Lei n. 446/85, de 25-10, são absolutamente proibidas cláusulas contratuais gerais que “excluam de antemão a possibilidade de requerer a tutela judicial

para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ...”.

Trata-se de preceito cuja finalidade principal é a de evitar um comprometimento genérico do contraente relativamente à intervenção de tribunal arbitral em substituição do tribunal judicial,[1] mas que, por maioria de razão, abarcará as situações, ainda mais graves, em que, de forma genérica e tabelar, se declara a renúncia antecipada ao exercício do direito de acção consagrado no art. 2º do CPC para todos os casos em que se descortine a existência de um direito material.

Não existe um total divórcio entre a referida cláusula geral e o regime geral do contrato de locação financeira, encontrando alguma correspondência no que se estabelece no art. 12º do Dec. Lei n. 149/95, de 24-6, segundo o qual “o locador não responde pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação aos fins do contrato...”. Porém, a mesma norma ressalva o que se estabelece no artº 1034º do CC que, por seu lado, terá de ser conjugado com o disposto no artº 1032º do mesmo diploma.

Daqui resulta que se pode considerar não cumprido o contrato de locação (e também o de locação financeira) se o locador:

- “Não tiver a faculdade de proporcionar a outrem o gozo da coisa locada”;
- Se “o seu direito ... estiver sujeito a algum ónus ou limitação que exceda os limites normais inerentes a este direito”;
- ou
- Se “o direito não possuir os atributos que ele assegurou ou estes atribui-

tos cessarem posteriormente por culpa dele”.

Em qualquer dos casos, desde que as circunstâncias determinem “a privação, definitiva ou temporária, do gozo da coisa ou a diminuição dele por parte do locatário”.

Deste modo, sem necessidade de escalpelizar cada uma das referidas circunstâncias e o modo como podem interferir na execução do contrato de locação financeira, resulta claro que a cláusula geral sob suspeita pode implicar para os locatários que à mesma adiram a renúncia ao direito de acção, efeito este que não pode ser permitido por essa via genérica e tabelar.

Por certo que tal cláusula se inscreve num regime contratual que, nos termos do art. 13º do referido diploma, confere ao o locatário o direito de exercer directamente contra o vendedor ou contra o empreiteiro todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes dos contratos de compra e venda ou de empreitada. Por seu lado, nos termos do art. 15º, salvo estipulação em contrário, o risco de perda ou deterioração do bem locado corre por conta do locatário.

.....

Porém, sem embargo da tutela dos interesses do locatário que por essas vias pode ser conseguida, não está de todo eliminada a possibilidade de ocorrência de litígios directamente entre o locatário e o locador atinentes ao bem locado (entretanto adquirido pelo locador) que devam ou possam ser judicialmente dirimidos, tendo em conta o disposto no artº 12º e a ressalva do artº 1034º do CC.

Assim, uma tão genérica declaração de renúncia antecipada, além de não cumprir os limites da prudência e da boa fé que devem pairar sobre as relações contratuais, transporta consigo o perigo de ficarem sem suficiente ou eficaz tutela jurisdicional direitos do locatário, malgrado estes encontrarem acolhimento noutros normativos.

Sem pôr em causa os efeitos do regime geral do contrato de locação financeira inerentes à sua natureza trilateral, a possibilidade de o locatário demandar directamente o fornecedor do bem locado, designadamente em relação a defeitos que o bem apresente, não preenche todo o leque de situações que podem encontrar cobertura directa ou indirecta no ordenamento jurídico, importando salvaguardar, pela exclusão da mencionada cláusula, o exercício do direito de acção que se ajustar à concreta situação.

Quanto basta para que se considere proibida uma cláusula geral que, de forma directa ou indirecta, exclua o exercício do direito de acção constitucionalmente tutelado através do artº 20º da CRP.[2].

Questiona a R. também a decisão na parte referente à cláusula 9ª, n. 3, nos termos da qual:

“Encontrando-se o locatário impossibilitado de utilizar o bem locado por qualquer razão alheia à vontade e/ou responsabilidade do locador, não poderá exigir deste qualquer indemnização ou redução das prestações contratuais.”

Podem repetir-se em relação a esta cláusula os argumentos anteriormente referidos, já que a mesma é susceptível

de deixar o locatário desprotegido relativamente a determinadas situações litigiosas, ainda que, em concreto, a locadora não seja responsável pela situação de impossibilidade de utilização do bem locado.

A situação referida pelo Ministério Público nas contra-alegações relativa a um contrato de compra e venda declarado anulado constitui um bom exemplo dos riscos inerentes a uma previsão, sem limites, de inibições genéricas quanto ao exercício de determinados direitos, como também já se decidiu, relativamente a um contrato de locação financeira, no Ac. da Rel. de Lisboa, de 10-4-08 (www.dgsi.pt)”.

Este aresto foi confirmado, com fundamentação essencialmente idêntica, pelo acórdão deste STJ de 13/10/11 (disponível, de igual modo, em www.dgsi.pt), onde a dado passo se afirma, em conclusão, o seguinte: *“As cláusulas contratuais acima referidas estabelecem, manifestamente, uma exclusão genérica e antecipada da responsabilidade da locadora perante o locatário. A responsabilidade da locadora não pode ser completamente previsível em termos concretos – como parece entender a recorrente – pelo que o englobamento desta concreticidade na generalidade da exclusão constante das cláusulas em causa necessariamente acarretaria uma renúncia antecipada a direitos, necessariamente ilegal e inconstitucional. Acima foram referidas as diversas facetas da responsabilidade da locadora. Estabelecer genericamente que qualquer actuação desta, mesmo*

com as ressalvas estabelecidas no artigo 12º do Decreto Lei 149/95, não daria origem a responsabilidade da locadora perante o locatário, implicaria necessariamente o reconhecimento da renúncia ao direito de acção, em oposição a normas legais e constitucionais acima referidas.

Temos, pois, que bem se decidiu nas instâncias em considerar tais cláusulas nulas e em condenar a ré a “abster-se de as utilizar em todos os contratos de locação financeira (contratos – tipo) que no futuro e no presente venha a celebrar com os clientes”.

Há mais jurisprudência do STJ pronunciando-se pela nulidade de cláusulas contratuais gerais de conteúdo e alcance idêntico ao das sindicadas no presente processo. Assim, por exemplo (transcrevem-se parte dos respectivos sumários):

Revª n. 1174/99 -7ª, de 17/2/00:

– É nula, por violar o artº 809º do CC, e absolutamente proibida pelo artº 18 al. c) do DL 446/85, de 25 de Outubro, a seguinte cláusula: “A não entrega do equipamento pelo fornecedor, bem como a documentação necessária a actos de registo, matrícula e licenciamento, quando o equipamento a tal estiver sujeito, ou a desconformidade do mesmo com o constante nas condições particulares, não exoneram o locatário das obrigações com a BB, nem lhe conferem qualquer direito face a esta, competindo-lhe exigir do fornecedor toda e qualquer indemnização a que se ache com direito, nos termos da lei e do N. 3 deste artigo”.

– Num contrato de locação financeira incidindo sobre veículos, a cedência do gozo da coisa em que se traduz a obrigação contratual da locadora, abrange o assegurar da entrega dos veículos objecto do contrato e da documentação necessária para que o locatário possa proceder a todos os registos a seu cargo.

Revª 3071/04 – 1ª, de 18/1/05:

– Do contrato consta uma cláusula que estipula, no que interessa considerar, que “A não entrega do bem pelo fornecedor ... não exonera o locatário das suas obrigações para com o locador nem lhe confere qualquer direito contra este”.

– Tal cláusula implica a exclusão da responsabilidade contratual da locadora pelo não cumprimento do contrato, quando ele se funde na não disponibilidade do bem locado por parte do locatário, a quem a fornecedora não o entregou, e implica igualmente que o locatário ficará privado de, na referida situação de incumprimento, exercer a excepção de não cumprimento do contrato perante a locadora, em relação à qual também não poderá resolver o contrato de *leasing* por incumprimento, renunciando, pois, antecipadamente a tais direitos.

– Uma tal cláusula contraria directamente o disposto nos artºs 9, n. 1, b) e 17 do DL 149/95 e o artº 809, do CC, além de que é contrária à boa fé contratual e por isso proibida nos termos do artº 15 e 18 c) e f), do DL 446/85, sendo, por isso, nula (artº 12, do DL citado e artº 809, do CC).

Revª n. 626/06 – 6ª, de 4/4/06:

– A cláusula geral do contrato de locação financeira, excluindo a responsabilidade da locadora independentemente do grau de culpa no caso de falta de registo, matrícula ou licenciamento, ou de falta de entrega da documentação necessária para tal, não constitui resultado da conjugação do disposto nos artºs 12º e 13º do DL n. 149/95, pois não se limita a consagrar a faculdade de a locatária accionar a fornecedora, antes a impedindo de exercer o seu direito à indemnização contra a locadora, pelo que tem de ser considerada nula, face ao disposto nos arts. 12º e 18º, al. c) do DL n. 446/85, de 25-10, ou pelo menos no artº 809º do CC.

Revª n. 3193/12.0TJLSB.S1 – 1ª, de 24/3/15:

– É desajustada a desoneração da locadora pela falta de registo, matrícula ou licenciamento do veículo, dado que constitui obrigação do locador “conceder o gozo do bem para os fins a que se destina”, como decorre do artº 9º, n. 1, al. b), do dito DL n. 149/95, o que passa pelo fornecimento de uma viatura legalizada com vista a poder circular legalmente na via pública, pelo que nessa parte a estipulação é nula.

– É igualmente desajustado considerar ser obrigação do locatário usar dos meios judiciais e/ou extrajudiciais para reagir a qualquer incumprimento do fornecedor já que isso significa colocar nos ombros do locatário uma obrigação que compete, em primeira linha, ao locador, como proprietário do bem. O artº 13º do DL n. 149/95 conce-

de ao locatário a possibilidade de exercer contra o vendedor do bem “quando disso seja caso, todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda”, mas deste dispositivo não se poderá retirar que só o locatário deverá (e poderá) usar dos ditos meios contra o fornecedor ou vendedor do bem, devendo-se antes entender que não deve ser ele, única e exclusivamente, usar desses meios. Por isso, a estipulação é ilegal e, consequentemente, nula.

