

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. VII | n. 25 | Março 2017

#25

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 VII, número 25, março 2017

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 Andrigli, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Francisco Glauberto Bezerra Júnior, 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, 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

Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.

Fecomércio PR

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 **Tutela dos dados pessoais - os novos direitos de cidadania ante o esboroar da reserva da vida privada**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 13 **O excesso de informação como abuso do direito (dever)**
JOÃO PEDRO LEITE BARROS
- 61 **O direito ao esquecimento na internet e a proteção dos consumidores**
GUILHERME MAGALHÃES MARTINS
- 101 **Os meios de vigilância à distância**
SUSANA I. P. FERREIRA DOS SANTOS GIL
- 115 **A recente aproximação da comissão europeia aos direitos de autor na União Europeia**
JORGE PEGADO LIZ
- 137 **Primeiras linhas acerca do tratamento jurídico do assédio de consumo no Brasil**
MARCOS CATALAN
YASMINE UEQUED PITOL
- 161 **La mediación de consumo en España: ¿Una alternativa viable? La esperada transposición de la directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DADR)**
MARÍA DOLORES MAS BADIA
- 199 **La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española**
FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

- 235 **O crédito hipotecário na União Europeia e a tutela negativa do consumidor**
MÁRIO FROTA

EM DESTAQUE

- 259 **É possível a proteção de dados pessoais?**
JOATAN MARCOS CARVALHO
- 271 **“O aumento do número de mulheres solteiras em Portugal e o seu impacto na sociedade”**
MÁRIO FROTA

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 279 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná**
Relator: **Josély Dittrich Ribas**
- 282 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná**
Relator: **José Augusto Gomes Aniceto**

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 291 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)**
Relator: **A. Rosas**
- 305 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**
Relator: **E. Levits**

EDITORIAL

TUTELA DOS DADOS PESSOAIS - OS NOVOS DIREITOS DE CIDADANIA ANTE O ESBOROAR DA RESERVA DA VIDA PRIVADA

Com a presente edição se franqueiam as portas do 7º ano da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, título de referência pelas temáticas que número a número aborda de forma responsável e competente.

A edição que ora se oferece aos nossos habituais leitores é composta por temas diversos, de manifesto interesse.

O propósito seria consagrá-lo a um tema que reveste hodiernamente uma relevância ímpar: o da tutela da reserva da vida privada e dos pertinentes dados pessoais.

A União Europeia editou em 27 de abril de 2016 um Regulamento (n. 2016/679) em ordem a disciplinar de modo uniforme a proteção dos dados pessoais, na sua circulação pelo Espaço Económico Europeu. E fê-lo em substituição de uma diretiva (95/46/CE, de 24 de outubro de 1995).

No seu preâmbulo, se diz, designadamente:

“A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-membros. É conveniente assegurar em toda a União a aplicação coerente e homogênea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais para cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, os Estados-membros deverão poder manter ou aprovar disposições nacionais para especificar a aplicação das regras do presente regulamento. Em conjugação com a legislação geral e horizontal sobre

proteção de dados que dá aplicação à Diretiva 95/46/CE, os Estados-membros dispõem de várias leis setoriais em domínios que necessitam de disposições mais específicas. O presente regulamento também dá aos Estados-membros margem de manobra para especificarem as suas regras, inclusive em matéria de tratamento de categorias especiais de dados pessoais ('dados sensíveis'). Nessa medida, o presente regulamento não exclui o direito dos Estados-membros que define as circunstâncias de situações específicas de tratamento, incluindo a determinação mais precisa das condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais."

Trata-se de um extenso regulamento (de aplicação direta e uniforme no que não for deixado ao livre alvedrio dos Estados) com um preâmbulo preenchido por 173 *consideranda* e um articulado que se espraia por 99 artigos.

O intuito é o de estabelecer uma disciplina que preserve os dados e garanta aos cidadãos, como, aliás, já o previa a diretiva, a privacidade indispensável para que a sociedade invasiva que nos circunda os não devasse impunemente.

Ali se consigna que "merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais. Deverão incluir-se neste caso os dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, não implicando o uso do termo 'origem racial' no presente regulamento que a União aceite teorias que procuram determinar a existência de diferentes raças humanas. O tratamento de fotografias não deverá ser considerado sistematicamente um tratamento de categorias especiais de dados pessoais, uma vez que são apenas abrangidas pela definição de dados biométricos quando forem processadas por meios técnicos específicos que permitam a identificação inequívoca ou a autenticação de uma pessoa singular. Tais dados pessoais não deverão ser objeto de tratamento, salvo se essa operação for autorizada em casos específicos definidos no presente regulamento, tendo em conta que o direito dos Estados-Membros pode estabelecer disposições de proteção de dados específicas, a fim de adaptar a aplicação das regras do presente regulamento para dar cumprimento a uma obrigação legal, para

o exercício de funções de interesse público ou para o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Para além dos requisitos específicos para este tipo de tratamento, os princípios gerais e outras disposições do presente regulamento deverão ser aplicáveis, em especial no que se refere às condições para o tratamento lícito. Deverão ser previstas de forma explícita derrogações à proibição geral de tratamento de categorias especiais de dados pessoais, por exemplo, se o titular dos dados der o seu consentimento expresso ou para ter em conta necessidades específicas, designadamente quando o tratamento for efetuado no exercício de atividades legítimas de certas associações ou fundações que tenham por finalidade permitir o exercício das liberdades fundamentais.”

O intuito desta edição seria o de fazer uma abordagem em extensão e profundidade do texto em referência. Circunstâncias de ordem vária não o terão propiciado.

É convicção nossa de que pela relevância do tema haja a possibilidade de, a breve trecho, o podermos tratar convenientemente pelo recurso a especialistas de nomeada que afortunadamente abundam entre nós. Eis-nos, pois, nessa expectativa.

No ensejo, apetece-nos a quantos conosco cooperam e aos que mantém acesa a chama do Ideal de cidadania que nestas páginas se condensa um excelente ano!

Coimbra, março de 2017.

Mário Frota

Presidente do Conselho Diretor

O EXCESSO DE INFORMAÇÃO COMO ABUSO DO DIREITO (DEVER)¹

JOÃO PEDRO LEITE BARROS²
Doutorando na Universidade de Lisboa

EXCERDOS

“O objeto do presente trabalho tem raiz no fenômeno recente do excesso de informação no tocante aos contratos celebrados via internet com o consumidor”

“O direito subjetivo à informação surge como consequência da obrigação legal que tem o fornecedor ante o consumidor, resguardado a qualquer tempo o seu exercício”

“O dever pré-contratual de informação é consequente da boa-fé, enquanto regra de conduta aplicável às tratativas contratuais, visto que engloba todas as circunstâncias que em concreto possam influenciar a formação do contrato”

“O direito subjetivo à informação que o consumidor possui ante o caráter obrigacional do negócio jurídico que seria entabulado é muitas vezes mitigado pela prestação deficiente da informação pelo fornecedor”

“A função social do dever de informar do fornecedor é permitir que o consumidor obtenha a informação adequada, correspondendo às suas reais expectativas e necessidades, aferidas em função do conteúdo, finalidade e amoldamento”

“Seja pela via moral – em que o consumidor deixaria de comprar ou contratar serviços de determinado fornecedor – ou pela ordem legal – em que o poder judiciário puniria qualquer transgressão à legislação vigente –, o direito do consumidor deve ser resguardado sempre”

1. Introdução

A tutela da informação³ nunca se fez tão presente na modernidade. Seja para proteger o consumidor, seja para resguardar direitos do fornecedor, não se pode olvidar o seu propósito: instrumento vetor capaz de satisfazer os anseios das partes.

Durante largo tempo a doutrina grassou a ideia de que quanto mais extensa for a informação sobre um produto ou serviço, mais protegido estaria o consumidor. Entretanto, tal assertiva, ao menos no comércio eletrônico, deve ser mitigada ou ponderada com parcimônia.

O objeto do presente trabalho tem raiz no fenômeno recente do excesso de informação no tocante aos contratos celebrados via internet com o consumidor. Em que pese o caráter garantista⁴ da norma de consumo em Portugal, desde a alçada constitucional⁵, passando pela lei de defesa do consumidor⁶, regime jurídico das cláusulas gerais⁷, decreto-lei 7/2004⁸, culminando com a última diretiva de 24/2014 (proveniente da transposição da diretiva 2011/83/EU) que ampliou sobejamente os direitos pré-contratuais de informação, o sistema é ao mesmo tempo protetivo e falho. Seja porque o discurso de “quanto mais informação melhor para o consumidor” sucumbe, na prática, na consequente desinformação por parte desse, seja porque o fornecedor, conscientemente ou não, lesa o consumidor com as informações ali expostas.

Fixadas tais premissas, o corte metodológico do estudo será delimitado pelos casos em que o fornecedor preenche todos os requisitos normativos necessários acerca da informação do produto ou serviço para com o consumidor antes da efetiva contratação eletrônica. Contudo, ao fazê-lo excede seu dever, causando prejuízos ao consumidor e à sociedade como um todo, incorrendo numa espécie de abuso de dever.

Assim, em vertente inovadora e incipiente, o presente relatório demonstrará que a teoria do abuso do direito, sob o espeque do exercício de posição dominante, pode ser, de fato, entendida também como uma espécie de abuso de dever.

Será também demonstrado que o fornecedor não incorre em culpa *in contrahendo* ou até mesmo responsabilidade civil por conselho,

recomendação ou informação, mas sim em abuso do direito (dever) por infringir a função social da obrigação ali em destaque, qual seja a proteção do consumidor, alçando-o a uma espécie de efeito *erga omnes*.

Finalmente, o presente estudo também terá como escopo esmiuçar as consequências jurídicas que o fornecedor poderá sofrer, numa perspectiva dialética com aquilo já proposto pela teoria do abuso do direito.

2. Dever de informação

Dever jurídico⁹ é a imposição do ordenamento jurídico a uma determinada conduta do indivíduo, na medida em que arbitra uma sanção ao comportamento contrário. Por seu turno, o direito subjetivo à informação surge como consequência da obrigação legal que tem o fornecedor ante o consumidor, resguardado a qualquer tempo o seu exercício.

Sob essas premissas, dever de informação é conceituado¹⁰ simplificada e como transmissão de fatos de forma objetiva, quer verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer relação.

Em que pese o entendimento minoritário inglês¹¹ no sentido de que não há nenhum dever geral de informar entre as partes, fato é que a proteção pela informação e seus consectários se tornou realidade na última década, em especial na área do consumidor.

A falsa sensação de segurança econômica e a facilidade de crédito¹² mobilizou os consumidores a adquirirem mais produtos¹³ no mercado e, com isso, muitos fornecedores se aproveitaram da situação para visar tão somente o lucro¹⁴. Assim, foi no comércio eletrônico que se concentrou a maior expansão econômica entre os países, sobretudo por permitir que o cidadão acessasse o sítio eletrônico em qualquer lugar e tempo e pudesse pactuar com o fornecedor quando bem entendesse.

Nesse contexto, a informação do produto ou serviço passou de mero coadjuvante na compra e venda de mercadorias a protagonista, tornando-se o elemento principal. Contudo, àquela época, a proteção do consumidor não foi acompanhada no mesmo compasso pela doutrina portuguesa¹⁵, uma vez que o adquirente virtual se subsumia às regras gerais do contrato de consumo e não recebia atenção especial.

Por outro lado, ao passo em que o consumo cresceu, também desencadeou, em similar proporção, a necessidade de tutelar a parte vulnerável¹⁶, em especial quanto aos deveres de informação dos produtos e serviços que a ela eram ofertados.

A bem dizer, a proteção do consumidor virtual ganhou espaço nas legislações recentes em face do próprio *modus operandi* peculiar¹⁷ do contrato eletrônico, já que esta espécie contratual fragiliza a posição do consumidor no sentido de seu poder negocial ser diminuto (ausência física do consumidor), deixando-o em posição vulnerável, especialmente no que diz respeito à insegurança na circulação das informações pessoais e dados de cartão de crédito para que se concretize a transação. Com efeito, muitas vezes as informações propagadas ao consumidor são demasiadamente extensas e, embora sejam verdadeiras, o confundem na compreensão dos elementos cruciais do contrato.

O professor Dário Moura Vicente¹⁸ já trazia elementos da presente crise moderna de informação quando explanou que a descodificação do direito privado tem levado à adoção de diretivas descoordenadas entre si, sem ter o legislador preocupação valorativa dessas. Com o advento da sociedade de informação¹⁹, surgiram múltiplas demandas jurídicas, muitas delas ainda sem solução.

Se, por um lado, a máxima amplitude informacional dos regulamentos exige um dever geral de informação²⁰ completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita, abordando os seus pormenores, por outro, os diplomas legais²¹ não se preocuparam com o fenômeno recente do excesso de informação. Incongruências à parte, fato é que a superproteção ao consumidor, por vezes, acarreta prejuízos para ele. Informações que, em excesso, acabam por traduzir-se em desinformação.

2.1 Do dever de informação no ordenamento português

A informação, *per si*, tem um valor democrático²², uma vez que permite transparência e difusão do poder, sendo simultaneamente uma ferramenta eficiente de controle de decisões. O direito à informação foi alçado como direito fundamental pela Constituição Portuguesa de 1976, e dentro da possível normatização²³, o direito à informação nas negociações pela internet é hoje encontrado nos seguintes diplomas²⁴:

cláusulas contratuais gerais, lei 24/96, decreto-lei 7/2004 e decreto-lei 24/2014.

No que concerne à lei 24/96, os artigos 7º e 8º esmiúçam as características de informação para o consumo. O artigo 7º, ao dispor sobre o direito à informação geral, traduz todas as diretrizes gerais sobre o tema, a língua a ser adotada, as atribuições dos órgãos fiscalizadores e até mesmo as ações proativas necessárias para a tutela do consumidor. Por sua vez, o artigo 8º, ao discorrer sobre o direito à informação em particular, dispôs minuciosamente todos os requisitos que compõem uma informação clara, precisa e suficiente, quer seja a identidade do fornecedor do serviço ou até mesmo as modalidades de pagamento.

A despeito das cláusulas gerais, o artigo 6º prevê o dever de informar²⁵ tendo em vista as circunstâncias e um dever de prestar os esclarecimentos razoáveis uma vez solicitados. Há três conceitos distintos²⁶ a serem tomados em consideração no ordenamento português: comunicação, informação e esclarecimentos.

A simbiose²⁷ entre o dever de comunicação e informação resulta no propósito de que a parte adquirente possa e deva ter conhecimento efetivo do contrato, pois mesmo que não utilize ou solicite esclarecimentos, o dever de informação será sempre exigível do proponente.

Nesse mesmo contexto protetivo consumerista, o decreto-lei 7/2004, que versa sobre comunicações eletrônicas, em especial a lei 46/2012, reflete a preocupação com a utilização das informações fornecidas pelo consumidor e muitas vezes empregadas de forma arbitrária e sem a sua anuência.

No que concerne ao decreto-lei 24/2014, o iminente diploma trouxe novidades sobre a matéria, principalmente no tocante à informação pré-contratual adequada²⁸. Isso porque, no que tange ao comércio eletrônico, as peculiaridades contratuais aparecem sobretudo por se tratar de um comércio em que a desigualdade fática (formal e substancial) entre os contraentes pode ser interpretada como estratégia desleal para ludibriar o consumidor. É oportuno dizer que esse tipo de contrato consumerista constitui um caso de assimetria de informação²⁹, em que tipicamente uma das partes tem conhecimento de informação superior à outra, seja do próprio contrato, do regime jurídico ou até do próprio desequilíbrio no poder de negociação.

Como se percebe na área do consumo³⁰, o dever de informação é unilateral e promovido pelo fornecedor. A finalidade de todos os dispositivos visualizados é a proteção da tutela da parte mais fraca (tecnicamente hipossuficiente) e mais vulnerável: o consumidor.

Sobre o caráter real da informação, a professora Elsa Dias de Oliveira³¹ explica que a preocupação do legislador não se restringiu a proporcionar ao consumidor informações sobre os elementos cruciais dos bens ou serviços, mas visou garantir que pudesse contratar com conhecimento efetivo do contrato e dos direitos e deveres que lhe coubessem.

Mas até que ponto a informação, em excesso, não será uma desinformação?

2.2 O viés moderno do dever de informação

De ordem histórica, o dever pré-contratual de informação é consequente da boa-fé, enquanto regra de conduta aplicável às tratativas contratuais, visto que engloba todas as circunstâncias que em concreto possam influenciar a formação do contrato³².

Aliás, a doutrina sempre tratou a violação do dever de informação, em sede pré-contratual, como sendo culpa *in contrahendo*. Registre-se que no ordenamento jurídico francês³³ o dever pré-contratual de informação era concebível tão somente se uma disposição legal ou contratual o contivesse, em que pese entendimento moderno contrário³⁴.

Na Itália, Andrea Torrente³⁵ explica que a adequada informação pré-contratual e a correta publicidade ao exercício da prática comercial deve ser observada segundo os princípios da boa-fé, honestidade e justiça.

Em Portugal, antes mesmo de entrar em vigor o Código Civil atual, o doutrinador Mota Pinto³⁶ já defendia que o vínculo entre os negociantes se limitava aos deveres de declaração, esse último esmiuçado em deveres de informação e deveres de verdade. No mesmo tom, o professor Menezes Cordeiro³⁷ entende ser crucial que o fornecedor descreva substancialmente toda a realidade relevante ao consumidor, procurando os termos mais adequados para o fazer com fidelidade.

Concepções doutrinárias à parte, é majoritário o entendimento de que existe um ônus de autoinformação³⁸ por parte do contratante. Isto

é, em sede de negociações preliminares não há o dever de informar à outra parte sempre que esta consiga obter as informações por si, numa perspectiva de grau médio de diligências. Em suma: a parte não tem a obrigação de se informar, entretanto, se não o fizer por desleixo, não poderá aproveitar-se da situação e invocar posteriormente deveres pré-contratuais.

Vaz Serra³⁹ inspirou a seguinte síntese: o dever de informar surge quando finda o encargo de se informar. No entanto, referida regra geral não é aplicada ao caso em estudo. Isso porque tal entendimento é excepcionado na situação na qual a exclusão do ônus de autoinformação (aparecimento dos deveres pré-contratuais) é decorrente de uma especial relação de confiança entre as partes, em que a informação em voga é vetor supremo para decisão de pactuar ou não.

A fidúcia pelo consumidor no caso em estudo ultrapassa aquelas extensas informações descritas e que são expostas no momento da contratação, muitas vezes restringindo-se tão somente à reputação do fornecedor, na confiança depositada e na linguagem de fácil compreensão, especialmente por se tratar de comércio eletrônico⁴⁰.

Assim, em que pese o desnível de conhecimento entre as partes e a necessária tutela do consumidor, referida proteção não deve ser sucumbida pelo excesso de informação que, em *ultima ratio*, embaraça o consumidor ao firmar o contrato.

Não importa sobrelevar acerca da quantidade de informação transmitida ou até mesmo se houve o cumprimento estrito da lei pelo fornecedor. Ao revés, é mister averiguar a forma e o expediente que foi utilizado e saber se houve a compreensão e assimilação por parte do consumidor. Ou seja: ao tempo em que é necessário que o fornecedor traga todas as informações legais dispostas, ele não pode se isentar de elaborar mecanismos concisos para a melhor compreensão do consumidor (por exemplo: um exemplar de contrato detalhado e outro sintético, com as informações mais importantes).

Não se trata de anomia. Pelo contrário, o que se observa no contexto aqui exposto é o excesso de informação por parte do fornecedor, que, ao cumprir os ditames legais, desvirtua em muito a função social do contrato, consoante será demonstrado.

3. Abuso do direito

Em síntese, cabe-nos trazer anotações pontuais e relevantes sobre o instituto do abuso do direito. O abuso do direito emergiu no final do século XIX no contexto em que os defeitos do subsuntivismo⁴¹ jurídico formal eram praticamente insuportáveis. Mais que isso: a aplicação do fato à norma, de forma rígida, limitada e conservadora, levava inúmeras vezes a situações injustas.

Naquelas circunstâncias⁴², o Código Civil francês inspirava-se na vertente absolutista dos direitos subjetivos, sem admitir quaisquer limites impostos ao exercício do direito que não fosse enunciado em lei. O direito subjetivo era tido como absoluto, ilimitado: a expressão máxima da autonomia da vontade. Não havia qualquer margem de interpretação ao julgador, sob pena de existir ilegalidades formais.

Contudo, de forma inovadora e partindo do pressuposto de que direito subjetivo deveria ser entendido como permissão normativa específica de aproveitamento de um bem⁴³, os tribunais franceses expuseram entendimento peculiar àquela época, decidindo que era patente o abuso do direito nos casos paradigmáticos da chaminé falsa de Colmar e espigões de ferro de Copiégne, respectivamente em 1855 e 1913.

Na verdade, o instituto do abuso do direito era compreendido pelas cortes decisórias como inúmeras práticas sociais reprováveis. É tanto que a doutrina negativista do abuso do direito, capitaneada por Planio⁴⁴, taxou o abuso como um direito de logomaquia, tendo em vista a suposta contradição entre os termos abuso e direito.

Por sua vez, Duguit⁴⁵ repudiou a existência do abuso do direito, tendo em vista que para ele somente existia o direito objetivo que se destinava ao comportamento das pessoas e, por isso, seria individual sua aplicação. Portanto, negava a existência de direitos subjetivos.

Divergências doutrinárias à parte, o instituto foi acolhido pelos juristas, visto que havia uma definição consensual do abuso que girava em torno de fundamentos teóricos gerais de onde emanavam aplicações várias através do método da dedução⁴⁶.

Por sua vez, Josserrand verbalizou a noção de relatividade dos direitos, consolidando a tese de que os direitos subjetivos são apenas

relativos. Tal relatividade residiria na sua própria origem, na condução de produtos sociais, destinados a preencher uma missão social, sob pena de renegarem a própria filiação⁴⁷. É dizer: o critério correto do abuso do direito deve ser perscrutado do desvio do direito em relação à sua finalidade, seja ela econômica, moral, egoísta ou desinteressada.

Outros autores admitiam a possibilidade do abuso do direito com o fito de justificar as decisões jurisprudenciais baseadas em novos conceitos. Assim, denominaram-se de teóricos subjetivistas⁴⁸, vez que o elo entre eles referia-se aos aspectos extrajurídicos, atinentes ao sujeito do direito responsável pelo abuso.

Nada obstante, apesar de não terem transposto as matizes francesas nem tampouco logrado aplicação significativa nos tribunais, foi na Alemanha⁴⁹ que se desenvolveram os grupos típicos de exercícios inadmissíveis de posições jurídicas⁵⁰ (*venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* etc), sendo todas estas figuras alicerçadas pela boa-fé.

Modernamente, o professor Menezes Cordeiro⁵¹ se fundamenta nas teorias interna e externa, explanando que ambas fornecem a estrutura aos próprios direitos. Para ele, os direitos subjetivos são o sistema e fazem parte dele, contribuindo fundamentalmente para sua composição.

Por fim, não se deve olvidar e reconhecer que, sob qualquer perspectiva⁵², o abuso do direito impõe limites da autonomia privada⁵³ no exercício do direito subjetivo⁵⁴ e funciona como dispositivo de segurança para as normas jurídicas formalmente aplicadas, atuando sobre o exercício do direito subjetivo (público ou privado).

3.1 Do abuso do direito como abuso de dever

Obtempera Cordeiro⁵⁵ que abuso do direito nem é abuso nem tem a ver com direitos em si; é, na verdade, uma expressão consagrada para revelar um instituto multifacetado, internamente complexo, e que persegue os objetivos últimos do sistema.

Antunes Varela⁵⁶ entende o abuso do direito como a circunstância em que, no efetivo exercício do direito, muito embora respeitada a sua estrutura formal, seja violada a sua afetação substancial, funcional ou teleológica, por manifesto desrespeito dos limites que lhe cumpre

observar em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder. Os tratamentos típicos dos exercícios inadmissíveis são assim traduzidos: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, inalegabilidade formais, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício de posições jurídicas.

Certo é que o abuso do direito⁵⁷ foi positivado no artigo 334 do Código Civil português e explicita a ideia de ser ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. A interpretação da expressão “direito” disposta no artigo supracitado pode e deve ser entendida também como “dever”, se porventura tratar de uma situação em que há o exercício desarrazoado da posição jurídica.

No momento em que o fornecedor excede o dever de informar o consumidor, causando-lhe inúmeros prejuízos, abusa de seu dever. O exercício disfuncional de posições jurídicas⁵⁸ é consubstanciado como uma conduta humana, omissiva ou comissiva, que está em conformidade com o sistema formal, mas em desconformidade com o próprio sistema, ferindo a igualdade e a materialidade subjacente.

O fundamento para tanto é extraído da lapidar lição de Menezes Cordeiro⁵⁹ quando aduz que o exercício inadmissível de posições jurídicas pode ocorrer em situações irreduzíveis a direitos subjetivos no sentido estrito: poderes, faculdade, direitos potestativos e outras realidades que, contrariando a boa-fé, tornam-se linguagem ilegítima do Código Civil. Isto é: não tem de haver necessariamente qualquer direito subjetivo; trata-se simplesmente do exercício de posições jurídicas⁶⁰.

O abuso do dever de informar poderia ser examinado, regra geral, de duas formas: por ação, quando o fornecedor induziria o consumidor em erro, ou até mesmo por omissão, quando o fornecedor se eximiria de expor informações relevantes para o caso. A violação do dever de informar também seria averiguada mediante um vício simples, *innocent misrepresentation*⁶¹, quando a incorreção da informação fosse em virtude de negligência do fornecedor. Em tais hipóteses, o fornecedor incorreria no fenômeno da culpa *in contrahendo*, uma vez que violaria os deveres de informação decorrentes das regras da boa-fé e contrários ao sistema formal.

Contudo, o objeto do presente estudo não se subsume a tais hipóteses. Pelo contrário, no caso em tela os fornecedores atendem de forma eficaz às normas inerentes à informação do objeto a ser contratado ou do serviço pactuado, mas, ainda assim, implicam abuso do direito.

Toma-se como paradigma os casos de comércio eletrônico, em que o fornecedor tem de cumprir todas as normas descritivas, sob pena de descumprimento legal. Parte-se do pressuposto desse estudo que o fornecedor, ao emitir a informação, deva fazê-lo da forma mais correta e completa possível, importando os princípios da lealdade e veracidade⁶².

Neste compasso, o fornecedor deve se atentar à substancialidade⁶³ da informação transmitida (albergar todas as minúcias expostas e aquelas relevantes para o consumidor), a qual varia de acordo com a razão inversa da precisão: quanto mais preciso for um dever, mais formal será seu cumprimento.

O decreto-lei 24/2014 consagra um catálogo demasiado extenso e não exaustivo⁶⁴ de informações pré-contratuais necessárias: elementos de caracterização do fornecedor⁶⁵, características do bem ou serviço⁶⁶; composição do preço⁶⁷ (módulo de cálculo, descrição das despesas, ônus); modalidade de pagamento⁶⁸ (leia-se entrega, execução, sistema de tratamento de reclamação); disposição⁶⁹ acerca da existência de livre resolução do contrato; disposição⁷⁰ acerca dos valores proporcionais de serviços que são contratados, acaso o consumidor não utilize do mesmo; custo⁷¹ de utilização da técnica de comunicação à distância; duração do contrato e aspectos de renovação automática⁷²; existência e prazo de garantia e condições pós-venda⁷³; existência de código de conduta relevante⁷⁴, duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato, quando for o caso⁷⁵; necessidade de depósito ou garantias financeiras⁷⁶; sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais⁷⁷ e, finalmente, a possibilidade de acesso a um método extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja vinculado, e o respectivo modo de acesso⁷⁸. No entanto, o mesmo regramento expõe que a informação deva ser clara, compreensível e objetiva.

A aparente contradição é facilmente resolvida com a interpretação teleológica da norma; ou seja, o que o legislador quis dizer é que o consumidor deve ter acesso (a qualquer tempo) a todas as informações detalhadas no momento da contratação. Não necessariamente obter todas as informações aglomeradas em um único contexto, como é corriqueiro nas vendas e serviços online.

Por outro lado, o legislador foi uníssono no sentido de ser necessária a objetividade das informações relevantes, em especial pela ausência de tempo no mundo moderno.

A questão prática é que, na maioria das vezes, o fornecedor engloba todas as informações (pouco importantes e cruciais) em um mesmo rol, sem distingui-las. Assim, o consumidor é assoberbado de informações, muitas delas sem utilidade real, as quais acabam por confundi-lo.

O fornecedor
deve se atentar à
substancialidade
da informação
transmitida

O excesso de informação, por vezes, gera a indiferença informativa⁷⁹, colocando em xeque a credibilidade das informações ali postas, inclusive aquelas ditas cruciais. Ademais, o modo de apresentação das informações difundidas pelo fornecedor tem eficácia incerta, dependendo unicamente da forma com que é transmitida para o consumidor, especialmente por se tratar de meio eletrônico.

Assim, para situação designada, a solução seria disponibilizar ao consumidor um resumo das informações elementares para a contratação (qualificação das partes, objeto, forma de pagamento; execução e possível resolução contratual) e, ao mesmo tempo, possibilitar o acesso instantâneo de informações detalhadas sobre cada elemento contratual. No entanto, a prática difere da teoria.

Valendo-se do amparo normativo acima descrito, com ou sem culpa, o fornecedor excede o seu dever de informar e acarreta prejuízos ao consumidor, consubstanciando-se em abuso do direito (dever) na perspectiva do vilipêndio à função social, e não pela infringência da boa-fé, consoante se observará adiante.

3.2 Perspectiva de posição jurídica dominante do fornecedor em contratos virtuais

Como já mencionado, o presente estudo atina-se ao comércio eletrônico, especialmente aos contratos interativos, aqueles que consubstanciam no intercâmbio⁸⁰ de uma pessoa com um computador, como ocorre nas páginas eletrônicas mais modernas, em que o internauta seleciona os produtos que deseja adquirir e, após este processo de seleção, declara sua vontade de aceitar a oferta mediante um clique confirmatório.

Jorge José Lawand⁸¹ aponta que esses tipos de contratos são próprios ao e-commerce, também denominados de *click-trough agreements*⁸², em que a manifestação de vontade quanto à aquisição de um produto ou serviço ocorre através de um simples click do consumidor internauta⁸³.

Regra geral, tais contratos são também de adesão⁸⁴, vez que têm elaboração prévia e unilateral por parte do fornecedor e a impossibilidade de influência da contraparte. Aliás, é o meio que o fornecedor tem para impelir a contratação de seu modo, em flagrante exercício desarrazoado de sua posição jurídica⁸⁵.

Passo a passo, no comércio eletrônico, a informação é o instrumento⁸⁶ necessário e essencial para se obter negócios jurídicos transparentes e leais, e sua inobservância dá azo ao incumprimento legal e consequente punição.

Aliás, o direito subjetivo à informação que o consumidor possui ante o caráter obrigacional do negócio jurídico que seria entabulado é muitas vezes mitigado pela prestação deficiente da informação pelo fornecedor.

Nesta espécie, assume um papel decisivo a garantia do modelo de informação ou imperativo de transparência⁸⁷, cuja finalidade é potencializar a formação consciente e ponderada da vontade negocial, tornando equânimes as posições de disparidade cognitiva, quer quanto ao objeto, quer quanto às condições do contrato.

Não se deve olvidar que a necessidade de transparência e de informação, atinente à fase da formação da vontade, permite repelir a estrutural assimetria informativa⁸⁸ entre as partes. São exigidos ao fornecedor deveres positivos de informação, de acordo com parâmetros

quantitativos e qualitativos capazes de afiançar a integralidade, a exatidão e a eficácia de comunicação.

Nesse contexto, o regime das cláusulas contratuais gerais⁸⁹ assentou que a informação deve ser preparada consoante o interlocutor da mensagem, uma vez que a capacidade de compreensão depende das experiências de cada um.

Assim, por se tratar de modo de contratação diferenciada, o fornecedor deve ter como pressuposto que seu dever de informar e consequente responsabilidade em fazê-lo é proporcional à ignorância e experiência da contraparte adquirente: quanto mais leiga for, maior será seu dever de esclarecimento⁹⁰.

A acessibilidade⁹¹ é um dos espectros do dever de informação, através da qual a transmissão da informação deve ser necessariamente adaptada ao meio de comunicação empregado, tornando a informação mais inteligível ao interlocutor. Além disso, muitas vezes o consumidor está adquirindo o produto pela primeira vez, sem experiência negocial alguma nos contratos.

Aliás, referida interpretação vai parcialmente ao encontro da ideia desenvolvida pelo professor Menezes Cordeiro acerca da preservação ao direito da legítima ignorância do consumidor⁹². O jurista entende que em contratos de seguro⁹³, por exemplo, não há obrigatoriedade de o tomador acolher a informação que lhe seja disponibilizada. Ou seja, se pretender, ele pode assimilar as informações ali transmitidas.

Por outro lado, o comércio eletrônico deve ser visto sob perspectiva distinta. O consumidor deve, obrigatoriamente⁹⁴ (não por questão volitiva) ter acesso às informações elementares (uma espécie de contrato sinótico contendo objeto do contrato, preço, forma de pagamento, multa rescisória). Caso o consumidor deseje, deve existir a possibilidade de aceder as informações detalhadas⁹⁵ instantaneamente em um ícone de fácil visualização, podendo dispô-las quando entender.

Assim, em contratos virtuais com o consumidor, o direito à legítima ignorância do consumidor estaria resguardado somente para as informações menos importantes para o contrato. Contudo, isso não significa que o fornecedor deve trazer informações a menor; ao revés, deve trazer as opções legítimas para o consumidor, de forma

sintética e ao mesmo tempo extensa, uma vez que o consumidor almeja a qualidade informativa e a legítima compreensão do objeto a ser contratado.

Em recente pesquisa, a professora Sibony⁹⁶ concluiu, através de estudos de casos, que o fornecedor pode distorcer o comportamento do consumidor através de determinadas práticas, mesmo que inconscientes. Trata-se, muitas vezes, de condutas ardilosas do fornecedor ou simplesmente do cumprimento equivocado da legislação vigente (como o caso em estudo) que, em última análise, prejudicam o consumidor levando-o a contratar instantaneamente e de forma impensada⁹⁷. É dizer, não são cumpridos os requisitos da *suitability*⁹⁸ (adequabilidade) da informação, cujos parâmetros fundamentais são especialmente a exatidão, dimensão sucinta, compreensibilidade, clareza e fácil acesso. Por isso a interpretação finalística⁹⁹ da norma deve perscrutar qual o bem tutelado que a regulamentação propôs, considerando os fins objetivos do direito (justiça, segurança jurídica, equilíbrio social e paz).

Fato é que, valendo-se do amparo normativo acima descrito, culposamente ou não, o fornecedor excede o seu dever de informar, acarretando prejuízos ao consumidor.

3.3 A observância da boa-fé

Oliveira Ascensão¹⁰⁰ aduz que a boa-fé expressa no artigo 334 do Código Civil português deve ser entendida pelo sistema jurídico como a boa-fé objetiva, ou seja, são atendidos critérios que estabelecem regras de conduta, no plano das relações intersubjetivas.

Na concretização de valores subjacentes à boa-fé, os deveres peculiares de proteção, informação e lealdade ganham especial relevância porque buscam reverberação na tutela da confiança legítima ou até mesmo na materialidade jurídica.

Aliás, foi com a consagração e o consequente “alargar das posições jurídicas”¹⁰¹ que emergiram, de forma reiterada, tais vetores consecutórios da boa-fé. O âmbito da proteção da confiança e conjuntura das situações jurídicas materiais convergem no seguinte sentido: a conexão e derivação com a boa-fé¹⁰². Uma vez violados, caracterizam-se como disfuncionalidade ante o sistema jurídico.

O princípio da confiança, integrante do conteúdo da boa-fé, surgiu como uma espécie de mediador entre a boa-fé e o caso concreto. Menezes Cordeiro¹⁰³ sintetiza: exige-se que as pessoas sejam abrigadas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a crer na manutenção de um certo estado de coisas. Ou seja, a pessoa que legitimamente tenha confiado em um certo estado de coisas não pode receber tratamento igual como se não o tivesse; seria tratar o diferente de modo igual¹⁰⁴.

É assente na doutrina portuguesa¹⁰⁵ que a tutela da confiança pressupõe a coexistência de quatro requisitos: (i) uma situação de confiança efetiva e imputável a determinada pessoa; imputação da confiança; (ii) uma justificação para tal confiança, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocar uma crença plausível; (iii) um investimento de confiança, resultante dessa e traduzido por atos externos e concretos; (iv) uma imputação da confiança à pessoa atingida pela proteção dada ao confiante.

No comércio eletrônico a informação é o instrumento necessário e essencial para se obter negócios jurídicos transparentes e leais

Da teoria à prática, no objeto deste estudo, observa-se que o fornecedor perfaz todos os requisitos propostos pela doutrina. No primeiro instante, no momento em que o consumidor procura o sítio eletrônico do fornecedor para adquirir um bem ou serviço, é depositada uma confiança¹⁰⁶ por parte do adquirente. Tal confiança é justificada pela própria reputação do fornecedor, pela qualidade dos produtos ou serviços que são prestados ou até mesmo em razão do preço cobrado. O investimento na confiança é manifestado pelo desenrolar da negociação, consequente contrato entabulado e as responsabilidades contratuais vindouras, as últimas vistas como reflexo da imputação da confiança ali depositada.

Outrossim, a vertente da primazia da materialidade subjacente¹⁰⁷ visa garantir a conformidade material dos exercícios jurídicos, exigindo-se a efetividade dos valores pretendidos pelo ordenamento. O formalismo jurídico é sucumbido pela efetiva concretização material das regras e princípios consagrados pelo legislador.

Melhor: é da materialidade subjacente¹⁰⁸ que decorrem exigências ético-jurídicas que ditam o comportamento dos envolvidos. As negociações devem ter como paradigma¹⁰⁹ o consenso contratual e não objetivos secundários e, por vezes atroz, a chicana ou simples infligir de danos à contraparte.

Aqui, por sua vez, não existe nenhuma infração por parte do fornecedor que, de forma diligente, trouxe todas as informações legais dispostas na norma com detalhes, suprimindo aparentemente todas as expectativas do consumidor. Isto é, a infração à boa-fé *in contrahendo*¹¹⁰ estaria configurada se o fornecedor não descrevesse toda a realidade relevante à contraparte, sem utilizar termos adequados para o fazer, como fidelidade, o que não é visto no caso em análise.

Observe que o fornecedor preencheu os três requisitos¹¹¹ imanescentes ao dever de informar: adequação (no momento em que empregou os meios compatíveis com o destinatário), suficiência (leia-se informação integral, sem omissões) e veracidade (elementos condizentes com a realidade do produto ou serviço).

Pois bem. Mesmo cumprido singularmente o dever de informar, atento aos requisitos da boa-fé disposta no instituto do abuso do direito, caberia ao consumidor sofrer as consequências desse fato jurídico desconforme¹¹² que lhe prejudica diariamente ao contratar através da internet?

Se se adotar o entendimento da professora Elsa Dias de Oliveira¹¹³, chegar-se-á à conclusão de que não haveria solução ao consumidor, uma vez que tendo o fornecedor feito esforços sérios no sentido de informar o consumidor, se este não fizer a mínima diligência no sentido de se informar, o fornecedor nada mais poderia fazer nem também deveria ser responsabilizado por tal ignorância do consumidor. Tal mecanismo funcionaria como uma espécie de contrapeso da obrigação de informar a cargo do profissional. Explica a professora¹¹⁴ que apesar do dever de informação pré-contratual legalmente previsto, o consumidor tem o ônus de agir de modo a conhecer as informações que lhe estão a ser disponibilizadas, não podendo o profissional ser a *posteriori* responsabilizado pela circunstância de o consumidor não querer ter conhecimento das informações que lhe foram prestadas em conformidade com a legislação vigente.

Contudo, com a devida vênia, entendemos que a resposta é negativa. Muito embora amparado no ordenamento jurídico¹¹⁵, o fornecedor incidiria no fenômeno do abuso do direito por infringência à função social do direito (dever) e, por conseguinte, deveria ser responsabilizado.

Passa-se a análise ao tópico seguinte.

3.4 A infringência à função social

De início, cumpre tecer a seguinte ponderação: apesar da *função social* de um direito (ou dever) ser reflexo do *interesse social* que ali esteja em discussão, as duas expressões serão utilizadas como sinônimas, ante a proximidade semântica.

Pedro Pais de Vasconcelos¹¹⁶, ao referir *ao fim social ou econômico do direito* disposto no artigo 334, aponta a necessidade de distinguir o direito subjetivo enquanto categoria jurídica e os direitos existentes em concreto. Explica o autor¹¹⁷ que o direito subjetivo, enquanto ordem jurídica, tem uma função social, almejando resultados em benefício da sociedade; enquanto função pessoal deve contribuir para a realização particular do cidadão. Complementa¹¹⁸ que em regra os direitos subjetivos seguem uma dinâmica própria: o seu fim é eminentemente pessoal, mas pode assumir função social e economicamente relevantes, sempre que a sua titularidade e o efetivo exercício tangenciem aos interesses de ordem pública.

Nesse sentido, é notório que o vínculo jurídico-obrigacional materializado em um negócio jurídico pode ser realizado sob a perspectiva de um interesse social subjacente¹¹⁹. Aliás, o interesse social¹²⁰, por redundância (o interesse da própria sociedade), tem sua origem no próprio princípio da isonomia¹²¹ entre as partes, bem como nos princípios da liberdade e da autonomia da vontade.

A expressão função social, por ser um conceito juridicamente indeterminado¹²² e não expresso no ordenamento português, tem seu conteúdo atribuído pelo operador do direito consoante as nuances de cada caso, sempre tendo em conta o resguardo dos direitos subjetivos mais elementares. Nesse vértice, o professor Ascensão¹²³ ensina que o âmbito e o conteúdo da norma já estão fixados, mas seu exercício é concretizado por meio de momentos funcionais. Ou seja: cada direito

ou dever (como se vislumbra no caso em tela) passa pelo crivo da função social, em especial na designação de suas exigências que somente se verificam na aplicação da norma. Se o titular o exerce afastando-se de sua finalidade (no caso em debate, defesa do consumidor) incorre em abuso do direito.

Obtempera Ascensão que o ato se torna abusivo quando violar um limite funcional representado pela função social do direito. Em que pese a necessidade de criação de um instituto autônomo¹²⁴, o fim social e econômico constitui um limite funcional¹²⁵.

No estudo em destaque, a função social e econômica do direito – no caso, o direito à informação do consumidor e o consequente dever de informar do fornecedor – é percebida quando os interesses das partes possam ser legitimamente obtidos e alcançados, sem prejuízo dos interesses socialmente mais relevantes¹²⁶. Explico. O interesse relevante aqui albergado é a proteção da parte vulnerável da relação comercial: o consumidor¹²⁷.

Nesse passo, a liberdade comercial entre as partes deve encontrar justo limite no interesse social (no caso, a resguarda do consumidor) e nos valores personalíssimos do cidadão. Qualquer avanço para além dessa fronteira caracteriza abuso, judicialmente atacável¹²⁸.

Em adendo, cabe mencionar o fenômeno da constitucionalização¹²⁹ do direito civil, ao dar prevalência a pessoa (consumidor) em relação à coisa (objeto do contrato), isto é, o primado da pessoa, por ocasião de cada elaboração dogmática, em cada interpretação da norma. Dito de outra forma, na medida em que se atribui maior dimensão social às relações privadas, por óbvio diminui-se o espaço da autonomia comercial¹³⁰, como reflexo da ordem constitucional¹³¹.

É neste sentido que o fim social do dever de informação é, em última análise, assegurar negociações mais cedas, afastando cláusulas que colidem com a ordem pública, e assim envolvendo partes substancialmente mais iguais, com o que se garante uma igual dignidade social aos indivíduos¹³².

Aliás, tal lição é extraída do ordenamento jurídico brasileiro através do Código Civil de 2002, que consagrou o princípio da socialidade, atribuindo a todas as categorias civis¹³³ função social, especialmente aos contratos e à responsabilidade civil.

À semelhança das lições brasileiras, referido entendimento converge com aquele adotado pelo ordenamento jurídico luso, notadamente pela compreensão que o legislador teve ao consagrar os direitos do consumidor com relevo constitucional, em especial no tratamento dedicado à informação¹³⁴. É tanto que a tutela do indivíduo enquanto agente econômico (consumidor) insculpe-se aos direitos fundamentais, especificamente aos direitos econômicos e sociais, inscrevendo-se a necessidade de repor um mínimo de igualdade¹³⁵ dos consumidores ante a supremacia técnica do fornecedor. Mais que isso: legitima¹³⁶ as ações públicas interventivas na atividade dos fornecedores de bens e serviços necessárias para implementá-las, tendo em vista sua força irradiante¹³⁷.

Na verdade, foi o instrumento hábil utilizado pelo legislador com o fito de repor um mínimo de igualdade¹³⁸ nas relações com consumidores, consagrando a proteção objetiva ao consumidor e atrelando-os ao escorreito uso dos meios contratuais adequados.

A função social *stricto sensu* do direito à informação¹³⁹ é materializada na legislação ordinária através do decreto-lei 24/2014¹⁴⁰, quando eleva o caráter informativo como guia do consumidor, desobrigando-o, por exemplo, de pagar custos e encargos se não foi devidamente informado. Por outro lado, pode também ser verificada no código de consumo¹⁴¹ ao dispor sobre a responsabilidade civil do fornecedor caso descumpra o dever de informar.

Acresce-se: a lei de consumidor e as diretivas aqui expostas são normas, *per si*, de função social¹⁴², que trazem como consequência alterações substanciais nas relações juridicamente relevantes na sociedade, sobrelevo quando a legislação infra introduz novos direitos ou até mesmo limita de maneira imperativa as relações jurídicas de direito privado.

Em que pese o ordenamento jurídico estar em sintonia com a preocupação moderna de proteção aos consumidores ante os abusos perpetrados pelos fornecedores, ele não se preocupou com a carga

Na concretização de valores subjacentes à boa-fé, os deveres peculiares de proteção, informação e lealdade ganham especial relevância

excessiva de informação ao consumidor. Dessa forma, o abuso do direito (dever)¹⁴³ reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídicos subjetivos por, embora consentâneos às normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem. Repisa-se: não se trata de infringência aos deveres decorrentes da boa-fé (alhores demonstrado), mas sim à parte final do artigo 334, que dispõe sobre a infringência à função social.

Conquanto sob a aparência de um comportamento lícito (qual seja, dever de informar), o exercício de tal direito/dever não cumpre, em concreto, a intenção normativa que materialmente fundamenta a obrigação disposta: o dever de informação justa¹⁴⁴.

No caso em estudo, o direito à informação, enquanto direito fundamental português, revela também uma dupla perspectiva, tanto como direitos subjetivos individuais quanto como elemento integrante da sociedade¹⁴⁵. Se analisado sob essa ótica, o direito à informação (dever do fornecedor) ganha função autônoma que extrapola o próprio prisma subjetivo.

Em abono da nossa tese, o abuso do direito (dever) assume uma perspectiva transcendental, em que os interesses coletivos se sobrepõem aos individuais. Ou seja, os efeitos do negócio jurídico ultrapassam a relação entre as partes e atingem a sociedade, numa espécie de efeito *erga omnes*¹⁴⁶.

Por fim, a função social do dever de informar do fornecedor é permitir que o consumidor obtenha a informação adequada¹⁴⁷, correspondendo às suas reais expectativas e necessidades, aferidas em função do conteúdo, finalidade e amoldamento.

4. Inaplicabilidade do instituto da culpa *in contrahendo*

A questão fulcral que deve ser posta em evidência aqui é a seguinte: não seria o excesso de informação promovido pelo fornecedor uma espécie de culpa *in contrahendo*?

De forma preliminar, cabe traçar linhas gerais sobre a culpa *in contrahendo*. Insculpida no artigo 227¹⁴⁸ do Código Civil português, existe culpa nas preliminares e na formação dos contratos quando alguma parte não proceder segundo as regras da boa-fé.

Aliás, a boa-fé pode ser entendida sob duas grandes vertentes: por um lado, tem um sentido subjetivo que se consubstancia num estado de ignorância ou desconhecimento do sujeito face a certos fatos; por outro, uma vertente objetiva que se materializa numa norma de conduta externa que exige aos seus destinatários um comportamento conforme com aquela¹⁴⁹.

Acresce-se que a boa-fé objetiva surge através de uma norma que a prevê e que, como tal, deve ser observada pelos seus destinatários ou pode até ser utilizada para corrigir preceitos legais cuja aplicação em desrespeito a estes ditames poderia ir contra o sistema¹⁵⁰.

Independentemente do conceito e da origem, o juízo da boa-fé descrito no artigo 227 não se encontra disposto em lei; é mister uma referência aos padrões¹⁵¹ de comportamento aceitável e exigível dos contraentes no contexto da sociedade e do contrato que lhe é inerente, especialmente os usos e costumes típicos na negociação.

Neste viés, Menezes Cordeiro¹⁵² explicita que a culpa *in contrahendo* revela a sua concretização em três áreas historicamente consagradas pelo legislador português. Do dever de atuar consoante a boa-fé derivam-se os deveres de proteção, deveres de informação e deveres de lealdade.

Nas palavras do autor¹⁵³, os deveres de proteção são recíprocos entre as partes, mesmo em sede de negociações preliminares, responsabilizando-as em qualquer ação propensa a causar danos diretos ou indiretos à outra.

Segue o professor consignando que os deveres de informação se traduzem nos esclarecimentos necessários (seja por ação, com indicações obscuras, ou até mesmo por omissão) entre as partes para a conclusão correta do contrato, em especial quando uma parte se apresenta mais fraca que a outra¹⁵⁴. Leia-se a necessidade das partes de partilhar informações com relevância para a conclusão do negócio e dados relevantes, seja espontaneamente¹⁵⁵ ou ante a solicitação da outra parte.

Por outro lado, para avaliar concretamente se houve infração ao dever de lealdade, é necessário perquirir se, nas circunstâncias postas, um observador, isento, mas informado sobre tais fontes, as consideraria subversivas a um comportamento honesto¹⁵⁶.

Nos critérios legais, os deveres de lealdade¹⁵⁷ vinculam as partes a não assumirem comportamentos esdrúxulos que traduzam deslealdade entre ambas (ex. própria ruptura das negociações, uma vez que uma parte tenha adquirido confiança de que elas entabulariam o negócio). Tem aspecto residual, visto que engloba no âmbito material toda questão pré-contratual que não se inclua nos deveres de proteção e esclarecimento.

Assim, é da violação desses deveres de conduta decorrentes da boa-fé que emerge a culpa *in contrahendo*¹⁵⁸. Valer dizer, resulta patente quando a violação da tríade de deveres acarrete a frustração da confiança¹⁵⁹ criada na contraparte, ou pela atividade anterior ao fato ensejador ou quando essa violação altere o sentido fulcral das negociações, de maneira que as partes não possam continuar nos termos originais propostos por ambas.

De fato, a culpa *in contrahendo* é nítida quando uma pessoa que aceita um contrato desfavorável não for devidamente esclarecida nas tratativas preliminares, mormente em que deveria a parte detentora de conhecimento fazê-lo. Esclareça-se também que a culpa *in contrahendo* tem natureza de responsabilidade obrigacional¹⁶⁰, tendo em vista a violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa-fé.

Ultrapassadas tais considerações, insta frisar que no estudo relatado não existe violação a nenhum desses deveres descritos, nem por ação (com indicações inexatas do serviço), nem tampouco por omissão (já que houve o cumprimento de todos os dados necessários e legais dispostos na lei por parte do fornecedor).

Aliás, se o fornecedor infringisse a boa-fé, estaríamos diante propriamente da culpa *in contrahendo* e não do abuso do direito. Cumpre dizer também, tão somente para constar, que não incorreria no caso da responsabilidade civil por conselho, recomendação ou informação¹⁶¹ disposta no artigo 485, n. 2, do Código Civil, vez que não inculparia o fornecedor no requisito de ter agido com negligência ou procedido com a desiderato de prejudicar.

Aperfeiçoando essa concepção, a inaplicabilidade da culpa *in contrahendo* e a constatação do abuso do direito seria mais evidente ainda se partíssemos do pressuposto do professor Carneiro da Frada¹⁶². O doutrinador entende que, apesar de qualquer informação ser inerente

ao objetivo de gerar a confiança de outrem no tocante ao seu conteúdo, a culpa *in contrahendo* não se reconduz a esta proteção, abarcando um campo de atuação que, ainda que em alguns casos sobreposto, não é com ela coincidente.

Ademais, consoante Frada, a responsabilidade pré-contratual por violação de deveres de informação não deve ser entendida como responsabilidade pela confiança, mas sim por uma responsabilidade proveniente da “causação indevida de uma confiança alheia”¹⁶³. É dizer: o enfoque deve ser posto não na confiança transmitida pelas informações ao consumidor, mas sim na razão indevida dessa confiança. Arremata o professor que aquilo que se pune é, portanto, o infringir dos deveres de correção, lealdade e honestidade que a ordem jurídica impõe à sociedade, em especial sancionando a indução de representações falsas¹⁶⁴.

Note que no caso aqui debatido, qual seja, excesso de informação por parte do fornecedor nos contratos via internet, não existe infração à correção, lealdade ou honestidade. Ao revés, o fornecedor cumpriu todos os requisitos morais e legais, esclarecendo pontualmente o fornecedor sobre todas as cláusulas contratuais e de forma minuciosa.

Fato é que, mesmo cumprindo os requisitos da boa-fé, o fornecedor incorre no fim social e econômico do direito posto em voga. Exceder os limites do fim social ou econômico do direito é um dos fundamentos do abuso do direito disposto no artigo 334 do Código Civil português.

A miríade de informações dispostas pelos fornecedores em inúmeras situações colide com o fim social e econômico que constitui a *ratio legis* do consumidor, subvertendo a própria essência consumerista de proteção à parte hipossuficiente.

5. Consequências do abuso do direito (dever)

Quando uma informação¹⁶⁵ é transmitida por uma pessoa (fornecedor) que esteja em uma situação objetiva de supremacia de posição jurídica é imprescindível ter cuidado especial em suas tratativas preliminares, sob pena de violar os bons costumes e provocar danos.

Nesse tom, o exercício disfuncional da posição jurídica do fornecedor configura ato ilícito, capaz de gerar eficácias alheias à indenização, como possibilidade de invalidade e eficácia paralisante¹⁶⁶.

Assim, de forma bem elucidativa, Menezes Cordeiro¹⁶⁷ explicita que as consequências do abuso do direito podem ser as mais variadas: a supressão do direito, a cessação do concreto exercício abusivo (mantendo o direito), dever de restituição (em espécie ou em equivalente pecuniário) e, finalmente, o dever de indenizar, uma vez verificados os pressupostos de responsabilidade civil.

No mesmo sentido, Cunha de Sá¹⁶⁸ reitera que pode existir uma gama de sanções que impedirão que o titular do direito abusivamente exercido obtenha ou conserve as vantagens que obteve com a prática do ato abusivo, sendo seus consectários a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade ou a rescindibilidade do ato ou negócio jurídico, quando for na sua prática que o abuso se verifique, ou até ao restabelecimento da verdade ou da realidade dos atos com ele conexados.

Mutatis mutandis, referidas consequências devem ser estendidas para a perspectiva do abuso do dever aqui proposto. Como se observa, não se trata de situação em que as partes se encontram em desigualdade de oportunidades para obtenção de informação. Muito pelo contrário. É o *modus operandi* peculiar de transmitir a informação pelo fornecedor que acarreta variadas consequências práticas para o consumidor.

No primeiro plano, se o contrato ainda não tiver sido concretizado, o magistrado pode fazer cessar referida conduta abusiva aplicando multa diária¹⁶⁹ com o fito de deter a arbitrariedade. Basta observar, por exemplo, as variadas tutelas concedidas pelo Judiciário para suspender publicidade enganosa ou liminares que retiram do ar os sítios eletrônicos até que a empresa interrompa o abuso.

Por outro lado, uma vez concretizado o contrato, o abuso do fornecedor pode ter efeito colateral no próprio conteúdo¹⁷⁰ contratual, anulável a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287 do Código Civil¹⁷¹. Aliás, nesse caso, a expressão função social deve ser visualizada com o sentido de finalidade coletiva, sendo reflexo do princípio da relativização da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*)¹⁷². Assim, os limites do dever de informar tendem a coincidir com os fundamentos da anulabilidade¹⁷³ do contrato pactuado.

Há ainda a possibilidade do contrato gerar prejuízo¹⁷⁴ substancial ao consumidor. Nessa hipótese, a doutrina diverge. Uns entendem que a pretensão indenizatória se dirige ao interesse negativo, ou dano da confiança¹⁷⁵. Ou seja, a indenização deveria cumprir apenas a diferença entre a situação patrimonial atual do lesado e a situação patrimonial que existiria se o contrato não tivesse sido celebrado ou se o negócio não tivesse sido concluído.

Outros¹⁷⁶ compreendem que a indenização pode resvalar não somente nas despesas realizadas, nos lucros cessantes, mas também no interesse positivo do contrato, quando, por exemplo, cobriria a diferença entre a situação patrimonial do lesado e a situação patrimonial que existiria se o contrato fosse celebrado em equilíbrio.

Há ainda quem sustente, de forma ousada, a necessidade de compensar a parte “inocente” (o consumidor) pelo ganho materialmente obtido pela parte que violou os deveres pré-contratuais¹⁷⁷.

Insta acentuar que condutas esdrúxulas dos fornecedores podem ser combatidas mediante ação inibitória¹⁷⁸ proposta por qualquer pessoa que tenha interesse legítimo, com vistas a prevenir, corrigir ou até mesmo fazer cessar as atitudes reprováveis.

Em viés diametralmente oposto, outra consequência do abuso do direito (dever) por parte do fornecedor pode ser realizada pelos próprios consumidores em atitudes proativas de não adquirirem o produto ou o serviço, sem a necessidade de ordenamento jurídico coercitivo.

O doutrinador Mark Kawakami já previa esse método como mecanismo de o consumidor se tornar independente de um sistema jurídico eminentemente falho e demorado. A autonomia do consumidor seria consubstanciada com a criação de uma plataforma online para os consumidores opinarem sobre os sites dos fornecedores, promovendo o efeito cascata entre os consumidores acerca dos fornecedores negligentes e ineficientes, numa espécie de *collaborative consumer protection*¹⁷⁹.

Em suma: seja pela via moral – em que o consumidor deixaria de comprar ou contratar serviços de determinado fornecedor – ou pela ordem legal – em que o poder judiciário puniria qualquer transgressão à legislação vigente –, o direito do consumidor deve ser resguardado sempre.

6. Conclusão

O estudo partiu do fenômeno contemporâneo que desafia os contratos virtuais consumeristas: o excesso de informação. Ao trazer todas as nuances do dever de informação dispostas na Constituição portuguesa e nas leis esparsas, ficou clara a evolução protetiva das leis do direito do consumidor ao longo dos últimos anos.

Contudo, o afã do legislador de resguardar o direito do consumidor não foi transformado em tutela real. O malfadado esforço em normatizar ao máximo o dever de informação, promovido através de diretivas descoordenadas entre si, não atingiu o resultado desejado, demonstrando-se que o sistema é ao mesmo tempo protetivo e defeituoso.

Nesse compasso, ficou nítido que a noção de quanto mais informação melhor para o consumidor foi sucumbida pela consequente desinformação por parte deste. Basta observar, por exemplo, que a plethora de informações veiculadas pelo fornecedor, na prática, não permite que o consumidor diferencie quais são as mais relevantes, prejudicando a assimilação daquelas essenciais para o contrato.

Fixadas tais premissas, o estudo inovou e trouxe o instituto do abuso de direito, sob a perspectiva do exercício de posição dominante, como abuso de dever. No caso paradigmático discutido, revelou-se que mesmo tendo o fornecedor respeitado as normas dispostas no ordenamento, ele excede o dever de informar e causa danos ao consumidor, infringindo o abuso do direito na perspectiva da função social.

Na verdade, restou evidente que não se insculpia ao instituto da *culpa in contrahendo*, uma vez que o fornecedor obedeceu eficazmente aos deveres positivos de informação e observou os critérios da boa-fé e seus princípios decorrentes: da proteção, confiança e lealdade.

Quanto ao abuso do dever propriamente dito, restou explícita a violação à função social do dever no momento em que o exercício de tal direito/dever não desempenhou a intenção normativa de informação adequada para o consumidor, ou melhor, não atendeu aos preceitos constitucionais de tutela ao consumidor.

Em sequência, o estudo delineou que as consequências do abuso do dever do fornecedor são, *mutatis mutandis*, as mesmas empregadas

pela teoria do abuso do direito. Por exemplo, a cessação do concreto exercício abusivo do dever, aplicada no caso em que o fornecedor não altere o *modus operandi* de transmitir a informação, ou até mesmo a consequência de indenizar o consumidor se comprovado o nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano decorrente.

Por último, constatou-se que o excesso de informação (embora sob a aparência de um comportamento lícito do fornecedor), em regra, se traduz em desinformação por parte do consumidor e, portanto, considerar tal comportamento como abuso do direito (dever) do fornecedor pode ser mecanismo eficiente para reparar tal situação.

Notas

1. Trabalho apresentado para fins de avaliação da disciplina Direito Civil I/II, turma A, sob orientação do Professor Doutor António Menezes Cordeiro e da Professora Doutora Maria Raquel Antunes Rei, do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa.
2. João Pedro Leite Barros. Doutorando na Universidade de Lisboa.
3. Como mostra Ignácio Ramonet, nos últimos trinta anos, mais informação foi produzida no mundo que durante os cinco mil anos anteriores, ilustrando que “uma única cópia da edição de domingo do New York Times contém mais informação do que uma pessoa bem-educada do século XVIII consumiria em toda a sua vida”. Cfr. RAMONET, Ignácio. *La tyrannie de la communication*. Paris: Galilée, 1999, p. 184.
4. Vide a evolução legislativa portuguesa.
5. Confira artigo 60 - Direitos dos consumidores 1. Os consumidores têm direito 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. Vide a trajetória da relevância constitucional do consumidor em CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 780.
6. Vide artigo 8º da lei de defesa do consumidor.
7. Aprovado pelo DL 446/85 e alterações, em especial aos artigos 5º e 6º.
8. Confira UNIÃO EUROPEIA. *Directiva n. 2000/31/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT> >.
9. Vide LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 102 e ss.
10. Confira MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 14 e ss.
11. Vide MONTEIRO, 1989, p. 154.

12. Vide comentários de VASCONCELOS, Pedro Pais de. O abuso do abuso do direito: um estudo de direito civil. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 1, 2015, p. 41
13. Na economia consumista, os produtos surgem, e só então se buscam aplicações para eles. Cfr. BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 351.
14. A professora Paula Vaz Freire desenvolve a concepção dominante de crescimento econômico ilimitado associado a riscos calculáveis. Confira em: FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Org.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 375-379. Ademais, a conduta acentuada dos fornecedores é facilmente visualizada nos contratos eletrônicos com consumidores, objeto deste estudo, especialmente porque o consumidor, em regra, vincula-se a contratos que são celebrados automaticamente, sem liberdade para alterar as cláusulas ali expostas.
15. O fato de ser comércio eletrônico não beneficiaria nem tampouco prejudicaria o consumidor. Cfr. OLIVEIRA, Elsa Dias. A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58
16. O discurso do presidente norte-americano John Kennedy é considerado o marco histórico da proteção do consumidor. cf. SILVA, João Calvão da. A publicidade na formação do contrato. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 696.
17. Vide decreto-lei 7.962 de 2013 que regulamenta a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Ademais, o excesso de publicidade eletrônica, muitas vezes agressiva para com o consumidor induz ao consumo, impossibilitando o adquirente de ter o discernimento necessário para avaliar se o produto é realmente aquele que deseja. Confira CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de Direito do Consumo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 159-165.
18. Confira VICENTE, Dário Moura. Culpa na formação dos contratos. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 278. Vide também VICENTE, Dário Moura. Tendências da Codificação do Direito Civil no século XXI: Algumas Reflexões. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 701-717.
19. Vide VICENTE, Dário Moura. A informação como objeto de direitos. In: *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, n. 1, 2014, p. 116.
20. Confira artigo 7, n. 1, do Código dos Valores Mobiliários, 304- A, n. 2, e artigo 8, n. 1, da lei de defesa do consumidor.
21. Vide lei de defesa do consumidor, cláusulas gerais, diretiva 24/2014.
22. Vide conceito bem explicitado por PACE, Alessandro. Informazione: valori e situazioni soggettive. In: *Diritto e società*, Milão, fascicolo 4, 2014, p. 735 e ss.
23. Cumpre salientar que os deveres pré-contratuais de informação foram dispostos pelo Código Civil, em seu artigo 227.

24. O direito dos cidadãos à informação já se encontrava de forma difusa nas Declarações Universais e das Cartas de Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão. Vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 595-614.
25. Esses preceitos refletem a aplicação do artigo 573 do Código Civil português, *verbis*: art. 573 (Obrigação de informação) – A obrigação de informação existe, sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias.
26. Confira artigos 5º, 6º do DL 446/85. Sobre a perspectiva da informação como sendo um fato social, vide: MONTEIRO, 1989, p. 18 e ss.
27. Confira ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: Conceito, Fontes, Formação*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 167-168. Confira também: SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 59-64. Vide seguinte julgado: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 109/13.0TBMLD.P1.S1. Relator: Helder Roque. Lisboa, 02 de junho de 2015.
28. Já aduzia Ascensão que a fase que precede a formação de um contrato não é um vazio jurídico. Mesmo fora do que representa propriamente o processo formativo do contrato – que desemboca no acordo – já há disciplina jurídica. Confira em ASCENSÃO, 1999, p. 366 e 367.
29. Mesma compreensão difundida por VASCONCELOS, 2015b, p. 47. Fernando Araújo descreve acerca dos efeitos da assimetria de informação na perspectiva da análise econômica do direito, dispondo os prós e contras sobre a indiferenciação informativa. Cfr. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 280-285.
30. APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do Dever Pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 102; Cfr. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n. 2356/10.8TVLSB.L1.S1. Relator: Silva Salazar. Lisboa, 7 de janeiro de 2014.
31. OLIVEIRA, 2012, p. 75.
32. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 432.
33. Confira APOSTOLIDES, 2008, p. 40 e ss.
34. Vide SCHMIDT, Joanna. La sanction de la faute precontractuelle. In: *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, v. 72, 1974, p. 46-73.
35. Para mais sobre o tema, vide TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 20. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 666.
36. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*. Suplemento XIV. Coimbra: BFDUC, 1966, p. 156-157.
37. O professor Menezes Cordeiro pormenoriza as modalidades do dever de informar, desde a distinção sobre a fonte, conteúdo, autoria da determinação. Confira: CORDEIRO, António Menezes. *Direito bancário*. 5. ed. Coimbra:

- Almedina, 2014, p. 396-400; CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 610-612.
38. SILVA, Eva Sonia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 121 e ss. Confira também LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. v. 1. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 323. Vide seguinte julgado: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo n. 2360/2008-6. Relatora: Fátima Galante. Lisboa, 24 de abril de 2008.
 39. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Culpa do devedor ou do agente. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 68, p. 110 e ss, 1957. Confira também o artigo de COSTA, Mariana Fontes da. *O dever pré-contratual de informação*. Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23890/2/49873.pdf> >. acesso em 02 de agosto de 2016.
 40. Sobre o tema, confira CRAVETTO, Chiara; PASA, Barbara. The ‘Non-sense’ of Pre-Contractual Information Duties in Case of Non-Concluded contracts. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 19, n. 6, 2011, p. 759-785.
 41. Vide VASCONCELOS, 2015b, p. 33.
 42. Sobre a transição da concepção individualista (leia-se absoluta) do direito subjetivo, de plena soberania privada, à concepção relativista (leia-se socializante), confira MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 180.
 43. Ideia desenvolvida por CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I*. tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 311-331.
 44. Para Planiol, abusar do direito equivaleria a agir sem direito. Cfr: SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 329.
 45. Confira PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25.
 46. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 684.
 47. Vide ideia de SÁ, 2005, p. 409.
 48. A corrente subjetivista fundamenta-se em dois elementos que, uma vez interagidos, implicam em abuso do direito: o propósito maléfico de causar um dano (intenção) e a aparência do direito (técnico).
 49. Na verdade, os alemães buscaram na *exceptio doli* e nas chicanas as bases para o abuso do direito. Vide FORTES, Catia Venina Sanderson da Jornada. As semelhanças e as diferenças entre os artigos 334 do CC Português e 187 do CC Brasileiro. In: *Revista de Direito Civil*, Coimbra, n. 0, 2015, p. 141. Vide também CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 82.
 50. As razões para a pouca aplicação do instituto na Alemanha podem ser clarificadas pelo caráter restritivo do paragrafo 226 do BGB, na medida em que o abuso do direito só se tornaria patente se tivesse o escopo de provocar danos a outrem.