– É também ilegal a exclusão de responsabilidade da locadora pela não entrega do bem locado pelo fornecedor, bem como da documentação necessária a actos de registo, matrícula ou licenciamento, quando tal seja necessário, porque é obrigação da locadora a entrega do bem ao locatário, para que este possa “gozar temporariamente a coisa”.

– É absolutamente desproporcionada, desajustada e injusta a última parte da cláusula 7ª ao estabelecer que, pese embora o bem não lhe seja entregue pela fornecedora, o locatário não fica desonerado das suas obrigações face à locadora, violando a estipulação o disposto no artº 18º, al. c), do DL n. 446/85, e também o princípio da boa fé, pelo que a estipulação é nula.

– Nos casos de perda ou danificação do bem em razão de caso fortuito ou de força maior, em que não existe

qualquernexo de causalidade entre a conduta do locatário e o dano, é desajustada e inadequada a cláusula que estabelece que o risco corre por conta do locatário. Sendo a propriedade do bem da locadora até ao fim do contrato e competindo a esta a obrigação de assegurar ao locatário o gozo temporário da coisa, é adequado que o risco corra por parte do proprietário. A não se entender assim, ir-se-ia onerar de forma inadmissível a posição do locatário, imputando-lhe a perda do bem por evento de que é absolutamente alheio.

– A inclusão de tal disposição no contrato viola a boa fé contratual, pelo que se deve interpretar o artº 15º do DL n. 149/95, restritivamente, deixando-se de fora todas as situações de perda e deteriorações do bem devidas a caso fortuito ou de força maior. Tal cláusula é, pois, nula.

De tudo quanto se expôs infere-se que a decisão convergente das instâncias não merece qualquer censura, im procedendo ou mostrando-se deslocadas todas as conclusões do recurso.

III. Decisão

Nega-se a revista.

Custas pelo recorrente.

Lisboa, 17 de Novembro de 2005

Nuno Cameira (Relator)

Salreta Pereira

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___^a
VARA CÍVEL DO FÓRUM CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL. * **

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por intermédio do Promotor de Justiça do Consumidor que ao final assina, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 129, III, da Constituição da República; 81, p. único, incisos I, II e III, 82, inciso I, ambos do Código de Defesa do Consumidor; 5º, caput, da Lei 7.347/85; e 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei Federal 8.625/93, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido liminar**, em face de **COELHO DA FONSECA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, pessoa jurídica cadastrada sob o CNPJ nº 46.384.335/0001-51, com sede na Rua Estados Unidos, 205 E, Jardim América, São Paulo/SP, CEP 01427-000, a ser processada pelo rito ordinário, em razão dos fundamentos de fato e de direito a seguir deduzidos:

I – DOS FATOS

1. A ATIVIDADE ECONÔMICA DA COELHO DA FONSECA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Apurou-se no Inquérito Civil nº 14.161.204/2013-4, que acompanha esta inicial, que a ré, COELHO DA FONSECA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. atua no ramo de intermediação imobiliária, tendo por objeto social, entre outros, a **“corretagem na compra e venda e avaliação de imóveis”** (fl. 387), pelo que ela atua na intermediação de compra e venda de imóveis novos e usados no mercado imobiliário.

Não é objeto dessa demanda a atuação da COELHO DA FONSECA como intermediária na compra e venda de imóveis usados. Também não é objeto da ação a intermediação referente a imóveis expostos à venda por pessoas físicas, ou por pessoas jurídicas que não tenham como atividade empresarial a incorporação, construção ou venda de bens imóveis.

O âmbito dessa demanda judicial circunscreve-se à atuação da COELHO DA FONSECA como intermediária ou corretora de imóveis novos, em lançamento ou em construção, expostos à venda pelas incorporadoras e

construtoras encarregadas de sua edificação, que são oferecidos ao mercado de consumo por meio de diversas técnicas de venda.

Enquanto a oferta de imóveis novos ou em construção dispensa maiores definições, cabe explicar que oferta de imóveis em lançamento é aquela que corresponde ao início da construção da obra civil a ser edificada, normalmente acompanhada de meios de divulgação e estandes de vendas montados no terreno da edificação.

A oferta de vendas de unidades imobiliárias é, assim, iniciada por meio de publicidade em mídia impressa ou eletrônica onde se expõem ao consumidor breves descrições dos produtos, preço, prazo de entrega, área e localização dos imóveis, convidando-o a fazer contato pessoal, telefônico ou eletrônico, e dar continuidade a uma possível relação contratual.

Essa oferta tem continuidade, em geral, nos estandes mantidos pela COELHO DA FONSECA, com exclusividade, ou em conjunto com outras empresas de intermediação imobiliária, onde o consumidor toma contato com maquetes, plantas, sugestões de decoração e é atendido por um profissional, contratado pela ré, que mostra ao pretense adquirente a especificação das unidades imobiliárias expostas à venda, incluindo detalhes de projeto, áreas e memorial descritivo, e lhe apresenta as condições contratuais de venda, principalmente o preço e o prazo de entrega.

A atuação da ré nessa modalidade de intermediação imobiliária deve-se à sua contratação por uma dada incorporadora ou construtora para atuar na corretagem de imóveis que serão expostos à venda. A esse contrato típico de corretagem agregam-se contratos de outras naturezas que têm por objetivo final a otimização e efetiva consumação das vendas das unidades imobiliárias em lançamento, em construção ou recém-construídas pela empresa de construção contratante.

A fim de realizar esse compreensivo objeto contratual, a COELHO DA FONSECA é contratada para a realização de uma extensa gama de prestações, tais como a divulgação dos imóveis expostos à venda com a publicidade que se fizer adequada, a arregimentação de corretores, por meio dos quais capta potenciais compradores, a quem se apresenta, nos estandes de vendas, a descrição dos imóveis com realce de suas qualidades com uso de plantas ilustradas, fotografias, maquetes dos edifícios. Em seguida, vencidas essas primeiras etapas de formação do contrato de venda, tais corretores repassam ao potencial adquirente as condições gerais de contratação, com a especificação do preço da unidade e modo de pagamento, conduzindo as tratativas até o fechamento do negócio imobiliário.

A propósito, a COELHO DA FONSECA asseverou, no bojo do inquérito civil, que *“em geral, cabe ao Incorporador confiar à Coelho da Fonseca a intermediação de imóveis a tanto aptos, isto é, legalmente constituídos, fornecendo estrutura compatível com o padrão dos imóveis, responsabilizando-se, inclusive, pela publicidade. À Imobiliária compete participar da estratégia de marketing e planejamento de vendas, em favor da Incorporadora, mas principalmente promover a intermediação imobiliária, viabilizando a realização do negócio entre clientes compradores e cliente vendedor, dentro das mais adequadas técnicas de negociação, sempre através de profissionais inscritos no CRECI”* (fl. 196, grifos não originais).

Como contrapartida aos serviços encomendados, os contratos firmados entre a COELHO DA FONSECA e as incorporadoras/construtoras que a procuram preveem que a ré será remunerada por valores a serem pagos pelos adquirentes dos imóveis expostos à venda a título de comissão de corretagem em cada venda realizada.

À guisa de ilustração dessa prática, destaca-se o denominado “contrato de intermediação para alienação de unidades autônomas e outras avenças”, que é celebrado entre a ré e uma dada incorporadora, prevendo a seguinte cláusula (fls. 280/289):

“6 – DA REMUNERAÇÃO

6.1 – A título de remuneração pelos serviços a serem prestados e desenvolvidos pela CONTRATADA, receberá esta o correspondente a 3,5% (três e meio por cento) sobre o preço total de cada unidade vendida, a ser pago da seguinte forma:

a) até 1,20% (um inteiro e vinte centésimos por cento) será devidos aos corretores autônomos que intermediarem a venda (corretor e gerente), indicados e sob inteira responsabilidade da CONTRATADA, que **receberão o valor correspondente diretamente do adquirente**, deduzindo-o do preço total da venda;

b) o saldo será devido à CONTRATADA a partir da assinatura do instrumento formalizador da venda, que **receberá o valor correspondente do adquirente**, deduzindo-o do preço total da venda”.

2. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA: COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM

Considerando-se essa específica modalidade de atuação acima descrita, tem-se que a ré incorre em práticas comerciais abusivas ao cobrar do consumidor, para si e para seus corretores, uma **indevida** comissão de corretagem por cada negócio celebrado, em adição ao preço do imóvel vendido.

Trata-se de cobrança indevida porque a COELHO DA FONSECA repassa ao consumidor uma obrigação de pagar que incumbe à construtora ou incorporadora que, originariamente, a contratou para os serviços de vendas e intermediação imobiliária.

Como visto, a ré celebra com empresas de construção e incorporação uma prévia relação contratual, por meio da qual a primeira se incumbe de uma série de prestações para com a segunda, que serão remuneradas, como contrapartida, por obrigações de pagar comissão de corretagem transferidas ao consumidor.

Nesse sentido, cabe repetir, a COELHO DA FONSECA afirmou, no procedimento investigatório, que “*celebra contratos com incorporadoras visando promover, dentre outras atividades, a intermediação da compra e venda de imóveis, essência de nosso negócio*” (fl. 291).

Além disso, essa contratação da ré por incorporadoras é feita por meio de um contrato de intermediação imobiliária, como são exemplos os contratos acostados a fls. 280/338 do inquérito.

Cuida-se de negócio jurídico, portanto, pelo qual a COELHO DA FONSECA se obriga a captar e aproximar potenciais clientes para a incorporadora, visando à intermediação imobiliária para realização das vendas de um empreendimento em que se estipula caber ao adquirente do imóvel pagar a remuneração pelos serviços prestados em benefício da incorporadora.

Veja-se que ao consumidor é, portanto, transferida a obrigação de pagar por serviços: a) convencionados em negócio jurídico do qual sequer participou, já que têm por base contratos celebrados entre a ré e empresas incorporação ou construção; b) prestados, primordialmente, pela ré a essas empresas, já que abrangem toda a estratégia de vendas a ser empregada em benefício da incorporadora, incluindo emprego de publicidade, treinamento de vendedores, exposição do produto, prestação de informações ao adquirente quanto às condições contratuais e, por fim, fechamento do contrato de compra e venda.

Cabe acrescentar, a essa altura, que os negócios imobiliários intermediados pela ré, no esteio do quanto fora antes pactuado com as incorporadoras, são instrumentalizados por meio de contratos de adesão de cujas cláusulas, entabuladas pelas promitentes vendedoras, consta a assunção, pelo consumidor, da obrigação de pagar a corretagem para a Coelho da Fonseca .

Subsequentemente, durante a negociação de venda, a ré, em decorrência de prévio acerto com a empresa promitente vendedora, **impõe** ao consumidor – como condição para a aquisição do imóvel – a obrigação de efetuar o

pagamento de valores referentes aos serviços de corretagem que sequer foram por ele contratados.

O consumidor – frise-se – não se dirige a estandes de venda, ou aos meios de contato divulgados pelas mídias empregadas pela ré, com a finalidade de contratar serviços de corretagem. Instigado pelas técnicas de marketing e publicidade a aderir à oferta de um imóvel exposto à venda, o consumidor só tem por intenção a compra e venda de bem dessa natureza e, no entanto, vê-se constringido, contratualmente, a pagar por serviço de corretagem que fora originariamente contratado em favor das incorporadoras.

II – DO DIREITO

A) COBRANÇA DO CONSUMIDOR DE CORRETAGEM DEVIDA PELAS EMPRESAS DE INCORPORAÇÃO E CONSTRUÇÃO QUE CONTRATARAM OS SERVIÇOS DA RÉ. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO (ART. 4º, III, CDC). PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS: VENDA CASADA (ART. 39, I, CDC) e EXIGÊNCIA DE VANTAGEM EXCESSIVA (ART. 39, V). NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL (ART. 51, IV e § 1º, CDC).

Conforme acima minudenciado, em sua atuação no mercado de intermediação imobiliária, a ré é contratada por uma dada incorporadora para o fim de planejar, otimizar e consumir suas vendas ao consumidor.

Celebra, desse modo, avenças com empresas incorporadoras ou construtoras, as quais a contratam para prestação de serviços de intermediação imobiliária, entre outros, conforme tipo negocial disciplinado nos artigos 722 a 729 do Código Civil.

Prevalecendo-se de sua superioridade técnica e econômica em face do consumidor, esses contratantes estabelecem que a obrigação de pagar a corretagem será saldada, no futuro, pelo adquirente do imóvel, em remuneração aos serviços de intermediação encomendados pela incorporadora.

Esse expediente vem a se constituir, entretanto, em prática comercial abusiva e cláusula contratual eivada de nulidade porque contraria diversas normas cogentes prescritas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para alcançar tal conclusão, principiamos por analisar o regime jurídico geral do contrato de corretagem, passando a seu confronto com o regime jurídico aplicável aos contratos imobiliários de consumo e assim demonstrar a premissa de abusividade que contamina os atos praticados pela ré.

Vejamos.

1. O CONTRATO DE CORRETAGEM NO CÓDIGO CIVIL. LINHAS GERAIS.

Dispõe o artigo 722 do Código Civil que, pelo contrato de corretagem, *uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.*

Verifica-se, portanto, que pelo contrato de corretagem, o corretor obriga-se a obter para uma pessoa que o contrata – o comitente – um ou mais negócios, de acordo com as instruções recebidas.

Segundo os termos da lei, o comitente ora é identificado como “cliente” (art. 723, C.C.), ora como “dono do negócio” (art. 727).

Sobre essa nomenclatura, esclarece a civilista gaúcha VERA M. JACOB DE FRADERA o que se deve entender por “**cliente**” no contrato de corretagem disposto em nosso Código Civil:

Cliente é a pessoa que contrata o corretor para realizar certo negócio, e é quem deve remunerar o corretor. A pessoa que foi aproximada não é cliente, não estando sujeita ao ônus de pagar comissão ao corretor¹.

ARNALDO RIZZARDO elenca, dentre os requisitos necessários à caracterização do contrato de corretagem, o cometimento a uma pessoa de conseguir interessado para certo negócio, para concluir que a obrigação de pagar a corretagem incumbe, de ordinário, “à pessoa que contratou a prestação desta espécie de serviço”². Com amparo em antigo aresto do STF, esclarece o autor que “ (...) a comissão constitui obrigação a cargo de quem incumbe a realização da corretagem. **Se o vendedor autoriza promover a mediação, só a ele presta serviço o corretor. Cumpre-lhe atender e seguir a determinação recebida. Para desincumbir-se do encargo, é natural que gestione perante interessados, até encontrar o comprador, ao qual não se acha ligado por qualquer liame contratual**”³.

Assim sendo, o terceiro interessado no negócio, captado pelo corretor, não faz parte da relação de corretagem e, portanto, o comitente – aquele que contrata a corretagem – é quem deve arcar com o pagamento da comissão.

Em mesmo sentido, ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO:

“(...) normalmente, quem solicita a interferência do corretor é o vendedor do imóvel e, ao fazê-lo, assume a obrigação pelo pagamento da corretagem. O Código Civil em vigor não disciplina, de forma específica, a questão, sendo possível entender, contudo e por lógica interpretação dos arts. 722 e ss., caber tal incumbência àquele que tenha contratado o corretor. Aliás, no Ementário das decisões do conselho pleno do Creci de São Paulo 2ª Região, pode-se verificar

ementa de Processo Disciplinar em que consta o seguinte: ‘Pelo costume vigente, desde os primórdios do ano de 1970, por ocasião da aprovação do Regulamento na Mediação das Transações Imobiliárias, cabe ao vendedor arcar com os honorários devidos pela intermediação imobiliária concluída’⁴.

Assim também, calcada em inúmeros autores, MARIA HELENA DINIZ:

“Quem usualmente paga a remuneração é a pessoa que contratou o corretor; assim, intermediação para efetivar uma compra e venda, em regra competirá ao vendedor, o pagamento da comissão, ainda que raramente se aplique o princípio da divisão ou rateio”⁵.

Ordinariamente, por conseguinte, segundo pacífica doutrina, incumbe ao comitente a obrigação de pagar a comissão em contrapartida aos serviços do corretor.

Desta premissa não diverge a jurisprudência.

Assim pontificou, por exemplo, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no Recurso Especial nº 188.324 – BA (1998/0067708-9), relator Ministro Barros Monteiro, assim ementado:

CORRETAGEM DE IMÓVEL. CONTRATO. OBRIGAÇÃO DE PAGAR A COMISSÃO, SE DO ADQUIRENTE OU DO VENDEDOR. MATÉRIA DE PROVA. Em princípio, quem responde pelo pagamento da comissão é aquele que contratou o corretor, ou seja, o comitente. Em sede de apelo especial não se reexamina matéria de natureza fático-probatória (Súmula n.º 7-STJ). Recurso especial não conhecido.

De mesmo modo, em recente acórdão relatado pelo MINISTRO JOÃO OTAVIO NORONHA, o mesmo S. T. J. decidiu que, à falta de cláusula expressa, incumbe a obrigação de pagar a comissão àquele que em primeiro lugar procurou aos serviços do corretor:

DIREITO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONTRATO VERBAL DE CORRETAGEM. COMISSÃO. CABIMENTO. OBRIGAÇÃO DO COMITENTE.

CONTRATAÇÃO DO CORRETOR PELO COMPRADOR. 1. Contrato de corretagem é aquele por meio do qual alguém se obriga a obter para outro um ou mais negócios de acordo com as instruções recebidas.

2. A obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor. 3. **É o comitente que busca o auxílio do corretor, visando à aproximação com outrem cuja pretensão, naquele momento, esteja em conformidade com seus interesses, seja como comprador ou como vendedor.** 4. **Recurso especial desprovido (STJ, REsp1288450/AM, rel. Min. João Otávio Noronha, j. 24/02/2015).**

Tal conclusão resta ainda mais indiscutível pela leitura do seguinte trecho do voto do eminente relator:

“Observe-se que, no mercado, há hipóteses em que é o proprietário (vendedor) do imóvel que busca alguém para comprá-lo. Em outras, o contrário ocorre, ou seja, é o comprador que busca a aquisição de imóvel. Não há dúvidas de que existem, em número bem maior, vendedores à busca de compradores. Em qualquer dos casos, a partir do momento em que o corretor é chamado para ingressar na relação entre comprador e devedor, passa a ser devida a sua comissão. O encargo, pois, do pagamento da remuneração desse trabalho depende, em muito, da situação fática contratual objeto da negociação, devendo ser considerado quem propõe ao corretor nela intervir”

Dessa forma, em situação de relação contratual paritária, o pagamento da comissão de corretagem incumbe, a princípio, ou no silêncio do contrato, àquele que inicialmente contratou a imobiliária para procurar quem se interesse por comprar ou vender seu imóvel.

Contudo, poderiam a ré e as incorporadoras ou construtoras contratantes inverter a ordem obrigacional disposta como regra pela lei e transferir ao consumidor a obrigação de pagar a corretagem?

A resposta é negativa.

É certo que a lei civil possibilita a inversão desse ônus, por meio de convenção expressa no instrumento contratual⁶, consoante dispõe o artigo 724 do Código Civil: *A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.*

Ou seja, quando o comitente pretende que a comissão de corretagem seja paga pela outra parte do contrato de compra e venda, pode dela colher expressa anuência.

Entretanto, esse regime jurídico é aplicável somente aos negócios jurídicos imobiliários de natureza civil ou comercial, ou seja, aos negócios firmados entre partes contratantes não qualificáveis como “fornecedores” e “consumidores”, conforme definição legal dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor⁷.