- Ademais, o instituto do abuso do direito foi desenvolvido da periferia para o centro. Cfr. SANTOS, Pedro. Das consequências do abuso do direito. In: *Revista de direito civil*, Lisboa, n. 0, p. 199-241, 2015, p. 205.
51. Vide FORTES, 2015, p. 142 e 143 ao citar Menezes Cordeiro.
 52. Fernando Sá desenvolve o caráter amplo do abuso do direito. Cfr. SÁ, 2005, p. 128.
 53. Acerca dos limites da autonomia privada, confira: PERLIGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. traduzido por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 279 e ss.
 54. Ideia desenvolvida por VASCONCELOS, 2015a, p. 241.
 55. Vide CORDEIRO, António Menezes. *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. 2005. Disponível em: < http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614 >. acesso em 23 de mar. 2016. Sobre o tema: ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O abuso do direito e o artigo 334 do Código Civil: uma recepção transviada. In: *Estudo em Homenagem ao professor doutor Marcello Caetano*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 608.
 56. VARELA, João Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 544-545.
 57. A sistematização dos direitos subjetivos remete-se ao antecedente histórico necessário do abuso do direito. Na verdade, o abuso do direito emergiu como referência ao direito subjetivo. Para Pietro Perlingieri, o abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas sim, na correlação com a mais ampla função da situação global da qual o poder é expressão. Confira: PERLINGIERI, 2007, p. 122-123.
 58. Vide FORTES, 2015, p. 169.
 59. CORDEIRO, 2015b, p. 898.
 60. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil V: Parte geral*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 374.
 61. ALMEIDA, 2015, p. 202.
 62. FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.
 63. Vide entendimento de CORDEIRO, 2014, p. 400.
 64. O professor Jorge Carvalho ressalta esse rol constitui no conteúdo mínimo que deve ser emitido pelo fornecedor. Confira em: CARVALHO, 2016, p. 150.
 65. Identificação do fornecedor. Decreto-lei 24/2014, artigo 4º. Itens a, b.
 66. Decreto-lei 24/2014. Item c. artigo 4º.
 67. Decreto-lei 24/2014. Itens d, e, f, g, h. artigo 4º.
 68. Decreto-lei 24/2014. Item i. artigo 4º.
 69. Decreto-lei 24/2014. Itens j, l, n. artigo 4º.
 70. Decreto-lei 24/2014. Itens m. artigo 4º.
 71. Decreto-lei 24/2014. Item o. artigo 4º.
 72. Decreto-lei 24/2014. Item p. artigo 4º.
 73. Decreto-lei 24/2014. Itens q, r. artigo 4º.
 74. Decreto-lei 24/2014. Item s. artigo 4º.
 75. Decreto-lei 24/2014. Item t. artigo 4º.

76. Decreto-lei 24/2014. Item u. artigo 4º.
77. Decreto-lei 24/2014. Itens v, x. artigo 4º.
78. Decreto-lei 24/2014. Item z. artigo 4º.
79. ARAÚJO, 2007, p. 77-80.
80. Confira ideia em LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos Eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87.
81. LAWAND, Jorge José. *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 103.
82. Aliás, essa espécie de contrato é bastante símile aos contratos por adesão, uma vez que, se o contratante não aceitar o que estiver disposto nas cláusulas, não há como refazê-las no sentido de serem dimensionadas aos seus anseios. Cabe ressaltar que o decreto-lei 24/2014, em seu artigo 5º, dispõe de forma expressa a proibição de campos previamente preenchidos pelos fornecedores nos sítios eletrônicos com o fito de cobrar pagamentos adicionais. Para mais, confira: CARVALHO, 2016, p. 159 e ss.
83. Vale ressaltar que a vontade do consumidor deve ser sempre através de um ato comissivo, ou seja, não há possibilidade de presunção de silêncio para eventual contratação. Confira em MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.
84. Nos contratos de adesão não são permitidas discussões prévias e a manifestação de vontade da parte hipossuficiente é prejudicada, ou seja, a vontade restringe tão somente a aquiescer a condição imposta do fornecedor. Para mais, confira em ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 317 e 318.
85. Em última análise, há de convir que a imposição do dever de informação tende a interferir no equilíbrio contratual, em especial se a parte é forçada a partilhar informação que lhe seja potencialmente desfavorável. Para mais, vide ARAÚJO, 2007, p. 553-562.
86. MARQUES, 2004, p. 255
87. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos: Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
88. Na verdade, a massificação dos contratos, em especial aqueles celebrados via internet, promoveu em grande parte desigualdade de níveis de informação entre as partes: a liberdade contratual das partes foi sucumbida pela autonomia da vontade exclusiva fornecedor. Cfr. ALMEIDA, 2015, p. 184.
89. Cf. artigos 4 e 6 do Decreto-lei 446/85.
90. No momento de elaboração das cláusulas contratuais, o fornecedor deve observar as circunstâncias concretas do aderente, nomeadamente a capacidade e o nível cultural do interessado. Confira o seguinte julgado: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 3501/06.3TVLSB.L1.S1. Relator: Lopes do Rego. Lisboa, 04 de agosto de 2010. Confira também PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 738/12.0TBCVL.C1.S1. Relatora: Maria dos Prazeres Beleza. Lisboa, 26 de fevereiro de 2015.

91. PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. In: *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 186-206, 2003, p. 199.
92. *Mutatis mutandis*, o professor Menezes Cordeiro, ao abordar o contrato bancário, esclarece que o excesso de informação é contraproducente para o consumidor, especialmente para o leigo. Contudo, para o meio eletrônico, é fundamental ter as informações básicas contratuais, sob pena de infração legal do fornecedor. Para mais, confira entendimento de CORDEIRO, 2014, p. 409. Vide também CORDEIRO, 2016a, p. 616-617.
93. CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 616.
94. Note que no caso de contratação eletrônica, em regra, não há o contato instantâneo entre as partes, tornando-se indispensável a transmissão das informações contratuais básicas para o consumidor, sob risco do adquirente se valer do *venire contra factum proprium*.
95. Todas aquelas já elencadas pelo rol do artigo 4º do decreto-lei 24/2014.
96. A conduta persuasiva psicológica do fornecedor deve ser melhor estudada, em que pese não existirem conclusões imediatas de como a psicologia pode influenciar diretamente o direito, seja como matéria de prova ou de outra forma. Cfr. SIBONY, Anne-Lise. Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An analysis of the unfair practices directive. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 22, n. 6, p. 901-941, 2014.
97. Confira noção desenvolvida por MARQUES, 2004, p. 273.
98. Para mais, ver LIZ, Jorge Pegado. Algumas reflexões a propósito dos direitos dos consumidores à informação. In: *Liber Amicorum Mário Frota: A Causa dos Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 344.
99. Vide lições do LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Tradução José de Sousa e Brito e Jose Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 381.
100. Confira ASCENSÃO, 1999, p. 419-420.
101. CORDEIRO, 2015b, p. 900.
102. Ligam-se à boa-fé de forma peculiar: o primeiro, atrelado aos temas da aparência e crença; o segundo, por sua vez, o segundo, ao movimento histórico no sentido de superação do formalismo. Vide CORDEIRO, 2015b, p. 901. Confira também: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil IX: direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 543-550.
103. Vide CORDEIRO, 2005. Confira também CORDEIRO, 2015b, p. 1234-1251.
104. A brilhante lição de Rui Barbosa: tratar os iguais de forma igual, desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Vide: BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.
105. Cfr. VASCONCELOS, 2015a, p. 18 e ss; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil I*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 234 e ss. Confira também ALMEIDA, 2015, p. 208; LEITÃO, 2015, p. 52.

106. Em contratos eletrônicos, a confiança tem relevância diferenciada. Confira PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo n. 9807-12.5TBOER.L1-8. Relatora: Teresa Prazeres Pais. Lisboa, 06 de abril de 2015.
107. Vide CORDEIRO, 2015a. Confira também OLIVEIRA, Madalena Perestrelo. Conflitos de princípios na repartição da competência material dos tribunais: os casos aut-aut e et-et. In: *O Direito*, Coimbra, a. 142, v. 3, 2010, p. 593-615.
108. CORDEIRO, 2011a, p. 154 e 155.
109. Vide ensinamentos de CORDEIRO. António Menezes. CORDEIRO, António Menezes. Concessão de crédito e responsabilidade bancária. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 359, 1987, p. 30 ss.
110. Vide entendimento de CORDEIRO, 2014, p. 400.
111. LÔBO, 2011, p. 595-614. A professora Eva Sónia Moreira entende que o dever de verdade está imbricado ao dever de informação: se o fornecedor faltar com a verdade, estaria descaracterizada a prestação da informação ao consumidor. Cfr. SILVA, 2003, p. 71.
112. Jorge Morais Carvalho entende que a conformidade é sempre avaliada pela operação que consiste em comparar a prestação estipulada (explícita ou implicitamente) no contrato e a prestação efetuada ao consumidor. Ou seja, mesmo com observância estrita à norma, o fornecedor incorre em abuso do direito no momento em que, conscientemente ou não, não dispõe de forma adequada o caráter das informações a serem transmitidas ao consumidor, provocando-lhe prejuízos. Confira: CARVALHO, 2016, p. 172 e ss. Vide também acórdão emanado do Supremo Tribunal de Justiça n. 139/12.0TVLSB.L1.S1, 2ª seção, Relator: Oliveira Vasconcelos. Data: 19/11/2015.
113. OLIVEIRA, 2002, p. 74-75.
114. OLIVEIRA, 2002, p. 74-75.
115. Note que existem inúmeros dispositivos de informação que o fornecedor tem que cumprir ao dispor do contrato. Vide artigo 4º do decreto-lei 24/2014, incisos a/z.
116. VASCONCELOS, 2015a, p. 239.
117. VASCONCELOS, *op. cit.*
118. VASCONCELOS, *op. cit.*
119. Confira LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74. Sobre os limites à liberdade contratual e proteção do consumidor, confira: MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010/2011, p. 30-44.
120. No Código de Defesa do Consumidor brasileiro, logo no artigo 1º refere-se, expressamente, à natureza de ordem pública e interesse social (art. 5º, inciso XXXII e do art. 170, inciso V da CF/1988) das normas ali estabelecidas, protegendo o consumidor.
121. Vide tema aperfeiçoado por DRAY, Guilherme Machado. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 83.

122. LISBOA, 2012, p. 134.
123. ASCENSÃO, 2006, p. 612 e ss. Acerca da função social na vertente impulsionadora, vide: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: Reais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 192.
124. Vide posição do professor CORDEIRO, 2011a, p. 371. Nesse contexto, Cordeiro entende que a ponderação do fim econômico e social obriga, necessariamente, a melhor interpretação das normas instituidoras do direito. Converge nesse sentido: MONTEIRO, 1989, p. 548.
125. O professor Ascensão compreende que se deve interpretar o vocábulo “fim” como função, tendo em vista a função que é atribuída a um direito e o que o agente contrariaria com a sua atuação. Cfr. ASCENSÃO, 2006, p. 612.
126. LISBOA, 2012, p. 135.
127. No mesmo sentido: MORAIS, Ezequiel. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 234. Vide artigo 47 do CDC brasileiro. A proteção do consumidor é de ordem pública, constitucionalmente garantida. Confira: MONTEIRO, Antônio Pinto. As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente. In: MENDES, João de Castro et al. (Coord.). *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. v. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 284.
128. Confira ideia em STOLZE, Pablo. *Novo curso de direito civil*. v. 4. tomo 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.
129. No Direito Civil fundado pela Constituição, a prevalência e precedência não de ser atribuídas às relações existenciais, e não aos direitos patrimoniais. Mais que isso: no chamado direito civil-constitucional, não pode haver norma jurídica que não seja interpretada à luz da Constituição e que não se coadune com os princípios fundamentais. Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, confira: MORAES, 2010, p. 30-31; 400 e ss.; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 547-561. Gustavo Tepedino faz críticas sobre a resiliência brasileira em não aproximar o Direito Constitucional ao direito civil. Para mais: TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24; confira também: Cf. TARTUCE, 2014, p. 141.
130. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61 e ss. O professor Fachin entende que o fenômeno da constitucionalização impõe repercussões sobre os institutos jurídicos, que ganharam uma maior funcionalidade, atendendo aos interesses sociais. Vide: FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 72 e ss. Sobre o fenômeno da constitucionalização de normas privadas, confira: LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.
131. Vide artigo 60 da Constituição da República Portuguesa.

132. GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 131.
133. Para mais, vide NEVES, Daniel Amorim; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 75. Confira também TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145.
134. Vide artigo 60, n. 1. da Constituição portuguesa.
135. Confira ideia desenvolvida em NABAIS, José Casalta. O Estatuto Constitucional dos Consumidores. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. v. 1. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 480 e ss. Sobre os deveres fundamentais dos consumidores, confira CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 778 a 786.
136. Confira também em CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 781.
137. NABAIS, 2010, p. 494.
138. O desenvolvimento de obrigação pré-contratual de informação ao consumidor reverbera a necessidade contumaz de autêntica igualdade real entre as partes. Aprofunda-se em DRAY, Guilherme Machado. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 82 e ss.
139. A amplitude internacional é reflexo do standard europeu de elevado nível de defesa dos consumidores, os quais, *per si*, pressupõem exigências tantas quanto aos mecanismos de defesa.
140. Em especial, vide artigo 4, n. 4.
141. Vide lei 24/96. Artigo 8º, nºs 6, 7 e 8.
142. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64. Ademais, as situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. PERLIGIERI, 2007, p. 122.
143. Vide CORDEIRO, 2011a, p. 368
144. Tal noção foi inspirada no professor Barbas Homem, que conclui sua obra da seguinte forma: “(...) a validade de uma noção mínima de injustiça como limite absoluto de validade do direito (...)”. Confira em: HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *O justo e injusto*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2001, p. 141. Ademais, a ideia desenvolvida tem origem no raciocínio do professor Capelleti, ao aduzir que a justiça *stricto sensu* deve ser entendida como justiça social, com buscas de procedimento que sejam conducentes à proteção das pessoas comuns. Confira: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 34 e ss. Confira também a diferença entre obrigação de informar e dever de verdade no seguinte julgado: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 1246/10.9TVLSB.L1.S1. Relator: Helder Roque. Lisboa, 17 de dezembro de 2014.

145. No direito brasileiro, tal ideia é aperfeiçoada por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165.
146. Por exemplo, se a informação no sítio eletrônico de alguma empresa não cumprir com a função social, em demanda individual, pode o magistrado suspender o funcionamento da página virtual, até que cesse a infração.
147. O dever de informar do fornecedor deve ser necessariamente vinculado ao pressuposto básico do direito do consumidor: compreender a noção de consumidor como parte vulnerável, sem levar em conta o que alguns doutrinadores entendem como paradigma: o consumidor médio, esclarecido e advertido. Cfr. LIZ, 2012, p. 350.
148. Aliás, constitui o contraente faltoso o dever de reparar os danos que culposamente promoveu. Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil II: fonte, conteúdo e garantia da relação jurídica*. 5. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 104-105.
149. DRAY, Guilherme Machado. Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2002, p. 75-105 (p. 95). Confira o julgado: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 287/10.0TBMIR.C1.S1. Relatora: Maria Clara Sottomayor. Lisboa, 25 de fevereiro de 2014.
150. CORDEIRO, 2005, p. 405.
151. Vide VASCONCELOS, 2015a, p. 20.
152. Cf. CORDEIRO, 2015b, p. 582. Vide GOMES, Manuel Januário da Costa. *Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 37. Confira também ALMEIDA, 2015, p. 198 e ss; VASCONCELOS, 2015a, p. 433. Em perspectiva diferente, confronte REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. *Do contrato-quadro*. Lisboa: [s.n.], 1997.
153. Cf. CORDEIRO, 2015b, p. 582.
154. Vide as seguintes decisões: C. STJ 4/4/2006 (Oliveira Barros); CJ-ASTJ 14 (2006),1, p. 40-45.
155. A parte, ao negociar, deve se colocar na condição da contraparte e agir, não só como ela de si própria razoavelmente esperaria, mas também como dela seria razoavelmente esperado que agisse, observando os padrões de seriedade e bons costumes. Confira: VASCONCELOS, 2015a, p. 593.
156. Vide ALMEIDA, 2015, p. 204.
157. Disposto no artigo 9º da lei de defesa do consumidor. Confira LEITÃO, 2015, p. 323.
158. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 203-208. Confira também LEITÃO, 2015, p. 320 e ss.
159. Nesse sentido, Rui Ataíde aduz que *responder pela confiança* só não será uma fórmula vazia se o único e verdadeiro fundamento que presidir à imputação dos correspondentes danos consistir na proteção da confiança do lesado. Confira: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Natureza e regime jurídico dos*

- deveres acessórios de conduta. In: *Estudos Comemorativos dos vinte anos da faculdade de direito de Bissau*. v. 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 551 e ss.
160. Sobre o tema da culpa *in contrahendo*, insta salientar finalmente que sua ocorrência não pressupõe automaticamente que o contrato não venha a ser realizado ou que, uma vez concluído, tenha sido defeituoso. Aliás, a violação culposa não impede a conclusão do contrato nem prejudica sua validade ou eficácia. Isso porque, se da conduta culposa e contrária à boa-fé resultar danos, em que pese o contrato seja plenamente eficaz e válido, caberá a incidência do instituto da responsabilidade civil. Cfr. VASCONCELOS, 2015a, p. 243. Confira também a seguinte decisão: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 287/10.0TBMIR.C1.S1. Relatora: Maria Clara Sottomayor. Lisboa, 25 de fevereiro de 2014.
161. Cf. SÁ, 2005, p. 153.
162. FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 159 e ss.
163. FRADA, 2004, p. 483.
164. FRADA, 2004, p. 454 e ss e 466 e ss.
165. Vide ensinamentos de MONTEIRO, 1989, p. 572.
166. Confira as lições de MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas*: Parte Geral do Código Civil. v. 6. São Paulo: Método, 2007, p. 28.
167. Vide CORDEIRO, 2011a, p. 373 e 374. Conceitos desenvolvidos também, especialmente ao dever de indenizar, por MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel et al (Coord.). *Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 49-53. Pedro Pais de Vasconcelos aduz que o direito subjetivo não é extinto na esfera do titular, mas é delimitado o âmbito de seu exercício lícito. Confira: VASCONCELOS, 2015a, p. 250.
168. SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 648.
169. De origem francesa, as *astreintes* servem como método de impelir o réu a cumprir determinada medida, sob pena de multa pecuniária arbitrada pelo juízo. Por exemplo, pode compelir que sites fiquem inacessíveis até que cumpram a efetiva informação necessária.
170. Confira o caso de empréstimos bancários em que os juros estipulados são exorbitantes.
171. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. In: *Liber Amicorum Mário Frota*: A Causa dos Direitos dos Consumidores. Coimbra: Almedina, 2012, p. 385. Confira também artigo 287º (Anulabilidade) 1. Só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento. 2. Enquanto, porém, o negócio não estiver

- cumprido, pode a anulabilidade ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção.
172. Acrescenta Tartuce em visão mais humanista que, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana. Cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 878.
 173. ALMEIDA, 2015, p. 202.
 174. Vide artigo 29, n. 1 e n. 2, do decreto-lei 24/2014 combinado com artigo 483, n. 1, do Código Civil português e artigo 12, n. 1, da lei de defesa do consumidor. Cfr. Seguinte julgado: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 03B4187. Relator: Ferreira de Almeida. Lisboa, 29 de janeiro de 2004. Confira também VASCONCELOS, 2015a, p. 250.
 175. Sobre o tema, confira: MONTEIRO, 1989, p. 369-370; ALMEIDA, 2015, p. 212; PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 876 e ss.
 176. Versam sobre o tema: ALMEIDA, 2015, p. 213.; TELLES, 2010, p. 207; CORDEIRO, 2016b, p. 658.
 177. Essa ideia foi engendrada por Erick Monsen, confira excerto: “If my proposition is followed up, the rule of disgorgement damages will constitute a general supplementary rule on damages, and as such, it will in principle be applicable to breaches of both positive (main) obligations and negative (pré contractual) obligations”. Cfr. MONSEN, Erick. Disgorgement Damages for Breach of Pre-Contractual Obligation and Contract. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 19, n. 6, p. 799-815, 2011, p. 814. Vide também visão interessante de Henrique Sousa Antunes revisitando o conceito de dano não patrimonial que inclui o desequilíbrio patrimonial com expressão econômica na esfera do lesante, permitindo ao lesado resgatar o lucro. Cfr. ANTUNES, Henrique Sousa. *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual*: a sua legitimação pelo dano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 13 e ss.
 178. Vide artigo 10, n. 1, c, da lei de defesa do consumidor (lei 24/96) bem como artigo 25 do DL n. 446/85.
 179. Em Portugal, existem instrumentos de coerção social em que os fornecedores se adequam às regras morais de conduta através de códigos de boas práticas. Como exemplo, a Associação de Defesa do Consumidor e a Anacom. Sobre o tema, confira KAWAKAMI, Mark T. Adjusting EU consumer protection mechanisms to the needs of private actors: Collaborative Consumer Protection and the *Ex Ante* avoidance of conflict. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 21, n. 5/6, p. 1255-1276, 2013, p. 1275 e 1276. No Brasil, o professor Carlos Roberto Gonçalves fala em Mecanismos Alternativos de Resolução de disputas criado pela própria dinâmica do mercado. Em síntese: o consumidor que enfrentar problemas com consumo online, em vez de recorrer às cortes tradicionais, poderia dirigir-se a um fórum criado especificamente com a

finalidade de resolver esse tipo de problema. Para o professor, a tendência é que, em um futuro muito próximo, todos os sites de e-commerce filiem-se a algum órgão de resolução de disputas. Confira: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143 e ss.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: Conceito, Fontes, Formação*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- ANTUNES, Henrique Sousa. *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____. O abuso do direito e o artigo 334 do Código Civil: uma recepção transviada. In: *Estudo em Homenagem ao professor doutor Marcello Caetano*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- _____. *Direito civil: Reais*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: *Estudos comemorativos dos vinte anos da faculdade de direito de Bissau*. v. 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de direito do consumo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- _____. *Tratado de Direito Civil IX: direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- _____. *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. 2005. Disponível em: < http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614 >. Acesso em 23 de mar. 2015.
- _____. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. *Direito bancário*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____. *Tratado de Direito Civil V: Parte geral*. Coimbra: Almedina, 2011.

- _____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* “in agendo”. Coimbra: Almedina, 2011.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português I*. tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *Tratado de Direito Civil I*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____. Concessão de crédito e responsabilidade bancária. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 359, 1987, p. 30 ss.
- COSTA, Mariana Fontes da. *O dever pré-contratual de informação*. Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23890/2/49873.pdf> >. acesso em 02 de agosto de 2016.
- CRAVETTO, Chiara; PASA, Barbara. The ‘Non-sense’ of Pre-Contractual Information Duties in Case of Non-Concluded contracts. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 19, n. 6, 2011, p. 759-785.
- DRAY, Guilherme Machado. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*. Coimbra: Almedina, 2016.
- _____. Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2002.
- FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil II: fonte, conteúdo e garantia da relação jurídica*. 5. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- FORTES, Catia Venina Sanderson da Jornada. As semelhanças e as diferenças entre os artigos 334 do CC Português e 187 do CC Brasileiro. In: *Revista de Direito Civil*, Coimbra, n. 0, 2015.
- FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
- FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Org.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 375-379.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. Saraiva: São Paulo, 2004.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. *Contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *O justo e injusto*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2001.
- KAWAKAMI, Mark T. Adjusting EU consumer protection mechanisms to the needs of private actors: Collaborative Consumer Protection and the *Ex Ante* avoidance of conflict. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 21, n. 5/6, 2013, p. 1255-1276.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

- _____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Tradução José de Sousa e Brito e Jose Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- LAWAND, Jorge José. *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 1. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. In: *Liber Amicorum Mário Frota: A Causa dos Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIZ, Jorge Pegado. Algumas reflexões a propósito dos direitos dos consumidores à informação. In: *Liber Amicorum Mário Frota: A Causa dos Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 595-614.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*. 3. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010/2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. v. 6. São Paulo: Método, 2007, p. 28.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel et al (Coord.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 49-53.
- MONSEN, Erick. Disgorgement Damages for Breach of Pre-Contractual Obligation and Contract. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 19, n. 6, 2011, p. 799-815.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente. In: MENDES, João de Castro et al. (Coord.). *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. v. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 284.

- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAIS, Ezequiel. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NABAIS, José Casalta. O Estatuto Constitucional dos Consumidores. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. v. 1. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. e-book.
- OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista*. Coimbra: Almedina, 2012.
- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo. Conflitos de princípios na repartição da competência material dos tribunais: os casos aut-aut e et-et. In: *O direito*, Coimbra, a. 142, v. 3, 2010, p. 593-615.
- PACE, Alessandro. Informação: valori e situazioni soggettive. In: *Diritto e società*, Milão, fascicolo 4, 2014, p. 735-771.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PERLIGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. traduzido por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 279 e ss.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*. Suplemento XIV. Coimbra: BFDUC, 1966.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- _____. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. In: *Estudos de direito do consumidor*, Coimbra, n. 5, 2003, p. 186-206.
- RAMONET, Ignácio. *La tyrannie de la communication*. Paris: Galilée, 1999, p. 184.
- REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. *Do contrato-quadro*. Lisboa: [s.n.], 1997.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito civil constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais*. Coimbra: Almedina, 2001.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.
- SANTOS, Pedro. Das consequências do abuso do direito. In: *Revista de direito civil*, Lisboa, n. 0, 2015, p. 199-241.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHMIDT, Joanna. La sanction de la faute precontractuelle. In: *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, v. 72, 1974, p. 46-73.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Culpa do devedor ou do agente. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 68, 1957.
- SIBONY, Anne-Lise. Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An analysis of the unfair practices directive. In: *European Review of Private Law*, Alphen aan den Rijn, v. 22, n. 6, 2014 p. 901-941.
- SILVA, Eva Sonia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SILVA, João Calvão da. A publicidade na formação do contrato. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- STOLZE, Pablo. *Novo curso de direito civil*. v. 4. tomo 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. e-book.
- TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 20. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2011.
- VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. O abuso do abuso do direito: um estudo de direito civil. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 1, 2015.
- VICENTE, Dário Moura. A informação como objeto de direitos. In: *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, n. 1, 2014.
- _____. Tendências da Codificação do Direito Civil no século XXI: Algumas Reflexões. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- _____. Culpa na formação dos contratos. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/31/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT> >.

LEGISLAÇÃO DE PORTUGAL

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html> >.

_____. *Decreto-lei 24/2014, de 14 de fevereiro*. Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Transpõe a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2062&tabela=leis >.

_____. *Decreto-lei 7/2004, de 7 de janeiro*. Comércio electrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais. No uso da autorização legislativa concedida pela Lei 7/2003, de 9 de Maio, transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1399&tabela=leis >.

_____. *Lei 24/96*. Lei de defesa do consumidor. Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Revoga a Lei 29/81, de 22 de Agosto. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis >.

_____. *Decreto-lei 446/85, de 25 de outubro*. Cláusulas contratuais gerais. Institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis >.

_____. *Código dos Valores Mobiliários*. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=450&tabela=leis >.

_____. *Decreto-Lei 47.344/66, de 25 de novembro*. Código Civil Português. < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis >.

LEGISLAÇÃO DO BRASIL

BRASIL. Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm >.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm >.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >.

JURISPRUDÊNCIA

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo 109/13.0TBMLD. P1.S1. Relator: Helder Roque. Lisboa, 02 de junho de 2015.

_____. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo 9807-12.5TBOER.L1-8. Relatora: Teresa Prazeres Pais. Lisboa, 06 de abril de 2015.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 738/12.0TBCVL.C1.S1. Relatora: Maria dos Prazeres Beleza. Lisboa, 26 de fevereiro de 2015.

- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo 1246/10.9TVLSB.L1.S1. Relator: Helder Roque. Lisboa, 17 de dezembro de 2014.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo n. 287/10.0TBMIR.C1.S1. Relatora: Maria Clara Sottomayor. Lisboa, 25 de fevereiro de 2014.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n. 2356/10.8TVLSB.L1.S1. Relator: Silva Salazar. Lisboa, 07 de janeiro de 2014.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo 3501/06.3TVLSB.L1.S1. Relator: Lopes do Rego. Lisboa, 04 de agosto de 2010.
- _____. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão do processo 2360/2008-6. Relatora: Fátima Galante. Lisboa, 24 de abril de 2008.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Decisão no C. STJ 4/4/2006 (Oliveira Barros); CJ-ASTJ 14 (2006).
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo 03B4187. Relator: Ferreira de Almeida. Lisboa, 29 de janeiro de 2004.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do processo 139/12.0TVLSB.L1.S1. Relator: Oliveira Vasconcelos. Lisboa, 19 de novembro de 2015.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS¹

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

EXCERTOS

“A sociedade da informação muda e dita comportamentos, regendo as formas de comunicação, os relacionamentos interpessoais, o consumo e a própria vida em sociedade”

“O direito ao esquecimento impõe-se como um novo direito fundamental, lado a lado com o direito à proteção de dados pessoais e o direito à portabilidade de dados”

“A tutela do direito ao esquecimento decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana, cuja dignidade é reconhecida como princípio fundamental da República”

“Numa época marcada pela velocidade, ubiquidade e liberdade próprias da globalização, as novas tecnologias tornam necessária uma proteção efetiva dos consumidores”

“O direito ao esquecimento seria o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, sendo conferido à pessoa revelar-se tal qual ela é atualmente, em sua realidade existencial, de modo que nem todos os rastros que deixamos em nossa vida devem nos seguir implacavelmente em cada momento da existência”

“Tudo que se passa no onde vivemos é em nós que se passa. Tudo que cessa no que vemos é em nós que cessa.”

(Fernando Pessoa)

1. A sociedade da informação e a proteção dos direitos fundamentais

Nos últimos anos, o conceito de sociedade da informação adquiriu importância em escala mundial, fundamentado na crença de que sua consolidação favorece a integração global nos diferentes aspectos da vida humana: na economia, no conhecimento, na cultura, no comportamento humano e nos valores.

A expressão *sociedade da informação*² surgiu na Europa, na conferência internacional de 1980, onde a Comunidade Econômica Europeia reuniu estudiosos para avaliar o futuro de uma nova sociedade assim denominada, tendo em vista a regulamentação da liberdade de circulação de serviços e medidas para a implementação de acesso aos bens e serviços por parte dos Estados-membros. Foi então utilizada pela primeira vez a expressão TIC – tecnologias da informação e comunicação.

Manuel Castells destaca os aspectos centrais do paradigma da sociedade da informação, que representam sua base material:

A primeira característica do novo paradigma é que a informação é sua matéria-prima: são *tecnologias para agir sobre a informação*, não apenas informação para agir sobre a tecnologia [...]

O segundo aspecto refere-se à *penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias*. Como a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico.

A terceira característica refere-se à *lógica de redes* em qualquer sistema ou conjunto de relações, usando essas novas tecnologias da informação. A morfologia da rede parece estar bem adaptada à crescente complexidade da interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessa interação [...]

Em quarto lugar, referente ao sistema de redes, mas sendo um aspecto claramente distinto, o paradigma da tecnologia da informação é baseado na *flexibilidade*. Não apenas os processos são reversíveis, mas organizações e instituições podem ser modificadas, e até mesmo fundamentalmente alteradas, pela reorganização de seus componentes [...] Torna-se possível inverter as regras sem destruir a organização, porque a base material da organização pode ser reprogramada e realterada [...]

Então, uma quinta característica dessa revolução tecnológica é a crescente *convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado*, no qual trajetórias tecnológicas antigas ficam literalmente impossíveis de se distinguir em separado. Assim, a microeletrônica, as telecomunicações, a optoeletrônica e os computadores são todos integrados nos sistemas de informação.³

A sociedade da informação, portanto, muda e dita comportamentos, regendo as formas de comunicação, os relacionamentos interpessoais, o consumo e a própria vida em sociedade.

Trata-se de uma nova fase na especificação dos direitos humanos fundamentais⁴, uma nova orientação internacional em busca do direito ao desenvolvimento através da interação da comunicação da telemática e das informações em tempo real, com transmissão global e assimilação simultânea.

O direito ao esquecimento⁵ impõe-se como um novo direito fundamental, lado a lado com o direito à proteção de dados pessoais e o direito à portabilidade de dados. Segundo Stefano Rodotà, em artigo publicado no periódico *La Repubblica*, trata-se do direito de governar a própria memória, para devolver a cada um a possibilidade de se reinventar, de construir personalidade e identidade, libertando-se da tirania das jaulas em que uma memória onipresente e total pretende aprisionar tudo (...) A internet deve aprender a esquecer, através do caminho de uma memória social seletiva, ligada ao respeito aos direitos fundamentais da pessoa (tradução livre).⁶

O debate reaparece ciclicamente: é justo permitir que os usuários apaguem para sempre seus rastros espalhados na rede? A internet, em outras palavras, deve esquecer?⁷

Na teoria, o direito ao esquecimento se direciona a um problema urgente na era digital: é muito difícil escapar do seu passado na internet, pois cada foto, atualização de status e tweet vive para sempre na nuvem.⁸

O grande dilema consiste no fato de os registros do passado – capazes de serem armazenados eternamente – poderem gerar consequências posteriormente à data em que o evento foi esquecido pela mente humana.⁹ Tal fato é agravado pela circunstância de que os usuários da internet, cujos passos são sempre reconstruídos pelas técnicas de rastreamento, são frequentemente privados da escolha quanto à técnica de obtenção de dados e quanto às informações que serão colhidas a seu respeito.¹⁰

Isso decorre da ideia de uma internet cada vez mais personalizada, ou, numa linguagem mais enfática, mais vigiada pelas principais empresas que operam no setor, que disso extraem seus lucros bilionários.¹¹

A discussão quanto à reexibição de dados passados da vida dos indivíduos já foi alvo de tradicionais debates que marcaram época, como no caso *Melvin vs. Reid*, enfrentado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, em 1931, reconhecendo, então, o que hoje se concebe como direito ao esquecimento, sem o uso daquela nomenclatura.¹²

A pior situação já vivenciada por um profissional em início de carreira pode ser vinculada com a primeira e mais importante informação a seu respeito, como ocorreu no caso da professora Stacy Synder, cuja carreira foi arruinada pela postagem, na rede social My Space, de uma foto sua em uma festa, tirada há muito tempo, segurando uma bebida e utilizando chapéu de pirata, com a legenda “pirata bêbado”.¹³

Hipótese semelhante foi a de um psicoterapeuta canadense com então 66 anos que tentava entrar no país quando o funcionário da alfândega encontrou na internet um artigo de sua autoria, redigido trinta anos antes, no qual descrevia sua experiência utilizando LSD, uma das mais importantes substâncias alucinógenas.¹⁴

É muito difícil
escapar do seu
passado na
internet, pois cada
foto, atualização de
status e tweet vive
para sempre
na nuvem

É frequentemente lembrada a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no Caso Lebach, que entrou para a história dos grandes crimes, despertando o clamor da opinião pública, e foi tema de um documentário produzido pela rede alemã ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*), cuja exibição foi impedida por aquela corte.¹⁵

No dia 13 de maio de 2014, em decisão inédita, a Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu, em face da Google, o direito ao esquecimento na internet, determinando a remoção de dados sensíveis dos seus resultados de busca. O caso teve como origem um litígio entre a Google e um cidadão espanhol, Mario Costeja González. Ele pretendia excluir seus dados pessoais da ferramenta de busca, especialmente com relação ao fato de que seu imóvel, nos anos 1990, fora levado a leilão para pagamento de dívidas com a previdência social da Espanha, sendo que o débito chegou a ser quitado de modo a evitar a venda judicial. Foi rejeitado o argumento da Google de que somente exibe conteúdos indexáveis (que estão online e são passíveis de serem encontrados) e não teria responsabilidade sobre o seu conteúdo.

Neste importante “*leading case*”, o tribunal europeu reconheceu a responsabilidade das ferramentas de busca pelo processamento de dados pessoais exibidos nos resultados, devendo o direito ao esquecimento, na hipótese concreta, prevalecer sobre o direito do público de conhecer e ter fácil acesso à informação. A informação a ser excluída deve ser interpretada segundo o seu contexto, tendo sido considerada, no caso, ultrapassada e irrelevante, diante do que não seria necessária a sua preservação.

Os casos mais emblemáticos julgados pelo Judiciário brasileiro acerca do direito ao esquecimento envolveram a apresentadora infantil Xuxa e o programa televisivo “Linha Direta Justiça”, sendo ainda relacionado ao tema um episódio ligado a uma suposta fraude em um concurso público para a magistratura.¹⁶

O direito ao esquecimento se insere em um delicado conflito de interesses. De um lado, o interesse público aponta no sentido de que fatos passados sejam lembrados, considerando ainda a liberdade de imprensa e de expressão, bem como o direito da coletividade à informação; do outro, há o direito de não ser perseguido por toda a vida por acontecimento pretérito.¹⁷

A tutela do direito ao esquecimento decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana, cuja dignidade é reconhecida como princípio fundamental da República no art. 1º, IV, da Constituição Federal, restando superada a discussão sobre a tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade.¹⁸

2. Direito ao esquecimento, privacidade e autodeterminação informativa

A privacidade, hoje, abandonou a sua concepção clássica, pela qual seria vista como o “direito a ser deixado em paz” ou o “direito a estar só”¹⁹, passando o seu centro de gravidade à possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Então, voltam-se as atenções para o controle, por indivíduos e grupos, do exercício dos poderes fundados na disponibilidade de informações, contribuindo para um equilíbrio sociopolítico mais adequado.²⁰

Na sociedade da informação, tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade, que se referem à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar ou interromper o fluxo das informações que lhe dizem respeito.²¹

A necessidade da proteção de dados pessoais faz com que a tutela da privacidade ganhe um novo eixo. Considerando-se a esfera privada como um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões e comportamentos pessoais sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo. Essa tutela deve basear-se num *direito à autodeterminação informativa*, a fim de que sejam controladas as informações pessoais em circulação.²²

O problema se agrava à medida que mais informações são compartilhadas, sobretudo nas redes sociais²³, tornando-se acessíveis por milhões de usuários em qualquer parte do globo, inclusive dados que trazem consigo aspectos intrinsecamente ligados à personalidade dos indivíduos. Nome, sobrenome, endereço, opções religiosas, afetivas e tantas outras são objeto de uma exposição fomentada e enaltecida social e culturalmente.²⁴

No cerne das redes sociais está o intercâmbio de informações pessoais. Os usuários ficam felizes por revelarem detalhes íntimos de

suas vidas pessoais, fornecendo informações precisas, compartilhando fotografias e vivenciando o fetichismo e exibicionismo de uma sociedade confessional.²⁵

Numa época marcada pela velocidade, ubiquidade e liberdade próprias da globalização, as novas tecnologias tornam necessária uma proteção efetiva dos consumidores. Nas palavras de Erik Jayme:

No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invadia o seu próprio programa, e o fato de não conhecer o seu adversário preocupa ainda mais. Os juristas combatem as práticas fraudulentas através dos instrumentos clássicos da responsabilidade civil delitual, enquanto os malfetores escapam a todos os controles e se protegem em um espaço virtual.²⁶

Sabe-se que no ano de 2001 a internet sofreu grande transformação. Com a vertiginosa queda de corporações ligadas à tecnologia da informação, as chamadas “*companies dot-com*” tiveram de modificar radicalmente seu modelo de gestão corporativa para superar a crise de confiança dos investidores em relação à rentabilidade dos serviços oferecidos.

Trata-se da eclosão do movimento denominado *web 2.0*, a segunda versão da *world wide web*, que em tese refundou a própria rede mundial de computadores ao transformá-la em uma espécie de plataforma movida pelo usuário, que insere “voluntariamente” o conteúdo maciço que hoje circula na internet.²⁷

Dentre as mudanças mais significativas, deve ser destacada a substituição da remuneração da publicidade dos provedores de conteúdo, informação e hospedagem não mais pelo número de acesso às páginas (*page views*), mas por clique em cada *hyperlink* (*cost per click*) reativando os investimentos nos *sites*. [...]

Não pode ser esquecido que o valor comercial de um *site* depende, em proporção direta, de sua popularidade, ou seja, do número de usuários que o visitam. Quanto mais elevado for esse número, mais valorizado será o espaço publicitário ali oferecido e, por consequência, maiores serão os lucros destinados ao titular do *site*.²⁸

Outra característica marcante da atual sociedade de massa é a oferta pelos prestadores ditos *gratuitos*, normalmente baseada na remuneração indireta, igualmente a atrair a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor. É o caso dos provedores de aplicações de internet que administram as redes sociais virtuais.

Longe de ser uma realidade restrita a regiões ou países determinados, as práticas perpassam os costumes e penetram a cultura de cada sociedade, multiplicando em progressão geométrica o número de usuários. Formam-se gigantescos bancos de dados de caráter pessoal a serviço de entidades de caráter privado, cujos interesses econômicos frequentemente se impõem de maneira agressiva.

Deve haver, portanto, um contraponto, através do tratamento de dados pessoais. Mesmo diante de tal controle, há a dificuldade de se individuar tipos de informações acerca dos quais o cidadão estaria disposto a renunciar definitivamente, visto que até mesmo os dados mais inócuos podem, se associados a outros, provocar danos à dignidade do interessado.²⁹

No Brasil, a chamada proteção afirmativa do consumidor foi constitucionalmente elevada à categoria de direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXVI, CRFB) além de princípio da ordem econômica e financeira (art. 170, V, CRFB), cabendo àquelas duas normas definir o lugar do consumidor no sistema constitucional brasileiro.³⁰

O direito fundamental de defesa do consumidor, assim, guarda suas raízes na própria cláusula geral de tutela da pessoa, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), cujos efeitos irradiam-se por todo o ordenamento civil do nosso país.³¹

A nova situação determinada pelo uso de computadores no tratamento de informações pessoais torna cada vez mais difícil considerar o cidadão como um simples “fornecedor de dados”, sem que

a ele caiba algum poder de controle, ensina Stefano Rodotà, problema esse que ultrapassa as fronteiras individuais e se dilata na dimensão coletiva.³²

Nesse contexto, o direito ao esquecimento seria o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, sendo conferido à pessoa revelar-se tal qual ela é atualmente, em sua realidade existencial, de modo que nem todos os rastros que deixamos em nossa vida devem nos seguir implacavelmente em cada momento da existência.³³

O surgimento da internet no cenário social gerou a difusão e a massificação das memórias, engendrando a construção de uma “memória coletiva”. Trata-se, pois, de um ponto de contato que se encontra exatamente no escopo entre o natural avanço das tecnologias da informação e as transformações com as quais o direito ao esquecimento passou a ser exercido.

O progresso tecnológico, ao trazer uma maior capacidade de memorização e armazenamento de dados, também tem aspectos positivos, seja para as empresas, capazes de seguir, com mais eficiência, as tendências do mercado, seja para os indivíduos, que podem lembrar com maior detalhamento momentos importantes da sua vida.³⁴

As memórias e visões de mundo passaram a ser compartilhadas socialmente com o avanço das mídias sociais e não mais podem ser individualmente definidas. Com isso, o esquecimento não pode mais ser concebido apenas como um aspecto inerente à cognição humana.

O desenvolvimento tecnológico alterou radicalmente o equilíbrio entre lembrança e esquecimento, visto que a regra, hoje, é a recordação dos fatos ocorridos, enquanto esquecer se tornou a exceção. Para Viktor Meyer, “*em virtude das tecnologias digitais, a habilidade da sociedade de esquecer foi reprimida, sendo permutada pela memória perfeita*”.³⁵

As tecnologias implicam, portanto, uma perda na capacidade de controlar a própria identidade, de realizar escolhas de estilo de vida e mesmo começar de novo e superar os fatos pregressos, afetando, portanto, a autodeterminação informativa.

O direito ao esquecimento, enquanto garantia da autodeterminação informativa, insere-se no controle temporal de

dados, “que demanda uma proteção das escolhas pessoais após certo período de tempo, em que o indivíduo já não mais pretende ser lembrado, rememorado por dados passados”.³⁶

O direito europeu, de um lado, e o direito norte-americano, do outro, manifestam posições diametralmente opostas acerca do problema. Na Europa, as raízes intelectuais para o direito ao esquecimento podem ser encontradas no direito francês, que reconhece *le droit à l’oubli*, permitindo que um criminoso condenado que já cumpriu sua pena e está reabilitado possa se opor a publicação de fatos da sua condenação e encarceramento. Na América, em contraste, a publicação do histórico criminal das pessoas está protegida pela Primeira Emenda.³⁷

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando, como no caso da apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1.316.921-RJ, 3ª t., rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, DJ 29.6.2012), que, após anos de disputa judicial contra a Google do Brasil Internet Ltda., isentou de responsabilidade o provedor de pesquisa da ré, não obstante se tratar de caso de responsabilidade objetiva, regulado pelo artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Tendo em vista essa problemática, o Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, realizada em março de 2013, aprovou o enunciado 531, cuja proposta coube a este autor:

Artigo 11: A tutela da imagem e da honra da pessoa humana na Internet pressupõem o direito ao esquecimento, tendo em vista o ambiente da rede mundial de computadores, cujos meios de comunicação potencializam o surgimento de novos danos.

A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões intitulada *Proteção da privacidade num mundo interligado; um quadro europeu para o Século XXI*, ao expor os maiores desafios atuais para a proteção de dados, refere-se ao seguinte caso, ocorrido com um estudante austríaco em relação à sua conta na rede social Facebook:

Um estudante europeu, membro de uma rede social em linha, decide solicitar o acesso a todos os dados pessoais que o referido serviço detém sobre si. Ao fazê-lo, apercebe-se que a rede social recolhe muito mais dados do que pensava e que alguns dados pessoais que julgou terem sido apagados ainda estavam conservados.

A reforma das regras da UE no futuro em matéria de proteção de dados garantirá que esta situação não se volte a repetir no futuro, ao introduzir:

- uma condição explícita que obriga as redes sociais em linha (e todos os outros responsáveis pelo tratamento de dados) a limitarem ao mínimo o volume de dados pessoais dos utilizadores que recolhem e tratam;
- uma obrigação explícita de que os responsáveis pelo tratamento de dados apaguem os dados pessoais de uma pessoa quando esta o solicitar expressamente e se não existir qualquer outra razão legítima para os conservar.³⁸

3. Modalidades de exercício do direito ao esquecimento

Os reguladores europeus acreditam que todos os cidadãos enfrentam a dificuldade de escapar de seu passado agora que a internet guarda tudo e não esquece de nada – uma dificuldade que costumava ser apenas de criminosos condenados.

Pode ser assim sintetizado o *núcleo duro* do direito de ser esquecido: se um indivíduo não deseja mais que seus dados pessoais sejam processados ou salvos por um controle de dados, e se não tiver nenhuma razão legítima para mantê-los, os dados devem ser removidos do sistema.

A comissária europeia para a justiça, direitos fundamentais e cidadania, Viviane Reding, afirma que “é claro que o direito ao esquecimento não é o direito de apagar toda a história”. Nessa linha, ela propõe uma definição mais restrita dos dados que podem ser removidos, abrangendo apenas aqueles fornecidos pelos próprios titulares.³⁹

O direito ao esquecimento foi delineado no artigo 17 do Regulamento EU 2016/79, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, da seguinte maneira:

1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito e a cessação da comunicação ulterior desses dados, especialmente em relação a dados pessoais que tenham sido disponibilizados pelo titular dos dados quando ainda era uma criança, sempre que se aplique um dos motivos seguintes:

- (a) Os dados deixaram de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- (b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, n. 1, da alínea *a*, ou do artigo 9º, n. 2, alínea *a*, ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados;
- (c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, n. 1, e não existem interesses legítimos preponderantes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21 n. 2;
- (d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- (e) Os dados pessoais têm que ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- (f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no art. 8, n. 1.⁴⁰

No México, de maneira inovadora, a lei federal de proteção de dados pessoais em posse de particulares, de 5 de julho de 2010, previu expressamente o direito ao esquecimento “quando os dados de caráter pessoal tenham deixado de ser necessários para o cumprimento das finalidades previstas”.⁴¹

Na França, a lei de 6 de janeiro de 1978, conhecida como “Lei da Informática de Liberdades”, foi pioneira ao estabelecer que a duração dos dados pessoais não deve exceder a duração necessária à finalidade perseguida pelos responsáveis pelas respectivas coleta e tratamento.

No Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) prevê, no seu artigo 7º, X, uma modalidade de direito ao esquecimento, decorrente da pós-eficácia das obrigações, assegurando ao titular dos dados pessoais o direito de solicitar sua exclusão definitiva ao término da relação entre

as partes. Pode ser o caso, por exemplo, da relação entre usuário e provedor de uma rede social, quando do encerramento da conta.

Peter Fleischer, conselheiro da Google sobre questões de privacidade, propõe três categorias de direito ao esquecimento, cuja discussão considera estar envolvida por uma cortina de neblina.⁴² A primeira categoria de direito ao esquecimento proposta por Fleischer se refere aos dados disponibilizados pelo mesmo sujeito que pretende deletá-los (conteúdos próprios). É o caso do usuário que, por exemplo, posta uma foto no Facebook e depois decide retirá-la. Tal modalidade é a menos controversa de todas, sendo inclusive reconhecida nas políticas de diversos provedores de redes sociais. Logo o direito ao esquecimento, nesse caso, assume um conteúdo mais simbólico.

Já a segunda categoria de direito ao esquecimento revela-se mais polêmica, pois envolve a reprodução de um conteúdo alheio por terceiros. Se alguém postou uma informação ou imagem e outros usuários a copiaram e repostaram em seus próprios websites, o autor do conteúdo tem o direito de deletá-las? Imagine-se a situação de uma adolescente que se arrependa de postar em uma rede social sua própria foto segurando uma garrafa de cerveja e, depois de deletá-la, descobre que muitos de seus *amigos virtuais* a copiaram e repostaram sua foto em seu próprio website. Após pedir, sem sucesso, que seus *amigos* deletem as fotos e estes se recusem ou ela não consiga encontrá-los, o Facebook, instado a tanto, deveria ser obrigado a apagar as fotos sem o consentimento dos titulares dos perfis, devido à simples objeção da adolescente?

De acordo com a proposta europeia do direito ao esquecimento, a resposta certamente seria que sim. Conforme o regulamento, quando alguém deseja deletar os seus dados pessoais, o serviço provedor da internet deve atender à solicitação sem demora, a não ser que a retenção do dado seja necessária ao exercício do direito à livre expressão, definido pelos estados-membros nas suas próprias leis locais. Em outra seção, a regulamentação cria uma isenção do direito de remover dados como “dados pessoais para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos ou expressão literária”.

Para uma prévia de quão assustador esse efeito deve ser, considere o fato de que o direito ao esquecimento não somente pode ser exercido

em face de provedores de conteúdo e hospedagem (como o Facebook e um jornal ou revista) como em face de provedores de pesquisa tal qual Google e Yahoo.

O direito ao esquecimento se desmembra em duas grandes vertentes: a primeira (*droit à l'oubli*) se relaciona com informações que possuíam interesse quando foram tornadas públicas, mas, em virtude do decurso do tempo, acabaram perdendo essa qualidade, fazendo com que desaparecessem os motivos que justificaram sua divulgação. É o caso dos indivíduos que não mais pretendem ser relacionados aos fatos do passado, cabendo a ponderação entre os direito da coletividade de acesso à informação e o direito do titular de impedir aquela divulgação.⁴³

Já para uma segunda vertente, que se manifesta de maneira mais expressiva na internet, trata-se do poder do próprio titular dos dados de exigir que a informação seja apagada, na hipótese em que os dados são coletados e processados por terceiros (*right to erasure*). A diferença básica entre ambas as vertentes é a seguinte: enquanto o *droit à l'oubli* normalmente colide com outros direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão e o direito à informação, o *right to erasure* se manifesta na simples remoção de dados pessoais para fornecimento automático.⁴⁴

Em junho de 2013, a Agência Espanhola de Proteção de Dados ingressou com procedimento sancionatório em face do Google, tendo em vista a nova política de privacidade daquela empresa.⁴⁵ O objetivo da medida era o de esclarecer, entre outros aspectos, se a combinação de dados procedentes de diversos serviços cumpre as garantias de informação aos usuários, se as finalidades e a proporcionalidade no uso da informação legitima o tratamento de dados e se os períodos de conservação e as opções para que os usuários exerçam seus direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição observam a Lei Espanhola de Proteção de Dados. O procedimento sancionatório foi produto de cooperação com as agências de dados da Alemanha, Holanda, Reino Unido, França e Itália, que igualmente agiram no mesmo sentido.

Os europeus
têm uma longa
tradição de
declarar direitos
de privacidade
abstratos na teoria,
mas que fracassam
na prática

No dia 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu o direito ao esquecimento no caso acima, tendo como partes a Agência Espanhola de Proteção de Dados e o Google, de um lado, e, do outro, o cidadão espanhol Mario Costeja González, em relação ao fato de, nos idos de 1990, o imóvel de propriedade deste ter sido levado a leilão para pagamento de dívidas com a previdência social da Espanha, não obstante o pagamento do débito tivesse posteriormente obstado a venda judicial.

Embora satisfeito o débito, as dívidas e a referência ao leilão continuaram aparecendo nas buscas pelo nome do interessado no site do Google, de maneira ofensiva à sua dignidade, apesar de se tratar de informação pretérita e sem relevância social. O Tribunal de Justiça europeu considerou que o operador de um motor de busca sofre a incidência do artigo 2º, “d”, da Diretiva 95/46 da Comunidade Econômica Europeia, que define o responsável pelo tratamento de dados pessoais como “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais”.⁴⁶

No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia, na parte final da decisão, ressaltou que solução diversa poderia ser dada ao caso concreto por razões especiais, como o papel desempenhado pelo interessado na vida pública, caso em que “a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão”, em virtude dessa inclusão.

Finalmente, deve ser mencionada uma terceira categoria de direito ao esquecimento, que abrange os conteúdos disponibilizados por terceiros: “*se alguém postar algo sobre mim, eu tenho o direito de deletar tal informação?*” Essa, com certeza, é a maior preocupação da ideia de livre expressão.

A Suprema Corte dos Estados Unidos definiu que os Estados não podem promulgar leis que restrinjam a liberdade de imprensa salvo em casos de informações embaraçosas – como no caso das vítimas de estupro –, a não ser que a informação seja adquirida legalmente.

É possível que, apesar de a proposta de regulação europeia definir o direito ao esquecimento como algo muito abrangente, o instituto seja aplicado de forma mais restrita.

Os europeus têm uma longa tradição de declarar direitos de privacidade abstratos na teoria, mas que fracassam na prática. A regulamentação deve ser aperfeiçoada em virtude dos esforços envidados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho dos Ministros. Mas, ao anunciar a regulamentação, Viviane Reding disse pretender uma solução mais aberta, apta a abranger as novas tecnologias do futuro: “Essa regulamentação precisa permanecer por 30 anos – precisa ser muito clara, mas ao mesmo tempo imprecisa o suficiente para que as mudanças do mercado ou da opinião pública sejam manobradas pela regulamentação”.

É difícil imaginar que a internet dos próximos anos será tão livre e aberta como é hoje em dia.

Dentre os principais argumentos contrários ao acolhimento do direito do esquecimento, especialmente nos casos levados ao Superior Tribunal de Justiça, a seguir examinados, a doutrina destaca os seguintes⁴⁷:

- a violação à liberdade de expressão;
- a possibilidade de perda da história;
- a privacidade como censura dos tempos atuais;
- o privilégio da memória individual em detrimento daquela da sociedade;
- a ausência de registro sobre crimes perversos;
- a inexistência de ilicitude do ato;
- a preservação do interesse coletivo;
- a extinção de programas policiais.

A especificidade do direito ao esquecimento na internet não se restringe à forma de tutela. O próprio conceito de esquecimento sofre profundas transformações, na medida em que não se trata apenas de limitar a divulgação de informações pessoais destituídas de interesse social ou informativo por terceiros, como também de se reapropriar do controle dos dados muitas vezes fornecidos pelo próprio interessado,

como condição para o exercício de determinado serviço. Trata-se, portanto, da pretensão de apagar uma informação muitas vezes voluntariamente tornada pública.⁴⁸

Em qualquer caso, deve haver uma ponderação de interesses entre o direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa, somente podendo ocorrer o seu reconhecimento caso se trate de ofensa suficientemente grave à pessoa humana, de modo a restringir a disseminação de determinada informação. A utilidade informativa da divulgação da notícia, portanto, deve ser sopesada com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.⁴⁹

Consoante o artigo 4º, III, da Lei 8.078/90, que se aplica aos provedores de redes sociais, considerando a remuneração indireta dos respectivos serviços (art. 3º, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor), constitui princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a “harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”.

Mas a principal consequência do exercício do direito ao esquecimento, tendo em vista o princípio da precaução, deve ser a imposição de obrigações de fazer e não fazer, consagrando o “direito de não ser vítima de danos”, tendo em vista, após a ponderação dos interesses envolvidos, a retirada do material ofensivo.

A reparação de danos somente ocorrerá excepcionalmente, caso se trate de ofensa consumada a uma situação jurídica existencial, não passível de remédio por meio da execução específica.⁵⁰

4. Aplicação do instituto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de enfrentar o direito ao esquecimento pela primeira vez ao julgar o caso Xuxa vs. Google.

Em 1992, a atriz e apresentadora Xuxa Meneghel impediu judicialmente o lançamento em videocassete do vídeo “*Amor, estranho amor*”, por recear que sua imagem junto ao público infantil ficasse definitivamente deturpada.⁵¹

O caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido a pretensão da apresentadora reconhecida em voto do desembargador Thiago Ribas Filho:

Após o lançamento da fita (no cinema), ocorrido em 1982, Xuxa se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja vulgarização atingiria não só ela própria como as crianças que são o seu público, ao qual se apresenta como símbolo de liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas.⁵²

Em 2012, ante o ressurgimento das imagens do mencionado filme na internet, a apresentadora ingressou com ação de rito ordinário objetivando fossem removidos do site de pesquisas da ré, denominada Google Search, os resultados relativos à busca pela expressão “Xuxa pedófila”, ou qualquer outra que associasse o nome da autora, independentemente da grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido pelo juízo de primeiro grau, determinando que o Google se abstivesse de disponibilizar aos seus usuários, no seu site de buscas, os mencionados resultados, sob pena cominatória. Em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve em parte a decisão recorrida, restringindo a liminar apenas às imagens referidas na inicial, relativas ao filme em questão, mas sem exclusão dos links na apresentação dos resultados de pesquisas.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça no Agravo em Recurso Especial 103.125-RJ, tendo o voto da ministra Fátima Nancy Andriighi rechaçado o pedido da atriz e apresentadora de filtragem do conteúdo das pesquisas de cada usuário, por considerar que

3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser

encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

4. A filtragem de conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na *web* onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, parágrafo primeiro da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação da URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade de jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra parcialmente disponível na rede para divulgação.⁵³

Os principais argumentos do voto em questão foram três: 1- a impossibilidade do cumprimento da obrigação em decorrência do estado da técnica atual; 2 - A inconstitucionalidade do pleito em razão da imposição de censura prévia de conteúdo; 3 - A relevância do serviço prestado pelo Google, do qual dependeria o cotidiano de milhares de pessoas.⁵⁴

A solução deve passar pela ponderação, no caso concreto, dos interesses em conflito e do potencial verdadeiramente lesivo do que é postado nos sites de busca⁵⁵, levando em conta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR) e da solidariedade social (art. 3º, I, CR).

Mais recentemente, em maio de 2013, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais 1.334.097-RJ e 1.335.153-RJ, teve a oportunidade de apreciar o direito ao esquecimento, ambos fazendo referência em sua fundamentação ao Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VI Jornada de Direito Civil (março de 2013).

No Recurso Especial 1.334.097-RJ (STJ, 4ª t., j.28.05.2013)⁵⁶, o autor obteve a condenação da Rede Globo de Televisão por danos morais por ter seu nome vinculado no programa Linha Direta-Justiça, relativo ao episódio conhecido como “Chacina da Candelária”, não obstante ter sido absolvido criminalmente por negativa de autoria por unanimidade dos membros do conselho de sentença.

O autor chegou a recusar convite para uma entrevista a ser veiculada naquele programa, que terminou por divulgar seu nome e sua imagem novamente em rede nacional, contra a sua vontade. Embora o episódio tenha mencionado a absolvição, a menção ao autor, treze anos após o evento, ensejou a condenação a compensar os danos morais sofridos, arbitrados em R\$ 50.000,00, pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Tal decisão foi alvo de embargos infringentes, que foram rejeitados, tendo o Superior Tribunal de Justiça, no mencionado julgamento, mantido, por unanimidade, o pleito indenizatório.⁵⁷ O ministro Gilson Dipp, vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática de 25 de outubro de 2013, inadmitiu recurso extraordinário interposto pela Rede Globo, tendo em vista a ausência de

prequestionamento dos artigos 220 e 221 da Constituição da República, bem como a ausência de violação direta à Constituição da República. No dia 10 de dezembro de 2013, foi protocolado no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 789.246, ainda pendente de julgamento por ocasião da publicação deste trabalho, onde o Supremo Tribunal decidirá pela primeira vez sobre o cabimento do direito ao esquecimento em face do ordenamento civil-constitucional brasileiro.

Já no Recurso Especial 1.335.153-RJ⁵⁸, os irmãos da jovem Aida Curi, que faleceu vítima de estupro em 1958, em crime que ficou nacionalmente conhecido por força do noticiário da época, igualmente obtiveram o reconhecimento do direito ao esquecimento em virtude da exploração comercial indevida da imagem da vítima no programa Linha Direta-Justiça, com objetivo econômico, mas foi julgado improcedente o pedido de compensação por danos morais.⁵⁹

Segundo um trecho da ementa,

a reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se indispensável a ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

Quanto ao dano moral, o fundamento do pedido foi o fato de se reviver o passado; já em relação ao dano material, a postulação reparatória foi a exploração da imagem da falecida irmã com objetivo comercial e econômico.

Em primeira instância, o juízo da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro julgou improcedentes os pedidos dos autores, tendo sido a sentença, em sede de apelação, confirmada pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que o homicídio de Aida Curi foi amplamente divulgado pela imprensa no passado e ainda é discutido e noticiado nos presentes dias.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negou provimento ao recurso especial. O voto vencedor, do ministro Luis Felipe Salomão, considerou que, no caso, a liberdade de imprensa (art. 220, Constituição da República) deveria preponderar sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, e 220, parágrafo primeiro, da Constituição da República), vez que, além de a matéria não estar incrementada de artificiosidade, os fatos revelaram notícia histórica de repercussão nacional.

O interesse histórico, nesse caso, seria demonstrado pela difusão do estudo daquele crime nos meios acadêmicos, tendo sido o mesmo fato divulgado em mais de 470.000 *links* na internet. Já no caso da Chacina da Candelária, embora o fato divulgado seja conexo a evento histórico, rememorar o nome e a imagem do autor não é essencial para a compreensão dos fatos, motivo pelo qual foi reconhecido o direito ao esquecimento.

Apartar a mídia televisiva de outros meios de comunicação significa dar à informação tratamento fragmentado

Merece ser criticada, nos dois acórdãos acima, a tutela diferenciada do esquecimento nas mídias televisivas, onde sua aplicabilidade foi reconhecida, e na internet, ao argumento de que a questão seria muito mais complexa, descabendo a sua incidência no ambiente virtual, levando a um indesejável tratamento fracionado e, por que não dizer, discriminatório de tão relevante direito fundamental.

O argumento da impossibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento à internet em virtude de supostas barreiras técnicas enfraquece a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana, levando à conclusão de que o espaço virtual estaria imune a quaisquer limites.

Apartar a mídia televisiva de outros meios de comunicação significa dar à informação tratamento fragmentado, desconsiderando que, afora as técnicas específicas de cada mídia, deve haver uma disciplina unitária, independentemente do veículo, não se justificando a exclusão do direito de arrendimento na internet.

5. Conclusão

Por um lado, o direito ao esquecimento não possibilita aos indivíduos a reconstrução da identidade na internet, sob pena de se criar um revisionismo histórico ou a perda da memória.⁶⁰ Segundo uma célebre frase de Mário Quintana, “o passado não conhece seu lugar; está sempre presente”.

Em qualquer caso, deve haver uma ponderação de interesses entre o direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa, somente podendo ocorrer o seu reconhecimento caso se trate de ofensa suficientemente grave à pessoa humana, de modo a restringir a disseminação de determinada informação.

Mas a principal consequência do exercício do direito ao esquecimento, tendo em vista o princípio da precaução, deve ser a imposição de obrigações de fazer e não fazer, consagrando o “direito de não ser vítima de danos”, tendo em conta, após a ponderação dos interesses envolvidos, a retirada do material ofensivo. A reparação de danos somente ocorrerá excepcionalmente, caso se trate de ofensa consumada a uma situação jurídica existencial, não passível de remédio por meio da execução específica.

Notas

1. Guilherme Magalhães Martins. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ.
2. Para José de Oliveira Ascensão, a sociedade da informação abrange elementos relativos a programas de computador, circuitos integrados, bases de dados eletrônicas e utilização de obras por computador. A base universal de todos estes fenômenos é a digitalização. É esta que permite o aparecimento de novos bens, como os produtos multimídia. Não se trata, para o autor, de um conceito técnico, mas de um slogan. Nas suas palavras, “melhor até sealaria em sociedade da comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda mensagem como informação.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67.
3. Nas palavras do autor, “a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial. [...] A Internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação: a rede.” *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 108-9.

4. Norberto Bobbio, ao discorrer sobre a evolução da doutrina dos direitos do homem, denomina de especificação “a passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde início ocorrera com relação à ideia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje: basta pensar na tutela da própria imagem diante da invasão dos meios de reprodução e difusão de coisas do mundo exterior, ou na tutela da privacidade diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar nos próprios arquivos os dados privados da vida de cada pessoa. Assim, com relação ao abstrato sujeito ‘homem’, que já se encontrava uma primeira especificação no ‘cidadão’ (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), faz-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão?” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992, p. 62.
5. O direito ao esquecimento foi mencionado como parte de nova proposta de Diretiva para a proteção de dados pessoais pela Comissão Europeia para a Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania, Viviane Reding, em janeiro de 2012. Segundo Jeffrey Rosen, “embora Reding retrate o novo direito como uma modesta expansão dos direitos existentes de privacidade dos dados, na verdade representa uma grande ameaça à liberdade de expressão na internet na próxima década. O direito ao esquecimento pode fazer com que o Facebook e o Google, por exemplo, comprometam cerca de 20% do seu rendimento se falharem na remoção da postagem dos usuários que postam suas próprias fotos e depois se arrependem, mesmo se essas fotos já tenham sido largamente distribuídas.” ROSEN, Jeffrey. Symposium issue; the right to be forgotten. *Stanford Law Review Online*. V. 64:88, p. 88, fev. 2012.
6. RODOTÀ, Stefano. Daí ricordi ai dati l’oblio è un diritto? *La Repubblica.it*. In: <http://ricerca.repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio>. Acesso em: 21.11.2012.
7. MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*; casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.293. Os autores fazem referência ao Caso Lebach, ocorrido em um pequeno vilarejo a oeste da República Federal da Alemanha onde aconteceu “o assassinato brutal de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Foram roubadas do depósito armas e munições. No ano seguinte, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa. Quatro anos após o ocorrido, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão), atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido. No documentário, seriam apresentados o nome e a foto de todos os acusados. Além disso, haveria uma representação do crime por atores,

com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas relações homossexuais. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido boa parte da sua pena. Este terceiro acusado buscou, em juízo, uma medida liminar para impedir a transmissão do programa, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias. Em razão disso, ele apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã. No caso, o TCF, tentando harmonizar os direitos em conflito (direito à informação *versus* direitos da personalidade), decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem do reclamante fosse apresentada ou seu nome fosse mencionado.”