Ocorre que os contratos imobiliários oferecidos aos adquirentes de unidades imobiliárias, não se qualificam como negócios puramente civis ou comerciais. Qualificam-se, pelo contrário, como relações de consumo, isto é, como relações jurídicas formadas entre um fornecedor e um consumidor que têm por objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor⁸. Como consequência, enquanto os negócios imobiliários civis ou comerciais são regidos primordialmente pelo Código Civil, os negócios

imobiliários de consumo são regidos prioritariamente pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para efeito de discriminação entre uns e outros, é importante definir a natureza da atividade econômica exercida por quem vende o imóvel. Isto é, quando a promitente vendedora é incorporadora, ou construtora, que tem na venda de imóveis sua atividade profissional, é empresa que subsume à categoria de “fornecedor” prevista na lei consumerista.

Sobre o tema leciona o Professor e Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA:

*(...) ganha especial relevo, nessa questão, a distinção doutrinária entre **ato e atividade**. O ato, como sabemos, consiste numa ação isolada praticada por alguém. Trata-se de algo episódico ou ocasional. Na atividade, ao contrário, há uma sucessão repetida de atos, praticados de maneira organizada, de molde a caracterizar-se numa constante oferta de bens ou de serviços à coletividade.*

Fácil perceber, portanto, que, no primeiro caso, não há falar-se em atividade empresarial – posto que o ato isolado não é praticado de forma organizada e sistemática – enquanto que, no segundo, a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e de serviços é, por excelência, o traço característico do empresário.⁹

Por meio dessa conceituação doutrinária, emerge clara a conclusão de que as construtoras contratantes dos serviços da COELHO DA FONSECA são, ao lado dela e com sua participação, fornecedoras que oferecem imóveis ao mercado por meio de contratos imobiliários de consumo.

2. CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE CONSUMO. CONTRATOS DE ADESÃO.

Um traço essencial dos contratos imobiliários de consumo, explica DE LUCCA, é a **predisposição** das principais cláusulas contratuais por uma das partes – a promitente-vendedora – cabendo aos eventuais adquirentes simplesmente aceitar aquelas condições já predispostas, cuidando-se, indubitavelmente, da figura do contrato de adesão¹⁰.

Nos contratos de adesão, essa predisposição, como técnica de contratação, vem sempre acompanhada de uma **estandardização**, por meio da qual *a rigidez das cláusulas impressas necessariamente elimina o elemento personalizante da formação jurídica do contrato, a saber, o consentimento prestado para integrar paritariamente o conteúdo e a conclusão do negócio bilateral constitutivo de relação obrigacional*, como ensina o Professor ALCIDES TOMASETTI JR¹¹.

Como consequência da predisposição e da estandardização das cláusulas do contrato na prática dos negócios imobiliários alerta o civilista que “... nesta

*atmosfera em que se acha rarefeito o oxigênio consensual o poder de mercado concentra-se no pólo contratual em que figura a empresa fornecedora, e assim a técnica de racionalização da disciplina das relações contratuais entre a empresa e os clientes (consumidores; no caso, promissários compradores), pelo intermédio da uniformização dessas relações, mediante cláusulas de contrato predispostas, **costuma degenerar em abuso de poder contratual**, ou, como também se diz, no exercício irregular do direito de contratar.”*

Assim a prática comercial abusiva que aqui se analisa: a ré, previamente contratada pelas empresas de construção ou incorporação, **impõe** aos adquirentes, através de contrato de adesão, a obrigação de pagar a comissão pelo contrato de corretagem coligado ao contrato de compra e venda do imóvel ofertado.

Com efeito, consoante acima descrito, quando a ré é contratada para prestação dos serviços de intermediação imobiliária, cabe a quem a contratou – a empresa construtora/incorporadora – a obrigação de remunerar a corretagem, já que é a parte **comitente** nesta relação contratual.

Tal é a situação fática do adquirente que procura o estande de vendas de apartamentos montado para vender imóveis. Neste caso, o consumidor não se dirige ao estande com o propósito de contratar um corretor de imóveis que trabalhe em seu interesse, mas para iniciar as tratativas de compra de determinados imóveis já oferecidos pelos mais variados meios publicitários e que serão apresentados por corretores da COELHO DA FONSECA, consoante prévio pacto firmado com a empresa promitente vendedora.

Para essa relação obrigacional, o ônus de pagar a comissão deve recair sobre a incorporadora ou construtora, consoante a regra geral de que incumbe ao comitente a obrigação de remunerar o corretor por ele contratado, sendo **vedada, em caso de relação de consumo, a estipulação de ajuste diverso** trazida pelo artigo 724 do Código Civil.

Isto porque se trata de estipulação prevista no Código Civil para regular, exclusivamente, relações de natureza paritária – civil ou comercial – na qual os contratantes se apresentam em polos opostos com equilíbrio de forças, o que lhes permite negociar, cláusula a cláusula, os termos do contrato de compra e venda.

Em hipótese de negócios imobiliários realizados por contrato de adesão proposto em relação de consumo, a predisposição e standardização das cláusulas impede sua livre pactuação pelas partes e, por essa razão, a ordem jurídica não faculta ao fornecedor do imóvel a inversão do ônus de pagamento da comissão imobiliária.

Nesse sentido a arguta observação de SILVIO DE SALVO VENOSA:

“(...) quem usualmente paga a comissão é o comitente, na corretagem de índole civil. Cláusula contratual que disponha diferentemente deve ser livremente aceita pelo terceiro, sob pena de ser considerada ineficaz, o que ocorre, por exemplo, nos contratos de adesão, notadamente por aquisição de imóvel, em que o vendedor, na generalidade dos casos, tenta transferir tal ônus ao adquirente. A comissão, como regra geral, constitui obrigação a cargo de quem contratou a corretagem”¹².

É tão evidente que os serviços de corretagem são prestados às incorporadoras que, como acima destacado, consta expressamente do “contrato de intermediação para alienação de unidades autônomas e outras avenças” (fls. 280/289) o seguinte:

“6 – DA REMUNERAÇÃO

6.2. Na hipótese de, por qualquer motivo, a CONTRATADA ficar impedida de cobrar diretamente do adquirente a comissão acima, a CONTRATANTE assumirá a responsabilidade pelo pagamento da mesma à CONTRATADA e aos corretores autônomos” (fl. 284).

Em virtude dessas explicações fica fácil concluir, por conseguinte, que a prática em incluir cláusula pela qual o adquirente se obriga a remunerar a intermediação imobiliária previamente contratada pela incorporadora é abusiva e deve ser acoimada de nulidade por sentença judicial.

3. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL: REGIME JURÍDICO APLICÁVEL A CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE CONSUMO

Uma vez que, pela força coativa presente no contrato de corretagem coligado aos contratos de adesão de compra e venda do imóvel, é transferida ao consumidor uma obrigação que não é originariamente sua, incorre a ré em abuso porque viola os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, os quais devem pautar todas as relações contratuais de consumo, nos termos do artigo 4º, III, do C.D.C.¹³

Como consequência, exsurge por parte do consumidor, inclusive como coletividade¹⁴, o direito à prestação jurisdicional que lhe garanta tutela a seus direitos básicos violados na espécie: o direito à revisão de cláusula ou contrato de consumo (art.5º, V, do C.D.C.), a proteção contra práticas comerciais abusivas (art.6º, IV, 39 e 44, do C.D.C.), a proteção contra cláusulas contratuais abusivas (art. 6º, IV e 51, do C.D.C.).

Para reforço a essas conclusões, não é demais lembrar que o Código de Defesa do Consumidor é lei de natureza principiológica que recai, de modo

cogente, sobre toda e qualquer relação de consumo, afastando a aplicação de qualquer dispositivo legal – inclusive os de leis gerais como o Código Civil – que seja incompatível com seus princípios normativos¹⁵.

Conforme expõe CLAUDIA LIMA MARQUES, os campos de aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor acerca de uma mesma situação jurídica ficam muitas vezes sobrepostos exigindo do intérprete fazer uso do que chama de “diálogo das fontes” para discernir qual a regra aplicável ao caso concreto.¹⁶

A sobreposição se verifica porque o Código Civil unifica o direito comercial e civil no que se refere a obrigações e contratos de qualquer natureza, inclusive contratos de consumo, os quais são, ao mesmo tempo, regulados pelo Código do Consumidor.

Daí que, para escolher a lei que aplicável à situação em concreto, em face do aparente conflito de normas, o intérprete não deve se restringir ao exame do tipo contratual ou do núcleo do negócio, mas também examinar, ao mesmo tempo, a qualificação das partes contratuais, se consumidoras ou fornecedoras. Nos casos concretos que se subsomem a contratos civis puros e empresariais puros, o Código Civil os regula prioritariamente. Em caso de se estar e, face de um contrato de consumo, o Código de Defesa do Consumidor é que regula prioritariamente a situação, restando ao Código Civil aplicação subsidiária.

Explica a professora gaúcha que “*A própria subsidiariedade é um diálogo, um diálogo de complementariedade, pois até para saber qual das leis se aplica prioritariamente já aplicamos as duas leis conjuntamente, a descobrir qual deverá ter aplicação subsidiária. Há um diálogo de complementariedade no tempo da aplicação: primeiro esgota-se a aplicação de uma lei, depois, **no que couber**, aplica-se conjuntamente (e subsidiariamente) a outra.*”

Daí se observar que a “aplicação subsidiária significa tempo e ordem. Uma lei é aplicada totalmente (ordem de aplicação) e só depois (tempo), no que for necessário e complementar, a outra é chamada a aplicar-se **no que couber**.”¹⁷

Para o fim de concluir seu raciocínio, a mesma civilista traz como exemplo, a propósito, o contrato de corretagem. Mesmo disciplinado em termos gerais pelo Código Civil, ele recebe forte incidência do Código do Consumidor, nas hipóteses de negócio imobiliário de consumo. Neste tipo contratual, pondera a professora, aplicam-se prioritariamente as normas do Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, as normas do Código Civil, “(...)*mas só no que couber e ao lado (não no lugar!) das normas desta lei especial tutelar dos consumidores*”¹⁸.

4. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO AOS CONTRATOS DE CONSUMO

É evidente a incompatibilidade do artigo 724 do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor, na parte em que faculta às partes ajustar livremente sobre quem recai o ônus de pagar a corretagem nos contratos imobiliários de consumo.

Transferir ao consumidor a obrigação de pagamento que incumbe, originariamente, ao fornecedor, como dito, é prática que viola os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, anunciados no art.4º, III, do C.D.C.

Viola o equilíbrio contratual toda cláusula em contrato de compra e venda de imóvel que estabeleça **vantagens exclusivas** ao fornecedor que desequilibrem as posições jurídicas correspectivas.¹⁹

Como se denota, a COELHO DA FONSECA transfere, para a parte economicamente frágil da relação de consumo – o consumidor²⁰ – o custeio de uma despesa correlata à atividade econômica desenvolvida pela incorporadora, já que o planejamento de vendas, as ações de marketing e a necessária intermediação de venda são providências que redundam em **vantagens exclusivas** para o fornecedor que, inclusive, a contratou para a prestação dos mencionados serviços.

Além de produzir um indisfarçável desequilíbrio contratual em desfavor do adquirente dos imóveis, a ré também viola o princípio da boa-fé objetiva, ao impor o pagamento da corretagem imobiliária ao consumidor.

Prevista como princípio sobre o qual se deve assentar toda a relação de consumo²¹, a boa-fé objetiva também se constitui em cláusula geral que, por força do artigo 422, do Código Civil, considera-se presente em toda e qualquer relação contratual.

Assim preleciona RUY ROSADO DE AGUIAR, especificando que a boa-fé objetiva é o princípio da lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social. Essa cláusula estabelece aos contratantes deveres contratuais conexos, dentre os quais os deveres de cooperação e lealdade, cuja observância deve permear as fases de formação, desenvolvimento e extinção da relação contratual²².

Cooperar com lealdade em relação à outra parte contratual, conforme explanação de CLAUDIA LIMA MARQUES, “*é um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o “outro”, para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar*

*suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual. (...) Para que o contrato possa cumprir sua função social, para que possa efetivamente ser um instrumento de segurança no mercado, sua interpretação não pode desconhecer a existência de deveres anexos a esta relação contratual*²³.

É, portanto, também em razão do respeito aos deveres contratuais conexos à cláusula geral da boa-fé objetiva que se deve proibir a COELHO DA FONSECA de impor ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem correlata ao negócio imobiliário travado. Com essa conduta, a ré não coopera e não demonstra lealdade contratual já que abusa da confiança nele depositada pelo consumidor – valendo-se, para isso de sua superioridade técnica e econômica – para obter sua concordância em pagar pela intermediação previamente contratada pela empresa de construção ou incorporação.

A afronta aos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva tem como consequência a nulidade de cláusulas de tal natureza, a teor do que dispõe o art. 51. IV, do C. D.C., o qual determina serem **nulas de pleno direito** as cláusulas contratuais que *estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em **desvantagem exagerada**, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.*

5. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA: EXIGÊNCIA DE DESVANTAGEM EXAGERADA

O estabelecimento de desvantagem exagerada configura-se, ao mesmo tempo, como prática abusiva típica prevista no artigo 39, V, do C.D.C., in verbis:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

V- exigindo consumidor vantagem manifestamente excessiva;

A vantagem excessiva, ou, a *contrario sensu*, a desvantagem exagerada, imposta ao consumidor, vem conceituada nos casos previstos pelo artigo 51, § 1º, do mesmo *Codex*:

Art. 51 (...):

*§ 1º Presume-se **exagerada**, entre outros casos, a **vantagem** que:*

- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*
- II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;*
- III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*

A leitura de cada um dos incisos acima elencados conduz à conclusão de que a prática de impor ao consumidor a obrigação de pagar pela corretagem

imobiliária se qualifica como vantagem exagerada em favor das empresas de construção e incorporação que estabeleceram prévia relação contratual com a COELHO DA FONSECA.

Pelo inciso **I**, porque ofende os princípios previstos no 4º, III, do C.D.C.24, especialmente, os da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Pelo inciso **II**, quando se verifica que a COELHO DA FONSECA obtém do consumidor anuência em pagar a comissão de corretagem, obrigação que é originalmente da empresa promitente vendedora do imóvel, uma vez que é a parte comitente do contrato de corretagem.

De fato, como acima explicado, considera-se da natureza do contrato de corretagem que o pagamento da comissão deva ser imputado, em princípio, ao comitente. A estipulação de modo contrário, por ajuste entre partes, embora facultada pelo art. 724, do Código Civil, não tem aplicação ao negócio imobiliário de consumo e se constitui, assim como desvantagem exagerada já que *restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual*.

Pelo inciso **III**, constata-se que a imposição de obrigação de pagar a corretagem é **excessivamente onerosa** para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso, porque acaba por criar um mecanismo que impede o consumidor, em caso de desistência do contrato, de reaver a quantia já adiantada ao promissário vendedor, excluída a multa compensatória aceita pela jurisprudência.

Explica-se.

O negócio jurídico em geral celebrado pelos consumidores para com a empresa de construção e intermediado pela COELHO DA FONSECA tem por objeto, como regra, a compra de fração ideal de imóvel em conjunto com a construção de unidade condominial previamente definida para entrega em prazo posterior. Trata-se de contrato de duração com execução diferida²⁵ em que o consumidor adianta o pagamento do preço de compra, em geral em parcelas, para receber no futuro, a unidade condominial pronta e registrada²⁶.

Em decorrência, contudo, dos longos lapsos temporais que, normalmente, medeiam a data de fechamento do compromisso de compra e venda e a data de entrega do bem, há adquirentes que exercem seu direito de desistência e pedem rescisão do contrato.

Nesses casos, pela interpretação jurisprudencial que se dá ao artigo 53 do C.D.C., pode o promissário vendedor reter, a título de cláusula penal, 10 % (dez por cento) dos **valores pagos**.

Neste sentido a posição do S.T.J., como se lê da ementa que segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% a 25% do total da quantia paga. 2. O percentual a ser retido pelo vendedor é fixado pelas instâncias ordinárias em conformidade com as particularidades do caso concreto, de maneira que não se mostra adequada sua revisão na via estreita do recurso especial. 3. O Tribunal de origem, ao analisar os documentos acostados aos autos, bem como o contrato firmado entre as partes, entendeu abusiva a cláusula contratual que previa a retenção de 25% do valor das quantias pagas em caso de rescisão por inadimplemento. Analisando as peculiaridades do caso, fixou a retenção em 10% do valor das parcelas pagas, o que não se distancia do admitido por esta Corte Superior. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 600887 PE 2014/0225154-0, Rel. min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. em 19/05/2015)

Ocorre que a compra e venda do imóvel, com seus pactos adjetos de incorporação, construção e etc., não se confunde com a o contrato de corretagem.

Como visto acima, o contrato de corretagem tem por partes aquele que presta a intermediação – o corretor (neste caso, a ré) – e aquele que contrata a intermediação, o comitente. Esse contrato de corretagem tem-se por perfeito e acabado com o resultado útil obtido pelo corretor, ou seja, com o fechamento do negócio imobiliário travado entre promissário comprador (o consumidor) e promissário vendedor²⁷. Com a conclusão do contrato de corretagem tem o corretor direito a receber, de imediato, remuneração pela intermediação. Em situação, como a que se analisa, em que o consumidor paga a corretagem no lugar do comitente, ele não terá direito a reaver a importância paga ao corretor caso venha desistir do compromisso de compra e venda celebrado com o incorporador²⁸.

Em outras palavras, ao desistir da compra do imóvel o consumidor tem para si assegurado o direito a receber de volta de 90% (noventa por cento) dos **valores pagos** à incorporadora, mas perde 100% (cem por cento) da importância paga a título de corretagem. Ao se considerar que a corretagem é paga à vista à ré, quando do fechamento do negócio imobiliário, e que é

calculada num percentual que vai de 3 a 6 % (três a seis por cento) sobre o **valor do imóvel**, fica clara a dimensão do prejuízo que recai sobre consumidor: a onerosidade excessiva de que trata o artigo 51, §1º, III, do C.D.C.

Assim, por exemplo, se, ao adquirir unidade condominial com valor de R \$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o consumidor paga 5 % (cinco por cento) de comissão de corretagem, desembolsa R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) no ato. Tendo pago à ré parcelas que totalizem, digamos, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) teria direito a receber quantia paga, descontada de 10 % de multa, ou seja, R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). Perderia, contudo, os cinquenta mil reais pagos como corretagem, quantia superior ao valor pago a título de adiantamento do preço do imóvel. Cuida-se, por conseguinte, de excessivo prejuízo econômico imposto à parte contratante mais frágil economicamente, que veio a ser persuadida a pagar por comissão imputável, a rigor, à incorporadora.

6. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA: VENDA CASADA

Ao mesmo tempo em que a conduta da ré qualifica-se como exigência de vantagem exagerada do consumidor, conforme se demonstrou, ela se constitui, também, na prática abusiva descrita no artigo 39, I, primeira parte, do C.D.C.:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço.

Ora, conforme afirmado, o consumidor não se dirige aos estandes de vendas de imóveis com o propósito de contratar a ré para trabalhar em seu interesse, mas para iniciar as tratativas de compra de unidades condominiais lá expostos e que, por conta do planejamento de vendas já iniciado, serão apresentados por corretores da ré previamente contratada pela incorporadora.

Em meio às tratativas que redundarão no fechamento do negócio imobiliário com a assinatura dos instrumentos contratuais que lhe são apresentados, o consumidor se vê persuadido a assinar, conjuntamente, com a compra e venda, a assunção da obrigação de remunerar a ré, como se fora ele o contratante de seus serviços de intermediação imobiliária.

Destarte, de modo sub-reptício, é vendido, junto com a unidade condominial objeto do negócio imobiliário, um serviço de corretagem embutido no contrato principal, cuja prestação é, na realidade, devida pela incorporadora à ré e que, indiretamente, é pago pelo consumidor.

Trata-se de **venda casada**, prática comercial abusiva em que, no dizer de BRUNO MIRAGEM, “*se pretende obter, mediante condicionamento da vontade*

*do consumidor que busca adquirir produto ou serviço efetivamente desejado, uma declaração de vontade irreal, de aquisição de um segundo produto ou serviço absolutamente dispensável”*²⁹.

Ao consumidor não se indaga se quer adquirir serviço de corretagem, nem se prefere utilizar corretor de sua confiança, se o caso, para a intermediação do negócio. Todas as circunstâncias de formação do contrato imobiliário são feitas de modo a impedir o consumidor de exercer sua liberdade de escolha e venha a contratar serviço que lhe é dispensável.

Em acórdão do S.T.J., proferido no REspecial nº 804.202/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/06/2008, a prática da venda casada foi definida como **“qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha”**.

Destarte, a COELHO DA FONSECA, ao cobrar, indiretamente, do consumidor por serviço de corretagem que o mesmo nunca teve a intenção de contratar, não afasta a tipificação de sua conduta como prática comercial de venda casada.

Em situação análoga ao negócio jurídico aqui examinado traz-se à colação trecho de voto do relator em acórdão proferido pela 1ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO em que se determinou a devolução de comissão de corretagem na aquisição de compra e venda de imóvel por ser hipótese de **venda casada**.

Em voto lapidar, explicou o ilustre Professor e Desembargador CLAUDIO GODOY como se afere a situação de venda casada em relação de consumo mesmo quando, pelo lado do fornecedor, há parceria comercial entre dois fornecedores diferentes:

“No caso, não há dúvida de que a imobiliária tenha sido contratada pela fornecedora para promover o empreendimento e as vendas das unidades. Portanto, tem-se despesa que é da alienante, e não do adquirente. Certo que não se impediria, em regra, o ajuste para que o mesmo pagamento ao comprador se transferisse. Mas não cabe olvidar ter-se, na espécie, relação de consumo, em que nada a respeito se ajusta, senão se impõe ao consumidor. E, pior, como condição a que possa consumir a compra da unidade. Aí, justamente, a venda casada” (TJSP. Apelação nº 4022150- 02.2013.8.26.0114, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Claudio Godoy, j. 30/09/2014.

Por todos esses fundamentos é que, à frente, se pede tutela jurisdicional que obrigue a ré à abstenção, e declare a nulidade de pleno direito, de toda e qualquer cláusula, constante em contrato de intermediação imobiliária

firmado entre a ré e dada incorporadora, que imponha ao consumidor adquirente do imóvel o pagamento pela comissão de corretagem.

B) JURISPRUDÊNCIA

A fim de se reforçar a necessidade de serem atendidos os pleitos da coletividade consumidora por meio dessa ação civil pública, traz-se a notícia de que o E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO vem consolidando significativo entendimento no sentido de ser indevida a cobrança de comissão de corretagem do consumidor adquirente de unidade imobiliária vendida por empresas de incorporação e construção na hipótese em que a incorporadora se valha de imobiliárias autônomas, tal como a ré, o Colendo Pretório Paulista tem considerado abusiva a cobrança de comissão de corretagem.

É o que se depreende a partir da análise das ementas abaixo colacionadas:

*Compra e venda de imóvel. Comissão de corretagem. Sentença de improcedência. Comissão de corretagem. **Consumidor que se dirigiu ao ponto de vendas espontaneamente. Inexistência de intermediação na venda. Corretagem não contratada. Taxa indevida. Venda casada.** Cabimento da restituição dos valores pagos, corrigidos monetariamente a partir do desembolso com juros de mora de 1% ao mês contados da citação. Devolução de forma simples, e não em dobro. Ausência de prova de má-fé. Recurso parcialmente provido (TJSP, Apelação nº 1007767-68.2014.8.26.0071, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Edson Luiz de Queiroz, j. 27/05/2015).*

*Apelação. Compra e venda. Repetição de indébito. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Requerida e vendedora que integram o mesmo grupo econômico. Hipótese, ademais, em que há atuação conjunta com a correta/imobiliária. Aplicação do parágrafo único do art. 7º do CDC. Taxa SATI e serviços de despachante. **Serviços de terceiros contratados pela incorporadora, cujos custos são de sua responsabilidade. Ainda que o contrato firmado estabeleça, no preço do imóvel, valores a esse título, não se afigura regular o repasse de tais verbas ao consumidor. Contrato de adesão. Imposição como condição a que possa consumir a compra do imóvel. Venda casada. Inexistência, ademais, de efetiva prestação do serviço de corretagem. Aos olhos do consumidor, os profissionais que se encontram nos “stands” de vendas agem como verdadeiros prepostos da incorporadora imobiliária.** Ausência de mero repasse econômico. Repetição devida. Falta do comprovante de pagamento dos serviços de despachante. Irrelevância. Comprovada a imposição de sua contratação. Devolução que fica condicionada à comprovação, pelo autor, de*

seu adimplemento. Honorários. Redução. Impossibilidade. Os honorários devem ser fixados em patamar adequado a fim de evitar o menoscabo do advogado e, daí o da própria profissão. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade observados. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno desta Eg. Corte. Recurso improvido, com observação (TJSP, Apelação nº 4004070-59.2013.8.26.0576, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mauro Conti Machado, j. 12/05/2015, grifos não originais).

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA Atraso na entrega da unidade Prazo de Prorrogação Previsão contratual – Admissibilidade Lucros cessantes devidos pelo descumprimento do prazo para a entrega do imóvel – Cobrança de comissões de corretagem e de assessoria técnico-imobiliária (SATI) – Legitimidade “ad causam” da requerida – Cadeia de Fornecimento – Comissão de Corretagem – Obrigação de quem contrata – Quando os corretores se instalam em stands, normalmente no próprio local da obra, para intermediação exclusiva de determinado empreendimento, inequivocamente a contratação e responsabilidade pelo pagamento é da vendedora – É abusiva, nestas circunstâncias, a imposição ao comprador da obrigação pelo pagamento como condição para realização do negócio, e, portanto, nula qualquer disposição nestes sentido (art. 51, IV, do CDC), devendo ser restituída integralmente a importância paga – Taxa SATI – Ilegalidade – Venda casada e não demonstração da prestação dos serviços – Dano moral – Inexistência – A mera abusividade contratual enseja sua anulação total ou parcial, mas em princípio não caracteriza o dano moral – Recurso do autor e da requerida providos em parte (TJSP, Apelação nº 0136334-18.2012.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rui Cascaldi, j. 26/05/2015, grifos não originais).

(...) Comissão de corretagem – Hipótese em que a corretora foi credenciada para a venda dos imóveis pela própria ré, e a sua comissão foi imposta ao autor, sem possibilidade de negociação entre as partes – Abusividade caracterizada – Devolução devida – Sentença de parcial procedência mantida – Recurso desprovido (...) (TJSP, Apelação nº 1004320- 19.2013.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rui Cascaldi, j. 02/9/2014, grifos não originais).

Não se trata de posicionamento isolado, mas de reiterado entendimento defendido por esta Egrégia Corte, como se pode conferir pelos seguintes julgados:

AP. nº 1004200-94.2014.8.26.0114, 3ª C., Rel. João Pazine Neto, j. 02/9/2014; AP. nº 0186548-13.2012.8.26.0100, 3ª C., Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 26/8/2014; AP. nº 4005677-38.2013.8.26.0114, 3ª C., Rel. Beretta da

Silveira, j. 11/11/2014; AP. nº 4004046-20.2013.8.26.0224, 3ª C., Rel. João Pazine Neto, j. 26/8/2014; AP. nº 1038389-43.2014.8.26.0100, 3ª C., Rel. Alexandre Marcondes, j. 16/9/2014; AP. nº 0043128-74.2012.8.26.0576, 3ª C., Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 16/9/2014; AP. nº 0008741-96.2013.8.26.0576, 3ª C., Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 9/9/2014; AP. nº 1061181-25.2013.8.26.0100, 4ª C., Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 21/8/2014; AP. nº 0007245-05.2012.8.26.0564, 5ª C., Rel. Edson Luiz de Queiroz, j. 12/11/2014; AP. nº 1042067-03.2013.8.26.0100, 7ª C., Rel. Miguel Brandi, j. 24/9/2014; AP. nº 0006037-36.2011.8.26.0009, 7ª C., Rel. Luis Mario Galbetti, j. 2/10/2014; AP. nº 4003175-81.2013.8.26.0032, 7ª C., Rel. Mendes Pereira, j. 26/9/2014; AP. nº 0011743-08.2012.8.26.0286, 7ª C., Rel. Ramon Mateo Junior, j. 20/8/2014; AP. nº 0186078-84.2009.8.26.0100, 8ª C., Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 1/10/2014; AP. nº 0150136-83.2012.8.26.0100, 9ª C., Rel. Lucila Toledo, j. 12/8/2014; AP. nº 0000453-75.2010.8.26.0444, 10ª C., Rel. Arantes Theodoro, j. 25/8/2014; AP. nº 1049785-51.2013.8.26.0100, 10ª C., Rel. Elcio Trujillo, j. 26/8/2014; AP. nº 0005371-48.2013.8.26.0564, 35ª C., Rel. Moraes Pucci, j. 15/12/2014; AP. nº 1059353-91.2013.8.26.0100, 1ª C., Rel. Claudio Godoy, j. 30/9/2014; AP. nº 4022150-02.2013.8.26.0114, 1ª C., Rel. Claudio Godoy, j. 30/9/2014; AP. nº 1002938-

64.2014.8.26.0032, 3ª C., Rel. Viviani Nicolau, j. 26/11/2014.