8. ROSEN, Jeffrey, *op.cit.*, p. 88.
9. COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson(coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 185. Segundo o mesmo autor, “a popularização da Internet permitiu que ela deixasse de ser uma rede capaz apenas de receber informações, para se revelar poderoso instrumento de compartilhamento dos dados. Produzem-se, incessantemente, informações pessoais na rede, seja diretamente, por meio do fornecimento pelo próprio usuário, seja indiretamente, por meio de terceiros, através de postagens de fotos, de indicações de amizades, de aposição de *tags* em fotos que identificam outro usuário e de fornecimento de dados geográficos de onde se está. Sem mencionar as informações produzidas sem que se saiba, o que torna ainda mais grave e acentua a dificuldade muitas vezes enfrentada de apagar dados produzidos na rede.”
10. ROUTIER, Richard. Traçabilité ou anonymat des connexions? In: PEDROT, Philippe (org.) *Traçabilité et responsabilité*. Paris: Economica, 2003, p. 154.
11. Segundo Eli Parisier, presidente do conselho da MoveOn.org, um portal de ativismo *online*, “a tentativa de saber o máximo possível sobre seus usuários tornou-se a batalha fundamental da nossa era entre gigantes da Internet como Google, Facebook, Apple e Microsoft (...) Ainda que o Google tenha (até agora) prometido guardar nossos dados pessoais só para si, outras páginas e aplicativos populares da Internet – do site de passagens aéreas Kayak.com ao programa de compartilhamento AddThis – não dão essa garantia. Por trás das páginas que visitamos, está crescendo um enorme mercado de informações sobre o que fazemos na rede, movido por empresas de dados pessoais pouco conhecidas, mas altamente lucrativas, como a BlueKai e a Acxiom. A Acxiom, por si só, já acumulou em média 1.500 informações sobre cada pessoa em sua base de dados – que inclui 96% da população americana – com dados sobre todo tipo de coisa, desde a classificação de crédito de um usuário até o fato de ter comprado remédios sobre incontinência. Usando protocolos ultravelozes, qualquer site – não só os Googles e Facebooks – pode agora participar da brincadeira. Para os comerciantes do ‘mercado do comportamento’, cada ‘indicador de clique’ que

enviamos é uma mercadoria, e cada movimento que fazemos com o mouse pode ser leilado em microssegundos a quem fizer a melhor oferta.

A fórmula dos gigantes da Internet para essa estratégia de negócios é simples: quanto mais personalizadas forem suas ofertas de informação, mais anúncios eles conseguirão vender e maior será a chance de que você compre os produtos oferecidos” (g.n.).

12. O caso foi enfrentado em 1931 pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, envolvendo Gabrielle Darley, jovem que foi processada por homicídio e, em 1918, considerada inocente, abandonando então a atividade de meretrício anteriormente exercida. Bernard Melvin, marido de Gabrielle, buscou na justiça a reparação por violação da vida privada, ao ver produzido pela ré, Dorothy Davenport Reid, o filme “*Red Kimono*”, que retratava exatamente a vida pregressa de sua esposa, anos após ter esta readquirido o prestígio social. O pedido foi provido, tendo em vista a impossibilidade de que fatos que restaram no passado de uma pessoa assombrem eternamente sua vida, impedindo o desenvolvimento da sua personalidade: “Any person living a life of rectitude has that right to happiness which includes a freedom from unnecessary attacks on his character, social standing, or reputation. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson, *Dilemas...*, op.cit., p. 289-290.
13. Embora a professora estivesse em horário de folga e sua idade à época da fotografia permitisse o uso de bebidas alcoólicas, foi-lhe negado por esse motivo um cargo de ensino em dedicação exclusiva, tendo sido então obrigada a mudar de carreira. LAGONE, Laura. The right to be forgotten: a comparative analysis. In: <http://ssrn.com/abstract=2229361>. Acesso em: 16.09.2013.
14. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete; the virtue of forgetting in the Digital age*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 1-15.
15. Em lugarejo situado a oeste da República Federal da Alemanha, chamado Lebach, no ano de 1969, quatro soldados que guardavam um depósito de munições foram brutalmente assassinados, e um quinto restou gravemente ferido, em latrocínio que envolveu ainda o roubo de armas e munições do exército alemão. Os três suspeitos foram julgados e presos no ano seguinte, em 1970, tendo sido dois deles condenados a pena perpétua, e o terceiro, que apenas ajudou na preparação da ação criminosa, foi condenado a seis anos de reclusão. Tendo em vista o interesse da opinião pública no caso, a rede alemã ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) produziu um documentário detalhado, trazendo à tona não apenas os fatos que levaram à condenação dos criminosos, retratados por atores, como também exibindo seus nomes, e inclusive destacando as relações homossexuais que restaram comprovadas à época dos fatos.
O documentário deveria ser transmitido numa noite de sexta-feira, pouco antes de ser libertado o terceiro integrante da quadrilha, que fora preso em virtude do auxílio à preparação do crime. Visando obstar à exibição do documentário, sob a alegação de que a veiculação dificultaria sobremaneira a sua ressocialização, além de violar de forma frontal seus direitos da personalidade, este terceiro integrante buscou em juízo medida liminar para que o documentário não fosse transmitido.

Todavia, o Tribunal Estadual de Mainz e o Superior Tribunal Estadual de Koblenz julgaram improcedente o pedido do reclamante, sob o fundamento de que o envolvimento no fato delituoso o tornara um personagem da história alemã recente, conferindo à divulgação do episódio inegável interesse público, prevalente inclusive sobre a legítima pretensão de ressocialização. Em sede de Reclamação Constitucional, o caso foi levado ao conhecimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, que revogou as decisões anteriores, impedindo que o documentário da ZDF fosse exibido e dando provimento à reclamação, sob pena de violação aos direitos da personalidade do interessado, consubstanciados na garantia da ressocialização. No caso, o Tribunal Constitucional Federal alemão afastou qualquer referência ao fim da liberdade de expressão, ou mesmo a censura prévia, ao reconhecer o importante papel da imprensa na divulgação da informação de interesse público. O principal argumento de tal decisão foi o controle temporal dos dados, sendo que, à época dos fatos, não poderia ser feita qualquer restrição à veiculação do programa, diferentemente do que ocorreu no caso, pois o documentário seria exibido quatro anos após, pouco antes do fim do cumprimento da pena pelo interessado, obstando à sua ressocialização.

16. A ementa é a seguinte: “Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela para que os agravantes instalem ‘filtros’ em seus sites de pesquisa existentes na Internet, a fim de evitar a associação do nome da agravada a notícias que envolvam a suposta fraude no XLI Concurso da Magistratura. Deferimento dos efeitos da tutela. Agravo de instrumento. 1. O direito à intimidade e à vida privada, amparado na Carta constitucional (art. 5º, X), configura-se como tutela assegurada ao indivíduo para que possa repelir a interferência de terceiros na esfera de sua vida íntima e ter controle das informações sobre ele divulgadas, desde que tais informações não veiculem manifesto interesse público. 2. Na hipótese concreta do conflito entre a garantia à intimidade e a chamada ‘sociedade da informação’, deve prevalecer a primeira, com vistas a evitar que o exercício da livre circulação de fatos noticiosos por tempo imoderado possa gerar danos à vida privada do indivíduo. 3. Prevalência, nesta fase, do direito à imagem, à personalidade e do direito ao esquecimento, garantias fundamentais do ser humano. 4. Os elementos trazidos aos autos indicam a possibilidade de dano irreparável à agravada, caracterizando-se a presença dos requisitos que ensejam o deferimento da antecipação de tutela. Provimento parcial do recurso para ampliar o prazo para o cumprimento da obrigação e reduzir a multa cominatória” (TJ-RJ Agravo de Instrumento 0045786-53.2009.8.19.0000, relator Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, j. 25.5.2010).
17. COSTA, André Brandão Nery, *op.cit.*, p. 187.
18. MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana; uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-8: Leve-se em conta a vulnerabilidade da pessoa humana. A polêmica acerca dos direitos humanos, ou dos direitos da personalidade, refere-se à necessidade de normatização dos direitos das pessoas em prol da concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, do modo de melhor tutelá-la, onde quer que se

faça presente essa necessidade. Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enuneração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.”

19. Tal concepção é normalmente identificada com o artigo *The right of privacy*, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis, originalmente publicado no volume 193 da *Harvard Law Review* (1890), considerado pioneiro ao estabelecer um marco na doutrina do direito à privacidade, além de ser de certa forma profético ao antecipar a importância que a matéria viria a assumir com o desenvolvimento das tecnologias da informação que então já começavam a se fazer sentir. Disponível em: <www.louisville.edu/library/law/brandeis/privacy.html>. Acesso em: 17 maio 2006. Em contraposição a essa visão, sustenta Danilo Doneda que “a proteção da privacidade acompanha a consolidação da própria teoria dos direitos da personalidade e, em seus mais recentes desenvolvimentos, contribui para afastar uma leitura pela qual sua utilização em nome de um individualismo exacerbado alimentou o medo de que eles se tornassem o ‘direito dos egoísmos privados’. Algo paradoxalmente, a proteção da privacidade na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção dos dados pessoais, avança sobre terrenos outrora não proponíveis e induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranquilidade, proporcione ao indivíduo os meios necessários para a construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade – isto é, tenha um papel positivo na sua própria comunicação e relacionamento com os demais” (Doneda, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23). Nesse sentido, o Enunciado 404, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente sobre o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”.
20. Rodotà, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 19-20.
21. *Idem*, p. 101. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238-9.
22. Doneda, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: Tepedino, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 129.
23. MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais; responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 78, abr./jun.2011.
24. Para Marcel Leonardi, “a escala e os tipos de informação disponíveis aumentam exponencialmente com a utilização de tecnologia. É importante recordar que, como a informação é coletada em forma eletrônica, torna-se extremamente

simples copiá-la e distribuí-la, podendo ser trocada entre indivíduos, companhias e países ao redor de todo o mundo.

A distribuição da informação pode ocorrer com ou sem o conhecimento da pessoa a quem pertencem os dados, e de forma intencional ou não. Há uma distribuição não intencional quando os registros exibidos contêm mais informações do que as que foram solicitadas ou, ainda, quando tais dados são furtados. Muitas vezes, determinadas “fichas cadastrais” contêm mais dados do que o necessário ou solicitado pelo utilizador.

Como se tudo isto não bastasse, há que se destacar o perigo que representam as informações errôneas. Ser considerado inadimplente quando não se deve nada a ninguém ou ser rejeitado em uma vaga de emprego sem justificativa aparente são apenas alguns dos exemplos dos danos que dados incorretos, desatualizados ou propositadamente errados podem causar(...)Os efeitos de um pequeno erro podem ser ampliados de forma assustadora. Quando a informação é gravada em um computador, há pouco incentivo para se livrar dela, de forma que certos registros podem permanecer à disposição por um longo período de tempo. Ao contrário da informação mantida em papel, dados armazenados em um computador ocupam muito pouco espaço e são fáceis de manter e de transferir, e como tal podem perdurar indefinidamente.” LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil pela violação do sigilo e privacidade na Internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J.Pereira dos(coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 339-40.

25. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*; A transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 8.
26. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Tradução de Cláudia Lima Marques. Porto Alegre, v. 1., n. I, p. 135, mar. 2003.
27. Segundo Tim O'Reilly, precursor da expressão, a *Web 2.0* seria ilustrada como um grande sistema solar, em que os serviços prestados são difusos, por meio de técnicas que incentivem condutas positivas dos próprios usuários. É o caso de veículos como a *Wikipedia*, uma enciclopédia colaborativa, em que os usuários inserem seu conteúdo. São muitos os exemplos: blogues, redes sociais, troca de arquivos *P2P* e outros. Cf. O'REILLY, Tim. O que é Web 2.0? Padrões de design e modelos de negócios para a nova geração de software. Publicado em <http://www.oreilly.com/>. Tradução: Miriam Medeiros. Revisão técnica: Julio Preuss. Novembro 2006 Disponível em: <http://www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=102010>. Acesso em: 09 dez. 09.
28. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 80.
29. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Organização de Maria Celina Bodin de Moraes e tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral

Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36-7: “a obrigação de fornecer dados não pode ser simplesmente considerada como a contrapartida dos benefícios sociais que, direta ou indiretamente, o cidadão pode chegar a aproveitar. As informações coletadas não somente tornam as organizações públicas e privadas capazes de planejar e executar os seus programas, mas permitem o surgimento de novas concentrações de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes: consequentemente, os cidadãos têm o direito de pretender exercer um controle direto sobre aqueles sujeitos aos quais as informações fornecidas atribuirão um crescente *plus-poder*”.

30. MARTINS, Guilherme Magalhães. A defesa do consumidor como direito fundamental na ordem constitucional. In: _____. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.
31. “O cidadão-consumidor, ou melhor, a pessoa-consumidor, se projeta na dimensão constitucional, de modo que, na hipótese de conflito entre o respectivo direito fundamental – sobretudo quando traduzido nas situações jurídicas existenciais – e as exigências de mercado livre, sua primazia se mostra fora de discussão.” MARTINS, Guilherme Magalhães. A defesa do consumidor como direito fundamental na ordem constitucional. in MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.
32. *Ibidem*, p. 36-7.
33. COSTA, André Brandão Nery, *op.cit.*, p. 197.
34. COSTA, André Brandão Nery, *op.cit.*, p. 189.
35. MAYER-SCHÖNBERGER, *op.cit.*, p. 187.
36. BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilística*. Revista Eletrônica de Direito Civil. Ano 2, n. 3, 2003. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: <23.10.2013>, p. 9. Nas palavras do autor, que se refere às características humanas de memória e esquecimento, “basta lembrar as disposições inseridas nos artigos 43, parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor e artigo 748 do Código de Processo Penal, que acolhem, em certa medida, o controle temporal dos dados pessoais. Enquanto o CDC determina a supressão de registros pessoais após o transcurso de certo período da situação devedora, o CPP restringe o acesso às informações sobre o cumprimento de pena pelo condenado, após este já a ter observado. Em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado. Contudo (...), há situações em que o controle temporal cede espaço a outros interesses, que permitem o tratamento atual de dados passados, ainda que haja manifestação de recusa(ou ausência de consentimento) por parte do indivíduo atingido. São duas, a propósito, as hipóteses que possibilitam o tratamento não desejado: (a) a presença de valor existencial de igual ou superior relevância ao do

interessado e (b) tratamento dos dados com conteúdo histórico, cuja divulgação encontra-se inserida em uma das vertentes da liberdade de expressão.

Na hipótese de haver, por exemplo, a vida de terceiros em perigo, quer parecer que não há como se concluir de maneira diversa: poderá ocorrer o tratamento dos dados passíveis de esquecimento, de modo que seja preservada a vida humana. Exemplo claro nesse sentido é a revelação de dados sanitários de um ascendente da pessoa, sem o consentimento desta, mantidos em prontuários médicos da rede hospitalar, cujas informações possam efetivamente auxiliar no tratamento de uma enfermidade que acometa a um descendente. Tal conclusão decorre da opção do ordenamento jurídico pela dignidade da pessoa humana como seu pilar (art. 1º, III, CR), cuja plena aplicação requer a existência da pessoa como ser biológico vivo.”

37. ROSEN, *op.cit.*, p. 88.
38. COMUNICAÇÃO da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: proteção da privacidade num mundo interligado; *um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI/COM/2012/09 final*. In: <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ>. Acesso em: 09.03.2013.
39. REDING, Vivian. Speech/12/26, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter For Modern Data Protection Rules in the Digital Age(speech before Innovation Conference Digital, Life, Design, Munich, jan 22 2012). In: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm
40. PROPOSTA de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados) In: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:PT:PDF>. Acesso em : 16.09.2013.
41. A lei mexicana chega a prever um prazo para a retirada dos dados de circulação, correspondente ao prazo de prescrição relativo às pretensões derivadas da relação jurídica em que se fundar o tratamento de dados pessoais em cada caso concreto.
42. FLEISCHER, Peter. *Foggy Thinking about The Right to Oblivion*. In: <http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>. Acesso em: 16.09.2013. Acerca da mencionada neblina, entende André Brandão Nery Costa que “se há que se falar em neblina, ela diz respeito a como é tratada a identidade dos usuários na Internet, que cada vez mais se torna opaca e se distancia da realidade”. COSTA, André Brandão Nery, *op.cit.*, p. 205.
43. HEYLLIARD, Charlotte. *Le droit à l’oubli sur l’Internet*. Disponível em: <http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2013/01/MEMOIRE-Charlotte-Heylliard2.pdf>. Acesso em : 09.08.2015, p. 41.
44. AMBROSE, Meg Leta; AUSLOOS, Jef. The right to be forgotten across the pond. *Journal of Information Policy*, v. 3, p. 1-23, 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2032325##. Acesso em: 15.08.2015.
45. La AEPD abre un procedimiento sancionador a Google por su política de privacidad In:https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_

prensa /2013/notas_prensa/common/junio/130620_NP_PS_GOOGLE.pdf.< Acesso em: 05.09.2013>

46. Segue um trecho da fundamentação do acórdão do Tribunal de Justiça da Corte Europeia: “Ora, é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, consequentemente, ser considerado “responsável “ por esse tratamento por força do referido artigo 2º, alínea d. *Por outro lado, importa declarar que seria contrário não só à redação clara desta disposição mas também ao seu objetivo, que consiste em assegurar, através de uma definição ampla do conceito de ‘responsável’, uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, excluir dela o operador de um motor de busca pelo fato de não exercer controle sobre os dados pessoais publicados nas páginas web de terceiros.* A esse respeito, deve-se salientar que o tratamento de dados pessoais efetuado no contexto da atividade de um motor de busca se distingue do efetuado pelos editores dos sítios *web*, que consiste em fazer figurar esses dados numa página *web*, e acresce ao mesmo. Além disso, é pacífico que essa atividade dos motores de busca tem um papel decisivo na difusão global dos referidos dados, na medida em que os torna acessíveis a qualquer internauta que efetue uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, incluindo os internautas que, de outra forma, não teriam encontrado a página *web* onde esses mesmos dados estão publicados. Além disso, a organização e a agregação das informações publicadas na Internet, efetuadas pelos motores de busca com o objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas, podem conduzir, quando a pesquisa destes utilizadores é feita a partir do nome de uma pessoa singular, que estes obtenham, com a lista de resultados, uma visão global mais estruturada das informações sobre esta pessoa, que se podem encontrar na Internet, que lhes permita estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa. Por conseguinte, na medida em que a atividade de um motor de busca é suscetível de afetar, significativamente e por acréscimo à dos editores de sítios *web*, os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais, o operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nesta previstas possam produzir pleno efeito e possa efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente no seu direito ao respeito pela sua vida privada(g.n.).”
47. BUCAR, Daniel, *op.cit.*, p. 5.
48. HEYLLIARD, Charlotte. *Le droit à l’oubli sur l’Internet.*, *op.cit.*, p. 41.
49. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 166.
50. Como já tivemos a oportunidade de escrever, o princípio da precaução volta-se à “eliminação prévia (anterior à produção do dano) dos riscos da lesão, paralelamente ao espaço já ocupado pela reparação dos danos já ocorridos, cujo monopólio deixa de existir”. MARTINS, Guilherme Magalhães. Risco,

- solidariedade e responsabilidade civil. In: _____. (coord.) *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. xiii.
51. MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson, *op.cit.*, p. 288-9.
 52. TJRJ, 2ª CC, Ap. Civ. 1991.001.03819, Des. Thiago Ribas Filho, j. 27.02.1992.
 53. STJ, Recurso Especial 1.316.921-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012. Em decisão mais recente, de 11 de dezembro de 2013, ao julgar a Reclamação 5072/AC, que teve como relator o Ministro Marco Buzzi, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça manteve a mesma orientação acima, relativamente à responsabilidade dos provedores de busca, sem referência específica ao direito ao esquecimento. Segundo este último julgado, o Google Brasil Internet Ltda. restou isenta de arcar com multa cominatória (“astreinte”) por descumprir decisão judicial que a obrigava a suprimir de seu site de pesquisa qualquer resultado que vinculasse o nome de um juiz à pedofilia. Por maioria, seguindo o voto-vista da ministra Nancy Andrighi, aquele colegiado considerou a obrigação “impossível de ser efetivada”. Consoante o mesmo voto, “a liminar que determinava a exclusão dos resultados de busca não fez referência explícita à retirada do conteúdo em cache, ainda que isso constasse do pedido formulado pelo autor da ação. A permanência em cache do conteúdo ofensivo pode ter feito com que o resultado indesejado ainda aparecesse na busca, mesmo após a retirada do ar da página original. O cache é uma espécie de memória temporária que armazena uma cópia do conteúdo da página original indicada no resultado da pesquisa, para agilizar os resultados de busca. O cache possibilita acesso rápido às páginas buscadas e retém temporariamente os dados, que são periodicamente substituídos por outras versões mais recentes, de modo a haver constante atualização. Não há como precisar por quanto tempo cada página fica na memória cache, variando caso a caso com base em diversos fatores, como a quantidade de acessos à página, a taxa de atualização do site, sua estabilidade e a largura da banda”. No entanto, o voto-vista da ministra Nancy Andrighi, reconhece que a manutenção em cache “prolonga os efeitos danosos à honra e à imagem da vítima”. Assim, estando uma cópia do texto ofensivo em cache, deve o provedor de pesquisa, uma vez ciente do fato, providenciar a exclusão preventiva, desde que seja oferecido o URL da página original, bem como comprovado que esta já foi removida da internet. Para tanto, deve haver não só um pedido individualizado da parte, mas um comando judicial determinado e expresso no sentido de que a cópia em cache seja removida. Nancy Andrighi considera isso essencial, sob pena de se prejudicar o direito à informação. “No caso dos provedores de pesquisa virtual, a imposição de deveres subjetivos ou implícitos implicará, potencialmente, restrição dos resultados de busca, o que viria em detrimento de todos os usuários, que dependem desse serviço para conhecer todo o diversificado conteúdo das incontáveis páginas que formam a web”, ponderou. A questão teve origem com a publicação, em 22 de novembro de 2009, de uma matéria na revista Istoé relacionando magistrados à pedofilia. O nome de um juiz era citado. Tratando diretamente com a revista, ele conseguiu a retirada da matéria digital do site da Istoé. No entanto, ao fazer

busca com seu nome e o termo “pedofilia”, o site da Google ainda trazia a versão completa da reportagem. Em 3 de dezembro de 2009, o juiz ingressou com ação no juizado especial, pedindo que a Google retirasse de seus registros públicos a página original da reportagem, ainda que em cache, bem como de todas as reproduções, ainda que albergadas em outros sites. Pediu também que o Google impedisse em seus mecanismos de busca a associação do seu nome com a matéria ou seu tema. No dia 4 de dezembro de 2009, o juiz obteve uma liminar obrigando a Google, em 24 horas, a retirar das páginas de resultado da pesquisa qualquer referência ao magistrado autor da ação, sob pena de multa diária de R\$ 500. No dia 24 de fevereiro de 2010, a multa foi aumentada para R\$ 5.000/dia. O Google ingressou com reclamação perante a Segunda Seção, sustentando que a liminar era teratológica, pois determinava uma ordem impossível de cumprir. Pediu a exclusão da multa total ou sua redução. Segundo cálculo do relator no STJ, ministro Marco Buzzi, a astreinte alcançaria, quando do ajuizamento da reclamação pela Google, a quantia de R\$ 1,4 milhão. O ministro entendeu que o valor da multa era exorbitante e deveria ser reduzido para 40 salários mínimos, teto para as ações no juizado especial. Mas ele manteve a incidência da multa, por considerar que era possível à Google o controle do conteúdo disponibilizado aos usuários. “A Google possui ferramentas aptas a remover informações de conteúdo no resultado de busca”, afirmou. “Pode ser uma ação de difícil cumprimento, mas não de impossível cumprimento, como alega”, acrescentou. Divergindo do relator, a ministra Andriighi votou no sentido de afastar por completo a multa. Ela entendeu que a obrigação imposta à Google na condição de site de pesquisa se mostra impossível de ser efetivada, daí decorrendo a teratologia da decisão. Ela chamou a atenção para a diferença entre provedores de conteúdo (que têm controle editorial) e provedores de pesquisa (que não o têm). A ministra explicou que os provedores de conteúdo têm facilidade para excluir material a pedido dos usuários, mas os provedores de pesquisa, não. É preciso a indicação do URL para que este possa eliminar o aparecimento de resultado indesejado em pesquisa. Com o URL, identifica-se o site, e daí o IP, que localiza o computador de onde saiu o conteúdo. Assim, é possível agir diretamente contra o autor. Os ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Villas Bôas Cueva acompanharam esse entendimento. Em seu voto-vista, a ministra Isabel Gallotti ressaltou que concordava com a posição da ministra Andriighi, no sentido de que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do resultado de busca palavras ou combinações de palavras, fotos ou textos, sem que tenha sido especificado pelo lesado o URL da página em questão. A ordem judicial, na extensão em que foi dada no caso, não foi corretamente dirigida ao responsável pelo dano, afirmou a ministra Gallotti: “A Google, apesar de ser uma gigante do setor, não é a dona da internet. O que se poderia exigir era retirar do resultado da pesquisa aquela página.” Se, após a retirada da página pelo site responsável pelo conteúdo, ele ainda continuar aparecendo no resultado da busca, é cabível voltar-se contra a Google, disse. A ministra repeliu a argumentação da Google

de que a liminar pediria uma ação impossível. Conforme os autos, no dia 21 de janeiro de 2010 já não havia mais referência na busca do Google nem mesmo à página em cache. Assim, a ministra entende que a astreinte no valor de R\$ 500 deve ser calculada de 5 de dezembro de 2009 (data em que terminou o prazo de 24 horas concedido pela decisão liminar) até aquela data.

54. BARBOSA, Fernanda Nunes. Internet e consumo: o paradigma da solidariedade e seus reflexos na responsabilidade do provedor de pesquisa. *Revista dos Tribunais*. V. 924, p. 555, out. 2012.
55. *Idem*. Para a autora, “falar-se, portanto, de neutralidade, inviabilidade técnica e censura prévia apartados de uma ponderação com os direitos existenciais da pessoa humana e da distribuição dos riscos sociais a partir de um viés solidarista não se afigura a melhor maneira de se decidirem os casos difíceis que se apresentam para solução do intérprete (...) No julgamento em comentário, a Corte decidiu pela liberdade de informação, deixando de considerar, no entanto, que no caso concreto a informação é inverídica e extremamente desabonadora. Da mesma forma, deixou de reconhecer que o fiel da balança deve ser o valor da dignidade da pessoa humana e que, na sociedade de consumo pós-moderna em que se vive, a atribuição dos ônus deve dar-se conforme um paradigma de solidariedade.”
56. Segundo um trecho da ementa do voto, que enfrenta o tema de maneira lapidar: “2 – Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado (...) 6 – Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. *Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.* 7 – Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores (...) 15-Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso,

a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. 16-Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente – faz clara opção pela segunda. *E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.* 17. Ressavam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18 – No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito” (g.n.).

57. Em decisão monocrática do dia 25 de outubro de 2013, o vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Gilson Dipp, não admitiu recurso extraordinário interposto em face daquele acórdão da Quarta Turma, tendo em vista a ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais apontados como violados, em especial os arts. 220 e 221 da Constituição da República. Concluiu ainda o vice-presidente que “no que diz respeito ao art. 5º, X, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a verificação da indenização por danos morais depende da análise da legislação infraconstitucional, caracterizando-se como possibilidade de ofensa meramente indireta à Constituição da República”, conforme entendimento consolidado naquele Tribunal.
58. A ementa é a seguinte: “Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Homicídio de repercussão nacional ocorrido no ano de 1958. Caso “Aida Curi”. Veiculação, meio século depois do fato, do nome e imagem da vítima. Não consentimento dos familiares. Direito ao esquecimento.

Acolhimento. Não aplicação no caso concreto. Reconhecimento da historicidade do fato pelas instâncias ordinárias. Inexistência, no caso concreto, de dano moral indenizável. Violação ao direito de imagem. Súmula n.º 403/STJ. Não incidência (...) 2 – Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia.

59. Segundo um trecho do voto do relator, “cabe desde logo separar o joio do trigo e assentar uma advertência. A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade – mas também se torna mais complexa – quando aplicada à Internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse *cyberespaço*. Até agora, tem-se mostrado inerente à Internet – mas não exclusivamente a ela – a existência de um “resíduo informacional” que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado”. No tocante ao argumento contrário de que o direito ao esquecimento implicaria censura à atividade de imprensa, conclui o julgado que “o cenário protetivo da atividade informativa que atualmente é extraído diretamente da Constituição converge para a ‘liberdade de expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’ (art. 5º, IX), mas também para a inviolabilidade da ‘intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação’ (art. 5º, X). Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, parágrafo primeiro, art. 221 e no parágrafo terceiro do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, *uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana*, embora o melhor equacionamento seja sempre observar as peculiaridades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea, a meu juízo, com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura tenha sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana como – mais que um direito – um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados todos os direitos posteriores.”
60. COSTA, André Brandão Nery, *op.cit.*, p. 205-6.

Referências

- AMBROSE, Meg Leta; AUSLOOS, Jef. The right to be forgotten across the pond. *Journal of Information Policy*. v. 3, 2013, p. 1-23.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- BARBOSA, Fernanda Nunes. Internet e consumo: o paradigma da solidariedade e seus reflexos na responsabilidade do provedor de pesquisa. *Revista dos Tribunais*. V. 924, p. 535-561, out. 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*; A transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992.
- BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilística*. Revista Eletrônica de Direito Civil. Ano 2, n. 3, 2003. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: <23.10.2013>.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Meyer. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: Tepedino, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FLEISCHER, Peter. *Foggy Thinking about The Right to Oblivion*. In: <http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>. Acesso em: 16.09.2013.
- JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Tradução de Cláudia Lima Marques. Porto Alegre, v. 1., n. I, p. 135, mar. 2003.
- LA AEPD abre un procedimiento sancionador a Google por su política de privacidad In:https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2013/notas_prensa/common/junio/130620_NP_PS_GOOGLE.pdf. Acesso em: 05.09.2013.
- LAGONE, Laura. The right to be forgotten: a comparative analysis. In: <http://ssrn.com/abstract=2229361>. Acesso em: 16.09.2013.
- LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil pela violação do sigilo e privacidade na Internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos(coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 2007.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Risco, solidariedade e responsabilidade civil. In: _____. (coord.) *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- _____; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais; responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 78, abr./jun.2011.

- _____. A defesa do consumidor como direito fundamental na ordem constitucional. In: _____. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete; the virtue of forgetting in the Digital age*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana; uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- O'RELLY, Tim. O que é Web 2.0? Padrões de design e modelos de negócios para a nova geração de software. Publicado em <http://www.oreilly.com/>. Tradução: Miriam Medeiros. Revisão técnica: Julio Preuss. Novembro 2006 Disponível em: <http://www.cipedia.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=102010>. Acesso em: 09 dez. 09.
- PARISIER, Eli. *O filtro invisível; o que a Internet está escondendo de você*. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.
- PROPOSTA de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados) In: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:P T:PDF>. Acesso em: 16.09.2013.
- REDING, Vivian. Speech/12/26, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter For Modern Data Protection Rules in the Digital Age(speech before Innovation Conference Digital, Life, Design, Munich, jan 22 2012). In: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm
- RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- _____. Daí ricordi ai dati l'oblio è un diritto? *La Repubblica.it*. In: <http://ricerca.repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio>. Acesso em: 21.11.2012.
- _____. *A vida na sociedade da vigilância*. Organização de Maria Celina Bodin de Moraes tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROSEN, Jeffrey. Symposium issue; the right to be forgotten. *Stanford Law Review Online*. V. 64:88, p. 88-92, fev. 2012.
- ROUTIER, Richard. Traçabilité ou anonymat des connexions? In: PEDROT, Philippe(org.) *Traçabilité et responsabilité*. Paris: Economica, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

OS MEIOS DE VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA

SUSANA I. P. FERREIRA DOS SANTOS GIL¹

Professora adjunta na Escola Superior de Comunicação,
Administração e Turismo do Instituto Politécnico de Bragança

EXCERTOS

“Os meios de vigilância à distância são expressão das novas tecnologias que se desenvolvem e se aperfeiçoam”

“O empregador português não poderá usar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante a utilização de equipamento tecnológico, com o propósito de controlar o desempenho profissional do trabalhador”

“Parece-nos que se o GPS estiver instalado num automóvel afeto exclusivamente para o trabalho, a sua utilização não ofenderá o direito à privacidade e intimidade do trabalhador”

Introdução

As relações sociais têm sido afetadas pela globalização e pelo desenvolvimento das sociedades modernas. A utilização de ferramentas tecnológicas revolucionou as práticas sociais e influenciou a concepção das relações jurídicas e, em particular, das relações de trabalho. Existem então várias tecnologias postas à disposição do trabalhador pelo empregador, tais como o computador, internet, correio eletrónico, telefone/telemóvel e os meios de vigilância à distância.

O presente artigo tem como intuito tecer breves reflexões sobre a utilização destes meios, que deverá ser sempre coadunável com os princípios da proteção dos dados pessoais e da vida privada do trabalhador; um lacónico comentário sobre o uso do *Global Positioning System* (GPS) no contexto laboral; e, por último, algumas considerações sobre a utilização dos meios de vigilância como meios de prova.

1. Considerações gerais sobre os meios de vigilância à distância

Os meios de vigilância à distância são expressão das novas tecnologias que se desenvolvem e se aperfeiçoam. Respeitam a sistemas de captação de som e de imagem, isto é, a sistemas de videovigilância: “câmaras de vídeo, equipamento audiovisual, microfones dissimulados ou mecanismos de escuta e registo telefónico”².

A utilização de sistemas de videovigilância poderá ter efeitos positivos no que concerne à proteção e segurança das pessoas e bens; contudo, há que ter em conta a proteção dos dados pessoais e da vida privada. Ao que sabemos, muitas das legislações europeias fazem uma proibição generalizada do controlo à distância por meio de equipamentos audiovisuais, em virtude de o controlo tecnológico poder ser ininterrupto e hostil, e desta forma causa de mal-estar e de *stress* laboral, invadindo a intimidade do trabalhador³.

Em Portugal, sempre que o empregador português recorra às novas tecnologias e proceda ao tratamento de dados pessoais, aplicar-se-á a Lei 67/98, de 26 de outubro⁴. De acordo com o artigo 35º, n. 2, da

Constituição da República Portuguesa (CRP), “a lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente”. Na noção de “dados pessoais”, a Lei 67/98 considera que está em causa “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, a qual denomina de “titular dos dados”. O artigo 2º deste diploma estipula princípios fundamentais nesta matéria e consagra que o tratamento de dados deve processar-se “de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada”, bem como pelos “direitos, liberdades e garantias”.

A utilização destes meios de vigilância está dependente da autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd). A sua Deliberação 61/2004, relativa aos princípios sobre o tratamento de dados por videovigilância, invoca alguns princípios estipulados pelo Conselho da Europa acerca desta temática. Entre eles, o fato de considerar de extrema importância que as entidades responsáveis pela recolha de imagens definam a “localização das *cameras* e as modalidades de registo (registo e conservação das imagens, ângulos utilizados, escolha de ‘grandes planos’ e *scanner* de imagens)”;

que “reduzam o campo visual em função da finalidade prosseguida” e “procedam à recolha de imagens no estritamente necessário à finalidade prosseguida, sendo dispensáveis grandes planos ou detalhes não relevantes em função dos objetivos a que se propõe o responsável”⁵.

Os dados pessoais recolhidos através desses meios, por imperativo legal, apenas serão conservados durante o período necessário para atingir os objetivos da utilização a que se destinam. No caso de o trabalhador ser transferido para outro local de trabalho ou no caso de cessação do contrato de trabalho, esses dados deverão ser destruídos, nos termos do artigo 21º, n. 3, do Código do Trabalho (CT)⁶. Júlio Gomes critica esta solução legislativa: se os dados tiverem sido recolhidos de forma lícita e fundamentado um despedimento, não deverão ser destruídos “enquanto não tiver decorrido o prazo para impugnação do despedimento ou durante toda a duração de todo o processo judicial se o despedimento tiver sido impugnado”⁷.

O empregador português não poderá usar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante a utilização de equipamento tecnológico, com o propósito de controlar o desempenho profissional do trabalhador. Na verdade, “os *meios de vigilância* à distância não podem ser convertidos em *meios de controle*, à distância, do desempenho do trabalhador”⁸. O tratamento de dados pessoais dos trabalhadores pode, de fato, apresentar-se como legítimo “se tiver como fundamento o contrato de trabalho ou se se revelar necessário ao exercício da atividade económica do respectivo responsável”⁹. Assim, para uma lícita utilização dos referidos equipamentos, exige-se que esteja em causa a proteção e segurança das pessoas e dos bens (*inter alia*, estabelecimentos comerciais e agências bancárias) ou ainda determinados tipos de atividades que envolvam riscos para os trabalhadores, como acontece com a utilização de certas substâncias perigosas ou em determinados ambientes (minas, pedreiras, indústrias de pirotecnia e de explosivos, centrais nucleares, entre outros). Há ainda que respeitar o princípio da proporcionalidade, da adequação e da necessidade para que seja permitida a captação, tratamento e difusão de sons e imagens. As medidas serão proporcionais quando a medida for equilibrada; adequada quando é capaz de atingir o objetivo apresentado; e necessária quando não existir outra medida mais moderada para alcançar o mesmo fim com a mesma eficácia¹⁰.

Os trabalhadores
deverão ser
informados sobre
os meios de
vigilância
à distância
utilizados pelo
empregador

Seja qual for o meio de vigilância em causa, é fundamental o cumprimento do dever de informação. O empregador deverá informar os trabalhadores relativamente aos meios utilizados e quais as finalidades subjacentes ao pedido¹¹. O dever de informação deverá ser cumprido pela afixação de avisos no local de trabalho e, ainda, por escrito (carta ou *e-mail*) ou por uma conversa geral com os trabalhadores ou individual com cada um deles. Assim, os trabalhadores deverão ser informados sobre os meios de vigilância à distância utilizados pelo empregador¹². Para todos os efeitos, não raras vezes, o controlo realiza-se sem a respectiva autorização administrativa e/ou sem o conhecimento do

próprio trabalhador. Não existindo autorização/notificação à entidade administrativa ou caso não se cumpra o dever de informação ao trabalhador, estaremos perante um controlo oculto, insidioso, que é lesivo da liberdade do trabalhador.

No que respeita ao teletrabalho¹³, na modalidade domiciliária, está fora de questão a colocação de equipamentos daquela índole, tal como o fizeram algumas empresas britânicas e japonesas¹⁴. Por seu turno, quando a prestação da atividade é exercida em telecentros, aqui dependerá da justificação apresentada pelo empregador português à CNPD; neste caso, aplicar-se-ão, *mutatis mutandis*, as regras previstas para uma situação de trabalho clássico.

2. Global Positioning System

O *Global Positioning System*, mais conhecido pela sigla de GPS, sistema de posicionamento global, é comumente definido como um sistema de navegação por satélite¹⁵. Trata-se de um dispositivo móvel com um receptor que capta um sinal emitido por satélites, calculando a posição, seja do que for e de quem for, em qualquer parte do mundo, por latitude, longitude e altitude. Na legislação laboral portuguesa não existe uma norma jurídica que regule especificamente estes dispositivos; todavia, tal como acontece com outros meios de controlo, o trabalhador precisa de ser informado sobre esta tecnologia, se está a ser controlado, quando é que está a ser controlado, se existem regulamentos internos e/ou instrumentos de regulamentação coletiva, para que não se ofenda o direito à proteção de dados pessoais e à privacidade do trabalhador. Para se entender a pertinência desta temática, a CNPD aprovou a Deliberação 7680/2014, aplicável aos tratamentos de dados pessoais decorrentes da utilização das tecnologias de geolocalização no contexto laboral, e expressa que, no contexto de trabalho, esses dispositivos “são essencialmente utilizados em veículos automóveis da entidade empregadora e também em dispositivos móveis inteligentes, como telemóveis ou computadores portáteis, disponibilizados pelo empregador para benefício da atividade profissional”¹⁶.

Este dispositivo colocado num automóvel permite a sua localização em tempo real; não obstante, não permite aferir as condutas do

trabalhador para além do contexto geográfico. O empregador tem acesso, através do sistema GPS, às seguintes informações: a hora do arranque do automóvel; as paragens do veículo (onde e por quanto tempo); a velocidade; e até o próprio consumo de combustível, tendo em conta os quilómetros feitos. Em primeiro lugar, consideramos lícita a colocação de um sistema desses na viatura de um trabalhador; só que os poderes de vigilância e de controlo que se incluem no poder de direção do empregador têm que ser conciliados “com os princípios de cariz garantístico que visam salvaguardar a individualidade dos trabalhadores e conformar o sentido da ordenação jurídica das relações de trabalho em função dos valores jurídico-constitucionais”¹⁷. Parece-nos que se o GPS estiver instalado num automóvel afeto exclusivamente para o trabalho, a sua utilização não ofenderá o direito à privacidade e intimidade do trabalhador¹⁸, desde que este tenha conhecimento da sua colocação. Se, pelo contrário, o veículo puder ser utilizado também para fins pessoais, os conhecimentos técnicos e científicos permitem o controlo do trabalhador/cidadão (mesmo com o equipamento desligado), fora do horário de trabalho. De fato, essas tecnologias tornam mais fácil a execução da prestação de trabalho, mas têm um enorme efeito perverso¹⁹.

O dispositivo GPS poderá ser considerado um meio de vigilância à distância? A questão é pertinente, por estar ou não estar dependente de autorização ou notificação administrativa. Como já mencionado, estão em causa formas de captação à distância de imagem, som ou imagem e som que permitem a identificação de pessoas e saber o que se faz, quando se faz e durante quanto tempo. Daí que pelo fato de este sistema ter como função a localização das viaturas, não permitindo captar duração, conjunturas e outros comportamentos dos trabalhadores, existe jurisprudência que não qualifica o GPS como um sistema de vigilância à distância²⁰. Em contrapartida, outra posição considera que, “seja através de uma interpretação extensiva ou mediante uma interpretação atualista”, o GPS instalado num automóvel atribuído ao trabalhador integra-se no conceito de meio de vigilância à distância no local de trabalho²¹.

A melhor solução parecer ser a que é defendida por esta última tese, por ser a que mais e melhor protege os direitos de personalidade

do trabalhador. O dispositivo de GPS poderá ser utilizado tendo em conta a proteção de pessoas e dos bens; todavia, e mais uma vez, como em qualquer outro meio de vigilância à distância, não poderá ter como escopo o controlo do desempenho do trabalhador, uma vez que “a respectiva utilização com esses objetivos comprime o direito à reserva da vida privada do trabalhador”²². Sendo assim considerado, entendemos então que a sua utilização está sujeita à autorização da entidade administrativa²³.

3. Utilização dos meios de vigilância como meio de prova

No caso de a CNPD ter autorizado a colocação de meios de vigilância à distância, seja para proteção das pessoas e bens, seja por estar em causa uma atividade capaz de envolver riscos para os trabalhadores, questiona-se se o empregador poderá utilizar, por exemplo, as imagens como meio de prova disciplinar. Por outras palavras, pretende-se saber se os registos procedentes dos meios de vigilância à distância podem ou não ser usados no âmbito de um procedimento disciplinar ou mesmo em sede de um processo judicial.

Há uma corrente doutrinal e jurisprudencial que considera que os registos obtidos através da utilização daqueles meios não podem ser utilizados como meio de prova disciplinar, já que a divulgação das imagens violaria o direito à imagem do trabalhador, sendo inclusive um ilícito penal²⁴. Vale dizer, “não poderão ser valorados, em termos probatórios, os registos emergentes de tais meios de vigilância”²⁵. Noutro sentido, temos aqueles que entendem ser lícita a utilização de imagens em sede de prova, desde que sejam captadas no âmbito da autorização que foi concedida ao empregador, sendo assim um meio de prova admissível²⁶. A CNPD, na sua Deliberação 61/2004 sobre “Princípios sobre o tratamento de dados por videovigilância”, clarificou que “a informação recolhida pode vir a ser utilizada como prova da infração”²⁷.

Após a celebração de um contrato de trabalho, “a cidadania não fica à porta da empresa”²⁸. Amadeu Guerra não poderia estar mais de acordo, mas acrescenta que não é pelo fato de terem celebrado um contrato de trabalho que “os trabalhadores irão beneficiar de uma especial proteção

e impunidade” e daí que concorde que o empregador “possa utilizar sistemas de tratamento (...) para a instrução de processo disciplinar que tenha subjacente fatos imputáveis ao trabalhador e indiciadores de atos lesivos da segurança de pessoas e bens”²⁹. Parte da doutrina é mais cautelosa e apenas aceita esses meios de prova, em processo disciplinar e judicial, “em casos verdadeiramente excepcionais, funcionando apenas como *ultima ratio* e na estrita medida em que constituam ilícitos penais de relevo e com respeito por todos os princípios essenciais do direito à autodeterminação informativa e em que a imagem não seja a única prova”³⁰.

Nessa questão controvertida, consideramos que se deverão admitir aqueles meios de prova, quer num processo disciplinar, quer judicial. Concordamos totalmente com David de Oliveira Festas quando refere que “estranho seria que a videovigilância, instalada e utilizada, por exemplo, para a proteção e segurança de pessoas e bens, não pudesse fundamentar uma atuação contra aqueles que, pelas funções que desempenham, mais poderão atentar contra as finalidades que a instalação visa defender”³¹. Acrescente-se ainda que nesses casos e na hipótese de o trabalhador invocar o direito à reserva da intimidade da vida privada, em nosso entender, tal comportamento será abusivo à luz do artigo 334º do CC³².

Consideremos agora as seguintes hipóteses: a vigilância à distância ter como verdadeiro desígnio vigiar o comportamento dos trabalhadores, mas o empregador ludibriou a CNDP; não ter existido a respectiva autorização; ou ainda o trabalhador desconhecer a sua utilização, por falta, *v.g.*, da afixação dos respectivos avisos. Nessas situações, estamos perante uma utilização ilícita dos meios de prova e, como tal, não podem ser valorados. Se bem que, a verificar-se uma dessas situações, e seguindo de perto a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses, não significa que o procedimento disciplinar seja considerado inválido³³; interessa, tão só, “apurar a existência de justa causa de despedimento sem recurso àquele meio de prova”³⁴.

Para que seja permitida a captação, tratamento e difusão de sons e imagens exige-se o respeito pelo princípio da proporcionalidade, da adequação e da necessidade

Conclusões

– Para que seja permitida a captação, tratamento e difusão de sons e imagens exige-se o respeito pelo princípio da proporcionalidade, da adequação e da necessidade. Caso não exista a autorização da entidade administrativa ou não se cumpra o dever de informação ao trabalhador, estaremos perante um controlo oculto, insidioso e lesivo da liberdade do trabalhador.

– Defendemos a orientação de que o *global positioning system* se integra no conceito de meio de vigilância à distância no local de trabalho, por ser a que mais e melhor protege os direitos de personalidade do trabalhador, estando sujeito às regras da proteção dos dados pessoais.

– Consideramos que os registos procedentes dos meios de vigilância à distância, desde que lícitamente instalados, poderão ser usados no âmbito de um procedimento disciplinar ou mesmo em sede de um processo judicial, até porque seria paradoxal que os meios de vigilância utilizados, a fim de proteger a segurança de pessoas e bens, não pudessem ser usados contra aqueles que, inesperadamente, praticam atos ilícitos no exercício da sua atividade.

Notas

1. Susana I. P. Ferreira dos Santos Gil. Professora adjunta na Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo do Instituto Politécnico de Bragança. Licenciada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Doutorada em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade da Corunha.
2. Cf. Guilherme Dray, *Código do Trabalho Anotado*, 9. ed., Coordenação de Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2013, p. 162.
3. O artigo 4º do *Statuto dei lavoratori* estabelece a proibição geral da utilização pelo empregador “de equipamento audiovisual e outros equipamentos”, a fim de monitorizar remotamente os trabalhadores. Trazemos à colação este artigo para evidenciar a extraordinária capacidade de defesa da norma à própria evolução tecnológica; de facto, o legislador utiliza o conceito indeterminado “outros equipamentos”, mas, à data, não poderia sequer imaginar a revolução informática e tecnológica que esperava a humanidade. Para todos os efeitos, tal como em Espanha e Portugal, se estiver em causa a segurança organizacional ou produtiva, é possível a instalação de equipamentos daquela índole se existir um acordo com os representantes sindicais; na sua ausência será chamada a autoridade inspetiva.

4. A Lei 67/98, de 26 de outubro, transpôs a Diretiva 95/46/CE. A propósito, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estipula no artigo 8º que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”.
5. Cf. <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL61-2004-VIDEOVIGILANCIA.pdf>, p. 8.
6. Caso contrário, o empregador praticará um ilícito de mera ordenação social e estaremos perante uma contraordenação grave, por força do n. 5 do artigo referido.
7. Cf. Júlio Gomes, *Direito do Trabalho, Relações individuais de Trabalho, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 332.
8. Cf. Paula Quintas e Hélder Quintas, *Código do Trabalho: Anotado e Comentado*, 3. ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 166.
9. Cf. Amadeu Guerra, “A privacidade no local de trabalho”, *Direito da sociedade da informação*, Separata do volume VI, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 133.
10. Como refere a Deliberação 61/2004 da CNPD deverá ser limitada ou condicionada “a utilização de sistemas de videovigilância, quando a utilização destes meios se apresentem como excessivos e desproporcionados aos fins pretendidos e tenham consequências gravosas para os cidadãos visados”. Cf. <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL61-2004-VIDEOVIGILANCIA.pdf>, p. 16.
11. A lei não refere as formalidades a ter em conta na prossecução do dever referido, apenas prevê uns dizeres obrigatórios. O artigo 20º, n. 3, CT prescreve que deverão ser afixados nos locais os seguintes dizeres, conforme a situação: “este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou ainda “este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som, seguido de símbolo identificativo”.
12. Destaque-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 8 de fevereiro de 2006 (Fernandes Cadilha), em que embora tenha havido autorização da CNPD, os trabalhadores não foram previamente informados e não concordavam com a instalação das câmaras de vigilância. Nos termos da decisão referida “a colocação de câmaras de vídeo em todo o espaço em que os trabalhadores desempenham as suas tarefas, de forma a que estes se encontrem no exercício da sua atividade sob permanente vigilância e observação, constitui, nestes termos, uma intolerável intromissão na reserva da vida privada, na sua vertente de direito à imagem, e que não se mostra de nenhum modo justificada pelo simples interesse económico do empregador de evitar os desvios de produtos que ali são manuseados”.
13. De acordo com o artigo 165º do CT, têm de estar preenchidos dois requisitos para que se possa falar em teletrabalho subordinado: a prestação laboral tem de ser realizada, de forma habitual, fora da empresa e com recurso às tecnologias de informação e comunicação.
14. Algumas empresas britânicas e japonesas instalaram videofones nas residências dos teletrabalhadores, o que possibilitou “o registo do tempo de ativação do trabalhador, o número de telefonemas dados, gravação de voz e imagem, bem

- como a quantificação dos tempos de repouso, sendo que tais atos, por óbvio, ferem a imagem dos trabalhadores e atentam contra a sua intimidade”. Cf. Jair Teixeira dos Reis, “Subordinação Jurídica e o Trabalho à Distância”, *Revista de Estudos Laborais*, Minerva, Lisboa, ano V, n. 9, 2006, p. 199; bem como cf. Christian Marcello Mañas, “A Externalização da Atividade Produtiva: o Impacto do Teletrabalho na Nova Ordem Socioeconómica”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Síntese, Curitiba, volume 39, 2003, p. 133 e 134.
15. Estamos perante uma criação norte-americana com finalidades militares, que ficou operacional por volta de 1995; só que depressa se assistiu à massificação deste equipamento pela sociedade em geral.
 16. Cf. https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_7680-2014_GEO_LABORAL.pdf, p. 5.
 17. Cf. Acórdão STJ de 13 de novembro de 2013 (Mário Belo Morgado). In <http://www.dgsi.pt/>.
 18. *Ibidem*.
 19. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 8 de maio de 2014 (Paula do Paço).
 20. O Acórdão do STJ de 22 de maio de 2007 (Pinto Hespanhol), considerou que “não se pode qualificar o dispositivo de GPS instalado no veículo automóvel atribuído a um técnico de vendas como meio de vigilância a distância no local de trabalho, já que esse sistema não permite captar as circunstâncias, a duração e os resultados das visitas efetuadas aos seus clientes, nem identificar os respetivos intervenientes”. Logo se o trabalhador resolveu o seu contrato de trabalho com fundamento na violação daquele artigo, o tribunal concluiu que careceu de fundamento aquela resolução. A nosso ver, o Tribunal fez uma interpretação restritiva do artigo 21º CT, o que não nos parece acertado: para todos os efeitos o GPS poderá controlar o itinerário do trabalhador.
 21. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 22 de abril de 2013 (António José Ramos).
 22. *Ibidem*.
 23. No mesmo sentido *vide* a Deliberação 7680/2014 da CNPD. Cf. https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_7680-2014_GEO_LABORAL.pdf, p. 16.
 24. Neste sentido, Guilherme Dray considera que “os registos provenientes da utilização de tais meios não podem, por maioria de razão, ser utilizados como meio de prova, em sede de procedimento disciplinar”. Cf. Guilherme Dray, *Código do Trabalho Anotado*, 9. ed., Coordenação de Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2013, p. 162. O Acórdão do STJ de 8 de fevereiro de 2006 (Fernandes Cadilha) considera tratar-se de uma conduta ilícita a captação de imagens mediante câmaras de vídeo “de tal modo que a atividade laboral se encontre sujeita a uma contínua e permanente observação”. *Vide* no mesmo sentido, o Acórdão do TRP de 9 de maio de 2011 (Paula Leal de Carvalho); o Acórdão do STJ de 14 de maio de 2008 (Pinto Hespanhol); e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 3 de maio de 2006 (Isabel Tapadinhas).

25. Cf. Acórdão do STJ, de 27 de maio de 2010 (Sousa Grandão). Mais ainda, o artigo 32º n. 8 CRP estatui que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.
26. Neste sentido *vide* Acórdão do TRE de 9 de novembro de 2010 (Gonçalves da Rocha), que invoca outras decisões jurisprudenciais no mesmo sentido: Acórdão do STJ de 9 de novembro de 1994; o Acórdão do TRP de 20 de setembro de 1999, e o Acórdão do TRL de 18 de maio de 2005. Mais recentemente e com a mesma orientação *vide* Acórdão do STJ de 13 de novembro de 2013 (Mário Belo Morgado). De salientar ainda no âmbito das nossas pesquisas jurisprudenciais, que decidiram no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6 de fevereiro de 2015 (Azevedo Mendes); Acórdão do TRP de 4 de fevereiro de 2013 (João Diogo Rodrigues); o Acórdão do TRL, de 6 de junho de 2012 (Maria João Romba); e, ainda, o Acórdão do TRL, de 16 de novembro de 2011 (Paula Sá Fernandes).
27. Cf. <http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL61-2004-VIDEOVIGILANCIA.pdf>, p. 13.
28. Cf. Júlio Gomes, *Direito do Trabalho, Relações individuais de Trabalho, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 265 e 266.
29. Cf. Amadeu Guerra, “A privacidade no local de trabalho”, *Direito da sociedade da informação*, Separata do volume VI, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 358 e 359.
30. Cf. Teresa Coelho Moreira, “A admissibilidade probatória dos ilícitos disciplinares de trabalhadores detetados através de sistemas de videovigilância – Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de novembro de 2011”, *Questões Laborais*, n. 40, Ano XIX, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 262.
31. Cf. David de Oliveira Festas, “O direito à reserva da intimidade da vida privada no Código do Trabalho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 64, volume I/II, 2004, p. 430, nota 121.
32. A doutrina e a jurisprudência portuguesas invocam o facto de o instituto do abuso de direito ter um carácter objetivo, no sentido de que não depende da culpa do agente, que pode nem ter consciência do seu comportamento abusivo; sustentam que é suficiente que se tenha excedido de forma evidente “os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo seu fim social ou económico”. Cf. Acórdão do STJ de 28 de junho de 2007 (Gil Roque).
33. Argumenta-se, nesta sede, que a utilização ilícita dos meios de prova não faz parte do elenco do artigo 382º, n. 2, CT que estabelece, de forma taxativa, as situações em que se considera o procedimento disciplinar inválido.
34. Cf. Acórdão do TRP de 22 de setembro de 2014 (Maria José Costa Pinto). Como refere o Acórdão do STJ de 14 de maio de 2008 (Pinto Hespagnol), “sendo ilícitas as filmagens utilizadas pelo empregador no processo disciplinar, daí não resulta a nulidade de todo o processo, antes determinando essa ilicitude que a sobredita recolha de imagens não possa ser considerada na indagação da justa causa de despedimento”.

A RECENTE APROXIMAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA AOS DIREITOS DE AUTOR NA UNIÃO EUROPEIA

JORGE PEGADO LIZ¹

Advogado, juiz arbitral e conselheiro no CESE em representação
dos interesses dos consumidores

EXCERITOS

“As produções cinematográficas europeias, por exemplo, poderão beneficiar de novas audiências dentro e fora da UE, com impacto positivo no desenvolvimento de novos modelos empresariais e novas fontes de receita”

“Mediante uma combinação de medidas legislativas e não legislativas, a Comissão propõe uma agenda ambiciosa para ajudar as indústrias europeias de direitos de autor a florescerem no mercado único”

“A Comissão deu-se conta que a evolução das tecnologias digitais alterou a forma como as obras e outro material protegido são criados, produzidos, distribuídos e explorados, tendo surgido novas utilizações, bem como novos intervenientes e novos modelos empresariais”

“Uma repartição equitativa do valor é também necessária para assegurar a sustentabilidade do setor das publicações de imprensa”

“Ao licenciar os seus direitos, os autores e artistas intérpretes ou executantes têm, muitas vezes, uma fraca posição negocial nas relações contratuais”

1. Introdução

O domínio dos direitos de autor e da propriedade intelectual é simultaneamente dos mais complexos e dos mais controvertidos a nível da União Europeia (UE), seja pelas diferentes opiniões dos juristas em face das opções dos legisladores nacionais, seja pelos interesses divergentes das diferentes partes tomadoras em causa, desde os inventores aos autores, às editoras, às plataformas, aos consumidores e aos próprios Estados.

Não se estranhará assim que o Comité Económico e Social Europeu (CESE), onde se acham organicamente representados os interesses da sociedade civil europeia, se tenha dedicado a este tema, quer por sua iniciativa, quer a solicitação das demais instituições comunitárias, por diversas vezes², sugerindo as melhores opções políticas e legislativas e criticando as iniciativas comunitárias que a elas não correspondiam.

2. O regime atual a nível comunitário e as principais críticas de que tem sido alvo

2.1 O quadro jurídico que atualmente rege os direitos de autor a nível comunitário é balizado pelos seguintes principais instrumentos legislativos: Diretivas 93/83/CEE, 96/9/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2010/13/EU, 2012/28/UE e 2014/26/EU, sendo genericamente considerado que, no seu conjunto, este dispositivo legislativo proporciona um nível elevado de proteção dos titulares de direitos e cria um quadro normativo adequado à exploração de obras e outro material protegido, o qual contribui para o bom funcionamento do mercado interno, estimula a inovação, a criatividade, o investimento e a produção de novos conteúdos, também no meio digital, além de respeitar e promover a diversidade cultural e, ao mesmo tempo, trazer o património cultural comum europeu para primeiro plano.

2.2 No entanto, várias vozes têm feito eco de preocupações relacionadas com a desatualização do referido quadro legal face de um lado à evolução tecnológica e de outro lado a novas utilizações, novos intervenientes e novos modelos empresariais como ficou patente quer nas avaliações ex post/balanços de qualidade da legislação em

vigor a que a Comissão procedeu durante os anos de 2013 a 2016 nas diversas consultas públicas realizadas entre 5 de dezembro de 2013 e 5 de março de 2014, de onde surgiu um resumo das opiniões das partes interessadas sobre a revisão das normas da UE em matéria de direitos de autor, incluindo sobre as exceções e limitações e sobre a remuneração dos autores e artistas intérpretes ou executantes, bem como da consulta pública realizada entre 24 de setembro de 2015 e 6 de janeiro de 2016 sobre o quadro normativo aplicável às plataformas, aos intermediários em linha, aos dados e à computação em nuvem e à economia colaborativa que forneceu pontos de vista de todas as partes interessadas sobre o papel dos intermediários na distribuição em linha de obras e outro material protegido, quer, por último, da consulta pública entre 23 de março de 2016 e 15 de junho de 2016 sobre o papel dos editores na cadeia de valor dos direitos de autor e sobre a exceção “liberdade de panorâmica”.

2.3 Particularmente no contexto digital, as utilizações transnacionais intensificaram-se e novas oportunidades de acesso dos consumidores a conteúdos protegidos por direitos de autor concretizaram-se. Neste sentido, a Estratégia para o Mercado Único Digital, adotada em maio de 2015, salientou a necessidade de “reduzir as diferenças entre os regimes nacionais de direitos de autor e [...] permitir um maior acesso dos utilizadores a obras em linha em toda a UE”. Esta comunicação sublinhou a importância de favorecer o acesso transnacional a serviços de conteúdos protegidos por direitos de autor, facilitar novas utilizações nas áreas da investigação e da educação e clarificar o papel dos serviços em linha na distribuição de obras e outro material protegido. Em dezembro de 2015, a Comissão publicou uma nova comunicação intitulada “Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu”, que definiu ações específicas e uma visão a longo prazo para modernizar as normas de direitos de autor da UE.

2.4 Foi assim que a Comissão entendeu publicar em 14 de setembro de 2016 um pacote alargado de medidas que se traduz numa abordagem “gradual” e não numa revisão integral, preferindo inserir aditamentos significativos na legislação em vigor dos direitos de autor na UE de que se destacam uma comunicação e três propostas de iniciativas legislativas comunitárias, a saber:

a) *Comunicação “Promover no Mercado Único Digital uma economia europeia justa, eficiente e competitiva, baseada nos direitos de autor”* (COM (2016) 592 final),

b) *Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital* (COM (2016) 593 final – 2016/0280 (COD),

c) *Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de rádio e televisão* (COM (2016) 594 final – 2016/0284 (COD) e

d) *Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinadas utilizações permitidas de obras e outro material protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos e que altera a Diretiva 2001/29/*

CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (COM (2016) 596 final – 2016/0278 (COD).

No contexto digital as utilizações transnacionais intensificaram-se, e novas oportunidades de acesso dos consumidores a conteúdos protegidos por direitos de autor concretizaram-se

2.5 Três grandes propósitos orientaram a Comissão nesta sua recente iniciativa:

A) Garantir maior acesso aos conteúdos na UE e fazer chegar a novos públicos uma melhor escolha e acesso a conteúdos em linha além fronteiras: permitir que os organismos de radiodifusão apresentem a grande maioria dos seus conteúdos, tais como programas noticiosos, culturais, políticos, documentários ou programas de entretenimento, noutros Estados-Membros proporcionará uma maior escolha para os consumidores.

B) Adaptar determinadas exceções ao contexto digital e transnacional e melhorar as regras aplicáveis aos direitos de autor em matéria de educação, investigação, património cultural e inclusão das pessoas com deficiência: propõe-se uma nova exceção para permitir que

os estabelecimentos de ensino utilizem materiais para ilustrar o ensino através de ferramentas digitais e de cursos em linha transfronteiras. Além disso, a Comissão propõe uma nova exceção obrigatória na UE que permitirá que as instituições que defendem o património cultural preservem as obras em formato digital, o que é essencial à sobrevivência do património cultural, bem como para garantir o acesso dos cidadãos ao mesmo a longo prazo.

C) E finalmente favorecer um mercado de direitos de autor justo e que funcione corretamente, criando um mercado mais justo e sustentável para os autores, as indústrias criativas e a imprensa, e reforçando a capacidade dos titulares de direitos de negociar e de ser remunerados pela exploração em linha dos seus conteúdos em plataformas de partilha de vídeos.

2.6 Vejamos em mais detalhe, ainda que sinteticamente, quais as novidades deste novo regime jurídico.

3. Principais linhas diretrizes das novas orientações da Comissão Europeia

3.0 Comunicação “Promover no Mercado Único Digital uma economia europeia justa, eficiente e competitiva, baseada nos direitos de autor”

3.0.1 Nesta Comunicação a Comissão procura colocar a questão dos direitos de autor na perspectiva da Estratégia para o Mercado Único Digital³, adotada em maio de 2015, em que identificou os conteúdos digitais como um dos principais motores de crescimento da economia digital e salientou a necessidade de uma ação que faculte aos utilizadores um mais amplo acesso em linha aos conteúdos, incluindo audiovisual, música, livros e outros setores, e que conduza a um mercado e um quadro regulamentar propícios à criatividade, ao seu financiamento sustentável e à diversidade cultural.

Por outro lado, a comunicação da Comissão “Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu”⁴, de dezembro de 2015, estabeleceu uma modernização orientada das regras da UE que regem os direitos de autor como elemento essencial na prossecução daqueles objetivos do mercado unico digital e definiu ações orientadas e uma

visão a longo prazo, refletindo a necessidade de concretizar o mercado único neste domínio, de atualizar as regras de acordo com as realidades digitais, de garantir que as indústrias criativas europeias continuem a ser competitivas e de manter um bom equilíbrio entre os direitos de autor e outros objetivos de política pública, como a educação, a investigação, a inovação e as necessidades das pessoas com deficiência.

3.0.2 É no seguimento da proposta de regulamento relativo à portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha⁵, de dezembro de 2015, cuja finalidade era permitir aos residentes na UE viajarem com os conteúdos digitais que adquirem ou subscrevem no país de residência, que a Comissão propõe agora um conjunto de medidas legislativas com três objetivos:

- i) garantir um acesso em linha mais amplo aos conteúdos na UE e alcançar novas audiências;
- ii) adaptar certas exceções ao ambiente digital e transfronteiras;
- iii) fomentar um mercado de direitos de autor funcional e justo.

A Comissão anuncia estar igualmente a preparar medidas para um sistema de execução eficaz e equilibrado, com especial relevância na luta contra as infrações dos direitos de autor à escala comercial.

3.0.3 A Comissão constata que a UE é sede de algumas das maiores editoras, de uma indústria musical dinâmica e de um setor cinematográfico admirado em todo o mundo. Contudo, algumas das suas indústrias culturais e criativas enfrentam dificuldades em termos de competitividade, empreendedorismo e financiamento. As produções cinematográficas europeias, por exemplo, poderão beneficiar de novas audiências dentro e fora da UE, com impacto positivo no desenvolvimento de novos modelos empresariais e novas fontes de receita, se forem tratadas as principais questões relativas à escala, à disponibilidade e à visibilidade das produções. Além de promover a diversidade cultural e linguística, de contribuir para a profissionalização dos setores cultural e criativo e de oferecer acesso alargado aos conteúdos culturais e criativos, o programa Europa Criativa visa equacionar algumas destas questões de competitividade, inclusive no que se refere ao acesso ao financiamento por meio de um novo mecanismo de garantia que já está em vigor, com um orçamento de 121 milhões de euros.

3.0.4 Mediante uma combinação de medidas legislativas e não legislativas, a Comissão propõe uma agenda ambiciosa para ajudar as indústrias europeias de direitos de autor a florescerem no mercado único e os autores europeus a alcançarem novas audiências, ao mesmo tempo que se generaliza o acesso dos cidadãos europeus às obras europeias, igualmente num âmbito transfronteiras. A presente comunicação descreve a evolução mais recente e a situação atual.