São bastante esclarecedoras as considerações do Desembargador CLAUDIO GODOY, pedindo-se licença para transcrevê-las abaixo:

“O que importa é a constatação de que “o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou o serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço.” (Antônio Herman Benjamin, CCD comentado pelos autores, Forense, 10ª, ed., v. I, p. 382). E não se há de negar que, ao menos ao consumidor comum, outro caminho não há para adquirir unidade lançada, como na espécie, senão por meio da imobiliária cujos prepostos o atendem e, na hipótese, no stand de vendas.

Mas aí outro dado a realçar. Não há, propriamente, serviço de intermediação prestado, de aproximação útil que caracteriza a atividade do corretor. Antes, há a adesão a uma oferta pública a que o fornecedor procede por meio de sua parceira contratual, portanto a quem entrega esta incumbência. A bem dizer, a imobiliária age, aos olhos do consumidor, como se fosse realmente uma preposta ou representante da fornecedora (art. 34 do CDC).

Dir-se-á que, de todo modo, sempre a fornecedora poderia repassar ao consumidor o custo havido com a imobiliária, inserido no preço

da unidade. Mas que então assim se faça, e com todas as devidas consequências daí derivadas. Pense-se, por exemplo, no ônus de, em mercado concorrencial, oferecer unidade a preço maior, o que, inclusive, poderia levar a fornecedora a negociar condições menos onerosas com a imobiliária. Nem se olvide que, por vantagem fiscal que a prática possa representar à vendedora, isenta da entrada do valor da comissão, inserido no preço, como receita sua, não se há de impor ao consumidor contratação obrigatória com a imobiliária e, pior, contra a lei” (TJSP. Apelação nº 4022150-02.2013.8.26.0114, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Claudio Godoy, j. 30/09/2014).

III – DA LIMINAR PARA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Impõe-se, no caso *sub judice*, a expedição de ordem liminar, *inaudita* altera parte, com base no artigo 12 da Lei nº 7.347/85 c.c. artigo 273, *caput* e inc. I do Código de Processo Civil, uma vez que se encontram plenamente caracterizados os seus pressupostos jurídicos, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O primeiro pressuposto consiste na plausibilidade do direito invocado como fundamento do pedido 30.

Conforme se pode verificar pelo exame dos documentos trazidos com a inicial, esta demanda se ampara em mais do que fatos e fundamentos plausíveis, ancorando-se em robusto conjunto probatório de que a ré impõe ao consumidor o pagamento de indevida comissão de corretagem como condição para adquirir unidade imobiliária por meio de contrato de adesão.

Já o *periculum in mora* consiste na “*dificuldade ou até impossibilidade de reparação do dano, diante da demora normal para obter a solução definitiva do processo*”³¹.

Existe, aqui, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à coletividade consumidora, a caracterizar o perigo resultante da demora de efetiva resposta jurisdicional à questão.

Em razão de seu porte econômico e dos procedimentos de contratação em massa no mercado de incorporação e construção de unidades imobiliárias são da mais alta expressão numérica o número de vendas que a ré intermedeia contendo as práticas abusivas acima descritas.

Avolumam-se os prejuízos econômicos que, contrato a contrato, vão se impondo aos consumidores a cada venda, contando a ré com a morosidade dos procedimentos judiciais trabalhando em seu favor. Ou seja, mesmo cientes da concreta possibilidade de lhe serem declaradas abusivas as cobranças em

epígrafe – com a consequente imposição de devolução desses valores – a ré insiste em praticá-las calcada na ideia de que a providência jurisdicional que lhe desfavoreça chegará tardia e restritamente aos poucos contratantes que tenham rompido a difícil inércia de procurar pelo litígio judicial.

Para combater essa crítica situação, a ordem jurídica brasileira instituiu a ação civil pública, com matriz na *class action* do direito norte-americano, que possui gênese no contexto da denominada terceira onda reformatória do processo, cujo escopo foi de ampliar o acesso à Justiça e de empreender uma solução para todas as espécies de lesão.

Cuidou-se de admitir a coletivização do processo judicial: criação de instrumentos processuais mais adequados à contemporânea sociedade de massa, por meio dos quais a solução dos conflitos, normalmente comuns a coletividades inteiras, pode e deve ser amplificada, evitando-se soluções díspares e discriminatórias.

Fala-se, assim, no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum, postulado que procura resolver, por intermédio de um só processo, um grande conflito social ou vários conflitos individuais, vinculados por laços de homogeneidade.

Desse modo, a ação civil pública tem por finalidade precípua evitar a propagação de ações individuais e a ocorrência de situações sociais conflitivas que possam gerar desequilíbrio e incerteza na sociedade. Destarte, “O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição”³².

O máximo aproveitamento da prestação jurisdicional coletiva se coaduna aos anseios sociais de minimizar os riscos de decisões judiciais conflitantes e de evitar a proliferação de demandas, traduzindo-se em consectário dos princípios constitucionais da isonomia, da eficiência e da celeridade.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO pela *finalidade da ação civil pública de obviar a proliferação desmedida de ações individuais padronizadas, imprimindo celeridade e economicidade à prestação jurisdicional. Pretendeu o constituinte ao conceber a defesa coletiva de direitos e interesses que se julgasse em um único processo o conjunto de todos os litígios entre os integrantes de determinado grupo e o Poder Público, a fim de evitar-se a pluralidade de processos com idêntico objeto que possam ser decididos de modo conflitante.*³³

Com enfoque semelhante, preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso que *o fato desses interesses derivarem de origem comum, o que lhes confere uniformidade, recomendando o ajuizamento de ação coletiva, seja para prevenir*

*eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária no volume do serviço judiciário.*³⁴

As denominadas ações de massa, por envolverem interesses coletivos, objetivam, portanto, conferir solução homogênea a conflitos semelhantes, de forma mais ágil e com menos custos. Evita-se, com isso, que o Judiciário continue a julgar de forma individual, mediante a repetição incessante dos mesmos pedidos, das mesmas contestações e das mesmas sentenças.

O método arcaico de composição dos litígios coletivos – por meio de diversas ações particulares –, além de extremamente oneroso ao Poder Judiciário, repercute em ônus para a coletividade e para os autores individuais, prejudicados com a mora inerente à prestação jurisdicional.

Ora, a urgência em que se fundamenta a antecipação de tutela aqui requerida funda-se no fato de que, no julgamento de ações individuais, **a Justiça já tem proibido as práticas abusivas aqui noticiadas, não somente em geral, mas especificamente em relação à ré.**

Além da sólida jurisprudência que vem se formando, indistintamente, contra a cobrança de comissão de corretagem, há julgados em que a prática foi vedada pelo Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO no seio de ações individuais ajuizadas por consumidores **em face da própria ré:**

*INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. PROMESSA DE VENDA. MERA PROPOSTA FORMULADA, COM PAGAMENTO DE PARTE DO SINAL. DESPESAS DE CORRETAGEM E TAXA JURÍDICA. CORRÉS QUE TINHAM CONTRATO DE INTERMEDIÇÃO CORRETORA QUE AGIU EM NOME DA VENDEDORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE AMBAS. SENTENÇA MANTIDA RECURSO DA CORRÉ COELHO DA FONSECA IMPROVIDO, RECURSO DA CORRÉ MJK PARCIALMENTE ACOLHIDO E RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PREJUDICADO. NEGANDO PROVIMENTO QUANTO AO MAIS*³⁵.

Acresça-se que é de tal monta o número de demandas individuais ajuizadas com esse objeto que o assunto já deu ensejo, inclusive, à edição do **Enunciado 38.3**, pela 3ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo teor é o seguinte: “*O adquirente que se dirige ao stand de vendas para a aquisição do imóvel não responde pelo pagamento das verbas de assessoria imobiliária (corretagem e taxa sati). É da responsabilidade da vendedora o custeio das referidas verbas, exibindo legitimidade para eventual pedido de restituição*”.

Vislumbra-se, daí, que a antecipação da tutela que venha a proibir a ré de cobrar a comissão de corretagem do consumidor enquanto o presente

processo segue seu trâmite, propiciará mais efetividade à tutela judicial em garantir a incolumidade ao direito dos consumidores que hoje compram imóveis, cuja venda é intermediada pela ré, evitando o ajuizamento futuro de inúmeras demandas individuais.

Traz-se à colação, a propósito, recente decisão proferida pelo Juiz Marcelo Augusto Oliveira, em ação civil pública ajuizada por esta Promotoria, nos autos do processo 1097660-46.2015.8.26.0100, 41ª Vara Cível – Foro Central Cível, em que se **concedeu liminar** nos termos aqui propostos, conforme os trechos que seguem:

Vistos. Conforme já vem sendo decidido há muito por este juízo em ações individuais, realmente é ilegal a conduta praticada pelas requeridas. É incontroverso que os consumidores interessados em adquirir imóveis da primeira requerida comparecem diretamente junto ao seu “stand” de vendas, a fim de formalizar a aquisição da unidade a ser edificada. É muito comum, nesse tipo de empreendimento, a incorporadora ou a própria construtora disponibilizar espaço próprio para que os consumidores possam negociar e celebrar os contratos de compra e venda dos imóveis. Evidente que os potenciais compradores não procuram os serviços de um corretor, para que pudesse aproximá-los de um vendedor, pois simplesmente dirigem-se até a requerida para efetuar a aquisição. Nesta hipótese, os consumidores não podem ser compelidos ao pagamento de qualquer comissão de corretagem. Se a construtora requerida não disponibiliza funcionários próprios para formalizar a venda, optando pela contratação de corretores, o ônus de tal conduta deve ela própria suportar, e não os compradores. Pela exegese do disposto nos artigos 722 e 724 do Código Civil, a comissão deve ser paga por aquele que contratou os serviços a primeira requerida. (...) Há, portanto, prova inequívoca da verossimilhança da alegação, sendo o perigo da demora evidente. Defiro a tutela antecipada requerida, para o exato fim de determinar que as requeridas se abstenham, por si ou por terceiros, da seguinte conduta: atribuir ou exigir dos consumidores compradores, em contratos preliminares (compromisso de compra e venda) ou definitivos (compra e venda), com eles já firmados ou ainda a serem celebrados, a obrigação de pagamento de comissão de corretagem...Fixo multa diária, para a hipótese de inadimplemento, em R\$ 50.000,00. Expeça-se com urgência mandado de intimação pessoal do representante legal das requeridas, e no mesmo ato citem-se-as para contestar, no prazo legal. Int