3.0.5 Na sua comunicação de dezembro, a Comissão anunciara já uma abordagem gradual para a eliminação dos obstáculos no acesso transfronteiras aos conteúdos e para uma circulação mais vasta das obras em toda a UE, nomeadamente à luz de uma generalização cada vez mais acentuada das ligações à internet e das tecnologias digitais. O objetivo será aumentar a disponibilidade das obras para os cidadãos em toda a Europa, proporcionar aos agentes culturais novos canais de distribuição, promover as culturas dos Estados-Membros e pôr em evidência o património cultural comum da UE.

A comunicação de dezembro definiu também ações específicas para facilitar a distribuição em linha, a nível transfronteiras, de programas de televisão e de rádio, o licenciamento de obras audiovisuais europeias em plataformas de vídeo a pedido (VOD) e a digitalização e disponibilização de obras que deixaram de ser comercializadas. Conforme já anunciara a comunicação de dezembro, diversas medidas empreendidas no contexto do programa MEDIA, um subprograma do programa Europa Criativa que tem apoiado o desenvolvimento, a promoção e a distribuição de obras europeias desde há 25 anos, são também orientadas para um acesso mais amplo aos filmes europeus em toda a União, em canais comerciais e contextos não comerciais.

3.0.6 Essas medidas são objeto dos três textos legislativos que passaremos a descrever de seguida.

3.0.7 Mas para além dessas medidas a Comissão anunciou que está a trabalhar na preparação de instrumentos práticos que tornem mais simples e eficaz a concessão de licenças para a exploração de obras audiovisuais em vários territórios de toda a UE. Entre esses instrumentos, o desenvolvimento de plataformas de licenciamento, ou seja, instrumentos em linha que permitam distribuir digitalmente obras europeias também em países onde não tenham sido exibidas em

salas de cinema ou onde não haja distribuidores nacionais, bem como a criação de catálogos coadjuvados de obras audiovisuais de diversos produtores, prontos para oferta a prestadores de serviços de vídeo a pedido.

3.0.8 Há outras dificuldades, decorrentes de não existir um sistema universal de identificação no setor audiovisual. Em vez disso, coexistem no mercado dois identificadores⁶, que o setor hesita em utilizar por não serem interoperáveis. Consequentemente, as atividades de licenciamento tornam-se onerosas e não é fácil automatizá-las. As organizações responsáveis pelos dois identificadores estão a colaborar com a Comissão para a plena interoperabilidade das suas bases de dados e identificadores. Por último, a Comissão vai também estudar formas de incentivar os titulares de direitos a disponibilizarem as obras beneficiárias de apoio, com vista à sua distribuição pelo subprograma MEDIA do programa Europa Criativa em territórios nos quais não tenham sido celebrados acordos de distribuição.

As atividades
de licenciamento
tornam-se
onerosas e
não é fácil
automatizá-las

3.0.9 A Comissão anunciou estarem igualmente a ser adotadas medidas para corrigir a falta de visibilidade e as barreiras linguísticas que dificultam o acesso dos utilizadores a obras europeias. A legendagem e a dobragem, essenciais para a distribuição transfronteiras de obras audiovisuais, são financiadas pelo subprograma MEDIA e por outros fundos públicos. Por meio de projetos em curso no âmbito do subprograma MEDIA e uma ferramenta de registo em linha para permitir um acesso fácil e a reutilização de legendagens e dobragens por operadores da UE, a Comissão pretende aumentar a eficiência do financiamento público e a utilização da legendagem e da dobragem. As ferramentas de pesquisa em linha são portais eficientes para a procura de ofertas legais de filmes em linha. O Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia está a desenvolver uma ferramenta de pesquisa que pode funcionar a nível europeu e um conjunto de instrumentos para a criação de ferramentas de pesquisa nacionais, que estarão plenamente operacionais em 2017 e à disposição dos Estados-Membros a título gratuito.

3.0.10 A Comissão promoverá igualmente a utilização de dados e instrumentos automatizados para recomendação de conteúdos, propiciadores de interesse e de gosto, tendo em vista o surgimento e a expansão de público para as obras europeias. De um modo mais geral, promover a visibilidade dos filmes europeus é um importante desafio, que a Comissão debate neste momento com a Associação de Diretores da Agência Europeia de Cinema (EFADs) e com a indústria cinematográfica. Dado o potencial dos filmes produzidos como coproduções para circularem dentro e fora das fronteiras europeias⁷, a Comissão, juntamente com a EFADs, vai analisar, em 2017, o desenvolvimento de estratégias de promoção conjunta para as coproduções europeias.

Todas estas medidas complementam a proposta, recentemente adotada, de alteração da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual⁸, que introduz uma obrigação reforçada de promoção de obras europeias em serviços de vídeo a pedido, assegurando a sua presença e visibilidade.

3.0.11 Por outro lado, a Comissão estuda formas de explorar modelos alternativos de financiamento, produção e distribuição que têm desde o início o mercado único e o mercado mundial como horizonte. A este respeito, a Comissão entende dar especial ênfase ao setor europeu da animação. As curtas metragens têm especial importância neste setor, cujas obras atravessam fronteiras mais facilmente. Os produtores de filmes de animação tendem a trabalhar em diferentes projetos, ao mesmo tempo, para a televisão e para o cinema, podendo igualmente cooperar com outros estúdios em projetos distintos.

3.0.12 Em paralelo com o apoio atual do subprograma MEDIA, a Comissão vai lançar, até ao final do ano em curso, um diálogo com os principais estúdios de animação, a fim de debater o modo como o setor pode ganhar vulto. Deve também identificar as necessidades específicas do setor em toda uma série de questões, desde a redução da fuga de cérebros até à ajuda às obras de animação, quer estritamente cinematográficas quer televisivas, para viajarem ainda melhor. O objetivo deste diálogo consiste em chegar a acordo sobre um plano conjunto de ação para o setor até meados de 2017.

3.1 Proposta de diretiva relativa aos direitos de autor no mercado único digital

3.1.1 A Comissão deu-se conta que a evolução das tecnologias digitais alterou a forma como as obras e outro material protegido são criados, produzidos, distribuídos e explorados, tendo surgido novas utilizações, bem como novos intervenientes e novos modelos empresariais. Por outro lado, no contexto digital, as utilizações transnacionais também se intensificaram e novas oportunidades de acesso dos consumidores a conteúdos protegidos por direitos de autor concretizaram-se.

3.1.2 Embora no entender da Comissão os objetivos e princípios estabelecidos pelo quadro de direitos de autor da UE continuem a ser válidos, entendeu ser necessário adaptá-lo a essas novas realidades e intervir a nível da UE para evitar a fragmentação do mercado interno.

3.1.3 Por outro lado, se será certo que as exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos estão harmonizados a nível da EU, visando algumas delas a realização dos objetivos de políticas estatais, tal como investigação ou educação; no entanto, dado que surgiram recentemente novos tipos de utilizações, suscita-se a questão de saber se estas exceções ainda se encontram adaptadas para alcançar um justo equilíbrio entre os direitos e os interesses dos autores e de outros titulares de direitos, por um lado, e os utentes, por outro. Além disso, estas exceções continuam a ser aplicadas a nível nacional e a segurança jurídica no âmbito das utilizações transnacionais não está garantida.

3.1.4 Nesse contexto, a Comissão identificou três domínios de intervenção: utilizações digitais e transnacionais no domínio da educação, prospecção de textos e dados no domínio da investigação científica e conservação do património cultural.

3.1.5 Como resultado do quadro modernizado de exceções e limitações, a Comissão espera que os investigadores beneficiarão de um ambiente jurídico mais claro ao recorrer a instrumentos inovadores de investigação de prospecção de textos e dados, os professores e os alunos poderão tirar pleno partido das tecnologias digitais em todos os níveis de ensino e as instituições responsáveis pelo património cultural (por exemplo, bibliotecas ou museus acessíveis ao público, arquivos, instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro)

serão apoiadas nos esforços para preservar o património cultural, tendo em vista o benefício final dos cidadãos da UE.

3.1.6 Apesar do fato de as tecnologias digitais deverem facilitar o acesso transnacional a obras e outro material protegido, os obstáculos mantêm-se, em particular no que se refere às utilizações e obras em que o apuramento de direitos é complexo. É este o caso das instituições responsáveis pelo património cultural que pretendam facultar o acesso em linha, nomeadamente além-fronteiras, a obras contidas nos seus catálogos que deixaram de ser comercializadas. Em consequência destes obstáculos, os cidadãos europeus perdem oportunidades de acesso ao património cultural. A proposta regula estes problemas mediante a introdução de um mecanismo específico para simplificar a concessão de licenças de difusão, por parte de instituições responsáveis pelo património cultural, de obras que deixaram de ser comercializadas.

3.1.7 Acresce que a evolução das tecnologias digitais conduziu ao aparecimento de novos modelos empresariais e reforçou o papel da internet enquanto principal mercado para a distribuição e o acesso a conteúdos protegidos por direitos de autor. Neste novo quadro, os titulares de direitos enfrentam dificuldades quando tentam licenciar os seus direitos e ser remunerados pela distribuição em linha das suas obras. Esta situação poderia pôr em risco o desenvolvimento da criatividade europeia e da produção de conteúdos criativos. Por conseguinte, é necessário garantir que os autores e titulares de direitos recebam uma parte equitativa do valor gerado pela utilização das suas obras e outro material protegido.

Perante este cenário, a presente proposta prevê a adoção de medidas com vista a melhorar a posição dos titulares de direitos para negociar e ser remunerados pela exploração do seu conteúdo por serviços em linha que permitem o acesso a conteúdos carregados pelos utilizadores.

3.1.8 Uma repartição equitativa do valor é também necessária para assegurar a sustentabilidade do setor das publicações de imprensa. Os editores de imprensa estão a ter dificuldades em conceder licenças sobre as suas publicações em linha e em obter uma parte equitativa do valor que produzem. Tal poderia, em última instância, afetar o acesso dos cidadãos à informação. A presente proposta prevê um novo direito para os editores de imprensa com vista a facilitar o licenciamento em

linha das suas publicações, a recuperação do seu investimento e o cumprimento dos seus direitos. Regula igualmente a atual insegurança jurídica no que se refere à possibilidade de todos os editores receberem uma parte da compensação por utilizações de obras ao abrigo de uma exceção.

3.1.9 Por último, ao licenciar os seus direitos, os autores e artistas intérpretes ou executantes têm, muitas vezes, uma fraca posição negocial nas relações contratuais. Além disso, a transparência das receitas geradas pela utilização das suas obras ou prestações continua, por vezes, a ser limitada. Tal afeta, em última análise, a remuneração dos autores e artistas intérpretes ou executantes. A presente proposta inclui medidas para melhorar a transparência e o equilíbrio das relações contratuais entre os autores e artistas intérpretes ou executantes e os destinatários a quem cedem os seus direitos. De modo geral, as medidas propostas, que visam conseguir um bom funcionamento do mercado dos direitos de autor, deverão ter a médio prazo um impacto positivo sobre a produção e a disponibilidade de conteúdos e sobre o pluralismo dos meios de comunicação, o que, em última instância, beneficiará os consumidores.

3.1.10 Paralelamente, a proposta de diretiva introduz um novo mecanismo de negociação que facilitará a celebração de acordos de licença para disponibilizar obras em plataformas VOD. Integra-se num esforço político mais abrangente para equacionar a variedade de fatores subjacentes à disponibilidade limitada de obras audiovisuais europeias, sobretudo cinematográficas, em toda a UE⁹. Normalmente produzidos por pequenas empresas, os filmes europeus têm na UE uma distribuição em linha bastante menos expressiva do que os norte-americanos¹⁰. Nos territórios em que não foram assinados acordos com distribuidores locais, os cidadãos europeus não têm qualquer possibilidade de acesso legal a tais filmes.

Os problemas de licenciamento e as correspondentes dificuldades jurídicas e contratuais para a exploração de obras audiovisuais europeias em serviços de vídeo a pedido serão também abordados num diálogo estruturado com as partes interessadas. Promovido pela Comissão, esse diálogo congregará regularmente os intervenientes ao longo da cadeia de valor do setor (produtores, autores, agentes de vendas, distribuidores,

organismos de radiodifusão, agregadores, plataformas de vídeo a pedido). Terá por objetivo racionalizar as práticas de licenciamento e facilitar acordos setoriais conducentes a uma exploração mais sustentável e a uma maior disponibilidade de obras europeias.

3.1.11 A proposta articula-se em cinco títulos, a saber:

O título I contém disposições gerais que especificam o objeto e o âmbito de aplicação da diretiva e disponibilizam definições que terão de ser interpretadas de modo uniforme na União.

O título II refere-se a medidas destinadas a adaptar as exceções e limitações ao contexto digital e transnacional.

O título III diz respeito a medidas destinadas a melhorar as práticas de licenciamento e a garantir um acesso mais alargado aos conteúdos.

O título IV concerne a medidas destinadas a criar um mercado dos direitos de autor que funcione corretamente.

Finalmente o título V contém as disposições finais sobre as alterações de outras diretivas, a aplicação no tempo, as disposições transitórias, a proteção de dados pessoais, a transposição, a revisão e a entrada em vigor.

3.1.12 No título II concentram-se as disposições que exigem aos Estados-Membros que prevejam exceções obrigatórias ou uma limitação que permita

i) a prospeção de textos e dados realizada por organismos de investigação para efeitos de investigação científica (artigo 3º);

ii) utilizações digitais de obras e outro material protegido para fins exclusivos de ilustração didática (artigo 4º) e

iii) que as instituições responsáveis pelo património cultural efetuem cópias de obras e outro material protegido que façam permanentemente parte das suas coleções, na medida em que tal seja necessário para assegurar a sua conservação (artigo 5º).

3.1.13 No título III destacam-se as disposições que exigem que os Estados-Membros

i) apliquem um mecanismo jurídico para facilitar acordos de licenciamento de obras que deixaram de ser comercializadas e outro material protegido;

ii) assegurem os efeitos transnacionais dos acordos de licenciamento;

iii) estabeleçam um diálogo entre as partes interessadas sobre questões relativas às matérias antecedentes e

iv) criem um mecanismo de negociação para agilizar as negociações sobre a exploração em linha de obras audiovisuais.

3.1.14 Finalmente no título IV estabelece-se um conjunto de medidas com a finalidade de criar um mercado dos direitos de autor que funcione corretamente e onde se destacam

i) o alargamento dos direitos previstos no artigo 2º e no artigo 3º, n. 2, da Diretiva 2001/29/CE aos editores de publicações de imprensa para a utilização digital das suas publicações;

ii) a opção de os Estados-membros poderem proporcionar a todos os editores a possibilidade de reivindicarem uma parte da compensação por utilizações ao abrigo de uma exceção;

iii) introdução, para os prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegidos carregados pelos seus utilizadores, da obrigação de adotar medidas adequadas e proporcionadas com vista a garantir o funcionamento dos acordos celebrados com os titulares de direitos e impedir que se disponibilizem nos seus serviços conteúdos identificados pelos titulares de direitos, em cooperação com os prestadores de serviços;

iv) o estabelecimento de que os Estados-membros devem incluir obrigações de transparência em benefício dos autores e artistas intérpretes ou executantes;

v) a exigência aos Estados-membros de que estabeleçam um mecanismo de ajustamento contratual, em apoio da obrigação prevista na alínea anterior;

vi) a obrigação dos Estados-membros de criar um mecanismo de resolução de litígios para as questões relacionadas com a aplicação das disposições antecedentes.

A proposta entende promover o acesso dos consumidores a um maior número de programas de rádio e televisão de outros Estados-membros

3.2 Proposta de regulamento que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de rádio e televisão

3.2.1 A proposta de regulamento tem por objetivo criar condições favoráveis para novas formas de distribuição em linha, a nível transfronteiras, de programas de televisão e de rádio, comparáveis às que se aplicam às transmissões mais tradicionais por satélite e à retransmissão por cabo. As novas regras, inspiradas nas da Diretiva Satélite e Cabo¹¹, pretendem tornar mais simples e rápido esclarecer os direitos necessários para certos serviços em linha fornecidos por organismos de radiodifusão (programas transmitidos em linha pelos organismos de radiodifusão, simultaneamente como suas transmissões e seus serviços de visionamento diferido) e para serviços de retransmissão através de meios como a IPTV (televisão ou rádio de circuito fechado em redes baseadas no protocolo da internet). Estas regras destinam-se a facilitar a evolução do mercado e uma maior divulgação de produções europeias de rádio e televisão, que são uma importante fonte de informação e entretenimento para os cidadãos europeus. Aumentar-se-ão deste modo as possibilidades de escolha para o consumidor, bem como a diversidade cultural.

3.2.2 A presente proposta visa ainda promover a prestação transnacional de serviços em linha acessórios às transmissões e a facilitar a retransmissão digital em redes fechadas de programas de rádio e televisão de outros Estados-Membros, mediante a adaptação do quadro normativo da União. Ao regular as dificuldades relacionadas com o apuramento de direitos, cria as condições necessárias para que os organismos de radiodifusão e os operadores dos serviços de retransmissão ofereçam maior acesso a programas de rádio e televisão em toda a UE.

Em consequência, a proposta entende promover o acesso dos consumidores a um maior número de programas de rádio e televisão de outros Estados-Membros, em ambos os casos no que se refere aos serviços acessórios em linha de organismos de radiodifusão e serviços de retransmissão. A proposta introduz uma abordagem comum na

União, mantendo simultaneamente a garantia de um elevado nível de proteção dos titulares de direitos.

Ao fazê-lo, pretende contribuir para o funcionamento do mercado interno como um espaço sem fronteiras internas.

3.2.3 A UE harmonizou os direitos relevantes para a difusão em linha de obras e outro material protegido, bem como para a retransmissão de programas de rádio e televisão (nomeadamente os direitos de reprodução, comunicação ao público e colocação à disposição), na Diretiva 2001/29.

A proposta de regulamento em análise destina-se a facilitar o apuramento de direitos aplicáveis a serviços acessórios em linha por organismos de radiodifusão, mediante a introdução do princípio do país de origem, segundo o qual o ato relevante para efeitos de direitos de autor ocorre unicamente no Estado-membro de estabelecimento do organismo de radiodifusão. Além disso, facilita o apuramento dos direitos aplicáveis aos serviços de retransmissão fornecidos através de redes fechadas (exceto por cabo), mediante a introdução de normas de gestão coletiva obrigatória. O objetivo da proposta é ter em conta, entre outros aspectos, a evolução das tecnologias, que exige a adaptação do quadro normativo anteriormente harmonizado.

3.2.4 No seu articulado começa-se por definir os serviços abrangidos pelas medidas (a saber, “serviços acessórios em linha” e serviços de “retransmissão”), definições que serão aplicadas de modo uniforme na União.

De seguida estabelece-se que os atos relevantes em matéria de direito de autor para a prestação de um serviço acessório em linha ocorrem exclusivamente no Estado-membro de estabelecimento do organismo de radiodifusão. O conceito de “estabelecimento principal” do organismo de radiodifusão deve estar em conformidade com a legislação da União.

Por outro lado, regula-se o exercício do direito de retransmissão titulares de direitos que não sejam organismos de radiodifusão abrangido pela proposta prevendo-se normas semelhantes às constantes nos artigos 9º e 10º da Diretiva 93/83/CE, relativa à retransmissão por cabo, deixando-se no entanto aos Estados-membros alguma margem de manobra, tal como se prevê para a retransmissão por cabo na Diretiva 93/83/CE.

Finalmente, incluem-se disposições sobre a obrigatoriedade da gestão coletiva do direito de autor e direitos conexos relevantes para a retransmissão, sobre presunções legais de representação por parte das entidades de gestão coletiva e sobre o exercício do direito de retransmissão por cabo pelos organismos de radiodifusão.

3.3 Proposta de diretiva relativa a determinadas utilizações permitidas de obras e outro material protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos e que altera a Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação

3.3.1 A diretiva proposta procura alinhar o direito da União com os compromissos internacionais assumidos pela UE no âmbito do Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso a obras publicadas por parte das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos (designado “Tratado de Marraquexe”).

O Tratado de Marraquexe foi adotado em 2013 na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com o objetivo de facilitar a disponibilidade e o intercâmbio transfronteiras de livros e outros materiais impressos em formatos acessíveis em todo o mundo. Foi assinado pela União em abril de 2014. O tratado exige que as partes prevejam exceções ou limitações ao direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual e com outras dificuldades de acesso a textos impressos e permite o intercâmbio transfronteiras de cópias em formato especial de livros, incluindo audiolivros, e outro material impresso entre os países que são partes no tratado.

3.3.2 Os beneficiários do Tratado de Marraquexe, ou seja, as pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos (“pessoas beneficiárias”), defrontam-se com muitos obstáculos no acesso a livros e outro material impresso protegidos por direitos de autor e direitos conexos. Estima-se que a disponibilidade de livros em formatos acessíveis às pessoas com incapacidade de leitura de material impresso se situe entre os 7% e os 20%, não obstante o fato de a

tecnologia digital facilitar substancialmente o acesso a publicações. Os formatos acessíveis incluem, por exemplo, Braille, letras grandes, livros eletrónicos e audiolivros com navegação especial, descrição de áudio e radiodifusão.

3.3.3 A diretiva proposta tem por objetivo aumentar a disponibilidade de obras e outro material protegido, por exemplo, livros, publicações periódicas, jornais, revistas e outros escritos, partituras e outro material impresso, incluindo sob a forma sonora, em formatos acessíveis às pessoas beneficiárias. Para tal, irá assegurar que todas as pessoas beneficiárias e organizações que atendam às suas necessidades sem fins lucrativos possam contar dentro da União com uma exceção obrigatória e harmonizada aos direitos de autor e direitos conexos. Tal permitirá a realização de cópias em formato acessível de obras e outros materiais não acessíveis de outro modo que já tenham sido publicados ou disponibilizados. A diretiva proposta alterará em conformidade o quadro legislativo da União em vigor e assegurará que as cópias em formato acessível efetuadas num Estado-Membro possam ser divulgadas e estejam acessíveis em toda a União.

O domínio dos direitos de autor é muito complexo devido à existência de múltiplas partes interessadas com interesses distintos, mas que necessitam umas das outras

3.3.4 No seu articulado defende-se a utilização de determinados conteúdos protegidos por direitos de autor, sem a autorização do titular dos direitos, em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso a textos impressos.

Definem-se os termos “obra e outro material”, “pessoa beneficiária”, “cópia em formato acessível” e “entidade autorizada” aplicáveis para efeitos da diretiva proposta, e em consequência prevê-se uma exceção obrigatória e estabelecem-se as utilizações específicas permitidas às pessoas beneficiárias e entidades autorizadas.

Numa disposição garante-se que as cópias em formato acessível realizadas ao abrigo da exceção antes referida possam circular ou ser acedidas em qualquer Estado-Membro, e noutra estabelecem-se as regras aplicáveis em matéria de proteção dos dados pessoais.

4. Alguns comentários críticos

4.1 O domínio dos direitos de autor é muito complexo devido à existência de múltiplas partes interessadas com interesses distintos, mas que necessitam umas das outras. Compete à regulação encontrar um equilíbrio entre os direitos de todas as partes, evitando burocracias e exigências desnecessárias.

A UE carece de um sistema integrado de direitos de autor. O estabelecimento de um tal sistema deve ter como principal objetivo eliminar a fragmentação, reforçando simultaneamente a proteção dos criadores, nomeadamente perante os gigantes tecnológicos que dominam os mercados.

4.2 De um modo geral as propostas da Comissão representam um avanço neste sentido destacando-se em especial o progresso na proteção dos direitos dos autores, que devem ter direito à justa remuneração do seu esforço criativo, à sua associação ao sucesso comercial das obras e à preservação de um elevado nível de proteção e financiamento das obras.

4.3 No entanto, a abordagem “gradual” que a Comissão propõe é manifestamente insuficiente. A quantidade e a complexidade de disposições legislativas em que se traduz a regulamentação comunitária dos direitos de autor exigia que se procedesse a uma revisão e consolidação da legislação em vigor, na modalidade do *recast*¹², nomeadamente introduzindo alterações a outras diretivas, ponderando a possibilidade de propor medidas sobre os casos dos motores de busca na internet e da transmissão gratuita de conteúdos através de redes Wi-Fi e regulando alguns aspetos através de regulamento em vez de diretiva para garantir uma aplicação uniforme do legislado.

4.4 No que se refere às exceções ao contexto digital e transnacional, embora as propostas da Comissão identifiquem corretamente os problemas, teria sido útil e oportuno que a Comissão tivesse introduzido uma série de modificações às mesmas no sentido de adaptar melhor os direitos de autor às exigências atuais¹³, designadamente:

- a) incluir o princípio da nulidade de qualquer disposição contratual contrária às exceções e limitações dos direitos de autor;
- b) relativamente à prospecção de textos e dados:

- incluir no âmbito de aplicação (artigo 2º da proposta) investigadores e empresas com fins lucrativos, a fim de promover as empresas inovadoras;

- incluir no texto o princípio de que os fatos em si e os dados não devem estar protegidos por direitos de autor;

- c) relativamente às cópias de obras para conservação do património cultural: tornar mais clara a exceção e ampliá-la de forma a tornar acessíveis em linha, com fins não lucrativos, as obras que não estão disponíveis em canais comerciais ou que não sejam fornecidas ativamente pelos titulares do direito;

- d) substituir a exigência de utilizar “terminais destinados para o efeito nas instalações dos estabelecimentos”, tornando o acesso às obras e outros materiais neutro do ponto de vista tecnológico;

- e) incluir uma nova exceção relativa ao fornecimento transnacional não comercial de documentos pelas bibliotecas e arquivos europeus;

- f) modificar a exceção para investigação científica com fins não comerciais da Diretiva Sociedade da Informação, visto ser considerada de difícil aplicação em determinados casos;

- g) harmonizar, através de normas europeias, a exceção “liberdade de panorâmica”, que permite a particulares captar e partilhar através da internet imagens de obras, como edifícios e esculturas, situadas em espaços públicos.

Notas

1. Jorge Pegado Liz. Advogado, juiz arbitral e conselheiro no CESE em representação dos interesses dos consumidores.
2. Contam-se por mais de 30 os pareceres do CESE sobre matérias ligadas ao direitos de autor e à propriedade intelectual.
3. Comunicação da Comissão “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”, 6 de maio de 2015 – COM(2015) 192 final.
4. COM(2015) 626 final.
5. COM(2015) 627 final.
6. ISAN (International Standard Audiovisual Number) e EIDR (Entertainment Identifier Registry).
7. De acordo com um recente relatório do Observatório Europeu do Audiovisual (“How do films circulate on VOD services and in cinemas in the European Union?”, maio de 2016), as coproduções circulam melhor do que os filmes europeus médios. Em média, os filmes europeus estão disponíveis em 2,8 países, as coproduções europeias em 3,6.

8. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2010/13/UE, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual, para a adaptar à evolução das realidades do mercado – COM(2016) 287 final.
9. Em média, os filmes europeus atingem apenas 2,8 Estados-Membros da UE, a comparar com 6,8 no caso dos filmes norte-americanos. Nas salas de cinema, é ainda mais acentuada a diferença entre filmes europeus (2,6) e filmes americanos (9,7) (Observatório Europeu do Audiovisual, “How do films circulate on VOD services and in cinemas in the European Union?”, maio de 2016).
10. Dos filmes europeus exibidos em salas de cinema da União Europeia entre 2005 e 2014, 47% estão disponíveis em, pelo menos, um serviço de vídeo a pedido (5.046 filmes, num total de 10.828), ao passo que, no caso dos filmes americanos exibidos em salas de cinema da UE no mesmo período, a percentagem é de 87% (2.404, num total de 2.748) (Observatório Europeu do Audiovisual, “How do films circulate on VOD services and in cinemas in the European Union?”, maio de 2016).
11. Diretiva 93/83/CEE.
12. Conforme o Acordo Interinstitucional de 28 de Novembro de 2001 para um recurso mais estruturado à técnica de reformulação dos atos jurídicos, J0, C, 77/1 de 28.03.2002.
13. Segue-se de muito perto o Projeto de Parecer do CESE sobre esta matéria, da autoria do Conselheiro MENDOZA CASTRO, com o qual se colaborou na sua finalização na reunião de Seção de 13 de Janeiro de 2017.

PRIMEIRAS LINHAS ACERCA DO TRATAMENTO JURÍDICO DO ASSÉDIO DE CONSUMO NO BRASIL¹

MARCOS CATALAN²

Doutor *summa cum laude* em Direito pela Faculdade do Largo do
São Francisco da Universidade de São Paulo

YASMINE UEQUED PITOL³

Mestranda em Direito e Sociedade no Unilasalle

RESUMO

Este artigo busca refletir acerca dos contornos jurídicos do assédio de consumo no Brasil. Ele encontra sua justificativa não apenas na iminência do regramento do tema – previsto em dois projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados – mas, também, na incipiência de estudos acerca do assunto no país. Dessa constatação emerge o objetivo desta investigação: esboçar alguns dos contornos dogmáticos de uma figura ignorada pelo direito brasileiro. Transitando, metodologicamente, nos trilhos pensados pelas correntes pós-positivistas de compreensão do fenômeno jurídico, tenta identificar as características mais salientes da sociedade de consumo para, posteriormente, desenhar uma singela proposta de tratamento jurídico das patologias havidas nesta seara. E esse resultado permite sustentar, ao final, a possibilidade – mesmo na ausência de lei ou de regra específica sobre a matéria – de tutela dos consumidores, eventualmente, assediados pelo mercado.

RESUMEN

En este artículo se busca pensar los contornos del acoso de consumo en Brasil. El texto encuentra su justificación en el virtual reglamento del tema – existen dos proyectos de ley pendientes en la Cámara de los Diputados – y en la ausencia de estudios sobre el contenido del acoso de consumo. El objetivo de esta investigación consiste en delinear los contornos de una figura dogmática ignorada por la legislación brasileña. Metodológicamente impulsado por las corrientes post-positivistas de análisis del fenómeno jurídico, identifica las características más destacadas de la sociedad de consumo y delinea una propuesta dogmática para el encuadre del acoso de consumo o que permite, al final, defender la posibilidad – incluso en ausencia de ley o regla específica – la protección de los consumidores acosados por el mercado.

1. A título de introito: o assédio de consumo no Brasil

O calendário mal havia indicado o início do mês de outubro de 1988 quando – depois de aproximadamente vinte meses de intenso e expectado labor legislativo – a Constituição Federal foi apresentada à sociedade brasileira. Com ela, entremeio a importantíssimas conquistas, também foi regradada a imperiosidade de tutela dos consumidores, a ser instrumentalizada naquele momento por meio da edição de regras e princípios imantados pela identificação da vulnerabilidade de seus destinatários.

A preocupação com a proteção dos consumidores alçou o referido direito – tão necessária quanto especial – à categoria de fundamental⁴ e, para além disso, promoveu a sua reimpressão, no mesmo texto legal, visando a explicitar seu papel de vetor conformador do exercício da livre iniciativa⁵, especificando, ainda, sem precisar grafá-lo, não haver licitude em condutas que destoem das molduras concebidas visando à tutela dos consumidores no Brasil.

Todo consumidor é vulnerável. E não se trata de presunção. A vulnerabilidade há de ser significada como o axioma que justifica e legitima a existência de um código incontestavelmente protetivo⁶, um código que ocupa lugar de destaque na prevenção e tratamento de muitas das patologias que permeiam as relações de consumo no Brasil. Um apotegma que explica – por meio da intervenção no universo da autonomia privada, da imputação objetiva do dever de reparar, da tutela de vícios aparentes, da desnecessidade de observância de alguns ônus probatórios ou, ainda, da internalização da ideia de *actio nata*, dentre outras tantas técnicas – muitos dos porquês atados à densificação da igualdade.

Uma percepção que cresce quando se identifica que as relações de consumo são vividas cotidianamente na “dinâmica do fornecimento e do abastecimento de bens e serviços”⁷, ao mesmo tempo em que são marcadas – e, em alguma medida, isso permite pensá-las em conjunto – pela perene e ininterrupta atuação do mercado na construção e readequação de estratégias e assunção de técnicas que se propõem a fomentar desejos tão incommensuráveis quanto insaciáveis.

Ainda, assim, a harmonia ecoa com algo factível na seara das relações de consumo. Um constructo normativamente imposto⁸ a permear a conformação jurídica do hoje. Prevenção, precaução e respeito ao consumidor, também o são. Mapas que indicam os caminhos de prospecção do amanhã.

Aliás, ao refletir acerca das possibilidades contidas no porvir – buscando, de alguma forma, antecipá-las – exsurge a imperiosidade de explicitar que qualquer tentativa de antecipação do futuro que *Chronos* talvez, e apenas talvez, tenha reservado ao direito do consumidor brasileiro deva, necessariamente, tangenciar os projetos de lei 281/2012 e 283/2012 – atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, eis que aprovados no Senado, a sua casa legislativa de origem –, projetos que visam a promover a atualização do Código de Defesa do Consumidor, vigente há um quarto de século. Propostas legislativas inspiradas em alguns dos pontos inseridos expressamente na *United Nation guidelines for consumer protection* do final do ano de 2015⁹, embora conhecidas há mais de uma década.

Entre elas, a figura do assédio de consumo, objeto destas reflexões, a respeito da qual a Emenda 45 ao Projeto de Lei do Senado 283/2012¹⁰ dispõe em dado instante:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: [...] V – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio.

De forma mais ampla – talvez menos pontual – o Projeto de Lei 281/12¹¹ se propõe a ampliar o rol de direitos básicos do consumidor, ao dispor que, entre eles, deva constar o inciso XII, assegurando “a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados” e vedando “qualquer forma de discriminação e assédio de consumo”. Uma proposta legislativa que, explicitamente, busca alargar a moldura que envolve a tela sobre a qual foram delineados alguns dos parâmetros considerados minimamente aceitáveis pela comunidade

jurídica brasileira, muitas vezes desenhados com traços que saltam aos olhos por terem sido grafados com tons carmins, cores capazes de capturar – e revelar, pelo menos, aos olhares mais sensíveis – uma pequena parcela da crueldade que permeia o cotidiano de inúmeros consumidores brasileiros¹².

É oportuno registrar, antes de encerrar este não tão breve introito, que a fonte de inspiração que, aparentemente, motivou a redação das propostas legislativas destacadas parece ter sido encontrada em uma diretiva europeia¹³ sobre práticas comerciais desleais.

Enfim, é tempo de informar o leitor que esta investigação encontra sua justificativa não apenas na iminência do regramento do tema no Brasil, mas, também, na incipiência de estudos sobre o assunto. Aliás, daí emerge o objetivo de uma pesquisa que busca delinear alguns dos contornos dogmáticos de uma figura que, embora ignorada em suas especificidades, parece ser vedada pelo direito brasileiro. O problema que a imanta questiona a possibilidade de se prevenir e (ou) de se combater, com base no instrumental disponível no direito pátrio, o assédio de consumo, e a hipótese que o informa leva a crer que a resposta é positiva. Uma conclusão, é evidente, tão efêmera e provisória quanto o são os momentos de felicidade experimentados em meio ao turbilhão de emoções difusamente escondidas nos palcos da sociedade de consumo.

É preciso informar que ao longo deste texto buscou-se (a) delinear algumas das características da sociedade de consumo, (b) compreender, dogmaticamente, o assédio de consumo no Brasil e (c) ao final, refletir acerca da possibilidade (ou não) de tutela de consumidores eventualmente vitimados por práticas qualificadas como assédio de consumo. Uma investigação que, ao ser metodologicamente orientada pela assunção de postura crítica – portanto, mais construtiva e menos descritiva –, é atada às correntes pós-positivistas de compreensão do direito¹⁴ e, intencionalmente, alinhavada a partir do diálogo com Gerd Bornhein¹⁵.

É tempo de informar
o leitor que esta
investigação
encontra sua
justificativa não
apenas na iminência
do regramento
do tema no Brasil,
mas, também,
na incipiência de
estudos sobre o
assunto

2. Sedução e violência: facetas da sociedade de consumo

Há pouco mais de duas décadas, Giacomo Rizzolati – um cientista italiano – estudava primatas buscando compreender a organização cerebral do comportamento motor. Sua pesquisa identificou que a área do cérebro responsável pela organização dos movimentos era estimulada quando macacos pegavam os alimentos que lhes eram oferecidos, bem como quando observavam outros símios alimentando-se.

O mais surpreendente, porém, deu-se quando um integrante de sua equipe entrou no laboratório com um sorvete: à medida que levava o alimento à boca, o computador conectado ao cérebro de um dos macacos utilizados na pesquisa capturava a excitação cerebral do animal, que assistia à cena. Isso levou o pesquisador a concluir que alguns neurônios subjagam o pensamento racional, estimulando a reprodução do comportamento do(s) outro(s) ou, ao menos, o desejo de fazê-lo¹⁶.

Sabe-se, ademais, que tais neurônios não agem isoladamente, pois, em paralelo à sua atuação, a dopamina – substância química ligada ao prazer – inunda o cérebro no exato instante em que se materializa a aquisição de algo, criando uma dimensão “quase orgástica” contra a qual mentes racionais não têm como resistir¹⁷. Os efeitos experimentados são semelhantes aos vivenciados pelos apaixonados, ao *frenesi* provocado pelo uso de drogas ou aquele experimentado, coletivamente, em cultos religiosos ou em um estádio de futebol.

Emoções! É assim que o cérebro humano codifica o que tem valor¹⁸. E, também por isso, necessidades genuínas, essenciais, e desejos realistas são, nesta dinâmica – criada e gerida pelo mercado –, alguns dos maiores rivais de uma economia voltada para o consumidor¹⁹ apenas em aparência.

As leis do espetáculo que definem o que²⁰ irão satisfazer ou saciar²¹. Necessidades são fabricadas. Melhor frisar, pseudonecessidades:

A vitória da economia autônoma deve ser ao mesmo tempo o seu fracasso. As forças que ela desencadeou suprimem a necessidade econômica que foi a base imutável das sociedades antigas. Quando ela a substitui pela necessidade do desenvolvimento econômico

infinito, só pode estar substituindo a satisfação das primeiras necessidades humanas, sumariamente reconhecidas, por uma fabricação ininterrupta de pseudonecessidades que se resumem na única pseudonecessidade de manutenção do seu reino²².

Paraísos artificiais são criados e, ininterruptamente, recriados. Cenários tão variados quanto estimulantes, tão fugazes quanto múltiplos, renováveis, adaptáveis, embora todos sejam, necessária e sedutoramente, percebidos como indispensáveis por seres demasiadamente humanos. A cada necessidade *aparentemente* saciada – a fome dos consumidores é pantagruélica –, outra emerge dos ventres do mercado – a velocidade das mutações, próxima a dos movimentos de Mercúrio – estimulando um ciclo que impede que o apetite de consumo cesse²³. Sutil violência²⁴, nem por isso um comportamento menos brutal.

Os palcos em que a vida flui emergem como ambientes nos quais reina a instabilidade dos desejos e a insaciabilidade de necessidades, imantadas pela busca voraz do consumo instantâneo, da felicidade instantânea²⁵. Um turbilhão estimulado pela gênese incessante de *novas necessidades*²⁶ a exigir – para a sua satisfação – *mercadorias e serviços distintos daqueles que foram ofertadas ontem*, os quais, por sua vez, precisam vir a ser, de forma inexorável, renovadamente desejados²⁷.

Um brinde ao efêmero! O tempo, agora, revela-se na “multiplicidade de instantes eternos”²⁸.

De maneira distinta do *consumo*, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o *consumismo* é um atributo da *sociedade*. Para que uma sociedade adquira esse atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtores, destacada dos indivíduos e reciclada/reificada numa força externa que coloca a “sociedade de consumidores” em movimento e a mantém em curso como uma forma específica de convívio humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e condutas individuais²⁹.

Descartar e substituir. Atualmente, nada melhor representa a felicidade do que a capacidade de consumir cada vez mais. Ao substituir o velho – cada vez menos velho – pelo novo, experimenta-se, quase sempre, sem o perceber, o “âmago do irrealismo da sociedade atual”³⁰. E se o consumismo associa a ideia de felicidade à expectativa de satisfação de desejos – sempre e sempre crescentes –, isso implica, fundamentalmente, a necessidade – também manipulada, no mais das vezes, com precisão cirúrgica – de rápida substituição dos bens que, inicialmente, foram adquiridos para satisfazê-los³¹.

O *marketing* – e uma de suas mais eficazes técnicas, o *branding* – a cada dia busca superar os limites da literalidade que informa o seu conteúdo, atingindo seus destinatários, potenciais consumidores, sem que estejam conscientes de que foram por ele tocados, sem a consciência de que foram de algum modo marcados a ferro. O *cupido* age da mesma forma, mas suas flechas não envenenam seus destinatários.

Também é importante resgatar que o estímulo ao uso do crédito – viciante como poucas drogas e, como as mais potentes entre elas, igualmente produtor de dependência – foi inserto nos mapas contemporâneos como um dos caminhos mais curtos até a felicidade, ilusória felicidade.

Em tais cenários, parece irrefutável que o culto à aparência, a representação e a espetacularização da vida, o reconhecimento e prestígio sociais buscados no consumo incessante são apenas algumas das violências experimentadas, cotidianamente, por seres expostos a práticas tão sedutoras e, às vezes, tão nocivas quanto o canto das sereias de Ulisses.

Um espetáculo³² que há muito ultrapassou o *tempo da inocência*.

3. Esboçando alguns dos contornos dogmáticos do assédio de consumo no Brasil

O combate ao assédio de consumo parece emergir como uma ferramenta que permite a densificação do direito à liberdade de escolha, garantido, no Brasil, enquanto *direito básico* do consumidor. Em alguma medida, portanto, um direito que consagra, também,

a proibição do recurso a métodos comerciais coercitivos e (ou) desleais³³. E, incontestavelmente, uma ideia que tem por baluarte algumas das mais importantes promessas *normativas* elevadas à dimensão constitucional. Raramente tangenciado no Brasil, em solo europeu o tema foi regrado no universo das práticas comerciais agressivas, compreendidas aqui como as condutas que afetam, de modo gritante, a liberdade de escolha. Mais especificamente, o assédio, a coação, o recurso à força física e a indevida influência são comportamentos explicitamente vedados por diretiva que vige há mais de uma década³⁴.

Aliás, na Comunidade Europeia, foi construída de forma bastante detalhada a matriz normativa que informa as práticas comerciais desleais³⁵. São duas as telas. Sobre a primeira foram esboçadas as práticas comerciais enganosas. Sobre a segunda, as qualificadas como agressivas³⁶, entre as quais figura o assédio de consumo. Mais especificamente quanto a este, o regramento havido no direito produzido no além-mar preocupou-se em mapear, de modo minudente, algumas das trilhas³⁷ que poderão conduzir (ou não) à sua identificação.

O passeio pelo Velho Mundo identificou, ainda, que a platônica busca pela segurança jurídica parece ter sido a principal motivação para a edição do anexo I à Diretiva 2005/29/CE, sobre cujas páginas foram cinzeladas, de forma supostamente exaustiva, as práticas vedadas pelo direito, entre as quais, merecem ser listadas, por influenciarem o processo de lapidação dos contornos do assédio de consumo no Brasil³⁸, condutas aptas a:

Criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato. Contatar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional.

Fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, *e-mail* ou qualquer outro meio de comunicação à distância exceto

em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional.

Deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objetivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais.

Incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados.

Transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante um determinado ato, irá ganhar um prêmio ou outra vantagem quando: não existe qualquer prêmio nem vantagem ou a prática de atos para reclamar o prêmio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo.

Entre nós, no Brasil, as práticas comerciais enganosas do direito europeu foram tuteladas sob a égide das regras acerca da oferta e as que vedam a publicidade enganosa – não se desprezando, evidentemente, os influxos que emanam do princípio da boa-fé e das múltiplas possibilidades que emergem da valorização da confiança despertada no outro, por ocasião do exercício material da liberdade –, enquanto as condutas qualificadas na Europa como agressivas, aparentemente equiparam-se às práticas abusivas³⁹, mormente quando se identifica que as condutas descritas como tal no direito brasileiro são explicitamente exemplificativas.

Uma curiosidade que emergiu no desvelar desta investigação científica está atada à identificação da incipiência de estudos dedicados a um tema conhecido, como antecipado, pelo menos desde o longínquo ano de 2005.

Além de textos que aludem ao assédio de forma retórica⁴⁰ limitando-se a destacar *en passant* os projetos de lei outrora listados⁴¹, houve contato com um estudo afirmando que haverá assédio “quando o consumidor é pressionado a contratar o crédito”⁴² e com outro aludindo ao assédio enquanto sedução, em uma singela nota de rodapé⁴³. Por ocasião da última revisão dos originais, houve grata surpresa no acesso a texto que acabara de sair da gráfica, contendo singular e madura reflexão acerca do tema⁴⁴.

Dito isto, é possível afirmar que, incontestavelmente, o assédio com violência – especialmente, a psíquica – é conhecido no Brasil. A literatura especializada, aparentemente inspirada nas ideias difundidas por Marie-France Hirigoyen⁴⁵, aponta que o assédio moral “pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”⁴⁶.

O assédio de consumo, entretanto, não busca excluir. Talvez por isso possa ser percebido, também, nas práticas que aliciem ou que seduzam⁴⁷ – *por meio da repetição* – o consumidor e, em especial, mas não exclusivamente, o idoso, o analfabeto, o doente e todo aquele que, por qualquer outra razão, vivencie situação de vulnerabilidade extremada, buscando forçá-lo, constrangê-lo, aliciá-lo a adquirir produto, serviço ou obter acesso ao crédito, especialmente porque “o simples fato de ver repetidamente um certo produto o torna mais desejável”⁴⁸.

É possível
afirmar que,
incontestavelmente,
o assédio com
violência –
especialmente,
a psíquica – é
conhecido no Brasil

O assédio de consumo, portanto, não se esgota em práticas que se revelem violentas, compreendendo, também, aquelas efetuadas por meio do encantamento que busca obnubilar a ínfima parcela de razão que orienta a vida de pessoas, inexoravelmente imersas na sociedade de consumo. Sedução que, quando reiterada, municiada com a promessa de novas doses de dopamina, potencializa substancialmente a força de convencimento contida nas sucessivas promessas de felicidade difundidas pela mídia. Prática que talvez se revele (a) nas repetidas visitas ao domicílio do consumidor, (b) no *spam*, (c) no assédio a idosos nas filas dos bancos, com sedutoras ofertas de crédito ou com a possibilidade de vir a ser premiado, (d) no persistente contato – via telefone, fax, *e-mail* ou qualquer outro mecanismo de comunicação – visando a comercialização de algum bem, serviço ou a concessão de crédito, (e) na reiteração da necessidade de alteração do regime contratual vigente, (f) na exortação das crianças para que convençam adultos a comprar-lhes algo, (g) nas promessas de cura dos mais

distintos males reverberadas pelos mídia etc. Contornos, contudo, que nada mais são que uma ideia em construção.

Daí a importância de valorização da hermenêutica – ela auxiliará na construção da melhor moldura dogmática para abrir o assédio de consumo – bem como do compromisso com a densificação adequada dos princípios por ocasião da produção da *law in action*, em especial quando se identifica a mutação de um direito que pretende ser informado por precedentes⁴⁹.

É oportuno apontar, entretanto, que tais reflexões não afastam a possibilidade de defender que a prática é vedada⁵⁰ no direito brasileiro vigente, pois, salvo melhor juízo, oferece o contraponto necessário para que – em oposição à dinâmica imposta pela “sociedade do espetáculo” de Debord – o assédio de consumo venha a ser evitado e, quando necessário, combatido. Uma vez caracterizado, restará aferir, portanto, se será o caso de ilícito nulificante, caducificante ou reparatório, classificação que emergirá na análise da fenomenologia social e do necessário diálogo entre o direito e a sociedade.

A verticalização do pensamento permite observar e entender alguns dos porquês que legitimam as apontadas soluções dogmáticas. A nulidade ecoa enquanto resposta a ser dada por um direito que, adornado com as vestes da ordem pública⁵¹, explicitamente impõe o respeito à dimensão existencial e patrimonial de todos os consumidores ao condicionar o exercício da livre iniciativa, na seara negocial, pensada enquanto autonomia privada. Regras de ordem pública não podem ser moldadas, quiçá afastadas, no desvelar do exercício da autonomia privada. E a nulidade reverbera, igualmente, na violação de proibição havida tanto na difusão dos direitos básicos dos consumidores⁵² – se são básicos, padrões de conduta que não os respeitem não podem ser considerados lícitos – no controle das práticas abusivas⁵³, regras informadas não apenas pela ordem pública outrora invocada, mas, ademais, emoldurada pela teoria da nulidade virtual⁵⁴ atraída por meio do recurso à teoria do diálogo das fontes e (ou) pela percepção de que o Código Civil – embora não possa ser classificado como lei geral – é lei central na seara das relações interprivadas. Nulidade que impedirá a produção de todo e qualquer efeito ou – em uma leitura imantada no acoplamento das regras hermenêuticas do *in dubio pro consumidor* com

o *favor negotii* – necrosará tão somente aquela parte do contrato que desrespeite a situação jurídica do vulnerável.

Apesar de não haver espaço para maiores digressões acerca do tema⁵⁵, o ilícito caducificante poderá emergir no reconhecimento de que bens ou serviços havidos em cenários nos quais se identifique o assédio de consumo não devam ser restituídos ao fornecedor assediador, solução que encontra inspiração na resposta dada pelo direito enquanto sanção para uma das mais conhecidas práticas abusivas⁵⁶ no território tupiniquim.

Enfim, havendo dano – patrimonial ou extrapatrimonial, individual, coletivo ou social –, deverá ser reparado. Em algumas situações, aliás, a não conclusão do contrato de consumo não afastará, em razão do contato social havido, a reparação da lesão a qualquer dos muitos interesses do consumidor que são, hodiernamente, juridicamente protegidos.

E não se olvide que

a idolatria capitalista global em seu estado tardo-moderno reduz cada potencial sujeito humano a um feixe de desejos vagos, que se insinuam entre vestígios vagamente reconhecíveis de pulsões arcaicas e recombinações de metamorfoses construídas pela instilação frenética de pretensas necessidades que transformam o real, com todo o peso dessa palavra, em uma coisa manobrável, através de infinitos instrumentos de convencimento, dos mais sutis e delicados – dedicados aos cérebros sofisticados ou às sensibilidades exaltadas – aos mais explícitos e grosseiros – dedicados à vida nua, ao que está para além de toda classificação⁵⁷.

Por tudo isso, qualquer forma de assédio deve ser veementemente reprimida, também em razão dos efeitos colaterais que pode vir a produzir, mormente quando se identifica, em países emergentes como o Brasil, além da vulnerabilidade do consumidor e de sua impotência frente à sedução que difusamente ecoa pelo mercado, um exército de seres humanos sem nenhuma educação financeira, seres incapazes de enfrentar o sofisticado processo de encantamento difundido por meio de inmensuráveis estratégias e técnicas publicitárias.

4. O eterno retorno: a provisoriedade de uma conclusão

Phosphoros, do grego, é um signo que pode ser significado como o ato de levar a luz a algum lugar ou até alguém. Uma ideia que, em alguma medida, permeia a conclusão de estudos que buscam iluminar o caminho daqueles que procuram soluções para questões vivenciadas na fenomenologia social. Os fósforos, paradoxalmente, são ferramentas que, uma vez acionadas, possuem reduzida vida útil. Talvez tão breve, tão transitória e efêmera quanto a que pulsa das derradeiras reflexões alinhavadas neste estudo. E que podem queimar usuários desatentos.

Uma investigação que percebeu que a felicidade – idealizada consoante os roteiros elaborados previamente pelo mercado – é promessa passível de ser consumida, jamais de vir a se consumir. Consumida para se esvaír em um instante e que permitiu antever que os consumidores são, diuturnamente, bombardeados pela gênese de novas (pseudo)necessidades e pela difusão de desejos que, ingenuamente, acreditam que são seus, talvez na mesma proporção em que a insatisfação crônica é fomentada para vir a ser alimentada, mais tarde, por novas experiências de consumo⁵⁸.

Aliás, quem ainda acredita que o contrato é um ato de razão, senão alguns leitores tardios de Platão ou alguns dos cruzados da *law and economics*? O contrato é um instrumento para a satisfação de necessidades. Quando instrumentalizado por um consumidor, atua, em verdade, como mecanismo apto a saciar – mesmo que, como visto, apenas em perspectiva minimalista – suas necessidades existenciais, muitas delas havidas na necessidade de pertencimento. Por isso, também, que qualquer análise de uma relação havida na sociedade de consumo deve ter por pano de fundo a percepção de que o que leva alguém a optar (ou não) pela aquisição de determinado bem ou serviço não pode ser classificada como uma ação racionalmente passível de vir a ser controlada.

Concluiu-se, ainda, que as práticas abusivas são vedadas pelo direito brasileiro. Assim, ainda que de forma precária, assegura-se a liberdade dos consumidores brasileiros e de todo aquele que possa ser albergado por essa situação jurídica no território nacional. Liberdade, aliás, normativamente garantida! Portanto, nulificante, caducificante

ou reparatória, a natureza do ilícito auxiliará no processo de construção da resposta a incidir sobre as condutas que destoem – em alguma medida – dos moldes coletivamente construídos pelo direito. Como Píramo e Tisbe⁵⁹, a noção de contrariedade ao direito não sobrevive sem a percepção da existência de uma sanção.

Assim – e permita o leitor a redundância intencional –, uma vez identificada uma situação que possa ser qualificada como assédio de consumo⁶⁰, por ser vedada pelo direito pátrio (a) implicitamente – ante a proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas⁶¹ – ou (b) de forma explícita – como salientado⁶² –, cabe aferir se a sanção cabível será a declaração de nulidade de uma ou mais cláusulas do contrato, do negócio jurídico todo – quando ele não possa ser preservado –, a desconstituição de direitos e (ou) a efetiva reparação do dano, quando presente.

É necessário salientar, enfim, que diálogos com a Constituição são deveras relevantes, pois auxiliarão na ampliação da moldura que envolve e protege essa belíssima tela – ainda não finalizada – sobre a qual cores intensas e vibrantes são lançadas dia após dia, permitindo compreender a relevância do tratamento do direito do consumidor como um direito fundamental.

Notas

1. Esse artigo – financiado pelo CNPq – foi construído no desvelar do projeto de pesquisa n. 4421362014-5, denominado *A fragmentação dos danos na Sociedade do Espetáculo*.
2. Marcos Catalan. Doutor *summa cum laude* em Direito pela Faculdade do Largo do São Francisco da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, no curso de Direito da Unisinos e em cursos de especialização pelo Brasil. Advogado, parecerista.
3. Yasmine Uequeud Pitó. Mestranda em Direito e Sociedade no Unilasalle. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bolsista Capes. Advogada.
4. CF, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.
5. CF, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os

- ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] V – defesa do consumidor.
6. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 382.
 7. PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, Porto Alegre, n. 9, a. 3, p. 66-100, out./dez. 2009, p. 91.
 8. CDC, 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 [...]
 9. MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de código de defesa do consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 103, p. 55-100, jan. / fev. 2016, p. 55-100. As Diretrizes da ONU acerca da proteção do consumidor envolvem, agora, os seguintes temas: (1) consumo à distância – em especial, o realizado por meios eletrônicos –, (2) a tutela da privacidade dos consumidores, (3) regras versando acerca dos *disadvantaged consumers*, (4) a preocupação com os consumidores de serviços financeiros e de crédito, (5) o turismo e o transporte de massa, (6) o consumo internacional e, ainda, (7) estímulos ao fortalecimento da tutela administrativa do consumidor, por meio do fortalecimento de agências e outros órgãos reguladores e (ou) fiscalizadores.
 10. Atualmente, Projeto de Lei 3515/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados.
 11. Atualmente, Projeto de Lei 3514/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados.
 12. BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 89. Existe, ainda, outro exército composto por *outsiders*, por seres excluídos da orgia consumista, por consumidores defeituosos imersos em outro universo de dilemas existenciais.
 13. Diretiva 29/2005/CE, Art. 9º. A fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coação – incluindo o recurso à força física – ou a influência indevida, são tomados em consideração os seguintes elementos: [...] (c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto.
 14. CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
 15. BORNHEIN, Gerd. *Metafísica e finitude*. Porto Alegre: Movimento, 1972, p. 109-115. “A experiência poética instaura um modo originário de ver o mundo. [...] O poeta subverte a maneira usual de ver as coisas, inserindo-as numa nova perspectiva e desempenhando um papel essencial no ato de transformação do

mundo, por arrancá-lo de sua estaticidade. [...] Justamente porque a poesia subverte o modo usual de ver as coisas, a linguagem alça-se nela a uma dimensão que transcende o falar trivial.”

16. LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 56-59.
17. LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 62-64.
18. LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2008.
19. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 63.
20. E, também, quem irão satisfazer ou saciar.
21. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012, p. 32.
22. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012, p. 35.
23. LIPOVETISKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 38.
24. BARBER, Benjamin. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Trad. Bruno Casoti. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 46-47. “Na cultura patológica da economia de consumo [...] [de] uma vez só, o consumidor imediatamente tanto absorve o mundo de produtos, bens e coisas impostas a ele e, portanto, o conquista, quanto é definido – via marcas, nomes de produtos e identidade de consumidor – por esse mundo.”
25. CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 87, p. 125-148, maio / jun. 2013, p. 126-127. As promessas de felicidade contidas nos mesmos invólucros que embalam os objetos que, momentaneamente, talvez, poderão amenizar, quando consumidos, a ansiedade, cada vez maior, mais intensa, virulenta, frenética e duradoura que diuturnamente, aos poucos, parece corroer as almas humanas, insertas nos mesmos receptáculos que condicionam aqueles artefatos que irão (ou não) disparar a narcose dos sentidos e tornar menos insuportáveis incomensuráveis existências vãs, no mais das vezes, são decodificadas como o único alimento que irá saciar desejos ardentes que não serão satisfeitos de outra forma – se é que o serão por meio do consumo –, são realidades que parecem exsurgir em proporção similar àquela na qual os bens expostos nas vitrines e prateleiras – reais e virtuais – das Megas contemporâneas são despidos de sua função típica.
26. Pseudonecessidades, lembre-se o leitor!
27. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 45.

28. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 46.
29. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 41.
30. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012, p. 14.
31. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 48.
32. Pensado como em Debord.
33. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; [...] 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.
34. Eis parte relevante das considerações que justificam a edição da DIRETIVA 2005/29 da Comunidade Europeia que, consoante antecipado, parece inspirar as notas acerca do tema nos PL 281 e 283: (13) A fim de realizar os objetivos comunitários através da supressão dos entraves ao mercado interno, é necessário substituir as cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros. Deste modo, a proibição geral comum e única estabelecida na presente diretiva abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. A fim de estimular a confiança dos consumidores, a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução. A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas. (14) Seria desejável que as práticas comerciais enganosas abrangessem aquelas práticas, incluindo a publicidade enganosa, que, induzindo em erro o consumidor, o impedem de efetuar uma escolha esclarecida e, deste modo, eficiente. Em conformidade com a legislação e a prática de Estados-Membros sobre a publicidade enganosa, a presente diretiva classifica as práticas enganosas como ações enganosas e omissões enganosas. Em relação às omissões, a presente diretiva estabelece um número limitado de elementos essenciais de informação para que o consumidor possa tomar uma decisão de transação esclarecida. Tal informação não terá de ser comunicada em toda a publicidade, mas apenas quando o profissional efetue um “convite a contratar”, conceito que é claramente definido nesta diretiva. [...] A presente diretiva não pretende restringir a escolha do consumidor mediante a proibição da promoção de produtos que parecem semelhantes a outros produtos, salvo se essa semelhança confundir os consumidores em relação à origem comercial do produto e for por essa razão enganosa. [...] (16) As disposições sobre as práticas comerciais agressivas deverão abranger as práticas que

- prejudiquem significativamente a liberdade de escolha do consumidor. Trata-se de práticas que recorrem ao assédio, à coação, incluindo o recurso à força física, e à influência indevida.
35. Diretiva 2005/29/CE, Art. 2. Uma prática comercial é desleal se: (a) for contrária às exigências relativas à diligência profissional e (b) distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento econômico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.
 36. Diretiva 2005/29/CE, Art. 8. Uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coação – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.
 37. Diretiva 2005/29/CE, Art. 9. A fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coação – incluindo o recurso à força física – ou a influência indevida, são tomados em consideração os seguintes elementos: (a) o momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência, (b) o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos, (c) o aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto, (d) qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional, (e) qualquer ameaça de intentar uma ação quando tal não seja legalmente possível.
 38. Depois de alinhavada esta reflexão – havida no desvelar do processo de construção do texto – a *Fortuna* sorriu a estes pesquisadores ao permitir o contato com artigo do qual pulsam, com peculiar profundidade, conclusões bastante próximas às contidas neste. Também por isso ratifique-se – por meio da *pena* de um dos mais brilhantes consumeristas do Brasil – que a “solução europeia impressiona pelo nível de detalhamento e objetividade dos critérios, auxiliando na atividade do intérprete. Verifica-se nas condutas mencionadas a violação dos deveres de lealdade e boa-fé, por intermédio de ações do fornecedor, que intimidem, atemorizem ou simplesmente busquem ludibriar ou aproveitar-se de uma situação de fraqueza do consumidor. Tais critérios, embora não previstos normativamente no direito brasileiro, são igualmente úteis na interpretação das hipóteses do artigo 39, IV, do CDC.” MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do código de defesa do consumidor. In MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio

- de. *25 anos do código de defesa do consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: RT, 2016, p. 634-637.
39. CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.
 40. Destacando-se passagens como a que alude que, “nesse sentido, o PL referido demonstra a intenção de frear os abusos e as armadilhas dos contratos de crédito, criando mecanismos para proteger o consumidor, educando-o para formas de consumo consciente, coibindo o assédio de consumo e tutelando a preservação do mínimo existencial como condição para que o consumidor possa ter condições dignas de vida dentro da sociedade” ou que “o Projeto de Lei 283/2012 demonstra a intenção de frear essa perspectiva, criando mecanismos para proteger o consumidor, educá-lo para formas de consumo consciente, coibir o assédio de consumo, além do que, tutela a preservação do mínimo existencial como condição para que o consumidor possa ter condições dignas de vida dentro da sociedade [e assim] compreende-se que seja possível a identificação de uma nova cultura, de adimplência das dívidas, de preservação do mínimo existencial e de garantia efetiva dos direitos fundamentais do consumidor”.
 41. NASCIMENTO, Sibhelle Katherine; MÖRKING, Francelize Alves. A proteção dos direitos fundamentais do consumidor superendividado e o mínimo existencial, *Iusgentium*, v. 12, n. 6, p. 183-208, jul. / dez. 2015.
 42. RASMA, Rodrigo Costabile. *Aspectos relevantes dos casos de superendividamento do consumidor à luz da doutrina e jurisprudência brasileira*. Trabalho de conclusão de curso (Especialização) – Escola da Magistratura, Rio de Janeiro, 2014, p. 12.
 43. TONATO, Dalva Carmem. Comparação histórica entre medidas de contenção ao endividamento excessivo: o caso romano de 352 a.C. e o anteprojeto de atualização do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Derecho Privado*, n. 23, p. 119-138, p. 123. “No âmbito do crédito para o consumo, estão englobados tanto o essencial para viver quanto o supérfluo. Já no âmbito do crédito para investimento, trata-se sempre de um excedente transformado em capital para a produção de novas riquezas. Nas economias de mercado, o consumo é o fundamento e vai estimulado. É aqui que entra em jogo o crédito para o consumo, visando possibilitar hoje a aquisição de bens e serviços que só serão pagos ao longo de um determinado ‘tempo’. O amplo acesso ao crédito para o consumo acelera a economia e a alavanca até, o que traz muitos benefícios para a sociedade em geral, aos tomadores e às instituições concedentes de crédito. Todavia, em nossos dias, ocorre uma espécie de ‘assédio de consumo’, com o mercado criando mecanismos sub-reptícios para que a experiência do consumo e do mesmo modo a experiência do crédito para o consumo seja uma experiência irracional (visando ampliar a sensação de que bens e serviços supérfluos sejam tidos como essenciais e de que traduzem um prazer ao alcance dos consumidores, ainda que para isso tenham de se servir do crédito). Prova disso são as campanhas de publicidade e estratégias de captação

de clientela com uso de recursos cada vez mais sofisticados, inclusive apoiados em descobertas da neurociência (os neurônios-espelho), dando origem ao chamado ‘neuromarketing’ (uso de dados de medição direta do cérebro por ressonância magnética funcional a fim de determinar as respostas comuns e os caminhos do cérebro diante dos diversos apelos da publicidade visando o consumo). A esta relação complicada e emocional com o consumo, une-se o crédito, que facilita e antecipa as transações e a aquisição dos bens necessários e os que oferecem prazer, criando uma sujeição no tempo às obrigações assumidas. Quando o equilíbrio destas contratações se quebra e o consumidor perde a capacidade de fazer frente às suas obrigações vencidas e vincendas, comprometendo para isso recursos garantidores do ‘mínimo existencial’, aí já está instaurado o superendividamento.”

44. MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do código de defesa do consumidor. In MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 anos do código de defesa do consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: RT, 2016.
45. HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
46. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Jus Navigandi*. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8838/noco-es-conceituais-sobre-o-assedio-moral-na-relacao-de-emprego>>. Acesso em 22.mai.2016.
47. Assédio: signo de origem controversa, oriundo, provavelmente, do latim *absedius* – assento, lugar – ou, do latim *obsidium* – cerco, cilada –, consolidado no latim vulgar *adsedium* – situar-se à frente, cercar, não se afastar – pode ser significado, hodiernamente, na insistência de alguém para que se faça algo que, em verdade, não se deseja.
48. LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2008, p. 61.
49. CPC, Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
50. É evidente que esta reflexão não afasta os explícitos benefícios que a aprovação dos projetos de lei mencionados outrora possa vir a produzir, em especial por simplificarem e padronizarem, ao menos potencialmente, as expectativas normativas que envolvem o tema.
51. CDC, Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso

- XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.
52. CDC, Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, *asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações*, [...] 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 (grifos nossos).
 53. CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.
 54. CC, Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.
 55. Também em razão das limitações formais a que este artigo está condicionado.
 56. CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço. [...] Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.
 57. SOUZA, Ricardo Timm de. *Levinas e a ancestralidade do mal*: por uma crítica da violência biopolítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 9.
 58. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 63-64. Uma luta deliberada e, calculadamente, ingloria, na medida em que reside, justamente, na impossibilidade de satisfação dos desejos e na convicção de que as anteriores tentativas de os satisfazer não surtiram efeito.
 59. Como relata a mitologia, sem um o outro não sobrevive.
 60. Um dos principais desafios, como visto, está atado à construção de suas molduras!
 61. CC, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
 62. CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Referências

- ADORNO, Theodor. Mensagens numa garrafa. In: ŽIŽEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.
- BARBER, Benjamin. *Consumido*: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casoti. Rio de Janeiro: Record, 2009.

- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9.ed.rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O código brasileiro de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, p. 269-292, jul. / set. 1993.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevich. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 90, p. 69-90, nov. / dez. 2013.
- BORNHEIN, Gerd. *Metafísica e finitude*. Porto Alegre: Movimento, 1972.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- CATALAN, Marcos. A hermenêutica contratual no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 62, p. 139-161, abr. / jun. 2007.
- CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 87, p. 125-148, maio / jun. 2013.
- CATALAN, Marcos. Um sucinto inventário de vinte e cinco anos de vigência do código de defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 103, p. 23-53, jan. / fev. 2016.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012.
- FILOMENO, José Geraldo Brito e. Da política nacional de relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Trad. Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves. 22. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, p. 101-123, mai. / jun. 2015.
- LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2008.
- LIPOVETISKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

- LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro, Objetiva, 2013.
- MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de código de defesa do consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 103, p. 55-100, jan. / fev. 2016.
- MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores: possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por Resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 459-495, set. / out. 2014.
- MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do código de defesa do consumidor. In MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 anos do código de defesa do consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: RT, 2016.
- NASCIMENTO, Sibhelle Katherine; MÖRKING, Francelize Alves. A proteção dos direitos fundamentais do consumidor superendividado e o mínimo existencial, *Iusgentium*, v. 12, n. 6, p. 183-208, jul. / dez. 2015.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Jus Navigandi*. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8838/noco-es-conceituais-sobre-o-assedio-moral-na-relacao-de-emprego>>.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, Porto Alegre, n. 9, a. 3, p. 66-100, out./dez. 2009.
- RASMA, Rodrigo Costabile. *Aspectos relevantes dos casos de superendividamento do consumidor à luz da doutrina e jurisprudência brasileira*. Trabalho de conclusão de curso (Especialização) – Escola da Magistratura, Rio de Janeiro, 2014.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 70, p. 139-171, abr. / jun. 2009.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Levinas e a ancestralidade do mal: por uma crítica da violência biopolítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN ESPAÑA: ¿UNA ALTERNATIVA VIABLE? LA ESPERADA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO (DADR)

MARÍA DOLORES MAS BADIA¹

Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Valencia

RESUMEN

En este artículo se reflexiona sobre la viabilidad de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el marco normativo constituido por la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo y el Reglamento (UE) n. 524/2013. Se analizan las razones y consecuencias de la exclusión de la mediación de consumo de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la sumisión a la Directiva 2013/11/UE; así como los factores que avalan o, por el contrario, dificultan la mediación de consumo. La actualidad del tema deriva de la próxima aprobación de la Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo por la que se procederá a la transposición de la Directiva 2013/11 al Derecho interno².