Ante o exposto, o autor requer:

1) a concessão de **MEDIDA LIMINAR**, inaudita altera parte, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/85, a fim de que:

1.a) seja determinado à ré que se abstenha de impor ao consumidor, direta ou indiretamente, a obrigação de pagar comissão de corretagem quando tenha sido contratada por empresas de construção ou incorporação de imóveis para realizar intermediação imobiliária de qualquer empreendimento oferecido no mercado de consumo, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sujeita à correção monetária, por cada imposição realizada em desconformidade com a determinação, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual nº 6.536/89, sem prejuízo de execução específica da obrigação e eventual crime de desobediência;

1.b) seja determinado à ré que se abstenha de aplicar a cláusula impugnada (6 – Da remuneração– cláusula 6.2 – fl. 284) ou qualquer outra de mesmo teor (independentemente da numeração a ela atribuída) prevista em “contratos de intermediação para alienação de unidades autônomas e outras avenças”, ou em quaisquer outros instrumentos já celebrados com as empresas de construção ou incorporação, que transfira ao consumidor adquirente o pagamento pela comissão de corretagem, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), que deverá incidir a cada cobrança em que houver descumprimento do comando judicial, sujeita à atualização monetária, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, prevista no artigo 13 da Lei 7.347/85;

1.c) seja determinado à ré que se abstenha de aplicar a cláusula impugnada (6 – Da remuneração– cláusula 6.2 – fl. 284) ou outra de mesmo teor (independentemente da numeração a ela atribuída) nos “contratos de intermediação para alienação de unidades autônomas e outras avenças”, ou em quaisquer outros instrumentos que vier a celebrar com as empresas de construção ou incorporação, que transfira ao consumidor adquirente a obrigação depagamento pela comissão de corretagem, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), que deverá incidir a cada cobrança em que houver descumprimento do comando judicial, sujeita à atualização monetária, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, prevista no artigo 13 da Lei 7.347/85;

IV- DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

De todo o exposto, como pedidos principais, requer o autor:

2) seja determinada a citação da ré, na pessoa de seus representantes legais, pelo correio, a fim de que, advertidas da sujeição aos efeitos da revelia, a teor do artigo 285, última parte, do Código de Processo Civil, apresentem resposta ao pedido ora deduzido, no prazo de 15 (quinze) dias.

3) seja a presente ação julgada PROCEDENTE, tornando-se definitiva as medidas liminares e proferindo-se sentença em desfavor da ré, a fim de que:

4) seja condenada em **obrigação de não fazer** consistente em se abster de impor ao consumidor, direta ou indiretamente, a obrigação de pagar comissão de corretagem quando tenha sido contratada por empresas de construção ou incorporação de imóveis para realizar intermediação imobiliária de qualquer empreendimento oferecido no mercado de consumo, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sujeita à correção monetária, por cada imposição realizada em desconformidade com a condenação, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual nº 6.536/89, sem prejuízo de execução específica da obrigação e eventual crime de desobediência;

5) seja **declarada a nulidade** de toda e qualquer cláusula (independentemente da numeração a ela atribuída) constante de “contratos de intermediação para alienação de unidades autônomas e outras avenças”, ou de quaisquer outros instrumentos firmados entre a ré e as empresas de construção ou incorporação, que transfira ao consumidor adquirente o pagamento pela comissão de corretagem;

6) seja condenada na **obrigação de não fazer** consistente em se abster de aplicar a cláusula impugnada (6 – Da remuneração – cláusula 6.2 – fl. 284) ou qualquer outra de mesmo teor (independentemente da numeração a ela atribuída) nos “contratos de intermediação para alienação de unidades autônomas e outras avenças” ou em quaisquer outros instrumentos **já celebrados** com as empresas de construção ou incorporação que transfira ao consumidor adquirente o pagamento pela comissão de corretagem, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), que deverá incidir a cada cobrança em que houver descumprimento do comando judicial, sujeita à atualização monetária, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, prevista no artigo 13 da Lei 7.347/85;

7) seja condenada na **obrigação de não fazer** consistente em se abster de aplicar a cláusula impugnada (6 – Da remuneração– cláusula 6.2 – fl. 284) ou outra de mesmo teor (independentemente da numeração a ela

atribuída) nos “contratos de intermediação para alienação de unidades autônomas e outras avenças” ou em quaisquer outros instrumentos **que vier a celebrar** com as empresas de construção ou incorporação que transfira ao consumidor adquirente o pagamento pela comissão de corretagem, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), que deverá incidir a cada cobrança em que houver descumprimento do comando judicial, sujeita à atualização monetária, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, prevista no artigo 13 da Lei 7.347/85;

8) seja condenada, genericamente, na forma do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, à **obrigação de restituir em dobro** aos consumidores (CDC, artigo 42, parágrafo único), os valores cobrados a título de comissão de corretagem tanto aqueles que foram direcionados à empresa ré ou a qualquer um de seus corretores (contratados ou autônomos) que por meio dela atuaram;

9) seja condenada em **obrigação de fazer** consistente em dar publicidade a sentença condenatória, às suas expensas, por (i) carta aos consumidores que com ela contrataram; (ii) mensagem inserida em seu sítio eletrônico de seu domínio na Internet pelo prazo mínimo de cinco anos; (iii) publicação de informes publicitários, de mesmo tamanho e composição gráfica aos que são utilizados para a oferta de seus produtos em dois jornais de grande circulação, com tiragem equivalente ou maior ao “O Estado de São Paulo” e à “Folha de São Paulo”, uma vez ao mês, por no mínimo três meses alternados, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeita a correção, sem prejuízo de outras medidas de execução específica da obrigação e crime de desobediência, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, consoante o art.84, *caput* e parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor

Requer, também:

10) a condenação da ré ao pagamento das custas processuais;

11) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, a teor do art. 18 da Lei n. 7.347/85 e do art. 87 da Lei n. 8.078/90;

12) a publicação do edital a que alude o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor;

13) sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos, com vista, na Promotoria de Justiça do Consumidor, situada na Rua Riachuelo n. 115, 1º andar, sala 130, São Paulo/SP, em face do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil, e no art. 224, inciso XI, da Lei

Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo).

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente pelas provas testemunhal, pericial e documental, bem assim por todos os demais meios que se apresentarem úteis à demonstração dos fatos articulados na presente exordial, observado ainda o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que toca à inversão do ônus da prova em favor da coletividade de consumidores substituída processualmente pelo autor.

Dá à causa, apenas para fins de alçada, o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 08 de outubro de 2015.

EDUARDO ULIAN

6º Promotor de Justiça do Consumidor

1 FRADERA, Vera M. Jacob de. Contratos Típicos no Código Civil de 2002 in JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, TORRES, Heleno Cláudio e CARBONE, Paolo, org. Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas . Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo, 2008, Quartier Latin, p. 715.

2 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos, 11ª ed., Forense, p. 783.

3 Op. Cit., p. 792.

4 COLTRO, Antonio C. M., Contrato de Corretagem Imobiliária, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 161.

5 DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. Vol. 3. São Paulo, 6ª ed., 2006, p. 442

6 Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

7 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

8 NERY JR., Nelson. A Defesa do Consumidor no Brasil. Revista de Direito Privado 18/2004 in NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Doutrinas Essenciais. Responsabilidade Civil. Vol. IV. Revista dos Tribunais.

9 LUCCA, Newton de. Contratos Imobiliários no Âmbito do Direito do Consumidor. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, ano 23, vol. 172, p.97/104, set/out 1999.

10 Idem.

11 TOMASETTI JR., Alcides. Aspectos da Proteção Contratual do Consumidor no Mercado Imobiliário Urbano. Rejeição das Cláusulas Abusivas pelo Direito Comum. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, ano 1, vol.2, p. 53/66.

12 VENOSA. Silvio de S. Direito Civil. Contratos em Espécie. São Paulo: Atlas, 2005, p. 344.

13 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

14 C.D.C. , Art. 2º ...

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

15 NERY, op.. cit., p. 167-169.

16 MARQUES, Cláudia Lima Marques. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 12, jan/mar 2003, Revista dos Tribunais, p. 71/99.

17 Op.cit., p. 81.

18 Op.cit., p. 84.

19 TOMASETTI JR., op.cit., p. 64.

20 Art. 4º, I, do C.D.C.

21 Idem.

22 JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Antonio. Contrato de distribuição – Causa final dos contratos de trato sucessivo – Resilição unilateral e seu momento de eficácia – Interpretação contratual – Negócio per relationem e preço determinável – Conceito de “compra” de contrato e abuso de direito. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 826, Ano 93, agosto de 2004, p. 119/136.

23 Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 5ª ed., 2006, p. 1.024.

24 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

25 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Op.Cit.

26 PASQUALOTTO, Adalberto. Cláusulas Abusivas Em Contratos Habitacionais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 40, ano 10, out/dez 2001, Revista dos Tribunais, p. 27.

27 Conforme dispõe o Art. 725, do Código Civil a “remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes”.

28 Nesse sentido, Recurso Especial nº 1.339.642 / RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi (2012/0103683-1)

29 MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo. 4ª ed. 2013. Revista dos Tribunais, p. 275.

30 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Editora Saraiva, 17ª ed., 2004, p. 428.

31 Op. cit., p. 428.

32 GRINOVER, Ada Pellegrini, et all. Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 10. ed., 2011, p. 27.

33 TRF 4ª Região, AC 200071000247770, 3ª Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, DJ 15/08/2001 – grifos apostos.

34 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos, Conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 26.

35 TJSP, Apelação nº 0083321-60.2005.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado 29.03.2007, Des. Rel. Vito Guglielmi.

* Petição não revisada pela equipe Bonijuris.

** Peça processual encaminhada pelo Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Marco Antonio Zanellato.

Patrocínio



Apoio Institucional