ABSTRACT

This article considers the viability of mediation as an alternative mechanism in conflict resolution in the normative frame set up by the 2013/11/UE Directive, 21st of May and the 524/2013 Regulation. In particular, the reasons and consequences of excluding consumption mediation from the Directive about mediation in civil and commercial matters and the submission to the 2013/11/UE are analysed; in addition to the factors that guarantee, or, on the contrary, difficult the viability of the consumption mediation. The topicality of this issue results from the imminent approval of the alternative consumption conflicts resolution law, that will transpose the 2013/11 Directive to internal law.

1. La necesidad de articular cauces jurídicos adecuados para la defensa eficaz de los derechos de los consumidores

En un contexto de transacciones en masa, la realidad manifiesta un índice elevado de conflictividad en las relaciones de consumo. En la Comunicación de 13 de abril de 2011 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada “Acta del Mercado Único”³ podía leerse: *“El mercado único es para los consumidores una realidad de su vida cotidiana cuando viajan, compran y efectúan pagos. Pero los ciudadanos siguen enfrentándose a menudo a numerosos obstáculos y no tienen plena confianza en la posibilidad de obtener reparación en caso de que surjan problemas. Por ello, para relanzar el mercado único y, en especial, el mercado único digital, es esencial reforzar la confianza de los consumidores en el ejercicio de sus derechos”*.

No basta con reconocer derechos, sino que es necesario dotar a los consumidores de los instrumentos y cauces adecuados para hacer valer, de forma eficaz, esos derechos. Instrumentos y cauces que sean susceptibles de generar confianza. De otra forma, tales mecanismos carecerán de virtualidad práctica. Son tres peldaños – derechos, vías de defensa y confianza – que es necesario subir para lograr el resultado esperado. El constituyente español era consciente, al menos, de los dos primeros pasos, cuando proclamó en el art. 51.1 CE que *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*⁴. Y en tal sentido debe interpretarse el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵, rubricado *“Protección de los consumidores”*, conforme con el cual: *“Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”*.

No hay duda de que para facilitar el acceso eficaz a la justicia, es importante mejorar la vía judicial, dotándola, entre otros aspectos, de mayor agilidad y en este sentido se han adoptado medidas significativas por la Unión Europea⁶. Pero también lo es – y, como se podrá comprobar, constituye una prioridad para la UE – regular de

forma adecuada e impulsar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (mecanismos de ADR –*Alternative Dispute Resolution*–). De este modo, no sólo se descarga a una jurisdicción ya saturada, sino que se pone a disposición de los consumidores, como alternativa al litigio judicial o, como veremos, de forma complementaria con este, instrumentos más baratos, rápidos y sencillos que garanticen su derecho de acceso a la justicia, en sentido amplio y que, en muchos casos –no necesariamente en todos– pueden resultar más convenientes que la vía judicial⁷. Téngase en cuenta, entre otros datos, que gran parte de las reclamaciones de los consumidores tienen un valor económico relativamente pequeño (*small claims*), por lo que judicializarlas puede resultar desproporcionado, atendidos sus costes y la lentitud de los procesos judiciales, y poco adecuado para la satisfacción real del interés del consumidor. Ello tiene un efecto disuasorio para este que, muchas veces, no reclamará sus derechos.

Por otra parte, la relación de costes-beneficios para el empresario que contrata en masa, a la vista de lo anterior, hace para el mismo más rentable, en no pocas ocasiones, incumplir y soportar un porcentaje, pequeño si lo comparamos con el número de las posibles, de reclamaciones. Aunque creo que es importante matizar esta última afirmación con la siguiente reflexión: para la empresa constituye una apuesta de futuro la fidelización de los clientes y, sin duda, una actitud colaboradora en la adecuada atención de sus reclamaciones contribuirá a la misma. No inventamos nada nuevo: muchas grandes empresas son conscientes de la importancia que tiene para su imagen cuidar el Servicio de Atención al Cliente o la figura del Defensor del Cliente; lo mismo podría ocurrir si participaran en la consecución de soluciones colaborativas con sus clientes insatisfechos a través de mecanismos como la mediación. En este sentido, es conveniente promover una cultura de la mediación tanto entre consumidores, como entre empresarios.

En la regulación de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo deben tenerse en cuenta diversos factores. No es el menor de ellos la desigualdad material que habitualmente caracteriza las relaciones entre empresario y consumidor, que encuentra reflejo en la contratación mediante condiciones generales, así como el diferente grado de asesoría jurídica con que muchas veces

contarán uno y otro. En relación con este último aspecto, en sentido compensador, hay que subrayar el importante papel que están llamadas a jugar las asociaciones de consumidores. Si la desigualdad material entre empresario y consumidor constituye un obstáculo insalvable para la mediación o un reto a superar por el mediador es algo de lo que trataré más adelante.

Pero no basta con regular estos mecanismos alternativos. Como decía, es necesario generar confianza tanto en los consumidores como en los empresarios acerca de su correcto funcionamiento y de las ventajas que pueden reportar, para unos y para otros. No se olvide que se trata de mecanismos voluntarios y, por tanto, quien los utilice debe estar interesado en hacerlo. La confianza está íntimamente vinculada a la seguridad. Debe reconocerse que, en España, la mediación todavía genera inseguridad, pero en parte se debe al desconocimiento del mecanismo por los ciudadanos y por muchos profesionales del medio jurídico⁸. En la Encuesta del Eurobarómetro de 2013⁹ el 36% de los ciudadanos españoles declaraban no estar muy bien informados acerca de la mediación y el 38%, no estar nada informados. Tampoco puede ocultarse que genera ciertas suspicacias entre un sector de la abogacía y, centrándonos en los conflictos de consumo, se observan recelos en las asociaciones de consumidores.

En el caso de las ODR (*Online Dispute Resolution*), los factores genéricos de inseguridad que puedan venir asociados a los mecanismos de ADR, entre ellos la mediación, se ven agravados por factores específicos vinculados al medio técnico empleado: la vía electrónica. La seguridad técnica afecta sobre todo a la comunicación del mensaje: es necesario garantizar que éste llegará a su destinatario, la procedencia o identidad de quien lo envía, su integridad, su confidencialidad y el no repudio por el remitente.

Por otra parte, con una perspectiva de análisis económico, debemos cerciorarnos de que se promuevan mecanismos viables desde este punto de vista. En un contexto de crisis económica, un sector de la doctrina se plantea si acaso la tradicional vía del arbitraje de consumo se ha convertido en la actualidad en “un lujo que no nos podemos permitir”¹⁰. O qué papel puede jugar la mediación como alternativa, sobre todo, si no es gratuita para el usuario. Ya adelanto que, en mi opinión, la

mediación de consumo no está llamada a sustituir al arbitraje, pero puede ser una alternativa no desdeñable a este mecanismo alternativo (la “alternativa a la alternativa”¹¹) en no pocas ocasiones. Por otra parte, junto a la mediación en sentido estricto me referiré a la intermediación en materia de consumo que en los últimos tiempos ha dado buenos resultados en asuntos tan importantes como los impagos de préstamos garantizados con hipoteca sobre la vivienda familiar.

2. El impulso normativo de los ADR en conflictos de consumo: una prioridad en la Unión Europea

En la Comunicación de 13 de abril de 2011, antes citada, la Comisión Europea formuló *“Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza”*. Entre ellas, en el punto 4, se refería a *“Los consumidores como actores del mercado único”* y aludía, como medida clave, a la legislación sobre la resolución alternativa de litigios: *“El objetivo es garantizar la puesta en marcha de vías de recurso extrajudiciales que, además de posibilitar una solución fácil, rápida y barata para los consumidores, permita preservar las relaciones de las empresas con su clientela. Esta medida incluirá un apartado dedicado al comercio en línea”*.

El esfuerzo de la Unión Europea en este sentido ha cristalizado en dos normas que fueron publicadas en el DOUE, el 18 de junio de 2013: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE¹² (en adelante, Directiva ADR); y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, por el que se modifican las mismas normas afectadas por la citada Directiva¹³ (en adelante, Reglamento ODR).

Sin embargo, el interés de la UE por los mecanismos ADR en el ámbito del consumo es muy anterior. Puede comprobarse a la vista de los antecedentes representados por el Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado

único¹⁴; la Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior¹⁵; la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo¹⁶; la Recomendación de la Comisión 98/257/CEE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo¹⁷; la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo¹⁸; o el Libro Verde de la UE (COM 2002/196) sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil¹⁹, fruto, este último, de la invitación del Consejo para testar la situación existente en aquel momento e iniciar “una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que convenga adoptar”. Igualmente se manifiesta este interés con la creación, el 16 de octubre de 2001, de la Red Extrajudicial Europea (EEJ-NET), que nace con el objetivo de facilitar la solución extrajudicial de conflictos transfronterizos de consumo en el ámbito de la Unión Europea y de Noruega e Islandia²⁰; y la red para la resolución extrajudicial de conflictos en el sector de los servicios financieros (FIN-NET), creada por la Comisión Europea en 2001, a pesar de sus carencias.

Sea como sea, la implantación, en la práctica, de soluciones fáciles, rápidas y baratas que tutelen eficazmente el derecho de acceso a la justicia de los consumidores – que no otro es el que, en última instancia, se encuentra en juego –, es todavía una asignatura pendiente. Y no se olvide en ningún momento que una justicia lenta y cara es cuestionable que sea, en realidad, justicia. Por otra parte, la gran heterogeneidad de soluciones y el diferente grado de implantación y eficacia práctica en los distintos EEMM²¹ supone un lastre para el avance de un Mercado Único.

En España, en concreto, el mecanismo que ha tenido mayor desarrollo o impacto hasta la fecha ha sido el arbitraje de consumo y ello, tanto a nivel normativo²², como de elaboración doctrinal y utilidad práctica. Sin embargo, la próxima transposición de la Directiva 2013/11/UE al Derecho interno español puede suponer un nuevo impulso a

otros mecanismos de ADR, en los que, a diferencia tanto de la vía judicial como del arbitraje, se fomente la autocomposición colaborativa por las propias partes en conflicto, en especial la mediación. Sea como sea, España ha superado ya el plazo límite para la incorporación de la Directiva ADR, que finalizaba el 9 de julio de 2015. A fecha de hoy, tan solo se ha formulado un anteproyecto, que se encuentra en fase de consultas, y que tendré ocasión de comentar después.

3. Presupuestos preliminares: ¿Qué es la mediación y cuáles son sus ventajas?

La mediación es un procedimiento de gestión de conflictos alternativo o complementario del judicial. En su configuración moderna, se inicia en los Estados Unidos de América en la segunda mitad de los años 70 y se extiende después a otros países de aquel continente y a Europa.

Frente a la heterocomposición del conflicto que suponen la solución judicial y también otros mecanismos de ADR, como el arbitraje, en los que es un tercero ajeno a las partes en disputa el que decide o resuelve, perdiendo aquellas la disponibilidad sobre la cuestión litigiosa, la mediación persigue la autocomposición por las propias partes, conducidas por el mediador hacia actitudes de diálogo que faciliten los acuerdos. Para ello, el mediador ha de haber recibido una formación especializada.

La misión fundamental del profesional mediador, imparcial y sin poder decisorio, es facilitar la comunicación entre los implicados. Utilizando una serie de técnicas características, intentará estimular y canalizar la capacidad de los propios sujetos en conflicto para administrar el mismo (algo ajeno tanto al procedimiento judicial como al arbitral). De ahí, que el mecanismo de la mediación se encuentre estrechamente vinculado a la autonomía privada y a la participación de los propios ciudadanos en la consecución de la justicia.

En este sentido, el art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM)²³, define la mediación como *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan*

voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador". Y, con referencia expresa a la mediación de consumo, aunque en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el art. 132-1 de la Ley 22/2010, de 20 de julio del Código de Consumo de Cataluña²⁴, la describe como *"un procedimiento que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitar la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio"*.

La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación de consumo en aspectos civiles y mercantiles²⁵ destaca algunas de las principales virtualidades de la mediación, que la doctrina especializada ya ponía de relieve, por comparación con la vía judicial:

1) el menor coste económico (a lo que podríamos añadir un menor coste social y psicológico);

2) la mayor celeridad en la solución de los conflictos;

3) el mayor grado de cumplimiento voluntario de los acuerdos que se alcancen dado que estos son fruto de la negociación de los sujetos que quedan vinculados por los mismos, con lo cual se fomenta la responsabilidad y la autonomía;

4) o la virtualidad, a diferencia de lo que suele suceder con el mecanismo judicial – en el que una parte gana y otra pierde –, para preservar una relación futura viable entre las partes – en la mediación, ambas ganan – (lo que puede ser interesante cuando hablamos de un comerciante y sus clientes)²⁶.

Muchas de estas ventajas también pueden predicarse de la mediación en comparación con el arbitraje. Por el contrario, el talón de Aquiles de la mediación frente al arbitraje podría estar, en España, en la gratuidad de este último. Después me detendré en este aspecto.

El proceso de mediación se caracteriza por una serie de principios esenciales o vertebradores: voluntariedad, igualdad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. Todos ellos se encontraban ya presentes en la Recomendación de 21 de enero de 1998 R(98)1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y han quedado reflejados en la Directiva 2008/52/CE y en la LMACM (vid. arts. 6 a 9), así como en las normas autonómicas que regulan la mediación.

En relación con las personas que se someten a mediación, la voluntariedad opera, en sentido positivo y negativo, en la génesis del procedimiento (las partes son libres de acudir o no a él, lo que puede ser compatible con la regulación de la obligación de asistir, en determinados casos – p. ej., cuando así lo indique un juez o árbitro –, a una sesión informativa²⁷); durante el desarrollo del procedimiento (las partes pueden desistir del mismo en cualquier momento); y también respecto de los acuerdos eventualmente alcanzados, que no pueden ser más que libres y voluntarios.

La imparcialidad o, como algunos autores prefieren, la multiparcialidad, significa que el mediador no ha de tomar partido por ninguna de las partes – o ha de tomar el mismo partido por todas ellas –²⁸. Así mismo, en la mediación en sentido estricto (otra cosa es la mediación valorativa o la intermediación, a la que luego me referiré), el mediador no debe ofrecer consejo legal ni de otro tipo a las partes en conflicto (si fuera necesario, los remitiría al especialista adecuado) ni proponer las soluciones, lo que ayuda a delimitar esta figura de la conciliación. En este sentido se afirma que el mediador, además de imparcial, ha de ser neutral respecto del resultado del procedimiento de mediación. El mediador no es un consejero. Evitará efectuar juicios de valor sobre el contenido de los acuerdos a que lleguen las partes (sin perjuicio de velar por su legalidad), imponer sus propios principios u opiniones o influir en las personas mediadas guiado por aquellas opiniones. Ha de limitarse a evitar, por medio de la información adecuada, que se pacte sobre materias legalmente indisponibles por los particulares o que los acuerdos adoptados atenten contra normas imperativas, la moral o el orden público (cfr. art. 1255 CC). Para cumplir con sus funciones ha de tener una cualificación profesional adecuada, aspecto sobre el que se detienen todas las leyes autonómicas sobre mediación o que regulan la mediación, así como la legislación estatal, y que plantea una importante especialidad en materia de consumo²⁹. En efecto, según la Directiva 2013/11/UE se exige el profesional que medie en consumo que posea “un conocimiento general suficiente del Derecho” (art. 6.1.a))³⁰. Lo que no exige, en cambio, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (*vid.* art. 11, desarrollado por los arts. 3 a 7 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan

determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³¹).

Finalmente, la exigencia de confidencialidad actúa en tres planos: como principio rector del proceso de mediación; como deber del mediador, cuya infracción – que normalmente se considera grave – lleva aparejada determinadas sanciones; y como obligación de las partes y de cualquier otra persona que intervenga en el procedimiento de mediación, en relación con la información personal de la que hayan tenido conocimiento en el transcurso del procedimiento de mediación. Aún cuando faltara referencia expresa en alguna norma concreta que regulara supuestos de mediación, a este deber, hay que entenderlo implícito en la consideración de la confidencialidad como principio directriz de la mediación. Por otra parte, el profesional mediador se encuentra vinculado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal³² y las normas que la desarrollan. Sea como sea, el deber de mantener la debida reserva no tiene carácter absoluto. Constituyen excepciones al mismo las siguientes: el acuerdo de las partes; cuando se vea amenazada la integridad física o psíquica de alguna persona (cualquiera de las partes o un tercero); o cuando haya indicios de criminalidad. La confidencialidad tampoco afecta a la información obtenida que no sea personalizada y se utilice para fines de formación o investigación. Estos límites, con matices, han sido positivizados en las normas que regulan la mediación³³.

4. Marco normativo de la mediación de consumo en España. Su exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2008/52/CE y de la Ley 5/2012 de 6 de julio

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye expresamente de su ámbito objetivo de aplicación la mediación en materia de consumo³⁴, en coherencia – aparentemente – con la exclusión que ya contenía la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación de consumo en asuntos civiles y mercantiles, de la cual aquella Ley no es sino trasunto³⁵. Aunque en la Directiva la fórmula era más amplia pues no circunscribía la exclusión a la mediación, sino

que refería tal exclusión a “*los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo*”, de lo cual puede extraerse, como luego se verá, alguna conclusión interesante.

Califico como aparente la coherencia, pues no puede asumirse con total comodidad. De hecho, no faltan especialistas en la materia – así, Cortés – que entienden que la exclusión de la mediación de consumo del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 se basa en una mala traducción e interpretación del Considerando 11 de la Directiva³⁶.

Sea como sea, a nivel interno, la exclusión contenida en la Ley 5/2012, hace que deba buscarse la regulación básica general de la mediación de consumo, a nivel estatal, en la Ley que transponga finalmente al Derecho español la Directiva 2013/11/UE, sin perjuicio de la aplicación directa, en la medida de lo posible, de esta directiva. Y, a nivel autonómico, en las numerosas leyes que regulan el mecanismo (habitualmente en el seno de leyes más amplias destinadas a la protección de los consumidores y usuarios) y que, igualmente, deberán respetar los mínimos establecidos en la citada Directiva.

La exclusión a la que me acabo de referir sugiere dos preguntas: una acerca de las razones que la han motivado, y otra sobre su conveniencia.

Así mismo, exige dejar claro dese el principio algo fundamental: la exclusión de los conflictos de consumo no lo es de la posibilidad de acudir a la mediación como mecanismo alternativo de resolución del conflicto³⁷, sino de la sumisión de la mediación de consumo a la Ley 5/2012 y a la Directiva 2008/52/CE y ello, ya veremos que con matices, pues, en mi opinión cabe acudir a la aplicación de las reglas jurídicas y de los principios positivizados en estas normas, en lo que resulten compatibles con la Directiva 2013/11/UE y la legislación de transposición, para cubrir lagunas de estas últimas, como Derecho supletorio³⁸.

4.1. Razones de la exclusión. Entre los motivos que pueden justificar la exclusión de la mediación de consumo del ámbito de aplicación de la LMACM se ha aducido “el presumible desequilibrio de partida en la capacidad de negociación de las partes” y “el campo reducido de materias de libre disposición para ellas”³⁹.

Es cierto que resulta consustancial a la mediación que exista un equilibrio entre las partes que garantice su libertad a la hora de adoptar acuerdos y la equidad de los mismos. Esta es una de las razones para, p.

ej., cuestionar la posibilidad de la mediación en contextos de violencia doméstica. Como se ha señalado en la doctrina, las propias asociaciones de consumidores son muchas veces reacias a la mediación, por entender que los consumidores no se encuentran en situación de igualdad para dar inicio a unas negociaciones en las que estarían abocados a un mal acuerdo⁴⁰. Pero también es cierto que en determinados ámbitos, como el de los conflictos de consumo, puede potenciarse la función del mediador en el sentido de corregir desequilibrios de partida y velar por que se cumplan los principios de la mediación, garantizando de este modo, como señala el art. 7 LMACM, *“que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones”*. Si el mediador observa que no es posible lograr este objetivo dará por concluido el procedimiento de mediación.

Es cierto que resulta consustancial a la mediación que exista un equilibrio entre las partes que garantice su libertad a la hora de adoptar acuerdos y la equidad de los mismos

En cuanto a las materias sobre las que las partes pueden disponer libremente, no faltan, desde luego, en el ámbito de los conflictos surgidos del incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos de consumo, una vez producido dicho incumplimiento. Para justificar esta afirmación basta con tener en cuenta que, conforme al art. 2.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDA)⁴¹, que concuerda con el art. 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA)⁴², son susceptibles de arbitraje de consumo los conflictos que versen “sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho” y nadie duda que el arbitraje de consumo funciona extensamente en la práctica⁴³. Sobre las mismas materias cabría mediación de consumo.

Otro de los argumentos utilizados para justificar la exclusión consiste en cuestionar que en la mediación de consumo se pueda observar el principio de confidencialidad, sobre todo teniendo en cuenta la legitimación de asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios para promover procesos dirigidos a la protección de derechos e intereses

colectivos y difusos de estos (cfr. art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Ahora bien, que exista una legitimación amplia en relación con otras vías de solución del conflicto – judicial o alternativas, como el arbitraje – no ha de llamar a engaño. La mediación, en sentido estricto, es un mecanismo que queda circunscrito a las partes en conflicto, que solo puede iniciarse y seguirse por estas personalmente (otra cosa es que varios consumidores acudan a un mismo procedimiento de mediación con un empresario, bien entendido que cualquiera de ellos puede abandonar el procedimiento en cualquier momento y que los acuerdos alcanzados con unos no vinculan a los otros si no los asumen de modo expreso). La mediación se diferencia en esto del arbitraje, donde sí que cabe la figura del arbitraje colectivo de consumo. De hecho, el RD 231/2008 introdujo como novedad la regulación expresa de esta modalidad de arbitraje. Conforme con el art. 56 RD 231/2008, *“El arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos”*⁴⁴. La regulación de la figura se desarrolla en los arts. 56 a 62 RD 231/2008. El arbitraje colectivo puede ser iniciado de oficio por la Junta Arbitral o a iniciativa de las asociaciones de consumidores, lo que nunca podría suceder con un procedimiento de mediación (otra cosa es que las asociaciones de consumidores puedan fomentar que sus asociados acudan a sesiones informativas sobre mediación). Si la empresa responsable, una vez requerida acepta someterse al arbitraje colectivo, deberá proponer un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente a los consumidores potencialmente afectados. Esta contemplación de consumidores potencialmente afectados, tampoco se daría en la mediación, en que negocian siempre personas concretas que han aceptado voluntariamente someterse a la mediación. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el laudo dictado en un arbitraje colectivo solo afectar a los concretos consumidores que hayan participado en ese procedimiento arbitral, sin que puedan beneficiarse del mismo otros posibles perjudicados. En este sentido, los efectos se aproximan a los de un acuerdo de mediación, sin que quepa afirmar, en puridad técnica, que en el arbitraje colectivo se tutelan intereses colectivos⁴⁵.

En conclusión: de mediación colectiva sólo podría hablarse en el sentido de que varios consumidores con el mismo problema frente a un empresario acudieran juntos a mediación, pero debería existir voluntad individual de cada uno para ello y el eventual acuerdo sólo les vincularía en la medida en que fueran parte del mismo, pudiendo retirarse en cualquier momento de la mediación sin perjuicio de seguir ésta entre las partes restantes.

En cuanto al principio de confidencialidad, este se recoge de modo expreso en el art. 5 del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de conflictos de consumo.

4.1. Conveniencia o no de la exclusión. Hemos visto cómo las razones que se aducen para la exclusión de la mediación de consumo del ámbito de aplicación de la LMACV pueden ser contestadas. Cabe ahora preguntarse por la conveniencia de dicha exclusión.

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Antes bien, la inclusión en el ámbito de aplicación de la LMACM tendría efectos positivos, como los derivados de la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación, cumplidos ciertos requisitos (cfr. arts. 25 y ss.). Por otra parte, la LMACM regula este mecanismo específico de ADR, mientras que la Directiva 2013/11/UE y lo mismo la Ley que la trasponga al Derecho interno contiene una regulación genérica de mecanismos alternativos de resolución de conflictos de consumo, que no atiende debidamente a las particularidades de cada uno de ellos, lo que genera inseguridad jurídica y requiere, a su vez, una regulación específica de cada uno de estos instrumentos de ADR (bien en leyes separadas, bien dentro de una misma ley). En este sentido, en relación con el arbitraje, bastaría con adaptar las normas que ya existen sobre arbitraje de consumo, que cuenta con una regulación sistemática; en cambio, si se niega la aplicación de la LMACM a la mediación de consumo, habrá que generar disposiciones especiales que la regulen (muchas Comunidades Autónomas ya cuentan con normativa específica sobre la materia⁴⁶).

En cualquier caso, insisto en que debe admitirse la aplicación de los principios rectores contenidos en la LMACM, a la mediación de consumo, y también la de normas concretas para cubrir lagunas, por vía supletoria, siempre con respeto a lo dispuesto en la Directiva 2013/11/UE y a la futura Ley de transposición.

5. Rasgos generales de la Directiva ADR y su transposición al derecho interno. El Reglamento ODR como complemento de la directiva

Aunque la Directiva ADR estableció como fecha tope para su transposición al Derecho interno, la del 9 de julio de 2015, el Estado español todavía no ha dictado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias a tal efecto. Existe un Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo⁴⁷, que se encuentra sometido a fase de consulta.

Tanto la Directiva 2013/11/UE, como el citado Anteproyecto de Ley, regulan con carácter general, sin distinguir entre ellos ni articular una normativa específica que atienda a sus peculiaridades, los distintos mecanismos ADR que pueden operar en materia de consumo y en los que podrían incluirse figuras tan diversas como el arbitraje o la mediación, entre otras⁴⁸. El art. 1 de la Directiva señala: “1. *La presente Directiva se aplicará a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, “entidad de resolución alternativa”), que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa*”. El mecanismo de la mediación se encontraría incluido en este último inciso.

Se trata de una directiva de mínimos que deja abierta a los Estados Miembros la posibilidad de dictar normas más protectoras para los consumidores.

Si se combina ambos factores, puede extraerse como conclusión la flexibilidad de esta normativa. Sin embargo tal flexibilidad, al no contemplar las especificidades de los distintos procedimientos, puede constituirse también en un indeseable agente de inseguridad. Y, en cualquier caso, hará necesario integrar estas normas a partir de los principios que rijan cada uno de estos mecanismos y, en algunos supuestos, mediante la aplicación supletoria de otras normas, aunque la materia de consumo esté excluida, en principio de su ámbito de

aplicación (así la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en cuanto resulte compatible con la Normativa sobre ADR en conflictos de consumo).

El objetivo de la directiva es que los Estados miembros garanticen a los consumidores, la posibilidad de que sus reclamaciones sean resueltas por entidades que ofrezcan procedimientos de resolución de litigios que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. A tales efectos, deberá partirse de las entidades y los procedimientos de ADR ya existentes en los Estados miembros, a las que se añadirán los de nueva creación, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos.

La Directiva ADR se complementa con el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento ODR), que regula la creación de una plataforma europea que facilite la resolución extrajudicial de litigios de consumo derivados de la contratación en línea. Dicha Plataforma se puso en funcionamiento el pasado 15 de febrero⁴⁹. Permite presentar reclamaciones sobre productos o servicios adquiridos en la red y encontrar un tercero neutral (“organismos de resolución de litigios” –registrados ante las autoridades nacionales y verificados–) que las tramite. Pueden utilizarse distintos métodos de resolución: mediación, arbitraje, conciliación, etc. Ahora bien, como se indica en la propia Plataforma, esta web no dispone de organismos de resolución de litigios en algunos sectores y en Croacia, España, Luxemburgo, Polonia y Rumanía. Por otra parte, aunque la empresa está obligada a informar al consumidor de la existencia de este instrumento, no lo está a aceptar que el conflicto se resuelva por esta vía, entre otras limitaciones.

Escapa al objeto de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de ambas normas. Pero, al menos, deseo destacar un aspecto que puede tener especial incidencia en relación con la mediación de consumo y que ya está resultando polémico.

Me refiero a la gratuidad. El mantener los costes de los mecanismos de ADR para el consumidor en niveles asequibles es uno de los factores de eficacia de estos instrumentos, factor sin el cual no puede decirse que se garantice de forma adecuada el acceso a la justicia.

La Directiva 2013/11/UE establece en su Considerando 41: “Los procedimientos de resolución alternativa deben, preferiblemente, ser gratuitos para el consumidor. En caso de que se cobren costas, tales procedimientos deben ser accesibles, atractivos y asequibles para los consumidores. Con tal propósito, las costas no deben exceder una cuota mínima”. Y el art. 8, c) dispone que los EEMM velarán por que “el procedimiento de resolución alternativa sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores”. Por su parte, el art. 11 del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, rubricado “Costes de los procedimientos”, dispone que “El procedimiento deberá ser, para los consumidores, gratuito o con un coste simbólico que no podrá superar la cuantía de 30 €”.

El mantener los costes de los mecanismos de ADR para el consumidor en niveles asequibles es uno de los factores de eficacia de estos instrumentos

Por tanto, parece que no es requisito la gratuidad, aunque sí el coste moderado (“simbólico” en términos de la Directiva y del Anteproyecto). ¿Debería serlo? Si el valor económico del derecho reclamado es poco, el hecho de que existan otras alternativas gratuitas puede ser disuasorio. Esto acentúa el interés de las mediaciones

on line de bajo coste para conflictos de pequeña cuantía.

En mi opinión, más que de gratuidad habría que hablar, en general, de costes moderados, no disuasorios (aunque el concepto de “coste simbólico” parece más restrictivo y resulta dudoso que se pueda interpretar de forma amplia). Sería interesante, que las asociaciones de consumidores cubrieran los costes de la mediación para sus asociados, dentro de los límites que se considere razonable. De este modo la entidad mediadora recibiría unos honorarios profesionales, a través de la asociación, pero no recaería directamente el coste en los consumidores (sí indirectamente al contemplarse o “repercutirse” en sus cuotas como asociados, aunque de un modo razonable, que no atentara contra el espíritu de la Directiva y la futura Ley de transposición).

6. En especial, los mecanismos ODR y su interés en relación con reclamaciones de pequeña cuantía

El Reglamento (UE) 524/2013 pone de relieve la importancia creciente de los ODR (*On-line Dispute Resolution*) frente a los tradicionales mecanismos de ADR, que se renuevan a impulso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs). Los ODR pueden resultar especialmente adecuados en la gestión de los *small claims* de consumo cuando el conflicto se ciñe a la reclamación de una cantidad pequeña de dinero⁵⁰. En este tipo de reclamaciones es necesario, más que en ningún otro, acelerar la solución y abaratar los costes. Resultan, en particular, interesantes los sistemas de negociación automática⁵¹, posibles gracias a los avances de las nuevas tecnologías⁵². Son baratos y rápidos y pueden facilitar la gestión de las reclamaciones transfronterizas, lo que es importante, desde un punto de vista estratégico, en la consolidación del Mercado Único.

En el ordenamiento jurídico español, el art. 24.2 Ley 5/2012 establece que *“La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”*. Y la Disposición Final 7ª de la Ley 5/2012 contempla un proceso simplificado de mediación que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos, aunque señala que *“(l)as pretensiones de las partes, (...) en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho”*, lo que plantea importantes problemas de interpretación. Por su parte, el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre⁵³ ha desarrollado una serie de aspectos básicos de este procedimiento en sus arts. 30 a 38.

Una adecuada regulación de los mecanismos de ODR –a los que se refiere expresamente el art. 32.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSICE)⁵⁴–, que permita la resolución del conflicto de forma rápida y barata influirá, así mismo, de forma positiva en la extensión del comercio electrónico y de las transacciones transfronterizas.

Ahora bien, como sugería en la introducción, los ODR unen, a los factores genéricos de inseguridad que puedan venir asociados a los mecanismos de ADR, entre ellos la mediación, otros específicos

vinculados al medio técnico empleado. La seguridad técnica afecta sobre todo a la comunicación del mensaje: es necesario garantizar que éste llegará a su destinatario, la procedencia o identidad de quien lo envía, su integridad, su confidencialidad y el no repudio por el remitente.

Presentan, además, desde el punto de vista normativo, una complejidad especial pues están sujetos, al mismo tiempo, a la legislación, de por sí compleja, sobre sociedad de la información y de comercio electrónico y a la referente a los mecanismos de ADR en general y al mecanismo concreto de ADR de que se trate (arbitraje, mediación, etc., pudiendo plantearse problemas en formas híbridas que combinen varios de estos modelos en el procedimiento en línea⁵⁵). Sin olvidar otros sectores normativos como el de la protección de datos de carácter personal.

Por contra, entre sus ventajas no es la menor la facilidad y la flexibilidad, tanto espacial como temporal, no siendo necesario el desplazamiento físico de los interesados. En otros países ya funcionan con éxito este tipo de mecanismos (así, p. ej., ECODIR⁵⁶).

En suma, la sociedad de la información y la comunicación es imparable y está dejando su impronta en el comercio y la contratación y, ahora también, en los cauces para gestionar los conflictos surgidos en el tráfico. Pero tiene sus riesgos y exige un esfuerzo suplementario desde el punto de vista técnico y jurídico, para fomentar la seguridad y confianza del usuario.

7. Mediación intrajudicial y mediación en el curso del procedimiento arbitral

La mediación puede operar bien al margen bien en el curso de un proceso judicial, en relación con el litigio que en él se conoce. En este último caso se habla de mediación intrajudicial, tanto si tiene lugar en fase de medidas provisionales, como en fase declarativa o bien tras la presentación de una demanda ejecutiva por incumplimiento de la sentencia. Puede obedecer a la iniciativa de las partes o del propio juez, que remite a aquellas a una sesión informativa sobre mediación, sin perjuicio de que el sometimiento al procedimiento de mediación sea una decisión enteramente voluntaria de los interesados. Los acuerdos

que eventualmente se alcancen en el procedimiento de mediación podrán ser homologados judicialmente.

Del mismo modo, es posible que la mediación se promueva en el curso de un procedimiento arbitral o como paso previo a su iniciación. El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁵⁷ (en adelante, RDAC), se refiere, en varias de sus normas, de forma expresa a la mediación en el procedimiento arbitral⁵⁸, a pesar de que el preámbulo del RD había afirmado que se abstenía de regular este instituto de resolución de conflictos “*por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia*”⁵⁹. Quizá esto último explique que no se mantuviera todo un capítulo dedicado a la mediación (como sí existía en el Proyecto que daría lugar al Real Decreto –capítulo V del Proyecto–)⁶⁰.

En concreto, se refieren a la mediación en el curso del procedimiento arbitral los arts. 37 y 38 Real Decreto 231/2008. Tras juzgar el Presidente de la Junta Arbitral de consumo que cabe admitir a trámite la solicitud de arbitraje (lo que no hará si considera que carece de cualquier fundamento o que no están afectados los derechos o los legítimos intereses económicos de los consumidores), en aquellos supuestos en los que proceda, invitará a las partes a alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa y hará constar expresamente que ha efectuado esta invitación en la resolución en la que acuerde el inicio del procedimiento arbitral.

Entiendo que la forma idónea de efectuar esta invitación consiste en derivar a las partes en conflicto a una sesión informativa sobre la mediación, tras la cual aquellas puedan, con conocimiento de causa, decidir voluntariamente y con total libertad si inician o no el procedimiento de mediación.

El art. 38 regula con mayor detalle la mediación en el procedimiento arbitral. Lo hace en los siguientes términos: “1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto”⁶¹.

2. La mediación se registrará por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la

Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.

3. *En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.*” El deber de confidencialidad viene confirmado en el art. 41.2, que, bajo la rúbrica “Principios del procedimiento arbitral”, dispone: “2. Los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las Juntas Arbitrales de Consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral”.

El art. 22.1 especifica que “no podrán actuar como árbitros quienes hayan intervenido como mediadores en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviera relación estrecha con aquel”.

En mi opinión, el órgano arbitral, si lo estima conveniente, podrá invitar a las partes a intentar la mediación en cualquier momento del procedimiento arbitral antes de que se dicte el laudo⁶². Así resulta, no solo de la aplicación analógica del art. 42.1 RD 231/2008, sino del art. 48, relativo a la terminación de las actuaciones y laudo. En el número 2, este precepto dispone: “Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, al conflicto, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados, incorporando el acuerdo adoptado al laudo, salvo que aprecie motivos para oponerse”. Este acuerdo podría derivar de un procedimiento de mediación.

El art. 49, sobre el plazo para dictar el laudo, que fija en seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral (prorrogable por un período no superior a dos meses mediante decisión motivada del órgano arbitral y salvo acuerdo en contrario de las partes), añade: “El plazo para dictar laudo se suspenderá, además de por las causas y en los plazos previstos en el artículo 22, para el intento de mediación previa prevista en el artículo 38, por un periodo no superior a un mes desde el acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral”.

En otro orden de cosas, el art. 25, relativo a la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, en su número 1, apartado II establece que las empresas o profesionales que formulen una oferta pública de adhesión expresarán en ella, entre otros extremos, “si se

acepta la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales". En el supuesto de no constar esta mención, *"la oferta se entenderá realizada en equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de la mediación previa"*.

Las normas anteriores constituyen desarrollo de la establecida en el art. 6, apartado f) del mismo Real Decreto 231/2008, que enumera, entre las funciones que corresponden a las Juntas Arbitrales de Consumo, la de *"Asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38"*.

Se ha insistido en que la mediación de consumo regulada en el RDAC – y en general en la legislación autonómica – tiene carácter institucional, asumiendo la junta arbitral la labor de mediación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 22.1, según el cual, *"no podrán actuar como árbitros quienes hayan intervenido como mediadores en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviera relación estrecha con aquel"*. Por tanto, aunque la propia Junta Arbitral pueda proveer de mediadores, estas personas actuaran como tales y para ello deberán cumplir los requisitos que exige la ley a los mediadores, y no como árbitros. Por otra parte, no veo obstáculo legal para que las partes puedan seguir la mediación asistidos por un mediador externo a la Junta Arbitral, aunque la iniciativa de encauzarlos o sugerirles la posibilidad de la mediación haya partido de ésta.

8. Mediación en sentido estricto frente a intermediación o mediación valorativa: el principio de neutralidad en la mediación

He dejado para el final una reflexión, breve, en torno a una figura que no debe confundirse con la mediación en sentido estricto, sin perjuicio de su utilidad para gestionar y resolver conflictos de consumo, como demuestra la práctica. Me refiero a la intermediación, en que el "intermediador" pierde la neutralidad característica de la mediación y asume un papel de asesor y negociador, opinando y proponiendo soluciones. En los últimos años ha dado frutos significativos en ámbitos tan sensibles como el hipotecario, evitando que muchos

consumidores, incapaces de seguir cumpliendo regularmente, como consecuencia de la grave crisis económica y financiera, con el pago de sus préstamos garantizados con hipoteca, habitualmente sobre su vivienda habitual, perdieran esta vivienda o se vieran lastrados de por vida por sus deudas. Algunos colegios profesionales (pongo como ejemplo la experiencia que me resulta más cercana, la del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, a través del CMICAV) prestan gratuitamente este servicio⁶³.

Es cierto que el requisito de la neutralidad queda al margen de los que establece la Directiva 2013/11/UE, así como el art. 23 del Anteproyecto de Ley. Esto se explica por el carácter genérico de la regulación, aplicable a cualquier mecanismo de ADR operativo en el ámbito de los conflictos de consumo. Sin embargo, cuando nos encontremos ante una mediación de consumo en sentido estricto, debe regir el principio de neutralidad, resultando aplicable analógicamente la normativa sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Si falta esta neutralidad, estaremos ante una figura distinta, aunque legítima.

Notas

1. María Dolores Mas Badia. Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Valencia.
2. El presente estudio es resultado de la investigación desarrollada en el marco del Proyecto “Derecho civil valenciano y europeo” del Programa Prometeo para Grupos de Investigación de Excelencia de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, GVPROMETEOII2015-014.
3. COM (2011) 206 final.
4. En esta línea, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo declara: *“En la evolución de la protección jurídica del consumidor, tanto en los ordenamientos nacionales como en el Derecho comunitario, se pueden distinguir, algo distantes, aunque no del todo separadas, dos etapas: una primera en la que se reconocen principios y derechos en favor de los consumidores y otra segunda, en la que los Estados advierten que no es suficiente el reconocimiento de un repertorio de derechos a los consumidores, por lo que resulta imprescindible el establecimiento de cauces adecuados para que estos puedan hacer valer los derechos reconocidos en la fase anterior. Las Leyes pueden reconocer al consumidor un amplio elenco de derechos, pero la eficiencia de un Derecho protector de los consumidores se va a medir, no por la perfección o equidad de sus normas, sino por la existencia de cauces sencillos, rápidos y gratuitos o de escaso coste a través de los cuales se puedan hacer exigibles sus derechos cuando estos no hayan sido respetados adecuadamente”*

- (<http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV30L0-20151501&lang=es>, consultado el 3 de mayo de 2016).
5. DOCE C 2000/364/01, de 18 de diciembre de 2000.
 6. Con este objetivo y en relación con los conflictos transfronterizos, el Reglamento n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, suprimió el requisito intermedio del “exequátur” para que las resoluciones judiciales ejecutorias en asuntos civiles y mercantiles en un Estado miembro tengan fuerza ejecutiva en otro Estado de la UE.
 7. Como señala Espín Alba, Isabel, “Arbitraje y mediación de consumo: A propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2160, noviembre 2013, p. 2, “aunque la referencia constitucional a los mecanismos de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) no sea expresa, no se puede desconocer que la construcción de un sistema eficaz de resolución extrajudicial de conflictos permite ampliar las posibilidades de salvaguarda de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios a través de procedimientos eficaces”.
 8. En el Considerando 5 de la Directiva 2013/11/UE se dice: “*Los consumidores y los comerciantes siguen sin conocer las vías de recurso extrajudicial, ya que solo un pequeño porcentaje de ciudadanos sabe cómo presentar una reclamación ante una entidad de resolución alternativa de litigios (‘entidad de resolución alternativa’). En los casos en que existen procedimientos de resolución alternativa de litigios (‘procedimientos de resolución alternativa’), sus niveles de calidad varían de forma considerable entre los Estados miembros, y con frecuencia las entidades de resolución alternativa no tramitan de forma eficaz los litigios transfronterizos.*”
 9. Consultada en el Boletín de Información Estadística, n. 38, diciembre 2014 del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en el informe sobre “La percepción de los ciudadanos sobre la Administración de Justicia”. En este documento el CGPJ acaba concluyendo: “Las encuestas de opinión dirigidas al conjunto de la población muestran que el funcionamiento de la Administración de Justicia es un elemento de preocupación para la población española. También se observa que la opinión sobre su funcionamiento no es especialmente favorable y, como muestra el Eurobarómetro, es peor que la que tienen respecto a sus sistemas judiciales los ciudadanos de otros países de la Unión Europea. En cualquier caso hay que señalar que ambos estudios recogen la opinión de la población general y no la de los usuarios de la administración de justicia.”
 10. En el Curso de Verano sobre “Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor”, celebrado en Cuenca los días 2 y 3 de julio de 2015 (Acta publicada en: Mendoza Losada, Ana Isabel y García Montoro, Lourdes, Acta del Curso de Verano sobre “Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 14/2015, p. 43-63), Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho civil y Director de

CESCO afirmó que el sistema arbitral de consumo ha fracasado en España no por motivos jurídicos, sino por falta de fondos. Añadió que el fracaso se intenta paliar potenciando otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, pero – se preguntaba – ¿puede la mediación sustituir al sistema arbitral de consumo? Y, de ser así, ¿quién lo va a pagar?

11. La expresión “alternativa a la alternativa” ha hecho cierta fortuna entre la doctrina. La utilizan, entre otros, Ordeñana Gezuraga, Ixusko, “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *Diario La Ley*, núm. 7420, 2010, p. 1 a 24, o Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 4, con cita de la anterior.
12. DOUE L 165/63, de 18 de junio de 2013.
13. DOUE L 165/1, de 18 de junio de 2013.
14. COM (93) 576 final.
15. COM (96) 13 final.
16. COM (1998) 198 final.
17. DOCE L 115 de 17 de abril de 1998.
18. DO L 109 de 19 de abril de 2001.
19. COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002. En el Libro Verde ya se destacaron tres motivos que justificaban el interés renovado por los ADR en la Unión Europea: “*En primer lugar, se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello. En segundo lugar, las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo. Por último, las ADR representan una prioridad política – confirmada en varias ocasiones – para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad*”.
20. Resolución del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo (DO C 155, de 6 de junio de 2000).
Puede encontrarse información ulterior sobre este instrumento en López Sánchez, Javier, *op. cit.*, p. 4-6.
21. En el *Informe de Propuesta Normativa sobre el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo*, de 14 de mayo de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (IPN/CNMC/009/15), consultado en la página institucional de la CNMC, <http://www.cnmc.es>, puede leerse: “En la Unión Europea hay en la actualidad unos 750 sistemas de ADR. Son muy diferentes entre sí en cuanto a su organización y características: los hay autocompositivos (mediación), heterocompositivos (arbitraje), unipersonales, colegiados, financiados con cargo a recursos públicos, privadamente o de manera combinada, sectoriales y generales, online y presenciales...La mayor parte de estos sistemas son prácticamente gratuitos para el consumidor, con tarifas que normalmente no llegan a los 50 euros, y su plazo de resolución no suele superar los 90 días. Las decisiones adoptadas son, a veces, vinculantes, otras veces vinculantes sólo para el empresario y en ocasiones meras recomendaciones” (p.

5). Y más adelante, tras reconocer que la Comisión Europea ha fomentado en las últimas décadas los ADR en materia de consumo como una forma eficaz de garantizar a los consumidores el acceso a la justicia, afirma que “persisten notables disparidades en términos de cobertura, calidad y conocimiento de la resolución alternativa de litigios en los distintos Estados miembros, que constituyen un obstáculo para el mercado interior y que han determinado, entre otras razones, la adopción de la Directiva 2013/11/UE y del Reglamento (UE) n. 524/2013”.

Sobre la heterogeneidad de los mecanismos de ADR en litigios de consumo que funcionan en los distintos Estados Miembros, puede atenderse, con mayor detalle, a las reflexiones de Cortés, Pablo, “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, *InDret*, 4/2015, p. 1-34.

En general, para un análisis de los diferentes mecanismos de ADR que funcionan en la Unión Europea, puede consultarse: Alleweldt, Frank, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report to DG SANCO. Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 2009, http://www.civic-consulting.de/reports/adr_study.pdf.

22. El artículo 31 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios señalaba: “*el gobierno establecerá un sistema arbitral que sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución*”. En cumplimiento de ese mandato se aprobó el Real Decreto 636/93, de 3 de mayo por el que se regulaba el Sistema Arbitral de Consumo (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1993), derogado por el vigente Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008).
23. BOE núm. 162 de 7 de Julio de 2012.
24. DOGC núm. 5677 de 23 de Julio de 2010 y BOE núm. 196 de 13 de Agosto de 2010. La Ley 22/2010 fue modificada por Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo (DOGC núm. 6780 de 31 de Diciembre de 2014 y BOE núm. 18 de 21 de Enero de 2015).
25. DOUE L 136/3, de 24 de mayo de 2008.
26. García Villaluenga, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo, “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad*, 2013, 50, núm. 1, p. 83, escriben: “Es evidente que en el proceso judicial se atiende más al pasado y a las pruebas sobre los hechos que han conducido al pleito, mientras que en la mediación se atiende al futuro de las relaciones de las partes para facilitarlas. En efecto, la mediación se muestra especialmente idónea en aquellos

- casos en los que las partes necesariamente tienen que relacionarse en el futuro (V. gr. relaciones familiares o vecinales) o en las que las relaciones futuras son convenientes para ambos (relaciones comerciales provechosas)”.
27. En mi opinión puede ser muy conveniente que la ley permita al Juez o al órgano arbitral derivar a las partes en litigio a una sesión informativa sobre mediación, de asistencia obligatoria, cuando aquellos consideren que la mediación puede resultar beneficiosa en el caso concreto. De este modo se paliaría uno de los inconvenientes que afectan a la mediación en España en la actualidad: el desconocimiento que suelen tener los ciudadanos sobre la existencia y características de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. O incluso, en algunos casos, puede resultar adecuado que se establezca directamente por la norma la obligación de asistir a esta sesión informativa antes de iniciar otro tipo de procedimiento. Habría que analizar cuidadosamente en qué supuestos sería conveniente regular tal medida.
 28. La Directiva 2013/11/UE presta especial atención al requisito de la imparcialidad en relación con todos los mecanismos de ADR, dedicándole los considerandos 32, 33, 34 y 35), que después encuentran el oportuno desarrollo en el articulado de la Directiva. De esta regulación cabe extraer las siguientes conclusiones. 1) La independencia e integridad de las entidades de resolución alternativa se vincula a la confianza de los consumidores en los mecanismos de ADR. 2) Se cuida que estas personas o entes no reciban presiones que puedan mermar su imparcialidad; incluyendo, en concreto, la exigencia de que sean nombradas por un plazo suficientemente largo. 3) Es importante, para preservar su independencia evitar relaciones personales o mercantiles con alguna de las partes, al menos durante los tres años anteriores a la asunción del cargo. 4) Se considera con especiales cautelas el caso en que aquellas personas estén contratadas o reciban retribución del comerciante: en tal supuesto las personas encargadas de la resolución alternativa de litigios deben contar con un presupuesto independiente y específico suficiente para cumplir sus funciones. Sea como sea, en la regulación abundan los conceptos indeterminados que si no son desarrollados con mayor concreción en las normas de transposición, exigirán una cuidadosa labor por parte de los intérpretes y aplicadores del Derecho.
 29. García Montoro, Lourdes, “‘Nuevo’ modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha, 01/06/2015, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/85.pdf>, p. 3 señala: “Si tomamos en consideración el reciente Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo, su artículo 22 recoge las condiciones que debe reunir la persona que actúe como decisor en una entidad de ADR, entre las que se encuentra un conocimiento suficiente del Derecho, especialmente en materia de protección de los consumidores y usuarios, así como experiencia en la resolución alternativa o judicial de conflictos de consumidores (además de los clásicos requisitos de

independencia, imparcialidad, confidencialidad, etc.). Ello difiere en gran medida de los requisitos exigibles al mediador civil y mercantil previstos en los artículos 3 a 7 del RD 980/2013, que deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación, requisito que se entenderá cumplido si el mediador tiene una formación mínima de 100 horas de docencia efectiva.

El hecho de que se requiera que el decisor en una entidad de ADR cuente con un conocimiento (que no con un título) suficiente del Derecho y tenga experiencia en la resolución de conflictos de consumidores implica que la persona que se encargue de decidir sobre el conflicto deberá haber trabajado antes en éste ámbito, concepto en el que podrían entenderse comprendidos los actuales gestores de OMIC, dadas las funciones de mediación que llevaban a cabo hasta ahora y el conocimiento del derecho de consumo como consecuencia de su práctica al frente de la OMIC.

Sin embargo, para que la OMIC pudiera seguir realizando mediación, en términos del Anteproyecto, sería necesario que obtuviera la acreditación como entidad de ADR en el sentido de los artículos 27 y siguientes de este texto, con lo que parece que los gestores OMIC podrían perder su función mediadora en favor de los nuevos decisores de entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo acreditadas”.

30. El Considerando 36 señala: *“(36) Es esencial para el éxito de la resolución alternativa de litigios, en particular para garantizar la confianza necesaria en sus procedimientos, que las personas físicas encargadas de tal resolución posean los conocimientos especializados necesarios, incluida una comprensión general del Derecho. En particular, dichas personas deben poseer un conocimiento general suficiente en el ámbito jurídico que les permita comprender las implicaciones jurídicas del litigio, sin que tengan la obligación de ser profesiones cualificados del Derecho.”*
31. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.
32. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.
33. Sobre el alcance del deber de confidencialidad puede verse, con mayor detalle: Mas Badia, María Dolores, *“Mediació familiar i confidencialitat. Comentari de la sentència del Tribunal Suprem núm. 109/2011, de 2 de març”*, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre 2011, p. 1-8, <http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/92-mediacio-familiar-i-confidencialitat-comentari-de-la-sentencia-del-tribunal-suprem-num-109-2011-de-2-de-marc>
34. La Ley define su ámbito de aplicación mediante una regla general que matiza, de forma expresa, con algunas excepciones.
La regla general se contiene en el art. 2.1: *“Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español”*. Las

excepciones, en el número 2 que declara que quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley, entre otros supuestos, “la mediación en materia de consumo” (apartado d).

35. La prescripción contenida en el considerando undécimo de la Directiva 2008/52/CE se reflejó en el Proyecto de Ley que, tras su aprobación, se convertiría en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Que no se trata de una cuestión pacífica quedó de relieve en la enmienda número 1, planteada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, que proponía la supresión de la letra d) del art. 2.2 (aquella que excluye la aplicación de la LMACM a la mediación en materia de consumo). La enmienda se justificaba en los siguientes términos:

“Precisamente en materia de consumo abundan los conflictos, a menudo de escasa cuantía, para los que, además de las funciones que cumplen los organismos de protección al consumidor, es conveniente que se pueda acudir a esta vía de la mediación.

El principal avance que la inclusión de esta materia en el ámbito de la ley es el de conseguir que los acuerdos que se alcancen puedan tener la condición de títulos ejecutivos, con el consiguiente reforzamiento de los procedimientos de mediación en detrimento de los procedimientos judiciales contenciosos.

En materia de consumo abundan los conflictos de reducida cuantía, para los que es deseable la mediación como método extrajudicial, rápido y flexible de solución de conflictos.

Ha de considerarse también, como argumento favorable a la inclusión de esta materia, la inclusión de los conflictos sobre consumo en el ámbito civil, básicamente.” (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 6-7, de 24/05/2012).

Posteriormente, en el Informe de la Ponencia, se propuso, respecto de la citada enmienda, una transacción consistente en que la letra d) del apartado 2 del artículo 2 quedará redactada como sigue: “d) Las reclamaciones de consumo tramitadas en el Sistema Arbitral de Consumo.” (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 6-8, de 06/06/2012).

La enmienda no prosperó.

36. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece en su considerando 11: “La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional, como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto”.

Cortés entiende que “la Directiva no excluye reclamaciones de los consumidores como tal; sino solo aquellas que sean de carácter cuasi jurisdiccional. Dicho de otro modo, está claro que la Directiva excluye procesos con elementos heterocompositivos, como son los defensores del cliente y aquellos relativos a

procesos de reclamación internos de la empresa donde ésta decide unilateralmente si atiende a la reclamación o no.

Esta interpretación se ve reforzada también por la transposición de la Directiva sobre la mediación en los demás Estados miembros, que no han excluido a los temas de consumo, y el hecho de que la nueva Directiva RAL, aplicable exclusivamente en el sector de consumo, reconoce la superposición de ambas Directivas. Por ello, es apremiante que la exclusión del consumo en la ley española de mediación es inoportuna, y posiblemente se funda en una traducción e interpretación oportunista por parte del legislador español que ya había cedido competencias a las comunidades autónomas en este campo. Además debemos destacar que no parece lógico que la Ley de Arbitraje se aplique como supletoria a la regulación del arbitraje de consumo, y no pase lo mismo con la Ley de la Mediación” (Cortés, Pablo, “Un análisis ...”, *op. cit.*, p. 22).

37. Barona Vilar, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 128 señala: “Obviamente, como no podía ser de otra manera, las mediaciones que quedan excluidas de la aplicación de esta norma no lo están porque se prohíba ir a mediación en esos sectores del ordenamiento jurídico, dado que cada una de ellas tendrá, por su propia idiosincrasia, una regulación propia y específica de mediación”. Esto es, precisamente, lo que sucede en materia de consumo aunque, en este caso la regulación no es específica sobre mediación, sino más genérica, sobre mecanismos de ADR.

Marín López, Jesús, “Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo”, CESCO, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>, pone de relieve que cuando se comenzó a trabajar en una nueva normativa sobre el sistema arbitral de consumo (que finalmente cuajaría en el RD 231/2008), uno de los objetivos que se perseguía era precisamente regular la mediación de consumo. Y afirmaba ya en el año 2008, que “la práctica de las Juntas Arbitrales demuestra que son muchos las reclamaciones de los consumidores que se resuelven a través de la mediación” (*op. cit.*, p. 20).

Podríamos añadir que en diferentes ámbitos del Derecho de consumo existe remisión a los mecanismos de ADR, entre ellos, la mediación de consumo. Baste como ejemplo el art. 35 de la Ley de Crédito al Consumo en relación con los conflictos entre el consumidor y el prestamista o intermediario de crédito.

Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 21, añade el caso del artículo 20 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; el artículo 16 de la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; o el artículo 32 y disposición adicional tercera de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Y los contextualiza de modo general, desde mi punto de vista, con acierto: “en su condición de instrumento de tutela del consumidor –dice–, la remisión a la

legislación relativa al arbitraje de consumo y otras vías extrajudiciales es una norma presente en toda iniciativa legislativa que pretende ser protectora de los derechos de los consumidores”.

A lo anterior hay que añadir cómo numerosas leyes autonómicas, comenzando por los Estatutos de Autonomía de nueva generación contemplan como mecanismo alternativo de resolución de conflictos de consumo la mediación. No es exagerado hablar de una tendencia generalizada en este sentido.

38. Barona Vilar, Silvia, *op. cit.*, p. 128 entiende que no puede hablarse de una exclusión total y absoluta de la norma en materia de mediación civil y mercantil a otros sectores. “Más bien, si las partes quieren, o si el legislador en el futuro así lo considera, estamos ante lo que podría considerarse como la norma común o general en mediación y, por ello, y con las correspondientes salvedades, es una norma que podría tener una aplicación siempre supletoria en otros tipos de mediación en asuntos no civiles ni mercantiles”.
39. Entre otros, Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 4.
40. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 7. Añade esta autora que “la experiencia normativa parece optar abiertamente por el arbitraje frente a la mediación, como por ejemplo la ley gallega de protección de consumidores (Ley 5/2012) que afirma en su Exposición de Motivos que ‘respecto a las vías extrajudiciales de resolución de conflictos, la presente ley opta de forma decidida por el arbitraje’”, aunque a continuación la misma Exposición de Motivos añade: “Todo ello sin olvidar la mediación como sistema de resolución de las reclamaciones de los consumidores, considerando la formación en materia de mediación como el canal más apropiado para conseguir que en toda la comunidad autónoma se extienda una red de mediadores en materia de consumo”.
41. BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.
42. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.
43. Quedan excluidos del arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o en que existan indicios racionales de delito (art. 57.1 LGDCU). La exclusión alcanza a la responsabilidad civil por daños y perjuicios directamente derivados de estos hechos (art. 2.2 RDAC). Estas mismas exclusiones debe entenderse que afectan a la mediación de consumo, no solo intra, sino también extra arbitral. Los propios principios de la mediación así lo avalan.
44. Como escribe Marín López, Jesús, *op. cit.*, p. 21, “Se permite, por tanto, el arbitraje de consumo como vía de tutela de lo que el art. 11.2 LEC denomina ‘intereses colectivos’, que se caracterizan por el hecho de que los sujetos perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores perfectamente determinado o de fácil determinación. No cabe el arbitraje de consumo, sin embargo, para proteger los ‘intereses difusos’ (art. 11.3 LEC), en el que los perjudicados son una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación”.
45. En este sentido, señala Marín López, Jesús, *op. cit.*, p. 23: “En definitiva, el arbitraje de consumo colectivo es un mecanismo para resolver, en un mismo procedimiento arbitral, las reclamaciones individuales de varios consumidores.

No se tutelan, por tanto, los daños colectivos de los consumidores. Tampoco sirve para obtener una reparación de los daños individualmente sufridos por los miembros de una colectividad (determinada o determinable) de consumidores. Pues sólo el consumidor que se persone podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable”.

46. Ofrece un panorama resumido de la regulación de la mediación de consumo en el ámbito autonómico (regulación en leyes autonómicas especiales en materia de protección del consumidor y referencias contenidas en los Estatutos de Autonomía de nueva generación), Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 5: Aragón, Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y usuarios; Andalucía, Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Consumidores y Usuarios; Asturias, Ley 11/2002, de Consumidores y Usuarios de Asturias; Baleares, Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Baleares; Canarias, Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Canarias; Cantabria, Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los consumidores y Usuarios de Cantabria; Cataluña, Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña; Castilla la Mancha, Ley 11/2005, de 15 de diciembre que aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla la Mancha; Galicia, Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias; Madrid, Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid 27; Navarra, Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y usuarios; País Vasco, Ley 6/2003, de 22 de diciembre del Estatuto de las personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco; Valencia, Ley 1/2011, de 22 de marzo por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana.
47. Consultado el 3 de mayo de 2016 en <http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV30L0-20151501&lang=es>
48. Así puede constatarse en el Considerando 21 de la Directiva, que establece: “*Los procedimientos de resolución alternativa son muy variados, tanto en la Unión como en el interior de los Estados miembros. Pueden adoptar la forma de procedimientos en los que la entidad de resolución alternativa reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa, de procedimientos en los que dicha entidad propone una solución, o de procedimientos en los que impone una solución. También pueden adoptar la forma de una combinación de dos o más de estos procedimientos. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la forma que revistan los procedimientos de resolución alternativa en los Estados miembros*”. En tal sentido, escribe García Montoro, Lourdes, *op. cit.*, p. 1: “no regula ningún procedimiento de resolución alternativa de conflictos en particular, sino que opta por un sistema abierto en el que diferentes metodologías son posibles si las entidades que las llevan a cabo cumplen con los requisitos de acreditación”.
49. El enlace a la plataforma es el siguiente: <http://ec.europa.eu/consumers/odr/>
50. Sobre los mecanismos ODR, véase AA.VV., *Estudios sobre justicia online*, Vázquez de Castro, Eduardo (dir.), Comares, Granada, 2014; y Vilalta Vinuesa,

- Esther, *Mediación y arbitraje electrónicos*, Aranzadi, Pamplona, 2013; y, con especial referencia a los conflictos de consumo, Barral Viñas, Immaculada, “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, *small claims* y plataformas interactivas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 34, 2014, p. 43-65; Suquet Capdevila, Josep, “Mediación de consumo y tecnologías”, n. 10, *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, 2014, p. 26-284; y Vázquez de Castro, Eduardo, “Resolución de litigios ‘en línea’ en materia de consumo. Marco normativo europeo y adaptación del sistema arbitral de consumo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 32, 2013, p. 99-129.
51. Señala, Barral Viñas, Immaculada, “Consumidores, online dispute resolution y reclamaciones de pequeña cuantía”, *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, n. 10, 2014, p. 401, que “la mediación automática no es una mediación ya que las partes tratan directamente entre ellas, sin la existencia de un tercero neutral –mediador por hipótesis–”. Como negociación entre consumidor y empresario queda fuera de la DADR. Si el mecanismo, además, es gestionado por el propio empresario, esto determina otro motivo de exclusión.
 52. Barral Viñas, Immaculada, “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/> [artículo en línea], p. 9-10, resume el funcionamiento de estos sistemas: “Su ámbito es especialmente el de las reclamaciones monetarias donde no se discute más que la cantidad de la compensación que el consumidor debe recibir. Se trata de ofrecer el software necesario para que las partes realicen ofertas de acuerdo sobre la cantidad sin que conozcan las de la otra parte en conflicto; cuando las ofertas de ambas llegan a una determinada relación porcentual, se establece el acuerdo de forma automática en la cantidad media de ambas. Como puede imaginarse, este sistema es tremendamente ágil y muy poco costoso, aunque la falta de intervención humana puede perjudicar la bondad de ciertas decisiones. Supone el máximo exponente de conexión entre las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos en red”.
 53. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.
 54. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002. Reflexiona sobre el estado de la cuestión en el momento de promulgarse aquella norma López Sánchez, Javier, “Comercio electrónico y ‘Acceso de los consumidores a la Justicia’”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 571, 2003, p. 1-10.
 Por su parte, el art. 18 de la LSSICE se refiere a la extensión de los Códigos de conducta a los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información. En su elaboración habrá de garantizarse la participación, entre otros grupos de interés, de las asociaciones de consumidores.
 55. Sobre este tipo de problemas, véase Barral Viñas, “La mediación y el arbitraje de consumo ...”, *op. cit.*, p. 9.

56. <http://www.ecodir.org>.
57. BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008. Este Real Decreto, que intenta corregir las disfunciones del derogado RD 636/1993, hace un recorrido, en su preámbulo por los antecedentes que dieron lugar a su promulgación: *“El artículo 51 de la Constitución insta a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, su seguridad, salud y sus legítimos intereses económicos.*
La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el artículo 31 preveía que el Gobierno debía establecer, previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios.
Por Real Decreto 636/1993, de 3 mayo, se procedió a la regulación del Sistema Arbitral de Consumo.
La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, prevé en su disposición final sexta que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno, contando con el parecer de las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo, regulando también el arbitraje virtual.
Asimismo, la disposición final sexta establece que reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas Arbitrales territoriales sobre la admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje, y los supuestos en los que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.
Tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, estas previsiones y el régimen legal general del arbitraje de consumo se recogen en sus artículos 57 y 58.
Igualmente, es necesario adecuar la regulación del Sistema Arbitral de Consumo a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
En este marco jurídico, este reglamento mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo, introduciendo las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas o profesionales y consumidores o usuarios, asegurando el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos que, como tal, es de carácter voluntario”.
Puede verse un análisis del RD 231/2008 en: Marín López, Jesús, op.cit.
58. Se muestra contrario a la introducción de la mediación en el arbitraje de consumo, con términos incluso sarcásticos, Lorca Navarrete, Antonio María, *La nueva regulación del arbitraje de consumo*, San Sebastián, 2008, p. 75.
59. Explica esta aseveración Marín López, “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad*

Autónoma de Madrid, 2007, n. 11, p. 20: “En efecto, las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo”. En nota 19, añade: “De hecho, alguno de los recientes Estatutos de Autonomía se atribuye la competencia exclusiva sobre “la regulación de los procedimientos de mediación”. Por ejemplo, el art. 30.47 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (aprobado por LO 1/2007, de 28 de febrero), el art. 58.2.4º del Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo), y el art. 71.26ª del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril). Y así se ha reflejado también en los Estatutos del Consumidor o leyes autonómicas de protección del consumidor.

60. En este sentido, Espín, *op. cit.*, p. 7.
61. Marín López, Jesús, “Análisis ...”, *op. cit.*, p. 21, se pregunta si la mediación se concibe como una fase previa al procedimiento arbitral o se incardina en el mismo, respondiendo que “El RDAC opta claramente por esta segunda tesis. Así se deduce no sólo de la rúbrica del art. 38 (“mediación en el procedimiento arbitral”), sino de los arts. 37.3 y 49.1.I RDAC. El primero porque exige que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral conste expresamente “la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación”; por la tanto, la mediación puede producirse –si es que se produce– después de iniciado el procedimiento arbitral. Y el segundo porque obliga a suspender el cómputo del plazo para dictar el laudo (seis meses, contados desde el inicio del procedimiento arbitral) si se intenta la mediación previa, aunque la suspensión será por un período no superior a un mes desde el acuerdo de inicio del procedimiento arbitral”. En contra, Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 8, considera que la mediación es una actuación llevada a cabo por las Juntas Arbitrales antes de iniciar el procedimiento arbitral, un paso previo, a diferencia de la conciliación, que tiene lugar dentro del referido procedimiento.
62. Esta misma opinión mantiene Barral Viñas, Immaculada, *op. cit.*, p. 4, que, con referencia al RD 231/2008 afirma: “la mediación se prevé como una primera fase del proceso (arts. 37 y 38); pero con suficiente independencia conceptual, y capaz de imponer el acuerdo de las partes en cualquier momento del proceso antes de la emisión del laudo”.
63. Pueden verse algunos datos estadísticos en: <http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=1&id=76>

Referencias

- AA.VV., *Estudios sobre justicia online*, Vázquez de Castro, Eduardo (dir.), Comares, Granada, 2014.
- Aguilar Olivares, Yolanda, “Un paso más hacia el consumidor europeo: la nueva regulación de los ADR de consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 14/2015, p. 36-42.
- Alleweldt, Frank, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report to DG SANCO. Submitted by Civic Consulting of the Consumer*

- Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 2009, http://www.civic-consulting.de/reports/adr_study.pdf.
- Barona Vilar, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Barral Viñas, Immaculada, “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, small claims y plataformas interactivas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 34, 2014, p. 43-65.
- Barral Viñas, Immaculada, “Consumidores, online dispute resolution y reclamaciones de pequeña cuantía”, *Democracia Digital e governo Eletrônico*, n. 10, 2014, p. 394-415.
- Barral Viñas, Immaculada, “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/> [artículo en línea], p. 1-12.
- Blanco Carrasco, Marta, “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009, pp. 129-152.
- Cortés, Pablo, “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, *InDret*, 4/2015, p. 1-34.
- Espín Alba, Isabel, “Arbitraje y mediación de consumo: A propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2160, noviembre 2013.
- García Montoro, Lourdes, “‘Nuevo’ modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha, 01/06/2015, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/85.pdf>
- García Villaluenga, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo, “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad*, 2013, 50, núm. 1.
- Informe de Propuesta Normativa sobre el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo*, de 14 de mayo de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (IPN/CNMC/009/15), consultado en la página institucional de la CNMC, <http://www.cnmc.es>
- La percepción de los ciudadanos sobre la Administración de Justicia*, Boletín de Información Estadística, n. 38, diciembre 2014 del Consejo General del Poder Judicial.
- López Sánchez, Javier, “Comercio electrónico y ‘Acceso de los consumidores a la Justicia’”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 571, 2003, p. 1-10.
- Lorca Navarrete, Antonio María, *La nueva regulación del arbitraje de consumo*, San Sebastián, 2008.

- Marín López, Manuel Jesús, “Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo”, CESCO, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>
- Marín López, Manuel Jesús, “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2007, n. 11, p. 144 y ss.
- Mas Badia, María Dolores, “*Mediació familiar i confidencialitat. Comentari de la sentència del Tribunal Suprem núm. 109/2011, de 2 de març*”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre 2011, pp. 1-8, <http://derehocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/92-mediacion-familiar-i-confidencialitat-comentari-de-la-sentencia-del-tribunal-suprem-num-109-2011-de-2-de-marc>
- Mendoza Losada, Ana Isabel y García Montoro, Lourdes, “Acta del Curso de Verano sobre Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor”, celebrado en Cuenca los días 2 y 3 de julio de 2015, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 14/2015, (<https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/viewFile/795/657>), p. 43-63.
- Ordeñana Gezuraga, Ixusko, “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *Diario La Ley*, núm. 7420, 2010, p. 1-24.
- Suquet Capdevila, Josep, “Mediación de consumo y tecnologías”, n. 10, *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, 2014, p. 26-284.
- Vázquez de Castro, Eduardo, “Resolución de litigios ‘en línea’ en materia de consumo. Marco normativo europeo y adaptación del sistema arbitral de consumo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 32, 2013, p. 99-129.
- Vilalta Vinuesa, Esther, *Mediación y arbitraje electrónicos*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE CONSUMO TRANSFRONTERIZOS: PERSPECTIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA¹

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA²

Profesor Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad de Granada (acred. a Catedrático)

EXCEROTOS

“El análisis de los sistemas revela sin embargo que, a pesar del esfuerzo armonizador, todavía persisten diferencias importantes entre los sistemas de protección de los consumidores de los países miembros de la Unión Europea”

“La nueva norma, por ejemplo, no logra garantizar la aplicación del Derecho europeo cuando un empresario con establecimiento fuera de la Unión Europea dirige su actividad hacia un Estado miembro, y contrata con un consumidor no residente en dicho país”

“Cuando un consumidor contrata a través de Internet, o sirviéndose de medios electrónicos, para determinar el régimen jurídico del contrato es preciso acudir a las soluciones del Reglamento Roma I y a las soluciones especiales españolas en caso de que el asunto quede planteado ante un órgano judicial o extrajudicial español”

“En cuanto al primero de los requisitos, respecto de los contratos de consumo electrónicos la dificultad fundamental puede radicar en decidir si el profesional ha dirigido sus actividades hacia el país de la residencia habitual del consumidor, pues en este caso dicho consumidor siempre podría invocar la protección dispensada por ese Derecho”

I. Introducción

En la regulación de los contratos de consumo el proceso de integración económica en Europa está avanzando hoy en día por caminos en los que el papel de las normas clásicas de ley aplicable parece estar llamado a verse reducido. A ello contribuiría el avance en el proceso de armonización europea de los derechos de los consumidores, a través de textos como la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, que al relegar el sistema de la armonización de mínimos y optar por un nivel de armonización más elevado para el derecho europeo de protección de los consumidores podría conducir a relativizar la relevancia jurídica de la determinación del derecho aplicable. El análisis de los sistemas revela sin embargo que, a pesar del esfuerzo armonizador, todavía persisten diferencias importantes entre los sistemas de protección de los consumidores de los países miembros de la Unión Europea. Estas diferencias están en la base de que la reciente Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, haya elevado en su artículo 11 al principio de legalidad, y a las soluciones especiales del Reglamento Roma I para los contratos celebrados por los consumidores, al nivel de principio básico a tener en cuenta por las entidades europeas de resolución alternativa de litigios.

Sin lugar a dudas a los problemas de ley aplicable se les podría poner punto y final con iniciativas de unificación jurídica más ambiciosas, que no faltan en la actualidad. Entre ellas cabe contar especialmente con la propuesta de reglamento por la que se aprueba una Normativa Común de Compraventa Europea.³ Sin embargo, este texto de unificación del derecho de contratos más que contribuir a la desaparición del derecho conflictual de consumo parece otorgarle nuevas finalidades. Por una parte, la propuesta solo pretende tener un alcance medio, al no sustituir al derecho de los Estados miembros y aparecer solo como un segundo régimen de derecho contractual en cada Estado. Y por otra parte, la propuesta de reglamento ha optado por delimitar el ámbito de aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea en atención al resultado de la aplicación de normas de conflicto.⁴

Diversas razones, que no dejan tampoco de estar relacionadas con el fundamento constitucional limitado de la intervención legislativa europea, apuntan a que la Unión Europea deberá seguir contando con normas de conflicto para los contratos celebrados por los consumidores. Ello no significa que el papel de las normas de conflicto no haya debido experimentar cambios significativos,

El sistema europeo de ley aplicable a los contratos contó desde sus inicios con una norma especial para los contratos celebrados por los consumidores

que distancian al sistema actual del que fue inaugurado a través del convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante CR).

La evolución en el sistema puede ser apreciada desde dos puntos de vista. Por una parte, las soluciones conflictuales han ido pasando de responder meramente a las necesidades de un convenio de unificación de normas de conflicto, a incorporar con claridad elementos espaciales que están relacionados de forma directa con los objetivos de la armonización jurídica creada y de la integración entre los mercados estatales. Por otra, el sistema ha tenido que perfilarse a fin de hacer frente a las necesidades propias de la cada vez más frecuente contratación de consumo celebrada en línea o con ocasión de una actividad comercial previa realizada a través de internet. El objetivo de esta contribución es dar cuenta de cómo las necesidades de la integración europea han ido moldeando las soluciones de ley aplicable a los contratos celebrados por los consumidores, en un proceso que no deja de ser incompleto y con soluciones que no dan respuesta a todos los problemas planteados. Por otra parte, se ocupará de exponer de forma sucinta los criterios que han sido propuestos para resolver algunas dificultades que plantea la aplicación de las normas de conflicto uniformes cuando han de ser aplicadas en los casos de contratación electrónica, donde cobran relevancia algunas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. El sistema de ley aplicable a los contratos celebrados por consumidores: hitos de la evolución hacia un derecho de la integración

1. Las normas de conflicto uniformes del CR: soluciones para el forum shopping

El sistema europeo de ley aplicable a los contratos contó desde sus inicios con una norma especial para los contratos celebrados por los consumidores. El art. 5 del CR instrumentaba la protección de los consumidores a través de dos elementos que suponían soluciones especiales respecto de las vigentes para los contratos comerciales: primeramente, se ponía al consumidor a salvo de la eficacia de las cláusulas de elección del derecho aplicable que pudieran desvirtuar la protección dispensada por la ley del país de su residencia habitual; y en segundo lugar, se declaraba la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor como ley aplicable al contrato en defecto de elección.

La doctrina pronto puso de relieve que las soluciones especiales del art. 5 CR sólo procuraban una protección muy limitada, y ello por dos tipos de razones. Por una parte, el art. 5 poseía un ámbito de aplicación que se circunscribía a algunos contratos de consumo, en concreto, a aquellos contratos de compraventa de mercaderías y de prestaciones de servicios, así como a los relativos a su financiación. Adicionalmente, el precepto contenía una lista de supuestos que quedaban excluidos del ámbito de aplicación de la norma especial. Por otra parte, incluso en presencia de un contrato que quedara comprendido en dicho ámbito de aplicación, la protección solo era concedida en caso de que el consumidor pudiera ser considerado como pasivo, de acuerdo con el modo en que este concepto era definido.

De acuerdo con el art. 5 CR, para hacer merecedor al consumidor de la protección de este precepto es preciso que: la celebración del contrato hubiera sido precedida, [en el país de la residencia habitual del consumidor] por una oferta que la haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato; o si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese

país; o si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

Es preciso destacar que las soluciones del art. 5 CR compartían objetivo con el conjunto de las reglas de conflicto contenidas en el CR, y su misión no era otra que generar seguridad jurídica para las transacciones transfronterizas, al permitir las normas uniformes excluir los riesgos asociados al *forum shopping*, que podían incrementarse tras la entrada en vigor del convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil. Con esa orientación, el CR no proporcionaba una solución adecuada para las necesidades de la integración, a pesar de que los derechos de los Estados miembros de la UE respondieran al dictado de la armonización realizada a través de las directivas.

Si un consumidor de nacionalidad española, con residencia habitual en España, se trasladaba a Marsella (Francia) y allí realizaba una compra de consumo a una empresa francesa, el art. 5 CR no garantizaba la aplicabilidad ni del derecho español ni del francés, pudiendo el contrato quedar sometido, sin cortapisa alguna, al derecho de un país tercero. Si el mismo consumidor compraba en cambio a la empresa francesa en España, por haber dirigido esta su actividad hacia el mercado español, el sistema del art. 5 CR le permitía invocar el derecho español, y por tanto el derecho europeo, a pesar de que el contrato contuviera una cláusula con la opción por el derecho de un país tercero. El resultado, sin embargo, resultaba manifiestamente contrario con el correcto funcionamiento del mercado interior, que quedaba muy en entredicho si la concesión del nivel de protección propio del derecho europeo quedaba condicionada al hecho fáctico de atravesar una frontera estatal. Los “casos de Gran Canaria”, conocidos por la jurisprudencia alemana, fueron un claro ejemplo de esta clase de deficiencias: consumidores de nacionalidad alemana que eran captados en las Islas Canarias por empresas alemanas, veían cómo sus contratos dejaban de quedar sometidos al derecho alemán o al español, al verse convertidos en consumidores activos.

A esta deficiencia importante se le unía el reducido ámbito de aplicación material del artículo 5 CR.⁵, que tampoco contribuía a garantizar la aplicabilidad del derecho del país de la residencia habitual del consumidor, impidiendo también de este modo la aplicabilidad del derecho europeo armonizado. La excepción por ejemplo que comporta el art. 5.4 CR, cuando excluye la protección que proporciona la ley de la residencia habitual del consumidor si los servicios se prestan exclusivamente en un país distinto del de la residencia habitual de aquél, tampoco resulta adecuada desde esa perspectiva. Esta situación llevaba al consumidor a perder también, por vía de una elección de ley o a través de una localización objetiva del contrato, el nivel de protección que derivaba del derecho europeo.

2. Las normas de conflicto europeas para el mercado interior

Para paliar algunos de los problemas descritos, a partir de 1993 la mayoría de las directivas europeas de armonización del derecho de protección de los consumidores comenzó a incluir entre sus disposiciones normas especiales de derecho internacional privado con la finalidad de garantizar la aplicación del derecho europeo armonizado a los supuestos conectados con el mercado interior. La formulación de estas normas respondió, sin apenas diferencias de redacción, a la previsión del artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CE, de 13 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Según esta disposición, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”.

Desde esa fecha la actividad del legislador europeo fue intensa al apostar por este modo de solución para las insuficiencias que revelaban las soluciones del CR, tal y como revela el hecho de que otras directivas recurrieran a normas que, en términos similares, respondían a la misma orientación.⁶

Las normas especiales europeas de ley aplicable hicieron surgir nuevas dificultades en la gestión del sistema de los contratos transfronterizos celebrados por los consumidores.

Los problemas de este sistema complejo surgieron en primer lugar para los legisladores estatales, pero también para los operadores e intérpretes del sistema. Para los Estados miembros había que tener en cuenta que las directivas no eran de aplicación directa, sino que debían ser objeto de transposición al derecho de cada Estado. Ello puso en marcha a los legisladores de los Estados miembros, que sin experiencia previa, debían concretar el sentido de las normas europeas de ley aplicable, y ello desde dos puntos de vista.

Por una parte, era preciso dotar de significado a la expresión “vinculación estrecha del contrato con la Comunidad Europea”, al efecto de definir el alcance del derecho europeo en situaciones que podrían involucrar contactos con terceros países.

De hecho, el sistema elegido por el legislador español, que hacía simplemente alusión al artículo 5 CR, fue considerado como transposición inadecuada del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE.⁷ La determinación de cuáles son los contactos relevantes para determinar la aplicabilidad del derecho europeo es una cuestión que sigue todavía siendo objeto de debate. ¿Ha de quedar sometido al derecho europeo cualquier contrato que tenga un contacto con un Estado miembro de la Unión Europea, por pequeño que sea? ¿Este contacto puede ser la nacionalidad del consumidor de un Estado miembro? ¿Es preciso que dicha vinculación se concrete a través de criterios económicos, teniendo en cuenta la actividad comercial dirigida por una empresa de un tercer país hacia el territorio de un Estado miembro?

En segundo lugar, las directivas no definen cuál será, de entre los diferentes derechos de los países europeos, el aplicable al contrato. Ello determinaba la necesidad, para los sistemas estatales, de dar respuesta a ciertas cuestiones. ¿Ello otorgaba completa libertad a los Estados miembros para determinar dicho derecho al contrato de consumo transfronterizo? ¿Se puede optar por privar completamente de eficacia a los pactos de elección del derecho aplicable cuando el contrato de consumo posee una vinculación estrecha con la Comunidad Europea? ¿Es posible someter todos los contratos vinculados con la Comunidad

Europea al derecho del foro? ¿Era posible optar por construir soluciones multilaterales cuando se den esas circunstancias, que funcionarían en paralelo a las del sistema del CR?

El legislador español optó por dar transposición por separado a cada una de las normas especiales que fueron dictadas. Las relativas a las cláusulas abusivas y a las garantías de los bienes de consumo se encuentran hoy en día en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU)⁸, recientemente modificado a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo⁹ que se ha ocupado de realizar la transposición al derecho español de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores. Las normas especiales se encuentran en el artículo 67 del mencionado texto refundido.

En la norma hoy vigente, el artículo 67 dispone como sigue:

1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española.

2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que

existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

Pero ahí no están todas. Es preciso también mencionar al artículo 5 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo¹⁰, que supone la transposición al derecho español de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo¹¹, y que dispone tal y como sigue:

Según el apartado tercero de esta disposición “las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación no sólo cuando el correspondiente contrato de crédito se rija por la legislación española o ésta de cualquier otro modo resulte de aplicación, sino también cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un tercer Estado, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el prestamista o el intermediario de crédito ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato de crédito estuviere comprendido en el marco de esas actividades.”

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores dispone del modo siguiente:

Las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

Desde el punto de vista sistemático, la opción legislativa adoptada por el legislador español se aleja de la seguida por otros países, como el legislador alemán, que ha procurado introducir coherencia en el sistema mediante la introducción de un nuevo art. 29a en la ley de introducción al Código Civil (EGBGB) en el que se llevó a cabo, de forma simultánea, la transposición de varias normas del derecho internacional privado europeo especial. De este modo el legislador alemán no sólo consiguió disponer de una única norma de ley aplicable para los diferentes sectores que han sido armonizados por el derecho europeo sino que, lo más importante, logró una misma y única solución para todas ellas.

Como se ha señalado, el manejo del sistema también resultaba complejo para el operador. No solo por deber encontrar la solución en un marco regulador compuesto por piezas múltiples y de fuente distinta, construido de manera autónoma en cada país. Sino también por verse en la necesidad de resolver problemas aplicativos delicados, debiendo vencer las aparentes contradicciones normativas a través del recurso a la interpretación.

Por poner solo un ejemplo, el derecho estatal, en la medida en que resulte ser transposición de normas del derecho europeo, goza de primacía de aplicación sobre las soluciones convencionales, como las contenidas en el CR. No obstante, el principio de primacía no presta amparo a una normativa estatal que sea dictada fuera del ámbito definido por el derecho europeo. De este modo, una norma estatal que limite la posibilidad de elegir la ley de un Estado miembro como aplicable al contrato, y establezca por ejemplo la aplicación obligatoria del derecho del foro cuando el contrato mantiene un vínculo estrecho con la Comunidad Europea, puede ser considerada como meramente estatal y como no aplicable, puesto que las normas de conflicto europeas no contemplan, para otorgarle una solución especial, al supuesto en el cual las partes hayan elegido el derecho de un Estado miembro de la UE. Muchas de las normas estatales españolas, singularmente las contenidas en el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, pueden ser sometidas a este mismo reproche, por lo que generan las mismas dificultades.

En la actualidad el mecanismo de solución diseñado a partir de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas sigue hoy vigente en la Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹², en la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores¹³, y en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo¹⁴. Otras directivas que incluyeron normas de ese mismo tipo han sido derogadas¹⁵, al igual que otras anteriores que no las incluyeron¹⁶.

En 2008 el legislador europeo ensayó un nuevo tipo de solución para dar respuesta a las necesidades de regulación de los supuestos conectados con el mercado interior europeo. Esta solución se formula en la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos

vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Esta directiva sigue conteniendo una norma especial de derecho internacional privado, pero el legislador europeo se encarga en ella, en esta ocasión, de precisar el sentido de los dos elementos que antes quedaban a criterio de la política legislativa de los propios Estados miembros.

Según el artículo 12 de la mencionada Directiva, “si la normativa aplicable fuera la de un tercer país, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga la presente Directiva, *tal como la aplique el Estado miembro del foro*: si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o; en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades.”

La norma transcrita define de forma precisa tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, de tal modo que no se deja margen para una intervención del criterio estatal en la transposición de esta norma. Y fiel a ese margen, en la legislación española, el art. 17 de Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias¹⁷ dispone del modo siguiente:

En el caso de que la ley aplicable al contrato entre un empresario y el consumidor adquirente de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de productos vacacionales de larga duración, de reventa o de intercambio, sea, con arreglo al Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), la ley de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo, el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la presente Ley, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando alguno de los inmuebles en cuestión esté situado en el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo; b) Cuando el contrato,

no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en un Estado miembro o que tengan proyección en un Estado miembro.

Con la nueva fórmula se resolvían de forma adecuada muchos de los problemas que provocaba el sistema anterior. La precisión de la norma no da pie para transposiciones distintas en los Estados miembros, lo que permite la uniformidad en las soluciones. Y por otra parte, se establecía con claridad en qué supuestos resulta necesario garantizar la aplicación del derecho armonizado, siendo la consecuencia jurídica la aplicación del derecho (armonizado) del foro.

Pese a sus bondades, en el paso legislativo siguiente que ha dado la UE esta fórmula ha sido abandonada. El nuevo cambio de tendencia viene marcado por la solución ofrecida por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores. Esta directiva, que supone la derogación de la Directiva 97/7/CE y la directiva relativa a la protección del consumidor en los contratos celebrados fuera del establecimiento, ha prescindido de incorporar una norma especial de ley aplicable. La consecuencia de esta preterición no es otra que la aplicabilidad del derecho armonizado a través de los criterios que son establecidos a través del nuevo Reglamento Roma I. Cabe entonces preguntarse, ¿es que el nuevo reglamento contiene elementos nuevos que logran garantizar la aplicabilidad del derecho europeo de protección del consumidor en supuestos vinculados con la Unión Europea? A continuación veremos que así ha sido.

3. Las innovaciones del Reglamento Roma I

El nuevo Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) es de aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009. El artículo 6 del Reglamento Roma I es el que ahora se ocupa de determinar la ley aplicable a los contratos celebrados por los consumidores. La nueva disposición no modifica la estructura de la norma de protección contenida en el art. 5 CR. Los avances aparecen en la extensión del ámbito de aplicación de la norma, tanto desde la perspectiva material como espacial.

Entre los elementos materiales, el nuevo artículo 6 es de aplicación a cualquier contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, por lo que no se contiene una limitación material semejante a la del art. 5 CR. No obstante, la nueva disposición contiene también una lista de supuestos que quedan excluidos de su ámbito de aplicación, entre los que aparecen muchos de los casos a que se refería el art. 5 CR. Sí han sido ahora incluidos algunos supuestos, como el de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

Resultan más relevantes las innovaciones en la definición del consumidor pasivo, que han sido tomadas del Reglamento 44/2001/CE, de 1 de marzo de 2001, sobre la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I). Según el apartado segundo del art. 6 Roma I, para que el consumidor tenga derecho a la aplicación de la ley del país de su residencia habitual es preciso que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual y el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades; o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades. La nueva redacción logra corregir algunas de las consecuencias a que conducía el sistema del CR que, por ejemplo, para activar los mecanismos de protección, exigía del consumidor la realización en el país de su residencia habitual de los actos necesarios para la celebración del contrato.

Pese a la mejora de la protección del consumidor, el artículo 6 Reglamento Roma I no resulta relevante para resolver el problema relativo a la aplicabilidad del derecho europeo en los supuestos vinculados con la Unión Europea. La norma que parece pensada para resolver el problema del que se han ocupado en exclusiva durante tres lustros las directivas europeas es el nuevo apartado cuarto del artículo 3.

Según esta disposición, *“cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su*

caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.”

Aunque el precepto transcrito para nada habla de su aplicación a los contratos de consumo, estos son algunos para los que, de forma especial, ha sido pensada esta disposición. La solución que propone el nuevo artículo 3.4 Reglamento Roma I resulta afín a la que indica la norma especial de derecho internacional privado contenida en la Directiva de 2008 relativa a la protección del consumidor en la adquisición de derechos sobre inmuebles en forma compartida, en la medida en que la consecuencia jurídica es una y la misma, a saber, la aplicación del derecho armonizado del foro cuando existe una elección del derecho de un tercer país como aplicable al contrato. La solución es distinta en cuanto a la formulación del supuesto de hecho. Mientras que la directiva precisaba el tipo de contacto que ha de tener la situación con la Unión Europea para determinar la aplicación del derecho del foro, la nueva disposición exige que todos los contactos del contrato estén localizados en Estados miembros de la Unión Europea.

En nuestra opinión, la nueva disposición plantea en primer lugar un problema relacionado con la falta de necesidad de valorar los contactos que puede tener una situación contractual de consumo con Estados terceros y con la Unión Europea. Para los objetivos del derecho de la integración, lo importante no son los contactos por sí mismos, sino la calidad con la que concurren. Por ejemplo, resulta claro que es preciso garantizar la aplicación del derecho europeo de protección del consumidor cuando una empresa americana dirige su actividad comercial hacia los consumidores de un país europeo, por más que en ese caso todos los contactos del contrato no existan con países miembros de la Unión Europea.

En segundo lugar, la solución consistente en aplicar el derecho del foro resulta razonable en un marco de armonización previa de soluciones en el ámbito de la protección del consumidor. Incluso cabría decir que la aplicación de la regla del *forum ius* que está detrás de la formulación aparece legitimada a la vista de los criterios que atribuyen competencia judicial internacional en el ámbito de los contratos celebrados por los consumidores, donde en muchas ocasiones se permitirá que el consumidor demande ante los jueces del país en el que se encuentra su

domicilio. Pero esto no es así en todos los casos. Bajo esta perspectiva es posible recordar que la aplicación del derecho del foro puede en ciertos casos suponer una restricción a las libertades de circulación, pues bajo el prisma de la integración los vendedores o comercializadores de servicios han de poder actuar como lo hacen en su país de origen.

Por lo demás, el nuevo precepto plantea un problema de engarce con las normas especiales de DIPr contenidas en las directivas. Según una primera interpretación que se ha dado, habría que distinguir dos situaciones: si estamos en presencia de una norma comunitaria imperativa y todos los elementos se localizan en la Comunidad, dicha norma se aplicará aunque las partes hayan elegido la ley de un Estado no miembro; en cambio, si se trata de una norma imperativa y sólo una parte de los elementos del contrato se localizan en la Comunidad, es necesario consultar la propia norma para ver si explícita (Directivas de consumo) o implícitamente (caso “Ingmar”) se declara aplicable al supuesto. En este caso, la Directiva prevalecerá sobre la voluntad de las partes no en virtud del apartado 4 del art. 3, sino en virtud del art. 23¹⁸.

La solución
consistente en
aplicar el derecho
del foro resulta
razonable en
un marco de
armonización
previa de soluciones
en el ámbito de
la protección del
consumidor

La aplicación práctica de esta propuesta de interpretación tiene como consecuencia que el Reglamento Roma I habría pasado a regular muchas de las situaciones que, en la actualidad, son regidas por las normas de DIPr estatales dictadas en virtud de Directivas comunitarias. En concreto, todas aquellas situaciones internacionales que poseen vínculos, de forma exclusiva, con países miembros de la Unión Europea. Para estas situaciones ya no sería necesario aplicar el sistema de DIPr de cada Estado miembro, dictado en conformidad con la habilitación realizada por cada directiva, y procedería siempre la aplicación del derecho del foro. No creemos que esta haya sido la intención del legislador comunitario. En nuestra opinión, el art. 23 Roma I debe gozar de primacía de aplicación por lo que, en los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas

especiales, no deberá ser de aplicación el art. 3.4. A favor de esta interpretación cabe advertir que no existe en el Reglamento Roma I ninguna clase de alusión al desplazamiento de las soluciones de DIPr de las directivas comunitarias. Por el contrario, las indicaciones existentes en el Reglamento Roma I hablan de su mantenimiento.

En cualquier caso, al hacer el legislador europeo reposar la aplicabilidad del derecho de protección de los consumidores exclusivamente en el artículo 6 y en el artículo 3.4 del Reglamento Roma I, sin duda alguna ello supone dar un paso atrás respecto de los avances que habían tenido lugar con anterioridad en el plano legislativo, pues aunque las soluciones ahora son más simples con ellas no se consigue garantizar la aplicación del derecho europeo en lo necesario para los objetivos de la integración europea.

La nueva norma, por ejemplo, no logra garantizar la aplicación del derecho europeo cuando un empresario con establecimiento fuera de la Unión Europea dirige su actividad hacia un Estado miembro, y contrata con un consumidor no residente en dicho país. Por otra parte, la situación resulta más deficiente hoy en día a la vista de la mayor rigidez con la que hoy ha quedado acuñado el art. 9 del Reglamento Roma I sobre la aplicación de normas de policía. En nuestra opinión, no resulta de recibo en esta etapa de desarrollo del derecho internacional privado europeo que se deje simplemente en manos de una futura decisión del TJ la afirmación de un ámbito de aplicación espacial concreto para el derecho europeo de protección de los consumidores, en similar modo a como actuó en la decisión de 9 de noviembre de 2000, dictada en el asunto Ingmar, para declarar la aplicabilidad imperativa de la directiva sobre contrato de agencia de 1986.

III. Criterios para la determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo electrónicos

Cuando un consumidor contrata a través de Internet, o sirviéndose de medios electrónicos, para determinar el régimen jurídico del contrato es preciso acudir a las soluciones del Reglamento Roma I y a las soluciones especiales españolas en caso de que el asunto quede planteado ante un órgano judicial o extrajudicial español. Para la

determinación del régimen de esta clase de contratos conviene en primer lugar tener en cuenta no solo el ámbito de aplicación material del artículo 6 del Reglamento Roma I sino, sobre todo, las condiciones espaciales de aplicación de las normas especiales. Con arreglo al artículo 6 del Reglamento Roma I, se exige que el profesional: *a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o; b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido este país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades*. Dado que el ejercicio de la actividad comercial en el país del consumidor es un concepto que puede resultar más claro, lo cual tendrá lugar a través de la existencia de alguna clase de establecimiento, ya sea temporal o permanente, nos centraremos en cómo se concreta el apartado b) en el caso de la contratación electrónica. Con arreglo a dicha letra, para que la protección quede activada es preciso que exista una actividad comercial que vaya dirigida al país de la residencia habitual del consumidor, y que el contrato quede comprendido en el marco de dichas actividades.

1. Actividad comercial dirigida al país de la residencia habitual del consumidor

En cuanto al primero de los requisitos, respecto de los contratos de consumo electrónicos la dificultad fundamental puede radicar en decidir si el profesional ha dirigido sus actividades hacia el país de la residencia habitual del consumidor, pues en este caso dicho consumidor siempre podría invocar la protección dispensada por ese derecho. Cuando el consumidor recibe una oferta de contrato en su domicilio, en un Estado miembro de la UE, a través de un mensaje de correo electrónico, resultará fácil afirmar que estamos en presencia de una acción comercial dirigida hacia el país de su residencia habitual.

Mayor dificultad ofrecen estas afirmaciones cuando la contratación es el resultado de la publicidad que, realizada a través de Internet, llega también al país de la residencia habitual del consumidor. Las actividades publicitarias y comerciales realizadas a través de las páginas de Internet poseen una orientación global. En los casos típicos, el hecho de que los lugares de Internet sean accesibles desde cualquier país hace emerger

una presunción favorable a que dicha publicidad y ofertas, cuando se trata de lugares interactivos, son realizadas en el país de la residencia habitual del consumidor.

En el ámbito europeo, ante la insuficiencia de la regulación actual, el criterio para realizar esta valoración ha sido establecido por la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada el 7 de diciembre de 2010, en el asunto Pammer y Hotel Alpenhof. Si bien la decisión se ocupa de interpretar el art. 15.1 c) del Reglamento Bruselas I, el criterio acogido puede ser utilizado sin dificultad para interpretar la regla de ley aplicable que establece el artículo 6 del Reglamento Roma I, pues ambas disposiciones utilizan el mismo criterio espacial. Por lo demás, la conveniencia de seguir pautas de interpretación idénticas en lo que se refiere al concepto de “actividad dirigida” en el ámbito de los dos instrumentos europeos es algo que se desprende expresamente del considerando 24 del preámbulo del Reglamento Roma I.

Según mantiene la decisión mencionada, para decidir si existe actividad dirigida al país del consumidor el criterio a considerar es la voluntad del vendedor de establecer relaciones comerciales con los consumidores de otro u otros Estados miembros. Esta voluntad podrá ser apreciada a través de la comprobación de la existencia de ciertos indicios, que servirán para demostrar que el vendedor tenía esa intención.

Entre estos indicios el Tribunal descarta contar con la mención en una página web de la dirección electrónica o postal del vendedor ni tampoco la indicación de su número de teléfono sin prefijo internacional, lo mismo que no resulta determinante la distinción, entre las páginas web que permiten ponerse en contacto con el vendedor por vía electrónica, e incluso celebrar el contrato en línea a través de un sitio de tipo “interactivo” –por una parte–, y las páginas web que no ofrecen esta posibilidad –por otra–, distinción en función de la cual solo las primeras deben incluirse en la categoría de las que permiten ejercer una actividad “dirigida” a otros Estados miembros.

En cambio, entre los indicios que permiten determinar si una actividad está “dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor el Tribunal de Justicia sitúa a todas las expresiones

manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de un concreto Estado. Entre estas expresiones se encuentra la mención según la cual se ofrecen los servicios en uno o varios Estados miembros designados específicamente. Lo mismo que ocurre cuando la empresa ha incurrido en gastos de un servicio de remisión a páginas web en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros.

Otros indicios de esa voluntad de captar a consumidores de otros países podrán radicar en la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor –por ejemplo “.de”– o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros –como “.com” o “.eu”–, la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes. Apartándose del criterio seguido por la Declaración Conjunta del Consejo y de la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento Bruselas I, para el Tribunal de Justicia la lengua y la divisa también pueden constituir indicios siempre y cuando apunten hacia clientes de otros países.

De acuerdo con estos criterios, la presunción puede quedar rota en caso de que la página web contenga una advertencia de los países hacia los cuales va dirigida esa publicidad. Si el consumidor contrata con una empresa situada fuera de la Unión Europea, existiendo una advertencia en la página web de que su propósito comercial va dirigido a países concretos, entre los cuales no se incluye aquél en el que reside el consumidor, dicha precisión podría servir para destruir la presunción favorable a una orientación de la actividad comercial de dicho empresario hacia el país de la residencia del consumidor, de forma que será difícil que el prestador de servicios o el vendedor pueda contar con que la publicidad realizada de este modo determine la aplicación imperativa del derecho del país de la residencia habitual del consumidor.

Los criterios que se acaban de señalar son igualmente aplicables en el caso de las ventas electrónicas de subastas celebradas a través de Internet¹⁹, de tal manera que las normas especiales serán aplicables cuando la subasta vaya dirigida al país del consumidor. Es preciso advertir que las normas de DIPr especiales no son de aplicación en todos los casos, sino solamente cuando el vendedor sea un empresario y el comprador un consumidor. De ahí la necesidad de que, en las subastas en línea, el consumidor pueda conocer si está contratando con un comerciante o, por el contrario, con alguien que vende sin dedicarse normalmente a esta actividad.

2. No exigencia de contratación a distancia para la operatividad de las normas especiales

Con posterioridad a la decisión de 7 de diciembre de 2010 el TJ, en una nueva cuestión prejudicial se planteó al TJ la cuestión relativa a si la operatividad de las normas especiales para los contratos celebrados por consumidores del Reglamento Bruselas I queda circunscrita a aquellas situaciones en las cuales el contrato haya sido celebrado a distancia. Las dudas en torno a esta cuestión no derivaban de la redacción del artículo 15 del Reglamento Bruselas I, que no alude a un requisito de esta clase, sino que surgieron precisamente a la vista del tenor de la fundamentación jurídica de la sentencia de 7 de diciembre de 2010 mencionada. Y la cuestión resulta de interés pues en muchas ocasiones se produce un primer contacto a través de Internet, e incluso el encargo, pero el contrato solo llega a firmarse en un momento posterior, ya no a distancia sino entre presentes. Las reservas de hotel pueden ser un buen ejemplo de esta clase de situaciones. El TJ respondió a la cuestión señalando que la aplicabilidad de las normas especiales no exige que el contrato entre el consumidor y el profesional se haya celebrado a distancia. Lo importante es que el consumidor haya sido captado en el país de su domicilio, no siendo relevante distinguir que el contrato se haya celebrado a distancia en ese momento o *in situ* entre presentes en un momento posterior. A esta conclusión llegó el TJ al tener en cuenta la interpretación literal, la génesis y la interpretación teleológica del art. 15 Reglamento Bruselas I²⁰.

3. Exigencia de nexo de causalidad entre el contrato celebrado y la actividad del empresario

Otra reciente decisión del TJ se ha ocupado por primera vez de responder a la cuestión de si la aplicación de las normas especiales para los contratos celebrados por los consumidores se hace depender de la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad comercial dirigida al país del consumidor y el contrato que ha sido celebrado.

En la cuestión prejudicial planteada que da origen a la decisión de 17 de octubre de 2013 se pide al TJ que se pronuncie sobre si el artículo 15 del Reglamento Bruselas I exige como requisito adicional, en los casos en que quepa considerar que la actividad comercial va dirigida a través de la web al Estado miembro del consumidor, que el consumidor haya sido inducido por la página web operada por el comerciante a celebrar el contrato, de modo que la existencia de la página web pueda ser considerada como la causa o razón de ser de la celebración del contrato. La cuestión sin embargo es pertinente pues tanto el Reglamento Bruselas I como el Reglamento Roma I no condicionan exclusivamente la operatividad de las normas especiales a la existencia de una actividad comercial dirigida al país del consumidor, sino que a este requisito se le suma la necesidad de que “el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades”. Se trata de una cuestión que hasta el momento no había suscitado apenas la atención de la doctrina, a pesar de que en algún país europeo se ha dado relevancia a esta circunstancia. En concreto, tribunales alemanes han considerado que la mera actividad comercial del empresario dirigida al país del domicilio del consumidor no bastaba para activar los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores.²¹

En otro lugar hemos expresado la opinión de que la decisión de 17 de octubre de 2013 no es muy afortunada. Esta valoración no es solo debida al hecho de que la decisión refleje importantes problemas en su fundamentación, como el hecho de que pretender dar respuesta a una cuestión que no le fue planteada por el *Landgericht Saarbrücken*, quien no tiene dudas sobre la existencia de una actividad comercial dirigida hacia Alemania. El problema de esta decisión es que no proporciona criterios para dar significado a la expresión “el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades”, que utiliza el último inciso del art.

15. 1 c) Reglamento Bruselas I, que resultan también relevantes para dar sentido al art. 6.1 b) Reglamento Roma I. El problema no es menor habida cuenta que la vinculación aludida es una condición que opera como presupuesto espacial, que integra el supuesto de hecho normativo, para la aplicación de las normas especiales. Esto se deduce tanto de la interpretación literal del precepto, cuya letra distingue entre la existencia de una actividad dirigida al país del consumidor y la conexión de esta actividad con el contrato celebrado, como del criterio teleológico que hace abarcar, para otorgarles la protección, solo a aquellos contratos que han contado previamente con la existencia de una actividad comercial del empresario realizada o dirigida hacia el país del consumidor.

En cualquier caso, la decisión del TJ, al plantearse únicamente la cuestión relativa a la exigencia del nexo de causalidad, no llega a pronunciarse sobre el sentido que ha de ser dado a la necesaria vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario dirigida al país del domicilio del consumidor, siendo muy diversas las cuestiones a las que es preciso dar todavía repuesta.

a) Cabe afirmar sin dificultad que la existencia de dicha vinculación entre el contrato y la actividad del empresario podrá ser afirmada fácilmente cuando entre una y otra se establece una conexión directa e interna, tal y como ha considerado cierta jurisprudencia de tribunales alemanes.²² Por poner cara a esta clase de situaciones, cabe pensar en aquellos casos en los que el contrato ha sido celebrado directamente a través de la página web del empresario que ha resultado accesible en el país del consumidor. Cabrá apreciar entonces la existencia de una vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario en el país del domicilio del consumidor, pues dicha actividad es lo que ha permitido la celebración del contrato.

b) Bajando un escalón, parece razonable considerar que el mencionado vínculo existirá cuando la consulta de la página web ha sido el motivo que ha determinado al consumidor a hacer las gestiones necesarias para celebrar el contrato, sin que importe mucho que el mismo haya sido celebrado, luego, en el país del empresario, entre presentes, o por otro medio, por ejemplo por teléfono, pero también a distancia.²³ Se trata también del criterio que ha sido seguido por el Tribunal Supremo alemán al interpretar el último inciso del artículo 15.1 c) Bruselas I.²⁴ Si

el consumidor no disponía en el momento de la conclusión del contrato de una conexión a Internet, ni conocía la página web del empresario cuya actividad se dirigía a su país, cabrá considerar que esta situación no ha de traer por consecuencia la aplicación de los foros de protección, en cuanto el contrato queda claramente desvinculado de la actividad del empresario²⁵, a pesar de que esto es lo que parece desprenderse de la sentencia del TJ de 17 de octubre de 2013.

c) El elemento temporal también puede ser de interés para verificar la existencia de la vinculación necesaria entre la actividad del empresario en el país del consumidor y el contrato celebrado. En este sentido, no se puede tener en cuenta la actividad dirigida al país del consumidor a través de páginas web cuando éstas han comenzado a aparecer con posterioridad a la celebración del contrato con el consumidor.²⁶ Ni tampoco la existencia de esas páginas con anterioridad, cuando el contrato se ha celebrado tras la cancelación de dichas páginas.

d) Pero hay situaciones donde la existencia de vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario puede ser de más difícil valoración. Cabe pensar en una situación en la cual el empresario dirige su actividad hacia el país del consumidor a través de una página web, y sin que el consumidor conozca la existencia de esta página web, un tercero que la conoce hace que el consumidor sea animado para contratar sin utilizar Internet.²⁷

e) De igual modo, puede resultar compleja la valoración de aquellos casos en los que el consumidor, antes de salir de viaje hacia el extranjero, consulta las páginas web de empresarios que ofrecen sus servicios tanto en el país del consumidor como en el país extranjero al que se desplazará el consumidor, celebrándose el contrato con posterioridad entre presentes en el país extranjero al que se ha desplazado el consumidor. En esta clase de situaciones, resulta problemático afirmar la existencia

El consumidor que sale del país de su domicilio y no tiene en cuenta para contratar la actividad comercial realizada en dicho país por el empresario, no debería poder invocar la protección de las normas especiales

de un vínculo entre el contrato celebrado y la actividad del empresario en el país del domicilio del consumidor.

f) Más dificultades presenta la posibilidad de interpretar que la vinculación del contrato celebrado con la actividad del empresario ha de hacer alusión a una conexión de carácter abstracto, y no concreta con el contrato celebrado. De acuerdo con este criterio, sería suficiente para que se entienda cumplido el requisito que el contrato celebrado tenga por objeto cosas o bienes de igual género a aquellas que han sido objeto de la publicidad.²⁸ De optarse por una interpretación de este tipo ello determinaría la posibilidad para los consumidores activos de acogerse a las normas especiales, sin que exista razón que lo justifique.

Para decidir en torno a si estas u otras situaciones que revelen dudas sobre su apreciación han de determinar la activación de las normas especiales creemos que deberá tenerse en cuenta si, a la vista de las circunstancias, la protección del consumidor queda o no justificada. Desde este punto de vista, en términos generales, el consumidor que sale del país de su domicilio y no tiene en cuenta para contratar la actividad comercial realizada en dicho país por el empresario, no debería poder invocar la protección de las normas especiales, pues voluntariamente ha asumido los riesgos relacionados con la contratación, sin que haya tenido ninguna clase de efecto sobre su ánimo la existencia de una actividad comercial previa dirigida hacia su país.²⁹

Lógicamente, la existencia del mencionado vínculo entre la actividad comercial del empresario en el país del consumidor y el contrato celebrado puede plantear un problema de prueba, que si recae sobre el consumidor podría determinar la inaplicación injustificada de las normas especiales. Este es quizás uno de los argumentos básicos que llevan al TJ a desechar la necesidad del nexo de causalidad como requisito para la operatividad de los foros de protección.³⁰ Sin embargo, creemos que existen otras opciones de construcción del sistema capaces de dar una mejor respuesta a la necesidad de protección del consumidor, y que no llegan a suponer la preterición de uno de los requisitos a que el legislador europeo condiciona la aplicación de las normas especiales para los contratos celebrados por consumidores. Cabe por ejemplo pensar en la operatividad de presunciones que permitan la prueba en contrario, o incluso en el establecimiento de

una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que haya de ser el empresario quien pruebe la inexistencia de vínculo entre el contrato celebrado y la actividad del empresario dirigida al país del consumidor. En cualquier caso, atendiendo al criterio sentado en la sentencia del TJ de 20 de enero de 2005³¹, debería ser posible tener en cuenta la apariencia creada respecto de la existencia de dicho vínculo.

IV. Eficacia de los pactos de elección del derecho aplicable incluidos en contratos de consumo

El nuevo rumbo que ha tomado el sistema de derecho internacional privado europeo de los contratos de consumo a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento Roma I y de las nuevas directivas de armonización, singularmente la DDC, parece no haber determinado cambios importantes en el régimen jurídico a que se someten los pactos de elección del derecho aplicable. En el sistema europeo de derecho aplicable a los contratos la eficacia material de los pactos de elección del derecho aplicable queda sometida, mediante una regla de conflicto uniforme, al derecho del país designado para regir el contrato (art. 3.5 Roma I y art. 3.4 CR). El CR y el Reglamento Roma contienen reglas especiales de aplicación para determinar el régimen jurídico a que se somete la forma de los contratos celebrados por los consumidores, y que encuentran también aplicación al propio pacto de designación del derecho aplicable (art. 11.4 Roma I y art. 9.4 CR). No obstante, habida cuenta que ninguno de estos instrumentos contempla reglas especiales para determinar la ley aplicable a la eficacia sustantiva o material de los contratos celebrados por consumidores, en principio encuentran aplicación las reglas generales mencionadas.

Estas consideraciones resultan de interés a la hora de averiguar el encaje que corresponde en el sistema jurídico español al art. 90.3 TRLGDCU. Según esta disposición, es considerada como cláusula abusiva en los contratos celebrados por consumidores:

La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Es preciso recordar que esta variación, genuinamente española, en la lista de las cláusulas abusivas encuentra amparo en la habilitación que el derecho europeo ofrece a los Estados, en virtud del art. 8 de la Directiva 93/13/CE. En efecto, con arreglo a esta disposición:

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección,

Si bien el considerando 62 de la DDC hace votos por la conveniencia de una futura revisión de la Directiva 93/13/CE a fin de alcanzar un elevado *nivel común* de protección de los consumidores, lo cierto es que, de acuerdo con la legislación en vigor, el nuevo art. 8 bis de la Directiva 93/13/CE a lo máximo que ha llegado ha sido a establecer para los Estados la obligación de informar a la Comisión cuando adopten disposiciones con arreglo al art. 8. La regulación existente dista por tanto de haber limitado la existencia de diferencias entre las legislaciones en lo que se refiere al catálogo de cláusulas abusivas. La norma española, por tanto, resulta congruente con el derecho europeo de protección del consumidor.

De acuerdo con la disposición transcrita, el legislador español ha considerado que un pacto de elección del derecho aplicable que no cumpla alguna de las condiciones referidas es abusivo, lo que determina su invalidez sustancial. La pregunta que cabe hacer, ahora desde la perspectiva del derecho internacional privado, es la siguiente: ¿la referida disposición es de aplicación solo cuando el derecho español sea el designado, tal y como resultaría en aplicación de los artículos 3.5 Roma I y 3.4 CR? ¿O es de aplicación también cuando el elegido sea un derecho distinto, y por tanto dicha disposición posee un ámbito de aplicación que va más allá del establecido por tales preceptos?³²

Un sujeto con residencia en Francia celebra un contrato de consumo con una empresa establecida en Italia. Dicho contrato contiene una cláusula de ley aplicable según la cual se designa el derecho español como aplicable al contrato. Con arreglo al art. 3.5 Roma I la eficacia sustancial del pacto de elección del derecho aplicable queda sometida

al derecho español, como derecho designado por el pacto. Ello hace aplicable al art. 90.3 TRLGDCU, de tal manera que el pacto podrá ser considerado como abusivo si no concurren las circunstancias a las que se refiere ese precepto. Si el pacto de elección designa al derecho francés, ¿es posible aplicar el art. 90.3 TRLGDCU si la reclamación se presenta en España?

Dar respuesta a esta cuestión no es tarea simple, pues es preciso tener en cuenta elementos de interpretación del ámbito estatal y también propios del derecho europeo. Como punto de partida cabe invocar el criterio de interpretación sistemático, y la relación existente entre el artículo 90.3 TRLGDCU y el art. 67 de ese texto, pues en principio esta segunda disposición es la que se encarga de establecer el ámbito de aplicación espacial para la referida disposición. Según el referido art. 67 TRLGDCU:

1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española.

2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

En segundo lugar es preciso tener en cuenta que la norma transcrita encuentra fundamento en el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE, norma todavía en vigor en la actualidad. Según esta norma:

los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Si tenemos en cuenta que los propios textos europeos de derecho internacional de contratos se han ocupado de proclamar la primacía del derecho internacional privado especial de fuente europea sobre las normas generales contenidas en el Reglamento Roma I y en el Convenio de roma (vid. art. 23 Roma I y art. 20 CR), de ello cabe concluir que la norma española que declara abusivo al pacto de elección del derecho aplicable en el que no concurren determinadas circunstancias podrá encontrar aplicación en todos aquellos supuestos en los que sea de aplicación el derecho español de cláusulas abusivas en virtud del art. 67 TRLGDCU.

Esta afirmación sin embargo puede ser objeto de una matización importante. Cabe en primer lugar recordar que el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE solo autoriza la intervención legislativa de los Estados miembros cuando se ha privado al consumidor de la aplicación del derecho europeo en virtud de la elección del derecho de un Estado tercero. El art. 67, en su apartado segundo, no lleva a cabo una transposición correcta del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE, pues incluye también los supuestos en los cuales el pacto de elección del derecho aplicable designa al derecho de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. A la vista de esta grave discordancia, el intérprete podrá invocar la inaplicabilidad del art. 90.3 TRLGDCU en aquellos supuestos en los que el derecho elegido sea el de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Para estos supuestos dejaría de ser de aplicación la norma estatal sin fundamento europeo (art. 67 TRLGDCU) y volvería a ser de aplicación, por completo, el sistema de

normas de conflicto general contenido en el Reglamento Roma I y en el Convenio de Roma.

Habida cuenta de la aplicación del sistema general de contratos, ante una cláusula de elección del derecho francés como aplicable al contrato, un consumidor con residencia habitual en España sólo podrá exigir la aplicación del derecho español, por ejemplo relativo a las garantías de los bienes de consumo, cuando la aplicación del derecho español derive del art. 5 CR, o del art. 6 Roma I, es decir, cuando estemos en presencia de un contrato de consumo celebrado por un consumidor pasivo. Cuando no sean de aplicación dichas normas especiales, cabrá dar eficacia sin límite al pacto de elección de ley que designe la de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

En sentido contrario, para mantener la aplicabilidad del art. 90.3 TRLGDCU es posible considerar que, con esta norma limitativa de los pactos de elección del derecho aplicable, el legislador español está ejercitando la habilitación legislativa que es concedida por el derecho comunitario a través del artículo 8 de la Directiva 93/13/CE.

Las dificultades aludidas en el tratamiento que han de recibir los pactos de elección del derecho aplicable incluidos en contratos de consumo tendrán sus días contados en la medida en que se avance en la armonización de las cláusulas consideradas como abusivas en el derecho europeo y exista consenso respecto de la inclusión, o exclusión, del pacto de ley aplicable en la lista de aquellas.

V. Conclusiones

Desde la elaboración del convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, las soluciones del sistema de ley aplicable a los contratos celebrados por los consumidores han experimentado cambios significativos. Los cambios formales han supuesto la aparición, y coexistencia, de normas de fuente diversa, convencionales, institucionales y estatales. Desde una perspectiva material, las soluciones han dado el giro que supone el paso desde un sistema convencional de unificación de normas de ley aplicable hacia un sistema en el que toman presencia las necesidades del proceso de integración. Este estudio ha pretendido dar cuenta de esos cambios,

de las dificultades en la aplicación, y de los desafíos que aún quedan por resolver al sistema de ley aplicable a los contratos celebrados por los consumidores, especialmente en el ámbito de la contratación electrónica.

Notas

1. Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación UGR PP2012-PI08, titulado “El acceso del consumidor a la justicia a través de vías extrajudiciales y electrónicas” del que es investigador principal el Dr. Fernando Esteban de la Rosa.
2. Fernando Esteban de la Rosa. Profesor Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada (acred. a Catedrático).
3. Documento COM (2011) 635 final, 2011/0284 COD.
4. Véase F. Esteban de la Rosa y O. Olariu, “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Indret*, Enero 2013, p. 1-32.
5. El art. 5 se aplica a aquellos contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles o servicios, así como a los de financiación de tales suministros, excluyéndose además algunos de ellos, como los de transporte o los de servicios que se presten exclusivamente en un país distinto del de residencia del consumidor.
6. Entre ellas se encuentran la Directiva 94/47/CE, la Directiva 97/7/CE o la Directiva 99/44/CE.
7. La sentencia TJCE de 9 de septiembre de 2004 declaró la inadaptación de los arts. 10 bis 3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) (6) y 3 Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) (7) al Derecho comunitario, por llevar a cabo una transposición incompleta del art. 6.2 Directiva 93/13/CEE. Véase F. Esteban de la Rosa, “La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa”, *Diario La Ley*, núm. 6242, 29 de abril de 2005, p. 1-7.
8. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.
9. BOE núm. 76 de 28 de marzo de 2014. Corrección de errores en BOE núm. 117 de 14 de mayo de 2014.
10. BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011.
11. Según el apartado tercero de esta disposición “las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación no sólo cuando el correspondiente contrato de crédito se rija por la legislación española o ésta de cualquier otro modo resulte de aplicación, sino también cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un tercer Estado, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el prestamista o el intermediario de crédito ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato de crédito estuviere comprendido en el marco de esas actividades.”

12. Según el artículo 7.2 de esta Directiva “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros.”
13. Según el artículo 12.2 de esta Directiva, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el consumidor no pierda la protección concedida en virtud de la presente Directiva por haberse elegido como aplicable al contrato la legislación de un tercer país, si el contrato tiene un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros.”
14. Según el artículo 22.4 de esta Directiva “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que los consumidores no se vean privados de la protección que les otorga la presente Directiva como consecuencia de la elección, en el caso de contratos que tengan un vínculo estrecho con el territorio de uno o varios Estados miembros, del Derecho de un tercer país como Derecho aplicable al contrato”.
15. Véase el artículo 9 de la derogada Directiva 94/47/CE del PE y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; también el artículo 12 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (derogada por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre).
16. Han sido derogadas las directivas siguientes que no contenían normas especiales de Derecho internacional privado: Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (derogada por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre); Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (derogada por la Directiva 2008/48/CE). No ha sido derogada en cambio la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.
17. BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012.
18. Véase F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?, Diario La Ley, n. 6957, de 30 de mayo de 2008, p. 8-9.
19. Sobre el tema de las subastas en Internet resultan indispensables las diferentes contribuciones contenidas en S. Leible y O. Sosnitza (directores), *Versteigerungen im Internet*, Heildelbert, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2004.

20. Véanse los apartados 35 a 45 de la decisión.
21. Véase la decisión del Oberlandesgericht Karlsruhe de 24 de agosto de 2007, en *IPRax*, 2008/4, pp. 348-349. Según esta decisión, la circunstancia de que un abogado alemán disponga de una página web que informe sobre su actividad no es suficiente para que ello genere la consecuencia de que haya de reclamar sus honorarios en el Estado miembro en el que esté domiciliado el consumidor, exigiendo para que ello sea así que exista una conexión interna entre la página web y la solicitud de los servicios del abogado. Véase el comentario de la decisión en P. Mankowski, “Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkreten Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO eine Zusammenhang bestehen?”, *IPRax*, 2008/4, p. 333-339.
22. Véase la decisión del Oberlandesgericht Karlsruhe de 24 de agosto de 2007, en *IPRax*, 2008/4, pp. 348-349. Según esta decisión, la circunstancia de que un abogado alemán disponga de una página web que informe sobre su actividad no es suficiente para que ello genere la consecuencia de que haya de reclamar sus honorarios en el Estado miembro en el que esté domiciliado el consumidor, exigiendo para que ello sea así que exista una conexión interna entre la página web y la solicitud de los servicios del abogado. Véase el comentario de la decisión en P. Mankowski, “Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkreten Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO eine Zusammenhang bestehen?”, *IPRax*, 2008/4, p. 333-339.
23. Véase J. Kropholler y J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9. Auflage, Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft GmbH, 2011, p. 333-334.
24. Véase la sentencia del BGH de 17 de septiembre de 2008, y su comentario en S. Leible y M. Müller, “Keine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Maklertätigkeit eines griechischen Rechtsanwalts”, *EuZW*, 2009, p. 26-28.
25. En este sentido, véase J. Kropholler y J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 332.
26. Véase J. Kropholler y J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 332.
27. Véase la valoración de A. Staudinger, “Abschnitt 4. Zuständigkeit bei Verbrauchensachen” en T. Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, *EuZPR / EuIPR*, Múnich, Sellier European Law Publisher, 2011, p. 400.
28. Esta interpretación puede verse en P. Arnt Nielsen, “Section 4, Jurisdiction over consumer contracts”, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, second edition, Munick, Sellier european law publishers, 2012, p. 382-383. Como ejemplo de funcionamiento del último inciso del art. 15.1 c) Bruselas I, se indica que “si, por ejemplo, la parte profesional dirige su publicidad sobre televisiones al mercado del consumidor, un consumidor que compre una televisión estará cubierto por el apartado 1 c) del artículo 15. No resultaría operativo este apartado, por el contrario, en caso de que el mismo vendedor haya comprado una radio, para las cuales no se ha dirigido publicidad hacia el Estado del domicilio del consumidor. En este caso no se podría invocar el artículo 15.1 c) Reglamento Bruselas I.

29. En este sentido, véase P. Arnt Nielsen, „Section 4, Jurisdiction over consumer contracts“, *cit.*, p. 399.
30. Véase el apartado 25 de la sentencia.
31. Sentencia dictada en el asunto C-464/01, Johann Gruber / Bay Wa AG.
32. Estas diferentes opciones de interpretación pueden verse en F. Esteban de la Rosa, “La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa”, *cit.* en nota 25, p. 5. Véanse también las referencias contenidas en las notas 38 y 39.

Referências

- P. Arnt Nielsen, “Section 4, Jurisdiction over consumer contracts”, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation, second edition*, Munick, Sellier european law publishers, 2012.
- F. Esteban de la Rosa y O. Olariu, “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Indret*, Enero 2013, p. 1-32.
- F. Esteban de la Rosa, “La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa”, *Diario La Ley*, núm. 6242, 29 de abril de 2005, p. 1-7.
- F. J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n. 6957, de 30 de mayo de 2008, p. 1-23.
- J. Kropholler y J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9. Auflage, Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft GmbH, 2011.
- S. Leible y O. Sosnitza (directores), *Versteigerungen im Internet*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2004.
- S. Leible y M. Müller, “Keine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Maklertätigkeit eines griechischen Rechtsanwalts”, *EuZW*, 2009, p. 26-28.
- P. Mankowski, “Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkreten Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO eine Zusammenhang bestehen?, *IPRax*, 2008/4, p. 333-339;
- A. Staudinger, “Abschnitt 4. Zuständigkeit bei Verbrauchensachen” en T. Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, EuZPR / EuIPR*, München, Sellier European Law Publisher, 2011, p. 400;
- P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, 4ª edición, Madrid, Civitas, 2011;
- F. Esteban de la Rosa, *La protección del consumidor en el mercado interior europeo*. Granada, Comares, 2003;
- F. Esteban de la Rosa, “El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?, *La ley Unión Europea*, Año 2, n. 11, 2014, p. 5-17;

- S. Leible, “Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor”, *Estudios sobre consumo*, 85, 2008, p. 9-22;
- S. Leible y M. Lehmann, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 8, 2008, p. 528-544;
- M. Requejo Isidro, “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional”, *REDI*, vol. LVII (2005), p. 257-288;
- M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, “Art. 3”, en A. Menéndez y L. Díez Picazo y Ponce de León, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 218-256.

O CRÉDITO HIPOTECÁRIO NA UNIÃO EUROPEIA E A TUTELA NEGATIVA DO CONSUMIDOR

MÁRIO FROTA¹

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

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

EXCERTOS

“A crise do subprime arrastou, como se não ignora, inúmeras instituições de crédito para situações de insolvência, comprometendo a fiabilidade e a fidedignidade do sistema financeiro e provocando significativos rombos no património de indivíduos como de empresas”

“Os dadores de crédito não poderão restringir a avaliação às informações carreadas pelo consumidor”

“Aos Estados-membros se reserva a faculdade de sancionarem drasticamente tanto consumidores que falseiem as informações que disponibilizam às instituições de crédito ou outros dadores como a tais instituições que, sem curarem dos poderes-deveres a seu cargo, se permitam conceder irresponsavelmente o crédito, como até então ocorreu, como em geral se não ignora”

“Elemento essencial para uma criteriosa concessão do crédito ao consumidor é o de uma avaliação rigorosa dos imóveis com base em parâmetros fidedignos e nos mais elementos fundantes de mercado ao alcance do avaliador”

I. Preliminares

1. Antecedentes

O crédito hipotecário tem sido um autêntico quebra-cabeças em distintos continentes: do *subprime* nos Estados Unidos² a análogas situações em Espanha e, por que não, em Portugal, para nos atermos à Península Ibérica.

A crise do *subprime* arrastou, como se não ignora, inúmeras instituições de crédito para situações de insolvência, comprometendo a fiabilidade e a fidedignidade do sistema financeiro e provocando significativos rombos no património de indivíduos como de empresas³.

A iliteracia financeira dos consumidores foi insuperável obstáculo que aos ordenamentos se deparou aquando da crise, ainda subsistente, aliás, na concessão do crédito, tanto pelos artificios e embustes adotados pelos dadores de crédito como na compreensão do clausulado dos contratos, em regra demasiado hermético e insusceptível de descodificação e sobretudo do preço do dinheiro (da TAEG calculada de modo errante pelos mutuantes).

Daí que haja a esse propósito peculiares cuidados, expressos tanto no Livro Verde, como no Livro Branco dos Serviços Financeiros, e hoje materializados na Diretiva do Crédito Hipotecário, que cumpre, em dados termos, evidenciar.

Eis o que sabiamente se prescreve no *considerandum* 26, que importa, a justo título, realçar:

A fim de aumentar a capacidade dos consumidores para tomarem decisões com conhecimento de causa sobre contracção responsável de créditos e gestão responsável da dívida, os Estados-membros deverão promover medidas destinadas a apoiar a formação dos consumidores nessa matéria, em particular no domínio dos contratos de crédito hipotecário.

É particularmente importante dar orientações aos consumidores que contratam um crédito hipotecário pela primeira vez.

A este respeito, a Comissão deverá identificar exemplos de boas práticas tendentes a facilitar a continuação do desenvolvimento de medidas destinadas a aumentar a sensibilidade dos consumidores para as questões financeiras.

Tais directrizes têm expressão no artigo 6º da Diretiva, sob a epígrafe “formação financeira dos consumidores”.

Eis os seus termos:

1. Os Estados-membros promovem medidas para apoiar a formação dos consumidores no que diz respeito à contracção responsável de créditos e à gestão responsável de dívidas, em especial no que se refere a contratos de crédito hipotecário. São necessárias informações gerais claras sobre o processo de concessão de crédito para orientar os consumidores, especialmente aqueles que contraíam um crédito hipotecário pela primeira vez. São igualmente necessárias informações sobre as orientações que as organizações de consumidores e as autoridades nacionais podem dar aos consumidores.
2. A Comissão publica uma avaliação da formação financeira a disponibilizar aos consumidores nos Estados-membros e identifica exemplos de boas práticas que poderão ser desenvolvidas para aumentar a sensibilidade dos consumidores para as questões financeiras.

Clamorosa falha colmatar-se-ia se acaso países como Portugal tivessem institucionalizado a educação para o consumo nas grelhas escolares⁴. Desta forma, episódicas ações, nada consequentes, a nada conduzirão.

E importa envidar esforços para que tão profundos fossos se superem e os jovens como os menos jovens dos consumidores se apetrechem para cuidarem, de fato, dos seus legítimos interesses e direitos neste particular.

2. As cautelas da União Europeia

A União Europeia, através de um relevante instrumento normativo⁵, ainda não transposto para os ordenamentos pátrios, pretende sanear *intra muros* o sistema financeiro dos 28, por um lado evitando as imparidades e, por outro, propondo-se reconduzir os mecanismos de concessão de crédito a critérios que se distanciem de um nefasto período, que ocorreu até à eclosão da crise financeira de todo ainda não

superada, em que preponderara sobretudo a atribuição irresponsável de empréstimos para a habitação no quadro da celebração de mútuos com hipoteca de forma autenticamente selvagem com gravame sobretudo para a condição dos consumidores, sem olvidar os efeitos perniciosos sobre o sistema financeiro em geral.

Nos *consideranda* de uma tal diretiva se alude de forma impressionante ao imperativo indeclinável de avaliação preliminar da solvabilidade do consumidor, sob pena de graves penalidades se deflagrarem para as instituições de crédito que de modo negligente ou irresponsável se predisponham a conceder créditos a quem não reúna os indispensáveis requisitos para o efeito.

E aí pode, na realidade, entrever-se tamanhas cautelas, como se importava, de resto, fossem quais fossem as circunstâncias em que tal se viesse a processar.

É que, parafraseando uma máxima da ancestral sabedoria dos angolanos: “*Só se empresta um cabrito a quem tem um boi*”. E daí advêm precauções que não seria lícito subestimar:

É essencial, antes da celebração de um contrato de crédito, avaliar a capacidade e propensão do consumidor para reembolsar o crédito.

Essa avaliação da solvabilidade deverá ter em conta todos os fatores necessários e relevantes susceptíveis de afetar a capacidade do consumidor para reembolsar o crédito ao longo da sua vigência. Em particular, na capacidade do consumidor para assumir o serviço da dívida e reembolsar integralmente o crédito deverá ser incluído o valor de pagamentos a efetuar no futuro, de pagamentos mais elevados necessários em caso de amortizações negativas ou de pagamentos diferidos de capital ou de juros, e deverá ser apreciada atendendo a outras despesas regulares, dívidas e outros compromissos financeiros, bem como a rendimentos, poupanças e ativos. Deverá haver lugar também a adaptações razoáveis associadas a acontecimentos futuros durante a vigência do contrato de crédito proposto, por exemplo a diminuição de rendimento que ocorre na parte do período do crédito que extravasa para a fase da vida durante a reforma ou, se for caso disso, o aumento da taxa

devedora ou uma evolução negativa da taxa de câmbio. Embora o valor do imóvel seja um elemento importante na determinação do montante do crédito que pode ser concedido a um consumidor no âmbito de um contrato de crédito com garantia associada, a avaliação da solvabilidade deverá incidir na capacidade do consumidor para cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito. Consequentemente, a possibilidade de o valor do imóvel exceder o montante do crédito ou aumentar no futuro não deverá, de um modo geral, ser condição suficiente para conceder o crédito em questão.

Todavia, caso a finalidade do contrato de crédito seja a construção ou renovação de um bem imóvel existente, o mutuante deverá poder ter em conta essa possibilidade.

Os Estados-membros deverão poder emitir orientações adicionais sobre esses critérios ou critérios adicionais e sobre métodos de avaliação da solvabilidade do consumidor, por exemplo estabelecendo limites para o rácio entre o valor do empréstimo e o valor da garantia, ou o rácio entre o valor do empréstimo e o rendimento, e deverão ser incentivados a aplicar os princípios do Conselho de Estabilidade Financeira em matéria de boas práticas de constituição de hipotecas para habitação.

3. Fontes a que recorrer para uma criteriosa avaliação da solvabilidade do pretendente ao crédito: o consumidor

De harmonia com as recomendações do Conselho de Estabilidade Financeira, como se estabelece no *considerandum* 58, “a avaliação de solvabilidade de verá basear-se em informações sobre a situação económica e financeira, incluindo as receitas e as despesas, do consumidor”.

Tais informações poderão advir de distintas fontes. Mormente do consumidor, principal interessado em todo o processo de concessão de crédito neste passo referenciado.

Nesse particular, peculiares deveres de cuidado se estabelecem no que tange à informação atinente ao consumidor, como o estabelece o artigo 20 do diploma em apreciação, sob a epígrafe:

Divulgação e verificação da informação relativa ao consumidor

1. A avaliação de solvabilidade a que se refere o artigo 18º deve basear-se em informação necessária, suficiente e proporcionada sobre os rendimentos e as despesas do consumidor e outras circunstâncias financeiras e económicas que lhe digam respeito. A informação deve ser obtida pelo mutuante junto de fontes internas ou externas relevantes, incluindo junto do próprio consumidor, e incluir a prestada ao intermediário de crédito ou representante nomeado durante o processo de pedido de crédito. A informação deve ser devidamente verificada, nomeadamente através da referência a documentação passível de verificação independente, se necessário.

2. Os Estados-membros asseguram que os intermediários de crédito e os representantes nomeados apresentem de forma precisa a informação necessária obtida junto do consumidor ao mutuante em causa, para que este possa efetuar a avaliação de solvabilidade.

3. Os Estados-membros asseguram que os mutuantes indiquem de forma clara e precisa, na fase pré-contratual, a informação necessária e os comprovativos passíveis de verificação independente que o consumidor lhes deva prestar, bem como o momento em que o consumidor deve fornecer essa informação. Estes pedidos de informação devem ser proporcionados e limitados ao necessário para efectuar uma avaliação de solvabilidade adequada. Os Estados-membros autorizam os mutuantes a pedir esclarecimentos sobre as informações recebidas em resposta a esse pedido, se tal se revelar necessário para permitir a avaliação de solvabilidade.

Os Estados-membros não autorizam os mutuantes a resolver o contrato de crédito com fundamento em incompletude das informações prestadas pelo consumidor antes da celebração do contrato de crédito.

O segundo parágrafo não obsta a que os Estados-membros autorizem a resolução do contrato de crédito pelo mutuante se se demonstrar que o consumidor não comunicou ou falsificou deliberadamente a informação.

4. Os Estados-membros tomam medidas para assegurar que os consumidores sejam sensibilizados para a necessidade de prestar informação correta em resposta ao pedido a que se refere o n. 3,

primeiro parágrafo, e de que essa informação seja tão completa quanto necessário para efetuar uma avaliação de solvabilidade adequada. Os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados devem advertir o consumidor de que, se o mutuante não puder proceder à avaliação de solvabilidade por o consumidor não fornecer a informação ou os elementos necessários para essa avaliação, o crédito não pode ser concedido. Essa advertência pode ser feita num formato normalizado.

5. O presente artigo não prejudica o disposto na Diretiva 95/46/CE, em especial do artigo 6º.

4. Outras fontes relevantes

Mas os dadores de crédito não poderão restringir a avaliação às informações carreadas pelo consumidor.

Desde logo, no que nos toca, aos dadores de crédito, vale dizer, aos mutuantes, será lícito recorrer, entre nós, tanto quanto se julga venha a acontecer, à Central de Responsabilidade de Créditos⁶, como à Lista Pública de Execuções⁷, como ainda a outras listas de execuções, a saber, as da Autoridade Tributária (Fazenda Nacional), como a da Segurança Social, sem excluir outras fontes que se tiverem por relevantes.

Faculdade que se estende obviamente, face ao acesso dos consumidores europeus ao Mercado de Serviços Financeiros que se pretende comum (o mercado interno de serviços financeiros delimitado pelas fronteiras exteriores dos ainda 28 Estados-membros), por forma a medir-se o seu estado e a sua ulterior capacidade de endividamento⁸.

Além disso, o Parlamento Europeu (de par com o Conselho de Ministros da União) prevê na diretiva em apreciação que importa não conferir aos mutuantes a faculdade de resolução de um contrato do jaez destes se se vierem a aperceber, no decurso da sua execução, que a avaliação da solvabilidade se processou de modo incorreto ante a incompletude das informações colhidas nos instantes em que se procedeu a uma tal avaliação. Sem prejuízo do que o direito dos contratos de cada um dos ordenamentos o previr em geral e de o poderem fazer sempre que as informações carreadas pelos interessados forem inexatas, incompletas, falsas, o que teria levado a uma avaliação negativa e, consequentemente, a uma denegação do crédito.

A mais que isso, aos Estados-membros se reserva a faculdade de sancionarem drasticamente tanto consumidores que falseiem as informações que disponibilizam às instituições de crédito ou outros dadores como a tais instituições que, sem curarem dos poderes-deveres a seu cargo, se permitam conceder irresponsavelmente o crédito, como até então ocorreu, como em geral se não ignora⁹.

No articulado da diretiva em apreciação se pode ver, designadamente, a norma que estatui para hipóteses do estilo, como segue:

Artigo 38

Sanções

1. Os Estados-membros estabelecem o regime de sanções aplicável em caso de violação das disposições nacionais aprovadas com base na presente diretiva e tomam todas as medidas necessárias para garantir a respectiva aplicação. Essas sanções devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

2. Os Estados-membros dispõem que a autoridade competente pode divulgar publicamente as sanções administrativas aplicadas por violação das disposições aprovadas por transposição da presente diretiva, a menos que essa divulgação ponha seriamente em risco os mercados financeiros ou cause danos desproporcionados às partes envolvidas.

No regime do crédito o consumidor, o legislador pátrio não deixou de contemplar a hipótese em caso de preterição da avaliação da solvabilidade do consumidor pelas entidades bancárias ou sociedades financeiras, estatuinto penalidades pecuniárias (coimas) susceptíveis de atingir 1 500 000€, para além de outras sanções acessórias, a saber:

- perda do benefício económico retirado da infração;
- perda do objeto da infração e de objetos pertencentes ao agente relacionados com a prática da infração;
- publicação da decisão definitiva ou transitada em julgado;
- suspensão do exercício do direito de voto atribuído aos titulares de participações sociais em quaisquer entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, por um período de um a dez anos.

II. A avaliação e dados de suporte

1. Especificidades nos critérios de avaliação

A avaliação da solvabilidade não é nem linear nem inflexível. Terá de tomar em devida conta as especificidades que aos dadores de crédito se depararem face aos diferentes tipos de contratos de crédito que se perfilam no mercado imobiliário.

Desde logo, importa definir limites. A Diretiva em apreciação aplica-se aos contratos de crédito cujo perfil segue:

- contratos de crédito garantidos por hipoteca ou por outra garantia equivalente habitualmente utilizada num Estado-membro sobre imóveis de habitação ou garantidos por um direito relativo a imóveis de habitação; e

- contratos de crédito cuja finalidade seja financiar a aquisição ou a manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou edifícios já existentes ou projetados.

Dela se excluem:

- os contratos de crédito com reafetação da cobertura hipotecária (*equity release*) em que o mutuante:

- i) efetue um pagamento único, pagamentos periódicos ou de outra forma reembolse o crédito como contrapartida de um montante resultante da futura venda de um imóvel de habitação ou de um direito relativo a um imóvel de habitação, e

- ii) não exija o reembolso do crédito enquanto não ocorrerem um ou mais eventos específicos na vida do consumidor, a definir pelos Estados-membros, a menos que o incumprimento das obrigações contratuais pelo consumidor permita ao mutuante resolver o contrato de crédito;

- os contratos de crédito em que o crédito seja concedido por um empregador aos seus trabalhadores, a título de actividade secundária, sem juros ou com uma TAEG inferior à praticada no mercado, e não seja disponibilizado ao público em geral;

- os contratos de crédito em que o crédito seja concedido sem juros nem outros encargos com exceção dos que cubram custos diretamente relacionados com a garantia do crédito;

- os contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto cujo crédito deva ser reembolsado no prazo de um mês;

- os contratos de crédito que resultem de uma transação num tribunal ou perante outra autoridade pública;
- os contratos de crédito relativos ao pagamento diferido, sem encargos, de uma dívida existente, e que não estejam abrangidos pelo âmbito de aplicação dos créditos garantidos por hipoteca (enunciados em primeiro lugar neste rol).

Afigura-se que serão necessárias disposições específicas para os diferentes elementos susceptíveis de ser tidos em conta na avaliação da solvabilidade no âmbito de determinados tipos de contratos de crédito. A saber:

- os contratos que respeitem a um bem imóvel em que se estipule expressamente que o bem imóvel não pode destinar-se a habitação própria (casa, apartamento ou outro local de residência) do consumidor ou de um membro da sua família (contratos de compra e venda para arrendamento).

Nestas hipóteses, os Estados-membros deverão poder decidir especificar que os rendimentos supervenientes resultantes das rendas seja considerado aquando da avaliação da capacidade do consumidor para reembolsar o crédito.

Nos Estados-membros em que uma especificação do jaez desta não esteja consagrada no respectivo ordenamento, os dadores de crédito podem decidir incluir uma avaliação prudente do futuro rendimento resultante das rendas.

“A avaliação de solvabilidade não deverá implicar a transferência para o mutuante da responsabilidade pelo subsequente incumprimento por parte do consumidor das suas obrigações decorrentes do contrato de crédito.”

2. Acesso aos dados e salutar concorrência inter pares

O normativo sob análise é expresso em determinar que os dadores de crédito, seja qual for a natureza de que se revistam, devem estar em paridade no acesso aos dados pessoais susceptíveis de fundar uma qualquer decisão afirmatória ou denegatória na concessão do crédito hipotecário.

E aí se previne que, *“a fim de evitar distorções de concorrência entre mutuantes, deverá ser assegurado que todos os mutuantes, incluindo as*

instituições de crédito e instituições que, não sendo instituições de crédito, celebram contratos de crédito para imóveis de habitação, tenham acesso a todas as bases de dados de crédito públicas e privadas sobre consumidores, em condições não discriminatórias. Essas condições não deverão, por conseguinte, incluir a exigência de os mutuantes estarem estabelecidos como instituições de crédito. Deverão continuar a ser aplicáveis condições de acesso, tais como os custos de acesso à base de dados ou o requisito de prestação de informações à base de dados numa base de reciprocidade.

Os Estados-membros deverão ter a liberdade de determinar se, nas respectivas jurisdições, os intermediários de crédito¹⁰ também poderão ter acesso a essas bases de dados.”

Por conseguinte, elementar será que as condições de acesso às bases de dados sejam as mesmas para quantos operem nestes domínios, impondo-se se preveja sanções se acaso tal for denegado, criando-se situações mais vantajosas para uns em detrimento de outros.

A transparência, a equidistância, a probidade, a verticalidade são características que têm de prevalecer no mercado, subsistindo como fiéis da balança nos jogos de interesses que se disputam em terrenos, tantas vezes, propícios às maiores distorções¹¹.

3. A avaliação criteriosa do imóvel

Elemento essencial para uma criteriosa concessão do crédito ao consumidor é o de uma avaliação rigorosa dos imóveis com base em parâmetros fidedignos e nos mais elementos fundantes de mercado ao alcance do avaliador.

Desde logo, importa que o avaliador detenha o *saber-fazer* adequado para que a avaliação não padeça nem de insuficiências nem de excessos, vale dizer, de elementos inquinados susceptíveis de conduzir a montantes desmarcados, de resto, na génese da bolha imobiliária que assolou com inenarráveis prejuízos um sem-número de países. E de que ainda hoje nos ressentimos na Europa e na Península Ibérica em particular.

A diretiva sob exame não deixa de consagrar norma expressa a tal propósito, a saber, o artigo 19, exatamente sob a epígrafe “*a avaliação de imóveis*”.

Aí se estatui:

1. Os Estados-membros assegurarão o desenvolvimento no seu território de normas fidedignas para a avaliação de imóveis de habitação para efeitos de crédito hipotecário.

2. Os Estados-membros exigirão que os mutuantes assegurem o cumprimento de tais normas quando procedam à avaliação de imóveis ou tomarão todas as medidas razoáveis para assegurar que essas normas sejam aplicadas quando a avaliação for efetuada por um terceiro.

3. Caso as autoridades nacionais sejam responsáveis pela regulamentação dos avaliadores independentes que efetuam avaliações de imóveis, deverão assegurar que os mesmos cumpram as regras nacionais em vigor.

4. Os Estados-membros assegurarão que os avaliadores internos e externos que efetuem avaliações de imóveis tenham competência profissional e sejam suficientemente independentes em relação ao processo de negociação e contratação do crédito, a fim de poderem elaborar avaliações imparciais e objetivas, as quais devem ser documentadas num suporte duradouro e das quais os mutuantes devem conservar registo.

A concessão de crédito se processará de harmonia com o que se vier a apurar na fase intermédia de avaliação da solvabilidade do consumidor que a tal se habilitara

Por conseguinte, os critérios delineados tenderão a conferir aos imóveis o real valor de mercado para que perpassasse por todo o processo a seriedade, a transparência, a autenticidade, a genuinidade que o não caracterizou até então¹².

Para tanto se requer uma adequada formação – técnica, ética, deontológica – dos avaliadores para que da sua independência, imparcialidade e equidistância só possam emergir resultados adequados para a comunidade, para os consumidores em particular e para o sistema financeiro, já que as enfermidades de que padece são demasiado onerosas para os contribuintes em geral como para determinadas castas de depositantes em particular.

Daí os peculiares cuidados que a lei europeia põe a cargo dos Estados-membros em ordem a eleger os mais qualificados de entre os consultores¹³ e os critérios mais rigorosos para uma avaliação intangível, insusceptível de ser posta em causa pelos interesses desvirtuantes que possam sobrevir.

III. A concessão do crédito

1. Entraves à arbitrariedade (?)

A diretiva é expressa em considerar que a concessão de crédito se processará de harmonia com o que se vier a apurar na fase intermédia de avaliação da solvabilidade do consumidor que a tal se habilitara.

Aí se fala declaradamente em processo dominado pela “coerência” face aos elementos recolhidos.

E aí se especifica que, *“por exemplo, a capacidade do mutuante para transferir parte do risco de crédito para um terceiro não deverá induzi-lo a ignorar as conclusões da avaliação de solvabilidade ao propor um contrato de crédito a um consumidor que provavelmente não poderá reembolsá-lo.*

Os Estados-membros deverão poder transpor este princípio exigindo que as autoridades competentes tomem as medidas relevantes no âmbito das atividades de supervisão e acompanhem o cumprimento por parte dos mutuantes dos procedimentos de avaliação da solvabilidade.”

Todavia, a diretiva é expressa em consagrar algo em consonância, aliás, com um princípio repetidamente enunciado, a saber, o de que o crédito não é um direito, antes um serviço: *“uma avaliação da solvabilidade positiva não deverá constituir uma obrigação de o mutuante conceder crédito”.*

2. Transparência na recusa de concessão de crédito

Se a decisão de recusa se fundar em dados obtidos em uma qualquer base de dados ou até na eventual inexistência de elementos a tal propósito, o dador de crédito deverá transmitir o fato ao consumidor, referenciando a base consultada, bem como de qualquer outro elemento relevante exigido pela normativa de proteção de dados pessoais (que passará doravante a ser não a Diretiva 95/46/CE, mas o *Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*).

A transmissão tem como fito o de o consumidor poder exercer o seu direito de acesso aos dados que lhe respeitem e em tais fontes tratados e, se for caso disso, de os retificar, eliminar ou bloquear.

Se tal decisão resultar de uma avaliação negativa da solvabilidade do consumidor, o dador deverá transmitir-lhe, sem delongas, tal recusa.

Aos Estados-membros caberá estatuir se exigem que osadores de crédito ofereçam mais esclarecimentos sobre o fundamento da recusa.

Todavia, o concedente do crédito não deverá ser coagido a prestar tais informações, caso a isso o impeça outro qualquer normativo em vigor na União Europeia, *verbi gratia*, a legislação acerca do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. Tais informações não deverão ser prestadas se prejudicarem os objetivos de ordem pública ou de segurança pública, como a prevenção, investigação, descoberta ou instauração dos correspondentes procedimentos-crime.

3. O acesso a uma justiça acessível e pronta

Aos consumidores se faculta um conjunto de meios susceptíveis de dirimir conflitos sob as coordenadas da celeridade, eficácia, segurança e não onerosidade, se não mesmo a gratuitidade do acesso a meios complementares (alternativos) de resolução de litígios, como tem sido timbre da União Europeia.

A União Europeia mal confia nos tribunais das diferentes ordens e na órbita da administração da justiça dispensada pelos Estados, razão por que vem pugnando pela desjudicialização das lides, como sucede, de resto, também neste particular.

Neste congénho, as considerações que o Parlamento Europeu e o Conselho da União tecem no preâmbulo da diretiva de que se trata¹⁴, com expressão no seu artigo 39, como segue:

Mecanismos de resolução de litígios

1. Os Estados-membros asseguram o estabelecimento de procedimentos adequados e eficazes de reclamação e recurso para a resolução extrajudicial de litígios de consumo com os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados em relação a contratos de crédito, utilizando as entidades já existentes, se for caso disso.

Os Estados-membros asseguram que esses procedimentos se apliquem aos mutuantes e aos intermediários de crédito e abranjam as atividades dos representantes nomeados.

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

Daí que, pelos termos do *considerandum* transcrito em nota supra, pareça estar-se perante (a transpor-se quanto ali se alude para o espaço judiciário (e extrajudiciário) luso) um tipo marcante de arbitragem institucional necessária (obrigatória), de molde a não deixar no ar quaisquer dúvidas sobre os propósitos perseguidos.

Na realidade, para os diferentes aspectos do crédito ao consumidor (crédito pessoal e de outra natureza), o Banco Central português (BdP) impôs às instituições de crédito e sociedades financeiras a adesão aos centros de arbitragem de conflitos de consumo, à razão de dois centros por instituição¹⁵.

Notas

1. Mário Frota. Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador e president da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra. Fundador e director da RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Fundador e presidente do Conselho de Direção da Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo.
2. Em sentido amplo, *subprime* (do inglês *subprime loan* ou *subprime mortgage*) é um crédito de risco, concedido a um tomador que não oferece garantias suficientes para se beneficiar da taxa de juros mais vantajosa (*prime rate*). Em sentido mais restrito, o termo é empregado para designar uma forma de crédito hipotecário (*mortgage*) para o setor imobiliário, surgida nos Estados Unidos e destinada a tomadores de empréstimos que representam maior risco. Esse crédito imobiliário tem como garantia a residência do tomador e muitas vezes era acoplado à emissão de cartões de crédito ou a aluguer de carros. O termo é derivado de *prime lending rate* – a taxa de juros contratada com os tomadores mais confiáveis. Assim, *prime lending* designa o crédito concedido aos tomadores confiáveis e *subprime lending* se refere ao crédito dado àqueles tomadores que têm maior risco de inadimplência. A diferença entre as duas taxas – *subprime lending rate* e *prime lending rate* – corresponde à remuneração do risco adicional envolvido no empréstimo dado a quem oferece garantias insuficientes. Por outro lado, numerosos créditos são concedidos a taxas variáveis. No caso dos créditos *subprime*, a taxa inicial pode ser atraente (*teaser rate*), ou seja, inferior à taxa fixa de um empréstimo normal.

Para os credores, os empréstimos *subprime* eram considerados como individualmente arriscados – mas, coletivamente, seguros e rentáveis. A estimativa de rentabilidade baseava-se em uma hipótese de alta regular do preço dos imóveis, o que vinha acontecendo nos Estados Unidos, desde 1945. Assim, se um devedor se tornasse inadimplente, era sempre possível revender a propriedade com lucro” (in “Wikipédia”, Rede Mundial de Informação).

3. A crise do *subprime* tem expressão na observação constante de recolhidas avulsas, em particular a da Wikipédia, como segue:

“A Crise do *subprime* é uma crise financeira desencadeada em 24 de Julho de 2007, a partir da queda do índice Dow Jones motivada pela concessão de empréstimos hipotecários de alto risco (em inglês: *subprime loan* ou *subprime mortgage*), prática que arrastou vários bancos para uma situação de insolvência, com fortes repercussões sobre as bolsas de valores de todo o mundo. A crise foi motivada pela insistente manutenção de juros reduzidos pelo FED (o sistema de bancos centrais dos Estados Unidos), em uma economia extremamente aquecida. A troca de comando em 2006 impediu que um novato assumisse o ónus da freada obrigatória. A crise do *subprime* foi imediatamente percebida como grave (segundo muitos economistas, a mais grave desde 1929), com possibilidade de se transformar em uma crise sistémica, entendida como uma interrupção da cadeia de pagamentos da economia global, e que tenderia a atingir, de maneira generalizada, todos os setores económicos. É considerada como um prenúncio da crise económica de 2008.

As famílias americanas já se vinham endividando ao longo dos anos 90 do século transacto. A partir de 1995, o mercado imobiliário voltou a expandir-se, assim como o endividamento – através de crédito ao consumidor e crédito hipotecário. Com a crise de 2000-2001 do mercado de ações, o mercado imobiliário ganhou estímulos e se expandiu mais vigorosamente. As famílias, já endividadas, elevaram a contratação de empréstimos, fazendo novas hipotecas e adquirindo novas linhas de crédito. A partir de 2003, com a intensificação da valorização dos imóveis e o esgotamento dos clientes tradicionais, o crédito foi facilitado para as famílias e indivíduos sem histórico de crédito ou com um histórico deplorável, sem emprego nem rendimentos.

Os *subprimes* incluíam desde empréstimos hipotecários até cartões de crédito e aluguer de carros, e eram concedidos, nos Estados Unidos, a clientes sem comprovação de rendimentos e com mau histórico de crédito – eram os chamados clientes *ninja* (do acrónimo, em inglês, *no income, no job, no assets*: sem rendimentos, sem emprego, sem património). Essas dívidas só eram honradas, mediante sucessivas “rolagens”, o que foi possível enquanto o preço dos imóveis permaneceu em alta. Essa valorização contínua dos imóveis permitia aos mutuários obter novos empréstimos, sempre maiores, para liquidar os anteriores, em atraso – dando o mesmo imóvel como garantia. As taxas de juros eram pós-fixadas – isto é, determinadas no momento do pagamento das dívidas. Quando os juros dispararam nos Estados Unidos – com a consequente queda do preço dos imóveis – houve inadimplência, incumprimentos em massa.

A queda nos preços de imóveis, a partir de 2006, arrastou vários bancos para uma situação de insolvência, repercutindo fortemente sobre as bolsas de valores de todo o mundo.

Como os empréstimos *subprime* eram dificilmente liquidáveis, isso é, não geravam nenhum fluxo de caixa para os bancos que os concediam, esses bancos arquitetaram uma estratégia de securitização desses créditos. Para diluir o risco dessas operações duvidosas, os bancos americanos credores juntaram-nas aos milhares, e transformaram a massa daí resultante em derivativos negociáveis no mercado financeiro internacional, cujo valor era cinco vezes superior ao das dívidas originais.

Assim, criaram-se títulos negociáveis cujo lastro eram esses “créditos podres”. Foi a venda e compra, em enormes quantidades, desses títulos lastreados em hipotecas *subprime* que provocou o alastramento da crise, originada nos Estados Unidos, para os principais bancos do mundo.

Por uma razão que se desconhece, embora possa estar ligada a algum lobby ou a pressões de congressistas americanos para lastrear esses títulos – talvez por haver interesse da parte deles nos rendimentos do *subprime*, o que sugere uma ligação com alguns banqueiros – e que hoje, após o estouro, ainda deixa pasmados muitos analistas, tais papéis, lastreados em quase nada, obtiveram o aval das agências internacionais de classificação de risco – de renome até então inquestionável –, que deram a eles a sua chancela máxima – AAA – normalmente dada a títulos tão sólidos quanto os do Tesouro dos EUA, tornando-os muito mais confiáveis do que os títulos do Governo brasileiro, por exemplo. Com essa benevolente classificação de risco, tanto os investidores, como os fundos de investimento e os bancos passaram a disputar a aquisição desses títulos, no mundo todo, e esses títulos passaram a servir como garantia para a tomada de novos empréstimos bilionários, alavancados na base de 20 para 1.

A partir do 18 de Julho de 2007, a crise do crédito hipotecário provocou uma crise de confiança geral no sistema financeiro e falta de liquidez bancária, ou seja, falta de dinheiro disponível para saque imediato pelos correntistas dos bancos.

Mesmo os bancos que não trabalhavam com os chamados “créditos podres” foram atingidos. O banco britânico Northern Rock, por exemplo, não tinha hipotecalixo em seus livros, mas adotava uma estratégia arriscada – tomar dinheiro emprestado no curto prazo (a cada três meses) às instituições financeiras, para emprestá-lo no longo prazo (em média, vinte anos), aos compradores de imóveis. Repentinamente, as instituições financeiras deixaram de emprestar dinheiro ao Northern Rock, que, assim, no início de 2007, acabou por se tornar o primeiro banco britânico a sofrer intervenção governamental, desde 1860.

Na sequência, temendo que a crise tocasse a esfera da economia real, os Bancos Centrais foram conduzidos a injetar liquidez no mercado interbancário, para evitar o efeito dominó, com a quebra de outros bancos, em cadeia, e que a crise se ampliasse em escala mundial.”

4. Repare-se na norma programática constante da LDC – Lei de Defesa do Consumidor, editada em Portugal, que está há duas décadas por implementar e,

nessa medida, é autêntica letra morta, fato que cumpre reverberar veementemente: “Artigo 6º

Direito à formação e à educação

1 – Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas atividades escolares, bem como nas ações de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2 – Incumbe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais desenvolver ações e adotar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de:

- a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;
- b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;
- c) Promoção de ações de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;
- d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3 – Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4 – Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo setor público e privado.”

- 5. A Diretiva 2014/17/UE, de 4 de Fevereiro de 2014.
- 6. Disciplinada pelo Decreto-Lei 204/2008, de 14 de Outubro.
- 7. Que o Decreto-Lei 201/2003, de 10 de setembro, prevê e disciplina de análogo modo.
- 8. No *considerandum* 59, se pondera:
 “A consulta de uma base de dados de crédito é um elemento útil na avaliação da solvabilidade. Alguns Estados-membros exigem que os mutuantes avaliem a solvabilidade dos consumidores com base numa consulta da base de dados relevante. Os mutuantes só deverão ter a possibilidade de consultar a base de dados de crédito durante a vigência do crédito para identificar e avaliar o potencial de incumprimento. Essa consulta da base de dados de crédito deverá ser sujeita às salvaguardas adequadas para garantir que só é utilizada para a identificação e resolução precoces do risco de crédito no interesse do consumidor, e não para informar em sede de negociações comerciais. Nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, os mutuantes deverão informar os consumidores da consulta da base de dados de crédito antes de a efetuarem, devendo os consumidores ter o direito de aceder às informações que lhes digam

- respeito contidas nessas bases de dados, de modo a poderem, se necessário, retificar, apagar ou bloquear os dados pessoais aí tratados que lhes digam respeito, caso sejam incorretos ou tenham sido objeto de tratamento ilegal.”
9. Cfr. parte final do *considerandum* 58, segundo a qual, “embora não seja adequado aplicar sanções aos consumidores por não estarem em condições de prestar ou fornecer determinadas informações ou avaliações, ou por decidirem suspender o pedido de obtenção do crédito, os Estados-membros deverão ter a possibilidade de prever sanções para os casos em que os consumidores forneçam deliberadamente informações incompletas ou incorretas com o objetivo de obter uma avaliação de solvabilidade positiva, em particular quando a prestação de informações completas e corretas teria conduzido a um resultado negativo dessa avaliação e posteriormente se verifique que o consumidor não tem capacidade para cumprir as condições do contrato”.
 10. Por intermediário de crédito se entende, nos termos do instrumento em apreciação, “a pessoa singular ou coletiva que não aja na qualidade de mutuante ou notário e não se limite a apresentar, direta ou indiretamente, um consumidor a um mutuante ou intermediário de crédito e que, no exercício da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, contra remuneração de natureza pecuniária ou outra forma de contrapartida económica acordada:
 - a) Propõe ou disponibiliza contratos de crédito a consumidores;
 - b) Presta assistência a consumidores mediante a realização de trabalhos preparatórios ou outros trabalhos de gestão pré-contratual relativamente a contratos de crédito distintos dos referidos na alínea a); ou
 - c) Celebra contratos de crédito com consumidores em nome do mutuante.”
 11. O dispositivo pertinente – o artigo 21 da Diretiva sob análise – e no que tange ao acesso às bases de dados define imperativamente:
 - “1. Os Estados-membros asseguram que todos os mutuantes de todos os Estados-Membros tenham acesso às bases de dados utilizadas no respectivo território para efeitos da avaliação da solvabilidade dos consumidores e para efeitos exclusivos de acompanhamento do cumprimento das obrigações de crédito por parte dos consumidores durante a vigência do contrato de crédito. As condições deste acesso não podem ser discriminatórias.
 2. O n. 1 aplica-se tanto às bases de dados operadas por gabinetes de crédito privados ou agências de referência de crédito como aos registos públicos.
 3. O presente artigo não prejudica o disposto na Diretiva 95/46/CE. (Doravante é o Regulamento (UE) 679/2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril, a disciplinar este conjunto de matérias.)
 12. Há quem sustente que “os *critérios* e os *métodos* usados na avaliação de um imóvel não são muito claros. Os fatores que geralmente influenciam o valor de um imóvel são:
 - a localização (incluindo o piso, a vista, orientação solar e acessibilidades)
 - o terreno
 - a tipologia e disposição do imóvel
 - a qualidade da construção

- os acabamentos e equipamentos disponíveis
- a data de construção
- o estado de conservação
- o mercado (a procura e a oferta)
- o estacionamento, piscina, elevador, espaços verdes.

Há, é fato, critérios estabelecidos, em Portugal, pelo Código do Imposto Municipal sobre Imóveis, que se têm por excessivos ante os últimos dados recolhidos, mas que assentam na fórmula que segue em ordem à determinação do valor patrimonial para efeitos tributários:

“Das operações de avaliação

Artigo 38º

Determinação do valor patrimonial tributário

1 – A determinação do valor patrimonial tributário dos prédios urbanos para habitação, comércio, indústria e serviços resulta da seguinte expressão:

$V_t = V_c \times A \times C_a \times C_l \times C_q \times C_v$ em que:

V_t = valor patrimonial tributário;

V_c = valor base dos prédios edificados;

A = área bruta de construção mais a área excedente à área de implantação;

C_a = coeficiente de afectação;

C_l = coeficiente de localização

C_q = coeficiente de qualidade e conforto;

C_v = coeficiente de vetustez.

2 – O valor patrimonial tributário dos prédios urbanos apurado é arredondado para a dezena de euros imediatamente superior.

3 – Os prédios comerciais, industriais ou para serviços, para cuja avaliação se revele desadequada a expressão prevista no nº 1, são avaliados nos termos do nº 2 do artigo 46º (*Aditado pela Lei nº 7-A/2016 de 30 de março*)

4 – A definição das tipologias de prédios aos quais é aplicável o disposto no numero anterior é feita por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, sob proposta da Comissão Nacional de Avaliação de Prédios Urbanos. (*Aditado pela Lei nº 7-A/2016 de 30 de março*)”

No entanto, a União Europeia estabelece diretrizes a esse propósito com base em instituições acreditadas de outras origens e distintas paragens que os avaliadores nacionais não podem deixar de seguir.

13. Como ressalta do *considerandum* 26 da Diretiva em apreço, “é importante assegurar a correta avaliação do imóvel de habitação antes da celebração do contrato de crédito, nomeadamente, quando a avaliação afeta a obrigação residual do consumidor em caso de incumprimento. Os Estados-membros deverão, pois, assegurar a existência de normas de avaliação fidedignas. Para serem consideradas fidedignas, as normas de avaliação deverão ter em conta as normas de avaliação reconhecidas internacionalmente, em particular as desenvolvidas pela Comissão Internacional de Normas de Avaliação, pelo Grupo Europeu de Associações de Avaliadores e pela Royal Institution of Chartered Surveyors. Estas normas de avaliação internacionalmente reconhecidas assentam em princípios

de elevado nível que exigem que os mutuantes, designadamente, adotem processos adequados em matéria de gestão interna dos riscos e de gestão de garantias e adiram a esses processos – que incluem métodos de avaliação sólidos – adotem normas e métodos de avaliação conducentes a avaliações realistas e fundamentadas dos imóveis, por forma a assegurar que todos os relatórios de avaliação sejam elaborados com o cuidado e a diligência profissionais adequados e que os avaliadores satisfaçam determinados requisitos de qualificação, e mantenham documentação adequada sobre a avaliação das garantias que seja completa e razoável. A este respeito é desejável também assegurar um controlo adequado dos mercados de imóveis de habitação e a consonância dos mecanismos previstos nessas disposições com a Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das empresas de investimento. Às disposições da presente diretiva relativas a normas de avaliação de imóveis pode ser dado cumprimento, por exemplo, através de legislação ou autorregulação.”

14. “Os consumidores deverão ter acesso a procedimentos de reclamação e recurso para a resolução extrajudicial de litígios emergentes dos direitos e obrigações conferidos pela presente diretiva entre mutuantes e consumidores, bem como entre intermediários de crédito e consumidores.

Os Estados-membros deverão assegurar que a participação nesses procedimentos alternativos de resolução de litígios não seja facultativa para os mutuantes e os intermediários de crédito.

A fim de assegurar o bom funcionamento dos procedimentos alternativos de resolução de litígios no caso de atividades transfronteiriças, os Estados-membros deverão exigir e incentivar a cooperação das entidades responsáveis pela resolução extrajudicial de reclamações e recursos.

Neste contexto, as entidades de resolução extrajudicial de reclamações e recursos dos Estados-membros deverão ser incentivadas a participar na FIN-NET, uma rede de resolução de litígios financeiros que integra regimes nacionais de resolução extrajudicial responsáveis pela resolução de litígios entre consumidores e prestadores de serviços financeiros.”

15. Do Portal do Cliente Bancário (no suporte do Banco de Portugal) se extraem os seguintes elementos:

Resolução alternativa de litígios relativos a serviços de pagamento e a moeda eletrónica

“A resolução alternativa de litígios constitui, em regra, uma forma mais rápida, mais simples e menos onerosa de os clientes e as instituições resolverem os seus conflitos, sem necessidade de recurso aos tribunais.

As instituições que prestam serviços de pagamento e que emitem moeda eletrónica (designadamente, instituições de crédito, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica) estão obrigadas a disponibilizar procedimentos eficazes e adequados de resolução extrajudicial de litígios (Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica).

Para o efeito, as instituições devem aderir a, pelo menos, duas entidades autorizadas a realizar arbitragens. Estão abrangidos por esse regime os litígios que:

- Tenham valor igual ou inferior à alçada dos tribunais de 1^a instância (actualmente, 5000 euros); e
- Digam respeito aos deveres de informação e a outros direitos e obrigações relativos às contas de depósito à ordem e a outras contas de pagamento, às transferências de fundos, aos débitos diretos, aos cartões de pagamento (débito e crédito) e à moeda eletrónica.

Em caso de litígio, o cliente bancário (pessoa singular ou coletiva) pode dirigir-se às entidades de resolução alternativa de litígios a que a instituição em causa aderiu.

A informação sobre as entidades de resolução alternativa de litígios a que cada instituição aderiu pode ser consultada nesta página.”

É POSSÍVEL A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS?

JOATAN MARCOS CARVALHO¹

Desembargador Jubilado do Tribunal de Justiça do Paraná

“A única privacidade que você tem está na sua cabeça.
Talvez nem mesmo lá.”²

RESUMO

As tecnologias de informação e comunicação estão cada vez mais inseridas no cotidiano dos indivíduos sendo, muitas vezes, ignorado o seu potencial ofensivo. A privacidade dos dados pessoais já não existe; a proteção de dados pessoais vive momentos de incerteza.

ABSTRACT

The information and communication technologies are increasingly embedded in daily life, but their offensive potential is often ignored. The privacy of personal data no longer exists; the protection of personal data lives a phase of uncertainty.

1. O que são dados pessoais

Possivelmente, a grande maioria das pessoas, se indagada, diria ser favorável à proteção de dados pessoais; perguntada, entretanto, quais seriam seus dados pessoais, as respostas já não seriam tão uniformes.

Como veremos, a questão é intrincada. Muito embora nas respostas possíveis certamente haveria coincidência de alguns itens, provavelmente em relação aos dados cadastrais, alguns dos indagados, mais esclarecidos, dariam respostas mais complexas.

No caso brasileiro, por exemplo, há uma indefinição. No art. 3º do Marco Civil da Internet não há o esclarecimento do que seriam dados pessoais e dados cadastrais, e o art. 7º, inciso VII, estabelece a obrigatoriedade do “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”³.

Como se vê, os registros de conexão e de acesso são dados mais amplos que simples dados cadastrais, sem deixar de ser dados pessoais. Discute-se, ainda, o que seriam os “dados pessoais excessivos” e como deveriam ser tratados; estas questões estão sendo debatidas e, muito provavelmente, não serão resolvidas pela “Lei de Proteção de Dados Pessoais” que segue tramitando no país.

Essa discussão, ou melhor, os argumentos que compõem esta conceituação foram lançados no site dadospessoais.mj.gov.br, e no art. 5º do projeto da lei acima mencionada. Está esboçada uma tentativa de definição, que sugere um infundo questionamento do que estaria abrangido pela proteção legal.

A proteção sugerida pelo anteprojeto se estenderia aos dados relacionados à pessoa natural identificada ou identificável, dados de localização ou identificadores eletrônicos; ou seja, datas de aniversários, endereços, senhas, descrições de perfil pessoais seu e/ou de terceiros.

O anteprojeto inclui a regulamentação e o tratamento (processos de coleta, produção, utilização, e produção, arquivamento etc.) desses dados entre o dono e terceiros. Nesse caso, um cadastro de um consumidor em loja de departamento física ou virtual não pode ser repassado a terceiros para formação de cadastros de bom ou mau pagador sem consentimento do consumidor.

O Ministério da Justiça classificou ainda dois tipos de dados pessoais, os “dados sensíveis” – dados que revelem a origem racial ou étnica, convicções religiosas, filosóficas ou morais, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos e os “dados anônimos” – dados relativos a um titular que não possa ser identificado nem pelo responsável pelo tratamento nem por qualquer outra pessoa, tendo em conta o conjunto de meios

suscetíveis de serem razoavelmente utilizados para identificar o referido titular.

Sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, mas apenas com o objetivo exemplificativo, é interessante a informação da Autoridade de Proteção de Dados Pessoais Italiana⁴: *“Che cos’è un ‘dato personale’ – Il Codice privacy si applica – salvo particolari eccezioni – ogni qualvolta vi sai un trattamento di dati personali. E se si guarda alla definizione di ‘dato personale’ fornita dal Codice(*) è immediata la percezione di quanto esteso possa essere l’ambito di applicazione della normativa privacy.”*

A questão na verdade está fundada em dois aspectos relevantes da problemática, já que aos argumentos de proteção de dados pessoais, como forma de proteção da dignidade das pessoas, opõem-se os argumentos de proteção das pessoas contra atos terroristas.

Veja-se como a questão está sendo tratada no âmbito da União Europeia⁵:

“A assinatura do ‘Judicial Redress Act’ pelo Presidente Obama, em fevereiro de 2016, abriu caminho à assinatura do acordo global entre a UE e os EUA, em 2 de junho de 2016. Em paralelo, foi posto em prática o ‘escudo de proteção da privacidade UE-EUA’, a fim de assegurar um elevado nível de proteção de dados para as transferências de dados comerciais. O escudo de proteção reflete os requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Justiça da UE na sua decisão de outubro de 2015, que declarou inválido o antigo quadro de ‘porto seguro’ (padrões voluntários de proteção de dados para empresas de fora da UE que transfiram dados pessoais de cidadãos da UE para os EUA). A Comissão aprovou a decisão de execução nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a pertinência da proteção oferecida pelo ‘escudo de proteção da privacidade UE-EUA’ em 12 de julho de 2016, a qual entrou em vigor imediatamente.”

O que se quer acentuar com a argumentação supra é a dificuldade em delimitar-se a tipificação do objeto a ser protegido, já que “dado

“Dado pessoal”
é conceito
complexo, variável
de acordo com as
circunstâncias, de
contextualização
imprecisa

peçoal” é conceito complexo, variável de acordo com as circunstâncias, de contextualização imprecisa e, para dizer o menos, relativizado pela incidência de outros direitos de igual ou superior hierarquia.

2. A ausência de proteção de dados pessoais

Desde há muito, se considerarmos a rapidez e a inovação da tecnologia de informação e da cibernética, não temos mais, física e virtualmente, a possibilidade de proteção de nossos dados pessoais.

Pode-se até teorizar, especular e lançar “considerandos” sobre a matéria, mas os dados pessoais são o nosso passaporte para o mundo da conectividade eletrônica. Nossos dados pessoais constituem o bem que temos para permutar pela possibilidade de nosso acesso à conectividade.

Dizendo de outro modo: Para acessarmos qualquer “serviço”, seja de mensagens, *stream*, compras, jogos, enfim qualquer produto fornecido pela rede, a primeira exigência é que nos cadastramos e aceitemos as condições de utilização do produto, pago ou gratuito, que nos seja posto à disposição.

Evidentemente, o cadastro é o fundamento basilar da nossa pessoalidade, é a nossa identidade formal, a nossa individualização; quando nos cadastramos, isto é fornecemos a nossa identidade, estamos automaticamente concedendo a chave de acesso aos nossos dados pessoais.

A partir desse momento passamos a ter registrado todos os nossos acessos; a saber, se o “serviço” é de cinema, passa a ser do conhecimento do fornecedor quais os títulos que nos interessam e a partir destes dados, quais os nossos interesses; por exemplo, se vemos um programa de viagens, os nossos dados podem ser disponibilizados para agências de viagens, se o nosso interesse for por automóveis, concessionárias de veículos poderão estar interessadas em saber.

É certo que, aparentemente, o interesse é sempre por nossos dados cadastrais, mas, estejam certos, dados cadastrais são apenas a parte visível do *iceberg*; os demais dados, a parte massiva e “submersa”, é que são efetivamente os nossos dados pessoais. Dizendo de outra

maneira: não há o menor interesse em dados que não representem um potencial econômico, pois mesmo os nossos dados sociais e políticos se abrigam nessa matriz⁶.

O universo privado e globalizado se impôs de tal maneira no conjunto das relações sociais que é absolutamente ilusório acreditar e pretender que o “Estado” garanta a proteção dos nossos dados pessoais. Na verdade, o Estado sempre foi o maior “usufrutuário” de nossos dados pessoais e durante muito tempo deteve, praticamente, o monopólio desta exploração. Entretanto, cada vez mais as companhias “independentes” estão dominando este segmento.

Não que o Estado tenha deixado de prosseguir com o objetivo de amearhar o maior volume de dados pessoais dos cidadãos, como se verifica pela notícia de cruzamento de dados de supercomputadores instalados no Banco Central do Brasil, publicada em 27 de agosto de 2015, pelo Grupocentrocom⁷:

As informações que envolvam o CPF ou CNPJ serão cruzadas on-line com: CARTÓRIOS: Checar os bens imóveis – terrenos, casas, aptos, sítios, construções; DETRANS: Registro de propriedade de veículos, motos, barcos, jet-skis e etc.; BANCOS: Cartões de crédito, débito, aplicações, movimentações, financiamentos; EMPRESAS EM GERAL: Além das operações já rastreadas (Folha de pagamentos, FGTS, INSS, IRR-F, etc.), passam a ser cruzadas as operações de compra e venda de mercadorias e serviços em geral, incluídos os básicos (luz, água, telefone, saúde), bem como os financiamentos em geral. Tudo através da Nota Fiscal Eletrônica e Nota Fiscal Digital. TUDO ISSO NOS ÂMBITOS: MUNICIPAL, ESTADUAL E FEDERAL, amarrando pessoa física e pessoa jurídica através destes cruzamentos inclusive os últimos 5 anos.

O “e-gov.br” é o projeto e o programa (pois já opera parcialmente – eleições e declarações tributárias) de governança eletrônica brasileiro. O seu sucesso está umbilicalmente ligado à inclusão digital, por isso o programa de inclusão e amplificação da utilização dos meios digitais que o país vem incrementando.

Verificamos com clareza esta política governamental a partir da seguinte citação:

O e-governo tem que ser uma revolução democrática. O uso dos meios eletrônicos pode fortalecer o exercício da democracia. No entanto, isso não acontecerá espontaneamente. A tecnologia não traz em seu bojo a democracia: ela pode atender a sociedades democráticas, mas igualmente a tiranias e ditaduras. A segunda condição é, então, que haja uma forte política pública de apoio à inclusão digital e à mobilização social em torno desse objetivo – o exercício da democracia.⁸

Por outro lado, o mundo corporativo encontra-se em atividade ainda mais intensa e agressiva, já que, além de obter por seus próprios meios, vale-se do “mercado de informações”, sempre que necessário, e “pesca”, isto é, apossa-se, fraudulentamente, de dados que são coletados por governos, companhias e todos os demais organismos e agências, que recolhem e detêm dados pessoais.

Em notícia de 19 de janeiro de 2017, o jornal *Folha de São Paulo* publicou reportagem a respeito do pedido de patente solicitado pela MasterCard, para um sistema de armazenamento de dados de compras de roupas e sapatos para copilar as características físicas de seus clientes. Estas informações seriam utilizadas pelas companhias aéreas e outras empresas de transporte de passageiros⁹.

O mesmo periódico publicou em 14 de janeiro de 2017 a notícia: “Brecha no WhatsApp permite espionar conversas, diz jornal”; e na mesma página - A-20, outra reportagem é ainda mais reveladora: “Pesquisadores copiam digitais em fotos na rede”¹⁰.

Ainda no mesmo diário, mas de 16 de janeiro de 2017, página A-14, em artigo de Ronaldo Lemos, sob o título de “O mico da cibersegurança”, lê-se: “Na semana passada, ocorreu um episódio revelador no país. Uma conta no Twitter administrada pelo governo federal publicou “casualmente” na internet uma planilha contendo a senha de praticamente todos os canais de comunicação oficiais da Presidência da República na internet.”¹¹

Não fosse isso, o acontecimento Manning, Snowden e Assang é mais que suficiente para que se estabeleça a premissa de que não existe segurança de dados pessoais; se os dados dos governos (Estados), que detêm avançados aparatos de proteção de dados, são “*raqueados*”, que dizer dos dados dos cidadãos comuns?

Se os Estados são grandes detentores e operadores de ações a partir dos nossos dados pessoais, há muito as corporações e empresas privadas igualmente vêm operando de forma avassaladora e indiscriminada nesta área:

Fundada em 2002, a empresa Regulatory DataCorp criou um consistente banco de análise de dados para a investigação de abertura de contas bancárias das pessoas. RDC, como é conhecida, foi criada por muitas das maiores companhias financeiras do mundo. O seu banco de análise de dados de controle de informações globais reúne informações de mais de 20.000 fontes de todo o mundo. O objetivo da RDC é ajudar as companhias financeiras a obter a verificação do perfil de potenciais clientes envolvidos em fraudes, lavagem de dinheiro, terrorismo e outras atividades criminais¹².

E ainda:

O site, dos Estados Unidos, “Focus” alega ter detalhadas informações sobre 203 milhões de pessoas. Entre as mais de 100 listas visadas estão “Abastados de Origem Espanhola”, “Pais Gastadores”, “Possuidores do Primeiro Cartão de Crédito”, “Adultos mas Ainda Vivendo com os Pais”, “Pessoas Maduras com conhecimento de Tecnologias Avançadas”, “Novos Proprietários de Imóveis”, “Compradores com Status”, “Grandes Gastadores com Compras de Vitaminas” e “Adeptos de Regimes Alimentares”¹³.

Surpreendente é a “vagareza”, “inadequação” e “ineficácia” com que as políticas públicas de proteção dos dados e dados pessoais vêm tratando a matéria. Na verdade esta é uma disputa vencida. Afigura-se absolutamente ilusório controlar a invasão da privacidade por meio do acesso aos nossos dados pessoais.

A este respeito, há mais de três lustros, alertava Chomsky:

A internet é uma tremenda ferramenta para informação, compreensão, organização e comunicação. Não há dúvida nenhuma que o mundo dos negócios, que recebeu esse presente

público, pretende transformá-la em alguma outra coisa. Se eles forem capazes de fazer isso, será um ataque muito sério contra a liberdade e a democracia.¹⁴

Indiscutivelmente, a normatização segue a ocorrência dos fatos sociais. Dizendo de outro modo, com a ocorrência de novos fatos, busca-se a sua regulamentação; nada de novo aí. Ocorre que, com a velocidade da tecnologia de informação, os fatos se multiplicam a velocidades surpreendentes.

Se não é possível obter-se proteção legislativa compatível com a velocidade de ocorrência de novos fatos potencialmente danosos

Acredito que
não haja
possibilidade de
real proteção
aos nossos
dados pessoais

à proteção dos nossos dados pessoais, é inimaginável conceber uma eventual repressão à violação da nossa privacidade por esta via.

Claramente, de maneira global, isto é, por todo o mundo, estamos em grande defasagem de regramentos em relação a esta matéria, quando não em face a uma total anomia. Além disso, as violações aos nossos dados pessoais são de tal ordem que nenhum aparato judicial, nos moldes que hodiernamente se concebe, estaria habilitado a processá-las e julgá-las.

Some-se a isto o fato de que as violações aos nossos dados pessoais frequentemente se dão por agentes que não se encontram dentro de nossas fronteiras e não temos organismos internacionais que possam nos proteger.

Na verdade as políticas públicas, assim como as manifestações alternativas, se encaminham no sentido da publicidade de dados. Nessa esteira, a LAI – Lei de Acesso a Informação estabelece a transparência das informações, especialmente da atividade pública¹⁵.

As posições alternativas sobre o acesso a informações se colocam de forma absolutamente clara no sentido do acesso livre de dados, como se vê: “Em uma variação do disposto no art. 3º da LAI, assenta: ‘Privacidade para os fracos, transparência para os poderosos’”¹⁶.

3. Não há solução para a proteção de dados pessoais?

Acredito que não haja possibilidade de real proteção aos nossos dados pessoais. Duas alternativas me ocorrem para que possamos diminuir a invasão aos nossos dados pessoais. A primeira, comumente sugerida por muitos estudiosos e especialistas, é que forneçamos o menor número de dados pessoais possível; a segunda, mais acessível aos mais habilidosos usuários da rede, é que produzamos um gigantesco volume de informações que possa confundir os aparelhos de captação de dados.

As duas opções sugeridas acima são inviáveis para o cidadão comum. Primeiro porque as redes já estão na posse dos dados pessoais da grande maioria das pessoas; e segundo, porque é praticamente impossível modificar ou retirar dados dos bancos de dados mantidos tanto pela iniciativa pública como pela iniciativa privada.

Difícil deslumbrar uma solução a curto e médio prazo. Certamente será preciso modificar a abordagem. É necessário aperfeiçoar os mecanismos de controle, torná-los ágeis e eficientes, de modo a impactar as grandes agências controladoras de dados.

As empresas Google e Facebook, entre outras, já têm sido atingidas por políticas de controle; contudo, como se sabe elas continuam firmes e fortes em suas práticas de violação, já que a utilização de dados pessoais é a grande fonte de seus gigantescos rendimentos¹⁷.

Alternativa igualmente paliativa seria a de estabelecer-se uma “reserva legal”, a saber, ainda que os nossos dados pessoais sejam de conhecimento geral, sua utilização, para fins oficiais, estaria sujeita às disposições legislativas e à autorização judicial.

A questão é complexa e a solução absolutamente incerta. Porém, é certo que não passa pela “exclusão digital”.

Existe a possibilidade de que os grupos que mantêm os grandes bancos de dados se vejam forçados a uma “regulação” que viabilize uma pacífica ou ordenada coexistência entre eles, e passem a aceitar uma governança global. Caso isso venha a ocorrer, este será o fórum em que os dados pessoais terão espaço para uma proteção que razoavelmente nos restitua minimamente a dignidade de uma relativa privacidade.

De qualquer modo, é preciso prosseguir procurando alternativas para que seja minimamente restabelecida a possibilidade de controle dos dados pessoais dos cidadãos¹⁸. Trata-se de um processo contínuo de busca pela redução da exploração e ganhos de cidadania com a utilização da rede em benefício da racionalização do consumo e dos serviços privados e públicos.

Notas

1. Joatan Marcos de Carvalho. Desembargador Jubilado do Tribunal de Justiça do Paraná. Diretor da Revista Judiciária do Paraná e Vice-Presidente da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina, em Direito Econômico pela Universidade Federal do Paraná e Direito Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal). Membro da Academia de Letras José de Alencar, cadeira n. 36, teve seus artigos publicados na imprensa paranaense e revista Novos Rumos.
2. Carvalho, Joatan Marcos, in *Direito à Intimidade e Cruzamento de Dados Pessoais*, <http://www.emap.com.br/> – Biblioteca Central – Direito Público. Dito por personagem do filme de Tony Scott, de 1998 – “Inimigo do Estado”, pág. 47.
3. Milagre, José Antonio, “Privacidade na rede”, 29/01/15, <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/a-importancia-da-definicao-do-termo-dados-pessoais/>
4. Paissan, Mauro, “Privacy e giornalismo – Libertà Di Informazione E Dignità Della Persona” (Garante Per La Protezione Dei Dati Personali – * Per l’art. 4, comma 1, lett. b) è “dato personale” qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giurídica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale.”
5. Milt, Kristiina, “Proteção de Dados Pessoais”, 09/2016. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.8.html
6. Sem querer aqui polemizar com teorias econômicas, trata-se de simplística constatação prática e de todos compreensível; basta verificar os gigantescos ganhos de companhias como o Google, Twitter e Facebook.
7. <http://www.grupocentrocon.com.br/cruzamento-de-informacoes-saiba-como-a-receita-federal-e-o-banco-central-rastreiam-seus-dados/>
8. Chahin, Ali, *et al*, “e-gov.br – a próxima revolução brasileira”, Fiancial Times, Prentice Hall, São Paulo, 2004, p. 337.
9. <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/01/1851055-cartao-de-credito-quer-informar-peso-do-cliente-para-companhias-aereas.shtml>
10. <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/01/1849532-saida-do-whatsapp-permite-espionar-mensagens-criptografadas-diz-jornal.shtml>
11. <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2017/01/1850097-o-mico-da-ciberseguranca.shtml>

12. Carvalho, Joatan Marcos, “Direito à Intimidade e Cruzamento de Dados Pessoais”, Curitiba, 2012, <http://www.emap.com.br/> -Biblioteca Central – Direito Público, *apud* Solove, Daniel J *et al*, “The Digital Person and The Future of Privacy”, Springer, Chicago, Il, 2006, p. 62.
13. *Idem*, p. 64.
14. Chomsky, Noam et Barsamian, David, Propaganda e Consciência Popular, Edusc, 2003, São Paulo, p. 214.
15. Carvalho, Joatan Marcos, “Lei de Acesso à Informação – Repercussão na Escola Superior de Guerra”, 2013, p. 19, Site da ESG, Biblioteca, Monografias CAEPE – “Os procedimentos previstos na LAI visam garantir o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados na conformidade dos princípios básicos da administração pública”.
16. ASSANGE, Julian. Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet, Ed Boitempo, Tradução de Cristina Yamagami, S. Paulo, 2013, 1ª ed.
17. Coelho, Carlos, “No Mundo dos Anúncios, Você é Mais Conhecido do Que Imagina”, Reportagem do Jornal Gazeta do Povo, de 29/01/17.
18. Mesquita, Mário, “O Quarto Equívoco – O Poder dos Media na Sociedade Contemporânea”, Minerva-Coimbra 2004, 2. ed., p. 122: “Nenhum remédio jurídico, magistratura de influência ou código de direitos e deveres profissionais constituirá a poção mágica para resolver as contradições existentes entre os Direitos da Pessoa e as estratégias e as retóricas da comunicação social. Esta questão não é, sequer, específica da sociedade portuguesa. O preço de viver numa sociedade aberta, em regime de inflação de imagens e informações, é a negociação permanente. Apesar de todas as injustiças e excessos que, por vezes, implica, a sociedade dos media é preferível ao retorno a ordens anteriores onde a regra da censura assegurava a tranquilidade das boas almas. Apesar dos desvios e de conflitos localizados, a defesa dos Direitos da Pessoa e do Direito da Informação constituem, afinal, um único e mesmo combate: o combate sem fim pela afirmação da dignidade do homem.”

“O AUMENTO DO NÚMERO DE MULHERES SOLTEIRAS EM PORTUGAL E O SEU IMPACTO NA SOCIEDADE”

Mário Frota foi instado por uma jornalista para uma entrevista que seria destinada a uma das edições da Revista SABER VIVER.

Pelo eventual interesse que nelas se possa entrever, eis as respostas de Mário Frota, fundador e presidente da apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo, sociedade científica de intervenção – às questões suscitadas pela jornalista.

Entrevista ao Prof. Mário Frota, presidente da associação portuguesa de Direito do Consumo

SABER VIVER: O número de mulheres solteiras em Portugal disparou nos últimos anos, de acordo com os dados do Instituto Nacional de Estatística. Por um lado, há cada vez mais mulheres que optam por não casar, escolhendo ficar sozinhas e seguir com uma vida totalmente independente, e outras que optam por adiar o casamento, pois este não é uma prioridade para elas. Por outro lado, há cada vez mais mulheres que optam por não oficializar a sua relação amorosa...

– Esta mudança social teve algum impacto ao nível do consumo, nomeadamente ao nível do perfil do consumidor?

Mário Frota: As repercussões são óbvias: quer no que ao cabaz de produtos e serviços de consumo se reporta como no que se prende com os padrões de consumo e o perfil de consumidor que aí radica.

Há como que produtos específicos aferidos em função do género como se divisam outros cujo consumo se induz mediante as estratégias mercadológicas artificialmente desencadeadas e que colhem naturalmente seus frutos, como se não ignora.

No entanto, convém significar que a situação que se observa em Portugal é ainda subsidiária da crise que em 2008 se abateu sobre a Europa e, em particular, sobre o país e que de todo se não superou ainda.

O IPAM, em estudo que veio a lume no pretérito Dia Mundial dos Direitos do Consumidor, revela dados nada surpreendentes, aliás, mas que condicionam os padrões de consumo outrora observados:

“... os argumentos financeiros têm um peso muito significativo, no que toca à compra de produtos alimentares: 72 por cento admite que as compras alimentares são feitas em função do preço, de campanhas e promoções e de uma gestão rigorosa do orçamento, em detrimento da qualidade do produto. O peso financeiro faz-se sentir cada vez mais, também, na compra de bens não perecíveis, como roupa, sapatos, brinquedos, etc., com 75 por cento dos consumidores a admitir que a sua compra é influenciada pelo preço e pela gestão rigorosa do orçamento.

Viagens e férias fora do país (51,7 por cento), viagens de curta duração (inferior a quatro dias) fora do país (49,4 por cento), viagens de curta duração dentro do país (48 por cento) e a alimentação fora de casa (50,5 por cento) são, pela respectiva ordem, as áreas onde os consumidores portugueses mais cortaram no consumo ao longo dos últimos 12 meses. O que contrasta com as atividades de educação (mais de 30 por cento), seguido da alimentação em casa (cerca de 25 por cento), onde os consumidores aumentaram o consumo.”

De qualquer sorte, o peso das mulheres solteiras tem significativa influência nos padrões de consumo ante a especificidade das necessidades postuladas, que escapam, em geral, às mulheres com vínculos conjugais ou que se lhes equiparem.

SABER VIVER: Quem são os principais consumidores em Portugal? Está provado que as mulheres passaram a liderar a lista dos principais consumidores?

Mário Frota: As mulheres, em distintos domínios do mercado de consumo, constituem o “estamento” mais numeroso. Em razão do fenómeno ora em foco, sem dúvida, como da circunstância de serem tradicionalmente as guardiãs do lar, já que detêm, de resto e no geral, o governo doméstico. E o fato, pela notoriedade universal em que assenta, não carece nem de alegação nem de prova, como sói dizer-se.

Mas são-no também, em geral, pelo fato de serem estatisticamente mais numerosas que os homens: há simplesmente, entre nós, mais mulheres que homens!

Os estudos de opinião elaborados por agências a tanto vocacionadas registam-no em distintas esferas, como o mais numeroso grupo de consumidores, a saber, em:

- ginásios
- centros de estética
- produtos de higiene
- perfumaria, cosméticos (gel, spray ou espuma para cabelo...) e detergentes
- fármacos, *v.g.* anti-histamínicos, antidepressivos...
- suplementos alimentares (2/3 dos consumidores são mulheres sem distinção de estado)
- produtos alimentares, a saber, bio, leite de soja, yogurtes, chocolates, barras de cereais, chá gelado, *take-away*...
- produtos culturais (livros, conteúdos digitais, produtos similares...) (as consolas de jogos, em casa, fazem, no entanto, pender a balança para os homens)
- tecnologias de informação e da comunicação
- cartões de fidelização em espaços comerciais (sobretudo nas classes mais elevadas em que a supremacia pertence efetivamente às mulheres... *et pour cause!*).

Registe-se o que, em decorrência de abordagens que se dirigem a um tal universo-alvo, a Markest conclui, entre nós, que as mulheres:

“Usam champô para cabelos normais (23%) ou anticaspa (22%) e condicionadores (68%). Preferem gel, spray ou espuma de cabelo (27%) a laca (26%).

Vão regularmente ao cabeleireiro (48% foi nos últimos 30 dias) ou centro de estética (14% nos últimos 30 dias).

Não dispensam o perfume (81%) nem o protetor solar (56%).

Usam creme de rosto (83%), mãos (75%) e corpo (70%).

Na maquilhagem, não dispensam batom (47%) e maquilhagem de olhos (43%). A base de maquilhagem (33%) e o blush (23%) fazem também parte dos seus hábitos. Mas o verniz de unhas é indispensável (61%).

74% das mulheres diz cuidar da sua imagem/aparência e 39% diz fazer diversas atividades para se manter em forma.”

E no que tange a bens culturais, o livro, ainda como paradigma, suscita outro tipo de considerações na contraposição homem/mulher. Confira-se o que ora se nos revela:

“Enquanto 55.4% dos homens refere ter lido pelo menos um livro nos últimos 12 meses, entre as mulheres a percentagem sobe para 74.0%.

Entre as idades, encontramos maiores taxas de leitura nos mais jovens (78.7% entre 15 e 24 anos), baixando sistematicamente depois dessa idade...”

(Em Espanha, porém, os dados equivalem-se. Confira-se o que uma outra fonte nos oferece a tal propósito:

“Perfil del mayor consumidor de cultura: mujer, joven y con estudios

Entre las mujeres es mayor la afición por la lectura, un 66,5% declaran leer libros al menos una vez al año, frente al 57,6% de los hombres, con excepción de la lectura profesional y la prensa. También es mayor la frecuencia con la que de manera presencial las mujeres asisten a las bibliotecas –25,2%, respecto al 20,2% de los hombres– al igual que sucede en los accesos a bibliotecas a través de Internet – un 8,3%, frente al 7,5% de los hombres.”)

Crê-se que no mais escasseiam os estudos segmentares, em que a fratura *mulher celibatária* versus *mulher com vínculo conjugal* ou equiparado se defina impressivamente...

E seria curial conhecer-se, com rigor, o que contradistingue essa dicotomia, que elementarmente se intui, mas que importaria reforçar com dados fatuais, que ora nos escapam.

SABER VIVER: O que mudou nos hábitos de consumo/compras destas mulheres que optam por ficar solteiras?

Mário Frota: O enfoque passa a estar, ao que se nos afigura, no círculo dos seus interesses pessoais. E nos que tendem a sedimentar-se ante o seu peculiar *modus vivendi*:

- uma maior autoestima;

- o acesso a um mercado de produtos que tendem a privilegiar a forma, a estética, o seu rejuvenescimento, a exploração da sua imagem;
- o acesso a bens culturais com as naturais limitações decorrentes dos seus réditos;
- a capacidade de deambulação ante a libertação de tarefas que em geral condicionam ferozmente a liberdade de quem tem compromissos no âmbito da sociedade conjugal e o que daí decorre naturalmente...

SABER VIVER: Esta mudança social também contribuiu para o aumento do consumo feminino... As próprias marcas também ajustaram o seu posicionamento e estratégias de *marketing* às “novas consumidoras”? De que forma?

Mário Frota: Fizeram-no naturalmente, como ora o fazem também em relação aos seniores, dadas as especiais características que os enformam.

E este peculiar “universo-alvo” não escapa necessariamente nem às marcas nem às estratégias mercadológicas que adotam para atrair esta invejável massa de consumidoras, cujo potencial económico se não pode menosprezar pela especial moldura em que se inserem.

E fazem-no tendo em atenção os “pontos fracos” (passe, por menos rigorosa, a expressão) a explorar: a proverbial vaidade feminina, o permanente hino de louvor à juventude, à independência, à liberdade, às facilidades em vista de uma vida menos absorvente e mais disponível, a uma vida mais despegada, a uma vida mais preenchida com o que efetivamente é susceptível de a preencher...

SABER VIVER: O que procura, tipicamente, esta mulher moderna que não depende da opinião masculina para tomar as suas decisões?

Mário Frota: Procurar, procura exatamente os produtos e serviços, quais meios que tendem a proporcionar-lhe os pilares do estilo de vida que intenta materializar no quotidiano.

Ou, noutra formulação, de que depende “esta mulher moderna”?

E depender, depende do que chega à sua esfera de conhecimento:

- da comunicação comercial centrada em torno de produtos e serviços que lhe são particularmente dirigidos, meio sensível susceptível de influenciar as escolhas;

- do seu acesso a um mundo multimodal e pluriforme de que as tecnologias da informação e do conhecimento tendem a abrir-lhe as suas portas de par em par.

De modo genérico, e em termos ideais, o acesso a produtos que concorram para a sua auto-estima e equilíbrio, para a sua plena realização pessoal, a saber,

- a moda
- os cosméticos
- o bem-estar fisiopsíquico;
- a alimentação
- os produtos dietéticos
- os produtos bio
- os suplementos alimentares
- os bens culturais...

Mas também para domínios outros, a saber:

- viagens
- turismo (cultural, ecológico, religioso)
- atividades de recreação noturna (onde os níveis de frequência, aliás, se repartem, entre nós, com eventual e ligeira supremacia para os homens).

SABER VIVER: Esta mudança social também teve repercussões na legislação que regula os direitos dos consumidores? Quais foram as principais alterações?

Mário Frola: Não há, em geral, tanto quanto se nos afigura, eventuais repercussões na legislação autónoma e especialmente considerada. De modo reflexo, poder-se-á entrever uma intervenção mais decisiva, a nível europeu (com maior propriedade, da União Europeia), na disciplina dos cosméticos, em geral com reserva de género, em determinados segmentos, se bem que os homens tendam a invadir esse espaço, como hodiernamente se reconhece, e na das alegações nutricionais... e em outros domínios demarcados com um sutil toque de género... Mas nada de marcante!

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná

Relator: **Josély Dittrich Ribas**

Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná

Relator: **José Augusto Gomes Aniceto**

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça do Paraná (30.09.2016)

“O réu não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos desconstitutivos do direito do autor, conforme lhe competia”

“Na espécie, o abalo moral decorreu do desconto indevido da importância de R\$ 344,01 de verba de natureza alimentar de pessoa de baixa renda, assim considerada diante do seu rendimento bruto (R\$ 2.878,81) e do fato de ser beneficiária de justiça gratuita”

“Diante da comprovação do desconto indevido, não há razão para reforma da sentença na parte em que determinou a restituição desse valor à autora”

Do Tribunal de Justiça do Paraná (29.09.2016)

“A responsabilidade se perfaz com a demonstração do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade entre estes”

“É necessário esclarecer que a abordagem de cliente, no interior do estabelecimento comercial, sob a suspeita de furto, só constitui exercício regular de um direito se exercido com moderação, de forma discreta e respeitosa”

“Quando decorrente do próprio ato abusivo, a doutrina e a jurisprudência classificam o dano, neste caso, como dano moral puro, ou seja, o aborrecimento sofrido é presumido, independe de comprovação”

**CONSUMIDOR CUJA
FATURA DO CARTÃO
FOI DESCONTADA
INDEVIDAMENTE RECEBERÁ
INDENIZAÇÃO POR DANO
MORAL**

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **13a. Câm. Cív.**

Relator: **Josély Ditttrich Ribas**

Apelação cível. Ação de inexistência de débito c/c repetição de indébito e danos morais. Contrato bancário. Desconto indevido na folha de pagamento da autora. Débito referente ao cartão de crédito. Dívida anteriormente quitada. Retenção indevida. Devolução do valor. Danos morais cabíveis. Aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Redução do quantum. Sentença reformada em parte. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO: 1482964-0

DATA DO JULGAMENTO:

27/07/2016

DATA DA PUBLICAÇÃO:

30/09/2016

ÓRGÃO JULGADOR: 13a.

Câm. Cív.

RELATOR (A): Josély Ditttrich
Ribas

TRIBUNAL: TJ/PR

VISTOS e examinados estes autos de Apelação Cível n. 1.482.964-0, em que é Apelante BANCO BMG S/A e Apelada (...).

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por BANCO BMG S/A contra a r. sentença proferida na ação de inexistência de débito c/c repetição de indébito e danos morais n. 0011629-83.2015.8.16.0014, por meio da qual o MM. Juiz de Direito julgou procedentes os pedidos iniciais, para “a) determinar, a título de tutela antecipada, que a ré se abstenha de realizar descontos das verbas recebidas pela autora a título de salário, sob pena de multa diária de R\$100,00; b) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$20.000,00, devidamente corrigida pelos índices da contaduría judicial e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da presente data, até a data do efetivo pagamento e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação; c) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 344,01, relativos à devolução dos valores indevidamente debitados de seus rendimentos, devidamente corrigido pelos índices da contaduría judicial, a partir do respectivo descontos e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; d) condenar a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que arbitro em quantia equivalente a 20% sobre o valor da condenação (CPC, 20, § 3º).” (mov. 56.1).

Em suas razões recursais, o apelante sustenta, em síntese, que (mov. 61.1): a) o Juiz *a quo* não observou as provas coligidas aos autos, prolatando sentença em desacordo com a

realidade dos fatos; b) em que pese o reconhecimento da hipossuficiência do autor e a inversão do ônus da prova, deve-se verificar a verdadeira extensão do dano causado; c) o fundamento de que a empresa não se desincumbiu do ônus que lhe cabia não é suficiente para julgar procedente o pedido inicial, pois os valores deveriam ser quitados pela apelada mediante o pagamento de faturas de débito, porém, diante da sua inadimplência e conforme previsão contratual, o desconto em sua conta bancária foi realizado com a finalidade de satisfazer uma parte da obrigação; d) a apelada utilizou o cartão e realizou saque, portanto, não há que se falar em ilegalidade ou abusividade praticada pelo recorrente; e) havia previsão contratual de que a falta de pagamento da fatura facultaria o desconto do valor respectivo diretamente no benefício previdenciário recebido pela apelada; f) não é cabível a devolução de valor pago a maior, pois a apelada só efetuou o pagamento do que era devido, impondo-se a reforma da condenação em danos materiais; e g) não há comprovação da ocorrência de danos morais, entretanto, se mantida a decisão, devem ser quantificados de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e fixados no valor máximo de um salário mínimo.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença, julgando improcedente a ação com a inversão do ônus de sucumbência.

O recurso foi recebido em seu duplo efeito (mov. 66.1).

Com contrarrazões da apelada (mov. 73.1), subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Da análise dos autos, vê-se que a autora, ora apelada, firmou “termo de adesão à consignação em folha de pagamento para empréstimo e cartão de crédito autorização para desconto em folha” (mov. 34.2), autorizando o desconto em sua remuneração para pagamento de parcelas de débitos do cartão de crédito.

No entanto, o aludido desconto seria somente “para o pagamento correspondente ao mínimo da fatura mensal” do cartão de crédito, como se nota do item XI do contrato (mov. 34.3). Esse desconto ocorreu em vários meses, como consta nas faturas do cartão.

Todavia, em fevereiro/2015, houve o desconto de R\$344,01 (trezentos e quarenta e quatro reais e um centavo) da remuneração da apelada (mov. 1.7), apesar de não constar nas faturas do cartão de crédito qualquer lançamento de débito nesse valor.

O saque no valor de R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais), mencionado pelas partes (ficha de compensação, juntada no mov. 24.3), foi debitado na fatura do cartão, com vencimento em 01.04.2013. No entanto, diante do pagamento parcial desta fatura, o valor foi atualizado nas faturas seguintes, sendo o débito quitado em fevereiro/2014 (mov. 1.6 e 24.4).

Dessa forma, não é possível aceitar a alegação do apelante de que a inadimplência das faturas do cartão teria ensejado o desconto, pois, como já esclarecido, o débito foi devidamente quitado em fevereiro/2014, não havendo qualquer prova nos autos capaz de demonstrar a existência de débito pendente de pagamento a partir de março/2014.

Ou seja, o réu não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos desconstitutivos do direito do autor, conforme lhe competia.

Por conseguinte, diante da retenção de parcela da remuneração da autora para pagamento de débito de cartão de crédito já quitado, resta evidente a falha na prestação de serviço da instituição financeira, que enseja a compensação pelos danos morais causados.

Noutro ponto, para fixação do valor da indenização por danos morais, como anota Silvio de Salvo Venosa, "...há que se apreciar sempre a conjugação de três fatores: compensação, dissuasão e punição.

Dependendo do caso concreto, ora prepondera um, ora outro, mas os três devem ser levados em consideração."¹

Nesse propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar

em enriquecimento sem causa da vítima.

Na espécie, o abalo moral decorreu do desconto indevido da importância de R\$ 344,01 de verba de natureza alimentar de pessoa de baixa renda, assim considerada diante do seu rendimento bruto (R\$ 2.878,81) e do fato de ser beneficiária de justiça gratuita. Não obstante a gravidade da conduta do apelante e da sua notória capacidade financeira, deve-se considerar a condição econômica da autora, ante a necessidade de se fixar uma indenização que não constitua enriquecimento indevido à parte.

Diante desse quadro, o valor de R\$ 20.000,00 estabelecido na sentença revela-se excessivo, reputando-se razoável o valor de R\$ 10.000,00 a título de indenização por dano moral.

Por fim, diante da comprovação do desconto indevido, não há razão para reforma da sentença na parte em que determinou a restituição desse valor à autora.

Com essas considerações, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo para o fim de minorar o valor dos danos morais, fixando-os em R\$ 10.000,00.

É como voto.

ACORDAM os integrantes da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargador Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira (Presidente, sem voto) e os Juízes de Direito Substitutos em Segundo Grau Humberto Gonçalves Brito e Mauro Bley Pereira Junior.

Curitiba, 27 de julho de 2016.

JOSÉLY DITTRICH RIBAS

Relatora

1 Direito civil: responsabilidade civil. vol. IV. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 259.

CONSUMIDOR É INDENIZADO POR ABORDAGEM VEXATÓRIA APÓS FALHA DO DISPOSITIVO DE SEGURANÇA DA LOJA

Tribunal: TJ/PR

Órgão Julgador: 9a. Câ. Civ.

Relator: José Augusto Gomes Aniceto

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Responsabilidade civil. Disparo de alarme antifurto. Ausência de remoção do dispositivo de segurança pela loja. Abordagem vexatória. Aplicação do CDC. Prova testemunhal. Falha na prestação do serviço. Configurada. Danos morais constatados. Sentença reformada recurso de apelação parcialmente provido.

ACÓRDÃO: 1555242-4

DATA DO JULGAMENTO:
29/09/2016

DATA DA PUBLICAÇÃO:
11.10.2016

ÓRGÃO JULGADOR: 9a. Câ. Civ.

RELATOR (A): José Augusto Gomes Aniceto

TRIBUNAL: TJ/PR

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Responsabilidade civil. Disparo de alarme antifurto. Ausência de remoção do dispositivo de segurança pela loja. Abordagem vexatória. Aplicação do CDC. Prova testemunhal. Falha na prestação do serviço. Configurada. Danos morais constatados. Sentença reformada recurso de apelação parcialmente provido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1555242-4, Da Comarca de Cascavel, 1ª Vara Cível, em que é apelante (...) e apelada LOJAS RIACHUELO S/A.

1. Relatório:

Trata-se de recurso de apelação manejado por (...) contra r. sentença proferida na presente Ação de Indenização por Danos Morais, na qual o Douto Juízo “a quo” julgou improcedente os pedidos formulados na inicial, condenando a apelante/autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Como razões de sua irresignação alega a apelante/autora, em suma,

que realizou compras na loja da apelada/ré, porém, no momento em que deixava o local, em razão da não remoção do dispositivo de segurança, houve o disparo do alarme antifurto, sendo que de imediato foi abordada pelo segurança, contudo, tal abordagem foi feita de maneira excessivamente constrangedora e vexatória.

Sustenta que em razão do ocorrido sofreu abalo moral, pois foi exposta publicamente como suspeita de furto quando da conferência das mercadorias, que foi realizada diante da presença de outros clientes e funcionários, motivo pelo qual requer seja a apelada/ré condenada a reparação dos danos suportados por tal situação no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), eis evidentemente ultrapassou o mero dissabor cotidiano e foi confirmada pelo depoimento da testemunha arrolada.

Contrarrrazões constante no mov. 67.1.

É o relatório, em síntese.

2. Voto:

Primeiramente, estando presentes os pressupostos recursais de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo e extintivo), e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal), conheço do recurso.

Trata-se de Ação Indenizatória por Danos Morais, promovida pela apelante (...), sob o argumento de que sofreu abalo moral ao ser abordada de forma vexatória quando do disparo de alarme antifurto presente na saída da loja da apelada/ré. En-

cerrado o trâmite processual, as pretensões formuladas na inicial foram julgadas improcedentes, condenando a apelante/autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Inicialmente, considerando a relação jurídica entabulada entre as partes, consigno que incidente é, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor, eis que perfeitamente possível e imprescindível a sua aplicação, consoante ao que traduz o art. 3º, § 2º, o qual confere natureza objetiva à responsabilidade civil do fornecedor, independentemente da existência de culpa, exceto se comprovada a ocorrência de alguma das excludentes previstas no § 3º do art. 14.

Neste sentido é o posicionamento desta Corte, vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPRA EM GRANDE LOJA COMERCIAL – DISPARO INDEVIDO

DO ALARME ANTIFURTO NA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO – ABORDAGEM INADEQUADA E CONSTRANGEDORA NA PORTA DA LOJA – ATO ILÍCITO DEVIDAMENTE COMPROVADO PELA AUTORA – PROVA TESTEMUNHAL – APLICAÇÃO DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL PRESUMIDO, INDEPENDENTE DE COMPROVAÇÃO – VALOR FIXADO QUE NÃO MERECE SER REDUZIDO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECURSO DESPROVIDO (TJPR –

9ª C. Cível – AC – 1113876-2 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: José Augusto Gomes Aniceto – Unânime – J. 20.03.2014) Grifei

Desse modo, a responsabilidade se perfaz com a demonstração do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade entre estes.

Compulsando os autos, verifico que é incontroversa a ocorrência da compra efetuada pela apelante/autora no estabelecimento mantido pela apelada/ré (mov. 1.6). Da mesma forma é incontroverso que houve o disparo do alarme antifurto no momento em que a apelante/autora se retirava do local e que esta recebeu um pedido de desculpas pelo gerente quando da constatação de inocorrência de furto, cingindo-se a questão quando a abusividade no procedimento de revista pelos seguranças da loja.

Pois bem, analisando os autos e as alegações esposadas no presente recurso, tenho que o apelo merece amparo em suas razões, isso porque, restou demonstrado pelo depoimento da testemunha (...), que houve abuso por parte dos empregados da apelada/ré em proceder a verificação do ocorrido quando do disparo da antena do alarme antifurto contido no interior da loja.

Indubitavelmente, o mero disparo de alarme antifurto quando da retirada de cliente das dependências da loja não caracteriza abalo moral capaz de ferir os direitos de personalidade, em sentido contrário, traduz mero dissabor cotidiano, incapaz de justificar uma condenação indeniza-

tória, salvo nos casos em que se constata o excesso por parte do estabelecimento, e neste particular antevejo que a apelada/ré conduziu a situação de forma hostil e vexatória.

Tenho que houve demonstração contundente de que a apelada/ré agiu de forma manifestadamente truculenta e descuidada, sem considerar a possibilidade de provocar eventuais prejuízos à honra e dignidade da apelante/autora, dado que é de conhecimento comum que tal alarme se presta a proteger o estabelecimento de práticas delitivas e não de constranger os clientes que frequentam o estabelecimento, como facilmente pode ocorrer.

Além disso, o preposto da apelada/ré (...), ora o gerente da loja, afirmou em seu depoimento que é possível que o referido alarme dispare sem qualquer motivo aparente, o que constitui um elemento a mais para esta seja cautelosa ao abordar seus clientes.

É necessário esclarecer que a abordagem de cliente, no interior do estabelecimento comercial, sob a suspeita de furto, só constitui exercício regular de um direito se exercido com moderação, de forma discreta e respeitosa, o que inocorreu no caso em tela, eis que a apelada/ré não obteve êxito em comprovar ter agido de forma moderada e discreta ao abordar a apelante/autora, ainda, a testemunha (...) deixou claro que a apelante/autora estava já na saída da loja e que foi exposta a situação constrangedora, tendo este também se sentido constrangido com as proporções do

ocorrido, pois gerou tumulto em volta da apelante/autora que ficou muito nervosa.

A propósito, em casos análogos já me manifestei:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPRA EM GRANDE LOJA COMERCIAL – DISPARO INDEVIDO DO ALARME ANTIFURTO NA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO – ABORDAGEM INADEQUADA E CONSTRANGEDORA NA PORTA DA LOJA – ATO ILÍCITO DEVIDAMENTE COMPROVADO PELA AUTORA – PROVA TESTEMUNHAL – APLICAÇÃO DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL PRESUMIDO, INDEPENDENTE DE COMPROVAÇÃO – VALOR FIXADO QUE NÃO MERECE SER REDUZIDO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECURSO DESPROVIDO (TJPR – 9ª C. Cível – AC – 1113876-2 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: José Augusto Gomes Aniceto – Unânime – J.20.03.2014)”

Grifei

Assim também é o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ALARME ANTIFURTO DISPARADO QUANDO DA SAÍDA DE CLIENTE EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXAME DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS. ETIQUETA NÃO RETIRADA

COMO CAUSA DO INCIDENTE. LESÃO CONFIGURADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

I. O soar de alarme antifurto em estabelecimento comercial de grande porte, chamando a atenção de todos para o cliente que portava mercadorias adquiridas, uma das quais continha etiqueta equivocadamente não destacada no caixa, acarreta dano de ordem moral e o dever de pagar pela indenização respectiva, que deve, por outro lado, ser fixada com moderação, a fim de evitar enriquecimento sem causa.

II. Recurso especial conhecido pela divergência e parcialmente provido, para redução do valor da indenização a patamar razoável.

(REsp 552.381/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/09/2004, DJ 27/06/2005, p. 402)”

Grifei

Indubitavelmente, em casos como estes desnecessária é a comprovação do abalo, pois trata-se de dano “in re ipsa”, exsurgindo o dever de reparar, tão somente do transtorno, constrangimento, humilhação e vexame social sofrido pela apelante/autora.

Dessa maneira, quando decorrente do próprio ato abusivo, a doutrina e a jurisprudência classificam o dano, neste caso, como dano moral puro, ou seja, o aborrecimento sofrido é presumido, independe de comprovação.

Portanto, restando configurada a ilicitude na conduta da apelante e a manifesta ofensa à honra, entendo

que, efetivamente, restou comprovado o nexo de causalidade entre o ilícito e o dano, razão pela qual se impõe o dever de indenizar.

Neste ínterim, o ato de indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente, se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo- a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito, todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal considerato, busca-se uma compensação financeira.

Destarte, é cediço que o quantum indenizatório deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente à gravidade da lesão, devendo servir também como medida educativa, obedecendo sempre aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sob este pálio, o parâmetro adequado para mensuração da indenização por danos morais deve ter em vista a condição sócio econômica dos envolvidos, a intensidade da ofensa e sua repercussão.

A respeito, esclarece Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º Volume, ed. Saraiva, p. 75, *verbis*:

“A reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz

social. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angustia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Ter-se-ia, então, uma reparação do dano moral pela compensação da dor com a alegria. O dinheiro seria tão- somente um lenitivo que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos”.

Por seu turno, a reparação de danos que atinge a moral consiste na compensação pecuniária prestada pelo ofensor, desfalcando seu patrimônio em proveito do ofendido, como uma satisfação pela dor que lhe foi causada injustamente e ainda pelos aborrecimentos decorrentes da necessidade de contratação de um advogado para o desencadeamento da máquina judiciária.

Como bem sustenta Humberto Theodoro Júnior:

“O problema mais sério suscita- do pela admissão da reparabilidade do dano moral reside na quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido. Quando se trata de dano material, calcula-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante. Mas quando o caso é de dano moral, a apuração do quantum indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome, etc.), não se mede monetariamente, ou seja, não

tem dimensão econômica ou patrimonial. Cabe assim ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros que haverá de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático do Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.” (RT 731/págs. 91-104)

Assim, se de um lado não se deve fixar um valor a permitir o enriquecimento da apelante, também não se pode aceitar um valor que não represente uma sanção efetiva a demandada, nestas condições entendendo ser perfeitamente cabível a fixação do quantum, conforme as peculiaridades do presente caso.

Diante disso, entendo que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), faz jus a reparação pelo abalo sofrido e harmoniza-se com a dupla função reparatória e sancionatória, a qual deve ser impressa nas indenizações decorrentes de ato ilícito.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso de apelação, julgo parcialmente procedente as pretensões autorais, para

o fim de condenar a apelada/ré ao pagamento de verba indenizatória no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida monetariamente pelo INPC a contar desta data, conforme prevê a Súmula 362 do STJ, acrescida de juros moratórios de 1% a contar da data da citação nos termos do art. 405 do CC. Por fim, condeno a apelada/ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em obediência ao que dispõe o art. 85, § 2º do CPC/2015.

3. ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento a Senhora Desembargadora VILMA RÉGIA RAMOS DE REZENDE e Senhor Juiz Substituto em Segundo Grau RAFAEL VIEIRA DE VASCONCELLOS PEDROSO.

Curitiba, 29 de setembro de 2016.

DES. JOSÉ ANICETO
Relator

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)

Relator: **A. Rosas**

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)

Relator: **E. Levits**

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (19.10.2016)

“Os Estados-Membros não podem restringir ou proibir a livre circulação de dados pessoais entre Estados-Membros por razões relativas à proteção”

“O prestador de serviços só pode recolher e utilizar dados pessoais de um utilizador na medida em que tal seja necessário para permitir e faturar a utilização dos meios de comunicação em linha (dados de utilização)”

“O facto de as informações suplementares necessárias para identificar o utilizador de um sítio Internet não serem detidas pelo prestador de serviços de meios de comunicação em linha”

Do Tribunal de Justiça (21.12.2016)

“As autoridades judiciais e órgãos administrativos dos Estados Membros devem dispor de meios adequados e eficazes para pôr termo à aplicação das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores”

“São nulas de pleno direito as condições gerais que, em prejuízo do aderente, contrariem as disposições da presente lei ou qualquer outra norma imperativa ou proibitiva, exceto se nelas se estabelecer outra sanção”

“Não deve ser conferida ao juiz nacional a faculdade de modificar o conteúdo das cláusulas abusivas, pois de outro modo isso poderia contribuir para eliminar o efeito dissuasivo exercido sobre os profissionais pela pura e simples não aplicação relativamente ao consumidor dessas cláusulas abusivas”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

19 de outubro de 2016 (*)

“Reenvio prejudicial – Tratamento de dados pessoais – Diretiva 95/46/CE – Artigo 2º, alínea a) – Artigo 7º, alínea f) – Conceito de ‘dados pessoais’ – Endereços de protocolo Internet – Conservação por um prestador de serviços de meios de comunicação em linha – Regulamentação nacional que não permite ter em conta o interesse legítimo prosseguido pelo responsável pelo tratamento”

No processo C-582/14,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha), por decisão de 28 de outubro de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 17 de dezembro de 2014, no processo

Patrick Breyer

contra

Bundesrepublik Deutschland,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: M. Ilešič, presidente de secção, A. Prechal, A. Rosas (relator), C. Toader e E. Jarašiūnas, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: V. Giacobbo-Peyronnel, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 25 de fevereiro de 2016,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de P. Breyer, por M. Starostik, Rechtsanwalt,

– em representação do Governo alemão, por A. Lippstreu e T. Henze, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo austríaco, por G. Eberhard, na qualidade de agente,

– em representação do Governo português, por L. Inez Fernandes e C. Vieira Guerra, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por P. J. O. Van Nuffel, H. Krämer, P. Costa de Oliveira e J. Vondung, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 12 de maio de 2016, profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 2º, alínea a), e do artigo 7º, alínea f), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO 1995, L 281, p. 31).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe Patrick Breyer à Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha), a propósito do registo e da conservação por parte desta última do endereço de protocolo Internet (a seguir “endereço IP”) de P. Breyer aquando da consulta por este de vários sítios Internet dos serviços federais alemães.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O considerando 26 da Diretiva 95/46 tem a seguinte redação:

“Considerando que os princípios da proteção devem aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável; que, para determinar se uma pessoa é identificável, importa considerar o conjunto dos meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por qualquer outra pessoa, para identificar a referida pessoa; que os princípios da proteção não se aplicam a dados tornados anónimos de modo tal que a pessoa já não possa ser identificável; que os códigos de conduta na aceção do artigo 27º podem ser um instrumento útil para fornecer indicações sobre os meios através dos quais os dados podem ser tornados anónimos e conservados sob uma forma que já não permita a identificação da pessoa em causa”.

4 Nos termos do artigo 1º da referida diretiva:

“1. Os Estados-Membros assegurarão, em conformidade com a presente diretiva, a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.

2. Os Estados-Membros não podem restringir ou proibir a livre circulação de dados pessoais entre Estados-Membros por razões relativas à proteção assegurada por força do n. 1.”

5 O artigo 2º da mesma diretiva dispõe:

“Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

a) ‘Dados pessoais’, qualquer informação relativa a uma pessoa singular, identificada ou identificável (pessoa em causa); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;

b) ‘Tratamento de dados pessoais’ (‘tratamento’), qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição;

[...]

d) ‘Responsável pelo tratamento’, a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinados por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nome-

ação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário;

[...]

f) ‘Terceiro’, a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que não a pessoa em causa, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e as pessoas que, sob a autoridade direta do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão habilitadas a tratar dos dados;

[...]

6 O artigo 3º da Diretiva 95/46, intitulado “Âmbito de aplicação”, prevê:

“1. A presente diretiva aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados por meios não automatizados.

2. A presente diretiva não se aplica ao tratamento de dados de carácter pessoal:

– efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário, tais como as previstas nos títulos V e VI do Tratado da União Europeia, e, em qualquer caso, ao tratamento de dados que tenha como objeto a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (incluindo o bem-estar económico do Estado quando esse tratamento disser respeito a questões de segurança do Estado), e as atividades do Estado no domínio do direito penal,

[...]

7 O artigo 5º da referida diretiva dispõe:

“Os Estados-Membros especificarão, dentro dos limites do disposto no presente capítulo, as condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais.”

8 O artigo 7º da mesma diretiva tem a seguinte redação:

“Os Estados-Membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se:

a) A pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento;

ou

b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual a pessoa em causa é parte ou de diligências prévias à formação do contrato decididas a pedido da pessoa em causa;

ou

c) O tratamento for necessário para cumprir uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

ou

d) O tratamento for necessário para a proteção de interesses vitais da pessoa em causa;

ou

e) O tratamento for necessário para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados;

ou

f) f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados

sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do n. 1 do artigo 1º”

9 O artigo 13º, n. 1, da Diretiva 95/46 dispõe:

“Os Estados-Membros podem tomar medidas legislativas destinadas a restringir o alcance das obrigações e direitos referidos no n. 1 do artigo 6º, no artigo 10º, no n. 1 do artigo 11º e nos artigos 12º e 21º, sempre que tal restrição constitua uma medida necessária à proteção:

[...]

d) Da prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais e de violações da deontologia das profissões regulamentadas;

[...]”

Direito alemão

10 O § 12 da Telemediengesetz (Lei das telecomunicações em linha), de 26 de fevereiro de 2007 (BGBl. 2007 I, p. 179, a seguir “TMG”), dispõe:

“1) O prestador de serviços só pode recolher e utilizar dados pessoais para efeitos de disponibilização de meios de comunicação em linha caso a presente lei ou outro instrumento jurídico que diga expressamente respeito a meios de comunicação em linha o permita ou no caso de o utilizador ter prestado o seu consentimento.

2) O prestador de serviços só pode utilizar os dados pessoais recolhidos para efeitos de disponibilização de meios de comunicação em linha para outros fins caso a presente

lei ou outro instrumento jurídico que diga expressamente respeito a meios de comunicação em linha o permita ou no caso de o utilizador ter prestado o seu consentimento.

3) Salvo disposição em contrário, são aplicáveis as disposições sobre proteção de dados pessoais, mesmo que os dados não sejam tratados de forma automática.”

11 O § 15 da TMG prevê:

“1) O prestador de serviços só pode recolher e utilizar dados pessoais de um utilizador na medida em que tal seja necessário para permitir e faturar a utilização dos meios de comunicação em linha (dados de utilização). Constituem dados de utilização, nomeadamente:

1. As características que permitem a identificação do utilizador,

2. As informações sobre o início e o termo, bem como o volume, da respetiva utilização,

3. As informações sobre os meios de comunicação em linha a que o utilizador acedeu.

2) O prestador de serviços pode reunir os dados de utilização de um utilizador relacionados com a utilização de vários meios de comunicação em linha na medida em que tal seja necessário para efeitos de faturação com o utilizador.

[...]

4) O prestador de serviços pode utilizar os dados de utilização após o termo da sessão na medida em que tal seja necessário para efeitos de faturação ao utilizador (dados de faturação). O prestador de serviços pode bloquear os dados para cumprimento

de prazos de conservação legais, estatutários ou contratuais. [...]”

12 Nos termos do § 3, n. 1, da Bundesdatenschutzgesetz (Lei federal relativa à proteção de bases de dados), de 20 de dezembro de 1990 (BGBl. 1990 I, p. 2954), “[d]ados pessoais são informações individualizadas sobre as circunstâncias pessoais ou materiais de uma pessoa singular identificada ou identificável (pessoa em causa). [...]”

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

13 P. Breyer consultou vários sítios Internet dos serviços federais alemães. Nesses sítios, acessíveis ao público, os referidos serviços prestam informações atualizadas.

14 Com o objetivo de se proteger de ataques e de permitir ações penais contra os responsáveis por esses ataques, a maioria desses sítios gravam todas as consultas em ficheiros de registo. Aí são conservados, no termo da sessão de consulta, o nome do sítio ou do ficheiro consultado, os termos inseridos nos campos de pesquisa, a data e a hora da consulta, a quantidade de dados transferidos, a indicação de que a consulta foi bem sucedida e o endereço IP do computador a partir do qual a mesma foi efetuada.

15 Os endereços IP são sequências numéricas atribuídas a computadores ligados à Internet de forma a possibilitar a comunicação entre eles através dessa rede. Quando se acede a um sítio Internet, o endereço IP do computador que acede é transmitido

ao servidor no qual está alojado o sítio consultado. Este processo é necessário para que os dados consultados possam ser transferidos para o destinatário correto.

16 Por outro lado, decorre da decisão de reenvio e dos elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe que os fornecedores de acesso à Internet atribuem aos computadores dos utilizadores dessa rede quer um endereço IP “estático” quer um endereço IP “dinâmico”, a saber, um endereço IP que muda sempre que ocorre uma nova conexão à Internet. Contrariamente aos endereços IP estáticos, os endereços IP dinâmicos não permitem fazer a ligação, através de ficheiros acessíveis ao público, entre um determinado computador e a ligação física à rede utilizada pelo fornecedor de acesso à Internet.

17 P. Breyer intentou, nos órgãos jurisdicionais administrativos alemães, uma ação contra a República Federal da Alemanha com vista a que esta seja condenada a abster-se de conservar, ou de mandar conservar por terceiros, após o termo das sessões de consulta dos sítios acessíveis ao público de meios de comunicação em linha dos serviços federais alemães, o endereço IP do sistema de *host* a partir do qual P. Breyer acedeu, na medida em que esta conservação não é necessária para restabelecer a disponibilidade desses meios de comunicação em caso de avaria.

18 Tendo essa ação sido julgada improcedente em primeira instância, P. Breyer interpôs recurso desta decisão.

19 O órgão jurisdicional de reenvio alterou parcialmente essa decisão. Condenou a República Federal da Alemanha a abster-se de conservar ou de mandar conservar por terceiros, no fim de cada consulta, o endereço IP do sistema *host* a partir do qual P. Breyer acedeu, transmitido quando do seu acesso a sítios acessíveis ao público de meios de comunicação em linha dos serviços federais alemães, quando esse endereço é conservado em combinação com a data da respetiva sessão de consulta e quando durante essa sessão P. Breyer revelou a sua identidade, incluindo sob a forma de um endereço eletrónico que indica a sua identidade, na medida em que essa conservação não é necessária para restabelecer a disponibilidade do meio de comunicação em linha em caso de avaria.

20 Segundo esse órgão jurisdicional de recurso, um endereço IP dinâmico, combinado com a data da respetiva sessão de consulta, constitui, quando o utilizador do sítio Internet em causa revelou a sua identidade durante essa sessão, um dado pessoal, porque o operador desse sítio pode identificar o referido utilizador mediante o cruzamento do seu nome com o endereço IP do seu computador.

21 Contudo, o referido órgão jurisdicional de recurso considerou que não havia que dar provimento ao recurso de P. Breyer nas outras hipóteses. Com efeito, no caso de P. Breyer não indicar a sua identidade durante uma sessão de consulta, só o fornecedor de acesso à Internet poderia ligar

o endereço IP a um assinante identificado. Em contrapartida, na posse da República Federal da Alemanha, na sua qualidade de prestador de serviços de meios de comunicação em linha, o endereço IP não é um dado pessoal, mesmo combinado com a data da respetiva sessão de consulta, uma vez que o utilizador dos sítios Internet em causa não é identificável por esse Estado-Membro.

22 P. Breyer e a República Federal da Alemanha interpuseram ambos recurso de “Revision” no Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) da decisão do órgão jurisdicional de recurso, P. Breyer pede que o seu pedido de inibição seja julgado procedente na íntegra. A República Federal da Alemanha pede que esse pedido seja julgado improcedente.

23 O órgão jurisdicional de reenvio precisa que os endereços IP dinâmicos do computador de P. Breyer, conservados pela República Federal da Alemanha agindo na qualidade de prestador de serviços de meios de comunicação em linha, constituem, pelo menos no contexto dos outros dados conservados nos ficheiros de registo, dados especiais sobre situações materiais de P. Breyer, uma vez que fornecem indicações relativas à sua consulta de certos sítios ou de certos ficheiros na Internet em determinadas datas.

24 Todavia, os dados conservados dessa forma não permitem determinar diretamente a identidade de P. Breyer. Com efeito, os operadores dos sítios Internet em causa no processo principal só poderiam identifi-

car P. Breyer se o seu fornecedor de acesso à Internet lhes transmitisse informações sobre a identidade desse utilizador. A qualificação jurídica desses dados de “pessoais” depende, por conseguinte, de saber se P. Breyer era identificável.

25 O Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) expõe a controvérsia doutrinal relativa à questão de saber se, para determinar se uma pessoa é identificável, há que tomar como base um critério “objetivo” ou um critério “relativo”. A aplicação de um critério “objetivo” teria como consequência que dados como os endereços IP em causa no processo principal poderiam ser considerados dados pessoais, após o termo das sessões de consulta dos sítios Internet em questão, ainda que só um terceiro estivesse em condições de determinar a identidade da pessoa em causa, sendo este terceiro, no caso em apreço, o fornecedor de acesso à Internet de P. Breyer que conservou dados suplementares que permitem identificá-lo através desses endereços IP. Segundo um critério “relativo”, esses dados poderiam ser considerados dados pessoais em relação a um organismo, como o fornecedor de acesso à Internet de P. Breyer, uma vez que permitem a identificação precisa do utilizador (v., a este respeito, acórdão de 24 de novembro de 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, n. 51), mas não em relação a outro organismo, como o dos sítios Internet consultados por P. Breyer, dado que esse operador não disporia, no caso de P. Breyer não ter revelado a sua iden-

tidade durante as sessões de consulta desses sítios, das informações necessárias para a sua identificação sem um grande esforço.

26 No caso de os endereços IP dinâmicos do computador de P. Breyer, combinados com a data da respetiva sessão de consulta, serem considerados dados pessoais, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a conservação desses endereços IP após o termo dessa sessão é autorizada com base no artigo 7º, alínea f), da mesma diretiva.

27 A este respeito, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) precisa, por um lado, que, nos termos do § 15, n. 1, da TMG, os prestadores de serviços de comunicações em linha só podem recolher e utilizar dados pessoais de um utilizador na medida em que seja necessário para permitir e faturar a utilização desses meios de comunicação. Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio refere que, segundo a República Federal da Alemanha, a conservação dos ditos dados é necessária para garantir a segurança e a continuidade do bom funcionamento dos sítios dos serviços de meios de comunicação em linha que disponibiliza ao público, dado que permitem, em especial, reconhecer os ataques informáticos denominados “ataques de negação de serviço”, que visam paralisar o funcionamento desses sítios através da inundação dirigida e coordenada de certos servidores Internet por um grande número de pedidos, e combater esses ataques.

28 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, se e na medida em

que seja necessário que o prestador de serviços de meios de comunicação em linha adote medidas para combater esse tipo de ataques, essas medidas podem ser consideradas necessárias para “permitir [...] a utilização dos meios de comunicação eletrónicos”, nos termos do § 15 da TMG. No entanto, a doutrina defende maioritariamente a tese segunda a qual, por um lado, a recolha e a utilização de dados pessoais de um utilizador de um sítio Internet só é autorizada para permitir uma utilização concreta desse sítio e, por outro, esses dados devem ser apagados após o termo da respetiva sessão de consulta se não forem necessários para efeitos de faturação. Ora, esta interpretação restritiva do § 15, n. 1, da TMG opõe-se a que a conservação dos endereços IP seja autorizada para garantir, de uma forma geral, a segurança e a continuidade do bom funcionamento dos meios de comunicação em linha.

29 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se esta última interpretação, que é a interpretação preconizada pelo órgão jurisdicional de recurso, respeita o artigo 7º, alínea f), da Diretiva 95/46, à luz, nomeadamente, dos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça nos n.ºs 29 e seguintes do acórdão de 24 de novembro de 2011, ASNEF e FECMD (C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777).

30 Nestas condições, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“1) Deve o artigo 2º, alínea a), da Diretiva 95/46[...] ser interpretado no sentido de que um endereço [de] protocolo IP (endereço IP), [registo] por um prestador de serviços [de meios de comunicação em linha] no contexto de um acesso ao seu sítio Internet, constitui para [ele] um dado pessoal [embora seja] um terceiro (neste caso, o fornecedor de acesso à Internet) [quem] dispõe das informações suplementares necessárias para a identificação da pessoa em causa?

2) [Opõe-se] o artigo 7º, alínea f), [desta diretiva] a uma disposição nacional nos termos da qual o prestador de serviços [de meios de comunicação em linha] apenas pode recolher e utilizar dados pessoais de um utilizador sem o consentimento do mesmo na medida em que tal seja necessário para [permitir] e faturar a utilização concreta do meio de comunicação [em linha] por parte desse utilizador e nos termos da qual a finalidade de garantir o funcionamento geral do meio de comunicação [em linha] não pode justificar a sua utilização após o termo [da sessão de consulta]?”

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

31 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2º, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que um endereço IP dinâmico registado por um prestador de serviços de meios de comunicação em linha aquando da consulta por uma pessoa de um sítio Internet que esse prestador dis-

ponibiliza ao público constitui, relativamente a esse prestador, um dado pessoal na aceção desta disposição, quando apenas um terceiro, neste caso o fornecedor de acesso à Internet dessa pessoa, dispõe das informações suplementares necessárias para a identificar.

32 Nos termos da referida disposição, entende-se por “dados pessoais” “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (pessoa em causa)”. Nos termos desta disposição, é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

33 A título preliminar, há que salientar que, no n. 51 do acórdão de 24 de novembro de 2011, *Scarlet Extended* (C-70/10, EU:C:2011:771), que tinha por objeto, nomeadamente, a interpretação da mesma diretiva, o Tribunal de Justiça considerou, em substância, que os endereços IP dos utilizadores de Internet eram dados pessoais protegidos, uma vez que permitem a identificação precisa desses utilizadores.

34 Contudo, esta afirmação do Tribunal de Justiça referia-se à hipótese em que a recolha e a identificação dos endereços IP dos utilizadores de Internet são efetuadas pelos fornecedores de acesso à Internet.

35 Ora, no caso em apreço, a primeira questão versa sobre a hipótese em que é o prestador de serviços

de meios de comunicação em linha, a saber, a República Federal da Alemanha, que regista os endereços IP dos utilizadores de um sítio Internet que esse prestador disponibiliza ao público, sem dispor das informações suplementares necessárias para os identificar.

36 Além disso, é pacífico que os endereços IP a que se refere o órgão jurisdicional de reenvio são endereços IP “dinâmicos”, a saber, endereços provisórios que são atribuídos aquando de cada conexão à Internet e substituídos nas conexões posteriores, e não endereços IP “estáticos”, que são imutáveis e permitem a identificação permanente do dispositivo ligado à rede.

37 Assim, a primeira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio baseia-se na premissa segundo a qual, por um lado, os dados que consistem num endereço IP dinâmico e na data e hora da sessão de consulta de um sítio Internet a partir desse endereço IP, registados por um prestador de serviços de meios de comunicação em linha, não oferecem, por si só, a esse prestador a possibilidade de identificar o utilizador que consultou esse sítio Internet durante essa sessão e, por outro, o fornecedor de acesso à Internet dispõe, por sua vez, de informações suplementares que, combinadas com esse endereço IP, permitem identificar o referido utilizador.

38 A este respeito, deve-se, antes de mais, salientar que é dado assente que um endereço IP dinâmico não constitui uma informação relativa a uma “pessoa singular identificada”,

na medida em que esse endereço não revela diretamente a identidade da pessoa singular proprietária do computador a partir do qual se efetua a consulta de um sítio Internet, nem a de outra pessoa que possa utilizar esse computador.

39 Seguidamente, para determinar se um endereço IP dinâmico constitui, na hipótese exposta no n. 37 do presente acórdão, um dado pessoal na aceção do artigo 2º, alínea a), da Diretiva 96/45 em relação a um prestador de serviços de meios de comunicação em linha, há que verificar se um endereço IP dessa natureza, registado por esse prestador, pode ser qualificado de informação relativa a uma “pessoa singular identificável”, quando as informações suplementares necessárias para identificar o utilizador de um sítio Internet que esse prestador de serviços disponibiliza ao público são detidas pelo fornecedor de acesso à Internet desse utilizador.

40 A este respeito, resulta da redação do artigo 2º, alínea a), da Diretiva 95/46 que é considerada identificável uma pessoa que pode ser identificada não só direta como também indiretamente.

41 A utilização pelo legislador da União do termo “indiretamente” pretende indicar que, para qualificar uma informação como dado pessoal, não é necessário que essa informação permita, por si só, identificar a pessoa em causa.

42 Além disso, o considerando 26 da Diretiva 95/46 enuncia que, para determinar se uma pessoa é identificável, importa considerar to-

dos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, quer pelo responsável pelo tratamento quer por qualquer outra pessoa, para identificar a referida pessoa.

43 Na medida em que esse considerando faz referência aos meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados quer pelo responsável pelo tratamento quer por “qualquer outra pessoa”, a sua redação sugere que, para que um dado possa ser qualificado de “dado pessoal” na aceção do artigo 2º, alínea a), da referida diretiva, não é necessário que todas as informações que permitem identificar a pessoa em causa tenham de estar na posse de uma única pessoa.

44 O facto de as informações suplementares necessárias para identificar o utilizador de um sítio Internet não serem detidas pelo prestador de serviços de meios de comunicação em linha, mas pelo fornecedor de acesso à Internet desse utilizador, não parece, assim, suscetível de excluir que os endereços IP dinâmicos registados pelo prestador de serviços de meios de comunicação em linha constituam, para ele, dados pessoais na aceção do artigo 2º, alínea a), da Diretiva 95/46.

45 Importa, contudo, determinar se a possibilidade de combinar um endereço IP dinâmico com as referidas informações suplementares detidas por esse fornecedor de acesso à Internet constitui um meio suscetível de ser razoavelmente utilizado para identificar a pessoa em causa.

46 Como salientou o advogado-geral, em substância, no n. 68 das suas conclusões, assim não será se a

identificação da pessoa em causa for proibida por lei ou inexequível, por exemplo devido ao facto de implicar um esforço desmedido em termos de tempo, de custo e de mão de obra, de modo que o risco de uma identificação parece na realidade insignificante.

47 Ora, embora o órgão jurisdicional de reenvio precise na sua decisão de reenvio que o direito alemão não permite ao fornecedor de acesso à Internet transmitir diretamente ao prestador de serviços de meios de comunicação em linha as informações suplementares necessárias para a identificação da pessoa em causa, existem, todavia, sem prejuízo das verificações a efetuar a este propósito pelo referido órgão jurisdicional, vias legais que permitem ao prestador de serviços de meios de comunicação em linha dirigir-se, nomeadamente em caso de ataques informáticos, à autoridade competente a fim de que esta proceda às diligências necessárias para obter essas informações junto do fornecedor de acesso à Internet e para iniciar as ações penais.

48 Assim, o prestador de serviços de meios de comunicação em linha dispõe de meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados para identificar, com o auxílio de outras pessoas, a saber, a autoridade competente e o fornecedor de acesso à Internet, a pessoa em causa com base nos endereços IP conservados.

49 Em face de todas as considerações anteriores, há que responder à primeira questão que o artigo 2º, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que um

endereço IP dinâmico registado por um prestador de serviços de meios de comunicação em linha aquando da consulta por uma pessoa de um sítio Internet que esse prestador disponibiliza ao público constitui, relativamente a esse prestador, um dado pessoal na aceção dessa disposição, quando este disponha de meios legais que lhe permitam identificar a pessoa em causa graças às informações suplementares que o fornecedor de acesso à Internet dessa pessoa dispõe.

Quanto à segunda questão

50 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 7º, alínea f), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro nos termos da qual um prestador de serviços de meios de comunicação em linha apenas pode recolher e utilizar os dados pessoais relativos a um utilizador desses serviços sem o consentimento do mesmo na medida em que essa recolha e essa utilização sejam necessárias para permitir e faturar a utilização concreta dos referidos serviços por esse utilizador, sem que o objetivo de garantir o funcionamento geral desses mesmos serviços possa justificar a utilização dos referidos dados após o termo da respetiva sessão de consulta.

51 Antes de responder a esta questão, há que determinar se o tratamento dos dados pessoais em causa no processo principal, a saber, os endereços IP dinâmicos dos utilizadores de certos sítios Internet dos serviços

federais alemães, não está excluído do âmbito de aplicação da Diretiva 95/46 nos termos do seu artigo 3º, n. 2, primeiro travessão, por força do qual a referida diretiva não se aplica ao tratamento de dados pessoais que tenha como objeto, nomeadamente, as atividades do Estado no domínio do direito penal.

52 A este respeito, importa recordar que as atividades mencionadas a título exemplificativo na referida disposição são, em todos os casos, atividades próprias dos Estados ou das autoridades estatais, e alheias aos domínios de atividade dos particulares (v. acórdãos de 6 de novembro de 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, n. 43, e de 16 de dezembro de 2008, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, n. 41).

53 Ora, no processo principal, sem prejuízo das verificações a efetuar a este respeito pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece que os serviços federais alemães que prestam serviços de meios de comunicação em linha e são responsáveis pelo tratamento dos endereços IP dinâmicos atuam, apesar do seu estatuto de autoridades públicas, na qualidade de particulares e fora do quadro das atividades do Estado relativas a domínios do direito penal.

54 Por conseguinte, há que determinar se uma regulamentação de um Estado-Membro como a que está em causa no processo principal é compatível com o artigo 7º, alínea f), da Diretiva 95/46.

55 Para o efeito, deve recordar-se que a regulamentação nacional em

causa no processo principal, tal como interpretada no sentido estrito evocado pelo órgão jurisdicional de reenvio, apenas autoriza a recolha e a utilização dos dados pessoais relativos a um utilizador dos referidos serviços sem o consentimento deste na medida em que tal seja necessário para permitir e faturar a utilização concreta do meio de comunicação em linha pelo utilizador em questão, sem que o objetivo de garantir o funcionamento geral do meio de comunicação possa justificar a utilização desses dados após o termo de uma sessão de consulta desse meio de comunicação.

56 Em conformidade com o artigo 7º, alínea f), da Diretiva 95/46, o tratamento de dados pessoais é válido “se for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do n. 1 do artigo 1º” desta diretiva.

57 Importa recordar que o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 7º da referida diretiva prevê uma lista exaustiva e taxativa dos casos em que um tratamento de dados pessoais pode ser considerado lícito, e que os Estados-Membros não podem acrescentar novos princípios relativos à legitimação dos tratamentos de dados pessoais ao referido artigo nem prever exigências suplementares que venham alterar o alcance de um dos seis princípios previstos nesse artigo (v., neste sentido, acórdão de 24 de no-

vembro de 2011, ASNEF e FECEMD, C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777, n^{os} 30 e 32).

58 Embora seja verdade que o artigo 5^o da Diretiva 95/46 autoriza os Estados-Membros a precisarem, dentro dos limites do capítulo II desta diretiva e, logo, do artigo 7^o da mesma, as condições em que os tratamentos de dados pessoais são lícitos, a margem de apreciação de que os Estados-Membros dispõem, nos termos do referido artigo 5^o, só pode assim ser utilizada em conformidade com o objetivo prosseguido pela referida diretiva, que consiste em manter um equilíbrio entre a livre circulação dos dados pessoais e a proteção da vida privada. Os Estados-Membros não podem introduzir, ao abrigo do artigo 5^o da mesma diretiva, outros princípios relativos à legitimação dos tratamentos de dados pessoais além dos enunciados no artigo 7^o dessa diretiva nem alterar, através de exigências suplementares, o alcance dos seis princípios previstos no referido artigo 7^o (v., neste sentido, acórdão de 24 de novembro de 2011, ASNEF e FECEMD, C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777, n^{os} 33, 34 e 36).

59 No caso em apreço, se o § 15 da TMG fosse interpretado da forma estrita referida no n. 55 do presente acórdão, teria um alcance mais restritivo do que o do princípio previsto no artigo 7^o, alínea f), da Diretiva 95/46.

60 Com efeito, enquanto o artigo 7^o, alínea f), da referida diretiva se refere de uma forma genérica à “[prosecução dos] interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do

terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados”, o § 15 da TMG autoriza o prestador de serviços a recolher e a utilizar dados pessoais de um utilizador unicamente na medida em que tal seja necessário para permitir e faturar a utilização concreta dos meios de comunicação eletrónicos. O § 15 da TMG opõe-se, assim, de uma forma geral, à conservação, no termo de uma sessão de consulta de meios de comunicação em linha, de dados pessoais para garantir a utilização desses meios. Ora, os serviços federais alemães que prestam serviços de meios de comunicação em linha poderiam também ter um interesse legítimo em garantir, após cada utilização concreta dos seus sítios Internet acessíveis ao público, a continuidade do funcionamento desses sítios.

61 Como salientou o advogado-geral nos n^{os} 100 e 101 das suas conclusões, essa regulamentação nacional não se limita a precisar, em conformidade com o artigo 5^o da Diretiva 95/46, o conceito de “interesse legítimo” que figura no artigo 7^o, alínea f), desta diretiva.

62 A este respeito, importa também recordar que o artigo 7^o, alínea f), da referida diretiva se opõe a que um Estado-Membro exclua de forma categórica e generalizada a possibilidade de algumas categorias de dados pessoais serem tratadas sem permitir uma ponderação dos direitos e interesses opostos em causa num caso específico. Um Estado-Membro não pode assim prescrever, para essas categorias, de forma definitiva, o resultado da ponderação dos direitos e

dos interesses opostos sem permitir um resultado diferente devido a circunstâncias particulares de um caso concreto (v., neste sentido, acórdão de 24 de novembro de 2011, ASNEF e FECEMD, C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777, n^{os} 47 e 48).

63 Ora, uma regulamentação como a que está em causa no processo principal reduz, no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos utilizadores de sítios de meios de comunicação em linha, o alcance do princípio estabelecido no artigo 7^o, alínea f), da Diretiva 95/46, ao excluir que a finalidade de garantir o funcionamento geral do referido meio de comunicação em linha possa ser objeto de ponderação com o interesse ou os direitos e liberdades fundamentais desses utilizadores, que requerem, em conformidade com esta disposição, uma proteção ao abrigo do artigo 1^o, n. 1, da mesma diretiva.

64 Resulta de todas as considerações anteriores que há que responder à segunda questão que o artigo 7^o, alínea f), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro nos termos da qual um prestador de serviços de meios de comunicação em linha apenas pode recolher e utilizar dados pessoais de um utilizador desses serviços sem o consentimento deste na medida em que essa recolha e essa utilização sejam necessárias para permitir e faturar a utilização concreta dos referidos serviços por esse utilizador, sem que o objetivo de garantir o funcionamento geral desses mesmos serviços possa justificar a utilização

dos referidos dados após o termo de uma sessão de consulta desses meios de comunicação.

Quanto às despesas

65 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 (Segunda Secção) declara:

1) O artigo 2^o, alínea a), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que um endereço de protocolo Internet dinâmico registado por um prestador de serviços de meios de comunicação em linha aquando da consulta por uma pessoa de um sítio Internet que esse prestador disponibiliza ao público constitui, relativamente a esse prestador, um dado pessoal na aceção dessa disposição, quando este disponha de meios legais que lhe permitam identificar a pessoa em causa graças às informações suplementares que o fornecedor de acesso à Internet dessa pessoa dispõe.

2) O artigo 7^o, alínea f), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no

sentido de que se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro nos termos da qual um prestador de serviços de meios de comunicação em linha apenas pode recolher e utilizar dados pessoais de um utilizador desses serviços sem o consentimento deste na medida em que essa recolha e essa utilização sejam necessárias para permitir e faturar a utilização concreta dos referidos serviços por esse utilizador, sem que

o objetivo de garantir o funcionamento geral desses mesmos serviços possa justificar a utilização dos referidos dados após o termo de uma sessão de consulta desses meios de comunicação.

Assinaturas

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1477043802657&uri=CELEX:62014CJ0582>

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

21 de dezembro de 2016 (*)

“Reenvio prejudicial – Diretiva 93/13/CEE – Contratos celebrados com os consumidores – Mútuos hipotecários – Cláusulas abusivas – Artigo 4º, n. 2 – Artigo 6º, n. 1 – Declaração de nulidade – Limitação pelo juiz nacional dos efeitos no tempo da declaração de nulidade de uma cláusula abusiva”

Nos processos apensos C-154/15, C-307/15 e C-308/15, que têm por objeto pedidos de decisão prejudicial apresentados, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Granada (Tribunal do Comércio n. 1 de Granada, Espanha) (C-154/15), por decisão de 25 de março de 2015, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 1 de abril de 2015, e pela Audiencia Provincial de Alicante (Tribunal Provincial de Alicante, Espanha) (C-307/15 e

C-308/15), por decisões de 15 de junho de 2015, que deram entrada no Tribunal de Justiça em 1 de julho de 2015, nos processos

Francisco Gutiérrez Naranjo

contra

Cajasur Banco SAU (C-154/15),

Ana María Palacios Martínez

contra

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) (C-307/15),

Banco Popular Español, S.A.

contra

Emilio Irles López,

Teresa Torres Andreu

(C-308/15),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vice-presidente, R. Silva de Lapuerta e M. Ilešič, presidentes de secção, J. Malenovský, E. Levits (relator), J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. G. Fernlund, C. Vajda, S. Rodin, F. Biltgen e K. Jürimäe, juízes,

advogado-geral: P. Mengozzi,
secretário: L. Carrasco Marco,
administradora,

vistos os autos e após a audiência
de 26 de abril de 2016,

vistas as observações apresenta-
das:

– em representação de F. Gutiér-
rez Naranjo, por A. Navarro Vidal, A.
Martínez Muriel, D. Pineda Cuadrado
e L. Pineda Salido, advogados,

– em representação de A. M.
Palacios Martínez, por F. Zambudio
Nicolas, advogado, e R. López Coloma,
procuradora,

– em representação de Banco Po-
pular Español SA, por C. Fernández
Vicién, I. Moreno-Tapia Rivas e J. Ca-
pell, advogados,

– em representação de Cajasur
Banco SAU, por J. Remón Peñalver e
D. Sarmiento Ramirez-Escudero, abo-
gados,

– em representação de Banco Bil-
bao Vizcaya Argentaria SA (BBVA),
por J. Rodríguez Cárcamo e A. Rodrí-
guez Conde, advogados,

– em representação de E. Irlés
López e de T. Torres Andreu, por Y.
Sánchez Orts, procuradora, e F. García
Cerrillo, advogado,

– em representação do Gover-
no espanhol, por A. Gavela Llopis e
M. Sampol Pucurull, na qualidade de
agentes,

– em representação do Governo
checo, por S. Šindelková bem como
por M. Smolek e J. Vlácil, na qualida-
de de agentes,

– em representação do Governo
polaco, por B. Majczyna, na qualidade
de agente,

– em representação do Governo
do Reino Unido, por S. Simmons e
L. Christie, na qualidade de agentes,
assistidos por S. Ford, barrister, bem
como de K. Smith e B. Kennelly, QC,

– em representação da Comissão
Europeia, por D. Roussanov, N. Ruiz
García e J. Baquero Cruz, na qualida-
de de agentes,

ouvidas as conclusões do advoga-
do-geral apresentadas na audiência de
13 de julho de 2016,

profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão preju-
dicial têm por objeto a interpretação,
em especial, dos artigos 6º e 7º da
Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de
5 de abril de 1993, relativa às cláusu-
las abusivas nos contratos celebrados
com os consumidores (JO 1993, L 95,
p. 29).

2 Estes pedidos foram apresenta-
dos no âmbito de litígios que opõem
pessoas que celebraram mútuos hip-
otecários a estabelecimentos bancários,
a propósito do direito à restituição de
quantias pagas com base em cláusulas
contratuais cujo caráter abusivo foi ju-
dicialmente declarado.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O décimo considerando da Di-
retiva 93/13 prevê:

“[...] pode obter[-se] uma pro-
teção mais eficaz dos consumidores
através da adoção de regras uniformes
em matéria de cláusulas abusivas [...]”.

4 O décimo segundo consideran-
do desta diretiva precisa:

“[...] há que deixar aos Estados-Membros a possibilidade de, no respeito pelo Tratado, assegurarem um nível de proteção mais elevado do consumidor através de disposições nacionais mais rigorosas do que as da presente diretiva”.

5 Segundo o vigésimo quarto considerando da Diretiva 93/13:

“[...] as autoridades judiciais e órgãos administrativos dos Estados-Membros devem dispor de meios adequados e eficazes para pôr termo à aplicação das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores”.

6 Nos termos do artigo 3º, n. 1, da Diretiva 93/13:

“Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.”

7 Por força do artigo 3º, n. 2, primeiro parágrafo, dessa diretiva:

“Considera-se que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão. [...]”

8 O artigo 4º da referida diretiva dispõe:

“1. Sem prejuízo do artigo 7º, o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto

do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa.

2. A avaliação do caráter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível.”

9 O artigo 5º desta mesma diretiva precisa:

“No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. [...]”

10 O artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13 prevê:

“Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.”

11 Em conformidade com o artigo 7º, n. 1, da mesma diretiva:

“Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados

e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.”

Direito espanhol

Legislação

12 Segundo o artigo 1303º do Código Civil:

“Declarada a nulidade de uma obrigação, deve ser reciprocamente restituído por cada um dos contratantes tudo o que tiver sido prestado, com os respetivos frutos, bem como o preço acrescido de juros, sem prejuízo dos artigos seguintes.”

13 O artigo 82º, n. 1, do texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (texto consolidado da Lei geral de proteção dos consumidores e utilizadores e outras leis complementares), aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/2007 (Decreto Legislativo Real 1/2007), de 16 de novembro de 2007 (BOE n. 287, de 30 de novembro de 2007), na sua versão aplicável aos litígios no processo principal (a seguir LGDCU”), dispõe:

“São consideradas abusivas todas as cláusulas não negociadas individualmente e todas as práticas não expressamente consentidas que, contra os ditames da boa-fé, criem, em detrimento do consumidor e do utente, um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações que decorrem do contrato para as partes.”

14 O artigo 83º da LGDCU prevê:

“As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito e consideram-se não escritas. Para tal, após audição das

partes, o juiz declara a nulidade das cláusulas abusivas incluídas no contrato; no entanto, o contrato continua a vincular as partes nos mesmos termos, caso possa subsistir sem as cláusulas abusivas.”

15 O artigo 5º, n. 5, da Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (Lei 7/1998, relativa às condições contratuais gerais), de 13 de abril de 1998 (BOE n. 89, de 14 de abril de 1998), na sua versão aplicável aos litígios no processo principal (a seguir “LCGC”), dispõe:

“A redação das cláusulas gerais deve respeitar os critérios de transparência, clareza, precisão e simplicidade.”

16 O artigo 7º da LCGC prevê:

“Não serão incluídas no contrato as seguintes condições gerais:

A aquelas de que o consumidor não tenha efetivamente tido a oportunidade de tomar conhecimento antes da celebração do contrato ou que não foram assinadas, se for caso disso, nos termos do artigo 5º;

b) as condições ilegíveis, ambíguas, obscuras e incompreensíveis, exceto, no caso destas últimas, quando o aderente as tenha expressamente aceitado por escrito e quando respeitem a regulamentação específica relativa à transparência das cláusulas contratuais nesse domínio.”

17 Nos termos do artigo 8º da LCGC:

“1. São nulas de pleno direito as condições gerais que, em prejuízo do aderente, contrariem as disposições da presente lei ou qualquer outra norma imperativa ou proibitiva, exceto se nelas se estabelecer outra sanção.

“2. Em especial, são nulas as condições gerais abusivas nos contratos celebrados com um consumidor [...]”

Jurisprudência do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha)

– Acórdão n. 241/2013, de 9 de maio de 2013

18 Chamado a pronunciar-se sobre uma ação coletiva intentada por uma associação de consumidores contra vários estabelecimentos bancários, no acórdão n. 241/2012, de 9 de maio de 2013, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), após ter declarado o caráter abusivo das cláusulas que preveem uma taxa mínima abaixo da qual a taxa de juro variável não pode diminuir (a seguir cláusulas “suelo”), constantes das condições gerais dos contratos de mútuo hipotecário celebrados com os consumidores, declarou a nulidade dessas cláusulas.

19 Aquele órgão jurisdicional considerou que as referidas cláusulas, que tinham por objeto a definição do objeto principal dos contratos em causa, eram gramaticalmente inteligíveis para os consumidores e satisfaziam por isso a exigência de redação clara e compreensível exigida pelo artigo 4º, n. 2, da Diretiva 93/13. Assim, para o referido órgão jurisdicional, não deviam ser consideradas abusivas, em conformidade com a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309).

20 Todavia, baseando-se designadamente nos princípios afirmados pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 21 de março de 2013, RWE Vertrieb

(C-92/11, EU:C:2013:180), o referido órgão jurisdicional declarou que a exigência de transparência, prevista no artigo 4º, n. 2, da Diretiva 93/13, deve ser entendida no sentido de que implica o respeito não apenas de um aspeto formal mas igualmente de um aspeto material, com o mesmo alcance que a exigência referida no artigo 5º desta diretiva, e relacionado com o caráter suficiente das informações fornecidas aos consumidores, no momento da celebração do contrato, quanto às consequências jurídicas e económicas que decorrem para estes da aplicação das cláusulas relativas, designadamente, ao objeto principal do contrato.

21 Ora, segundo o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), no processo em que foi proferido o acórdão de 9 de maio de 2013, a exigência de transparência material não tinha sido cumprida na medida em que os estabelecimentos bancários em causa não tinham prestado tais informações aos consumidores no momento da celebração dos contratos de mútuo que incluíam cláusulas “suelo”. Assim, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) procedeu à análise do caráter eventualmente abusivo dessas cláusulas à luz dos critérios gerais da boa-fé, do equilíbrio e do transparência enunciados no artigo 3º, n. 1, no artigo 4º, n. 1, e no artigo 5º da Diretiva 93/13, e declarou a nulidade das referidas cláusulas em razão da sua falta de transparência devido a uma informação insuficiente dos mutuários quanto às consequências concretas da sua aplicação prática.

22 O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) considerou porém que

os contratos de mútuo hipotecário em causa eram suscetíveis de subsistir e, além disso, limitou a retroatividade dos efeitos da declaração de nulidade das cláusulas “suelo”.

23 Com efeito, quanto a este aspeto, após ter recordado que, por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça aplicada à declaração de nulidade de cláusulas abusivas, as cláusulas em causa deviam ser consideradas sem efeito, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) salientou que, não obstante a regra geral do efeito retroativo de uma declaração de nulidade, esse efeito não podia ser impermeável aos princípios gerais do direito e, em especial, ao princípio da segurança jurídica.

24 O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) declarou que as cláusulas “suelo” eram lícitas enquanto tais, que respondiam a razões objetivas, que não eram nem inabituais nem extravagantes, que a sua utilização tinha sido tolerada durante muito tempo no mercado do crédito imobiliário, que a sua nulidade se baseava na falta de transparência resultante de uma informação insuficiente dos mutuários, que os estabelecimentos bancários tinham respeitado as exigências regulamentares de informação, que a fixação de uma taxa de juro mínima respondia à necessidade de manter um rendimento mínimo dos mútuos hipotecários em causa a fim de permitir aos estabelecimentos bancários cobrir os custos de produção envolvidos e continuar a atribuir esses financiamentos, que as cláusulas “suelo” eram calculadas de forma a não implicar alterações significativas nas quantias a pagar ini-

cialmente, quantias que os prestadores tinham em conta, no momento em que decidiam as suas atuações económicas, que a legislação espanhola autorizava a substituição do credor e que a retroatividade da declaração de nulidade das cláusulas em causa provocaria perturbações económicas graves.

25 Assim, à luz destas considerações, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), com fundamento no princípio da segurança jurídica, limitou os efeitos do seu acórdão a contar da data de publicação do mesmo, decidindo que a declaração de nulidade das cláusulas “suelo” em causa não afetaria as situações definitivamente dirimidas por decisões judiciais com força de caso julgado nem os pagamentos efetuados antes de 9 de maio de 2013, de modo que só as quantias indevidamente pagas com fundamento nessas cláusulas posteriormente a essa data deviam ser restituídas.

– Acórdão n. 139/2015, de 25 de março de 2015

26 No seu acórdão n. 139/2015, de 25 de março de 2015 (a seguir “acórdão de 25 de março de 2015”), o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) confirmou a limitação dos efeitos retroativos da declaração de nulidade de uma cláusula “suelo” no âmbito de um recurso individual de um consumidor que reclamava a restituição das quantias indevidamente pagas com fundamento em tal cláusula. Ao fazê-lo, esse órgão jurisdicional alargou às ações individuais de inibição e de indemnização a solução anteriormente adotada pelo acórdão de 9 de maio de 2013 para as ações coletivas de

inibição. Assim, no processo que deu origem ao acórdão de 25 de março de 2015, a obrigação de restituição foi limitada às quantias indevidamente pagas após a prolação do acórdão de 9 de maio de 2013.

Matéria de facto dos litígios nos processos principais e questões prejudiciais

Processo C-154/15

27 Francisco Gutiérrez Naranjo celebrou com a Cajasur Banco S.A.U. um contrato de mútuo hipotecário que continha uma cláusula “suelo”.

28 Com base na Diretiva 93/13, bem como na jurisprudência do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), F. Gutiérrez Naranjo interpôs no Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Granada (Tribunal do Comércio n. 1 de Granada, Espanha) um recurso para que este declarasse a nulidade dessa cláusula “suelo” e determinasse a restituição das quantias indevidamente pagas com fundamento nessa cláusula.

29 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se se o facto de limitar os efeitos da declaração de nulidade de uma cláusula contratual em razão do seu caráter abusivo apenas ao período posterior a essa declaração é compatível com o artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13.

30 Nestas condições, o Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Granada (Tribunal do Comércio n. 1 de Granada) decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“1) [...] [A] interpretação no sentido da ‘não vinculação’ efetuada pelo

artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13/CEE, é compatível com uma interpretação que determine que a declaração de nulidade da referida cláusula não impede que a mesma seja considerada aplicável até à data dessa declaração? E entender-se-á, assim, que embora seja declarada nula, os efeitos produzidos durante a sua vigência não serão eles próprios inválidos ou ineficazes?

2) A eventual inibição da utilização de uma determinada cláusula (em conformidade com os artigos 6º, n. 1, e 7º, n. 1) quando, numa ação individual instaurada por um consumidor, se declare a respetiva nulidade, é compatível com uma limitação dos efeitos dessa nulidade? Podem os tribunais condenar o profissional na devolução das quantias pagas pelo consumidor em virtude dessa cláusula, posteriormente declarada nula *ex tunc* por insuficiência de informação e/ou falta de transparência?”

Processo C-307/15

31 Em 28 de julho de 2006, Ana María Palacios Martínez celebrou com o Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) um contrato de mútuo hipotecário com uma cláusula “suelo”.

32 Em 6 de março de 2014, a mutuária interpôs recurso no Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Alicante (Tribunal do Comércio n. 1 de Alicante, Espanha) para que este declarasse a nulidade, em razão do seu caráter abusivo, dessa cláusula “suelo”, bem como para obter a restituição das quantias indevidamente recebidas pelo estabelecimento bancário.

3 Em primeira instância, aquele órgão jurisdicional considerou, refe-

rindo-se à solução adotada pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) no seu acórdão de 9 de maio de 2013, que o recurso tinha ficado sem objeto, sem prejuízo da restituição à recorrente das quantias que o estabelecimento bancário tinha recebido devido à cláusula em questão a partir da data de prolação desse acórdão.

34 Chamada a pronunciar-se em sede de recurso, a Audiencia Provincial de Alicante (Tribunal Provincial de Alicante, Espanha) exprime dúvidas quanto à compatibilidade da solução adotada em primeira instância com o artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13.

35 Segundo aquele tribunal, a não retroatividade da declaração de nulidade de uma cláusula abusiva poderá estar em contradição tanto com os objetivos dessa diretiva como com a proibição da moderação por via judiciária dos efeitos de uma cláusula abusiva. Além disso, o referido órgão jurisdicional duvida que, no processo que deu origem ao acórdão de 9 de maio de 2013, estejam preenchidas as condições exigidas pelo Tribunal de Justiça para que os efeitos da declaração de nulidade de uma cláusula abusiva possam ser limitados no tempo.

36 Por conseguinte, a Audiencia Provincial de Alicante (Tribunal Provincial de Alicante) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“1) É compatível com o princípio da ‘não vinculação’ do consumidor [pelas cláusulas abusivas], consagrado no artigo 6º, n. 1, da Diretiva [93/13],

que os efeitos [de restituição] decorrentes da declaração de nulidade, por ser abusiva, de uma cláusula de limitação da taxa de juros variável (cláusula ‘suelo’) inserida num contrato de mútuo não sejam retroativos à data da conclusão do contrato mas a uma data posterior?

2) O critério da boa-fé dos círculos interessados, que constitui fundamento da limitação da eficácia retroativa decorrente [da nulidade] de uma cláusula abusiva, é um conceito autónomo do direito da União que deve ser interpretado de maneira uniforme por todos os Estados-Membros?

3) Em caso de resposta afirmativa, que requisitos devem ser satisfeitos para determinar a existência da boa-fé dos círculos interessados?

4) É, em qualquer caso, compatível com a boa-fé dos círculos interessados o comportamento do profissional [que,] na elaboração do contrato, deu origem à falta de transparência que está na origem do carácter abusivo da cláusula?

5) O risco de perturbações graves, que constitui fundamento da limitação da eficácia retroativa decorrente [da nulidade] de uma cláusula abusiva, é um conceito autónomo do direito da União que deve ser interpretado de maneira uniforme por todos os Estados-Membros?

6) Em caso de resposta afirmativa, quais os critérios a ter em conta?

7) Deve o risco de perturbações graves ser valorado tendo apenas em conta o risco que possa correr o profissional ou deve também ser considerado o prejuízo ocasionado aos

consumidores pela falta de restituição integral das quantias pagas por força da referida cláusula ‘suelo’?”

Processo C-308/15

37 Em 1 de junho de 2001, Emilio Irlés López e Teresa Torres Andreu celebraram com o Banco Popular Español SA (a seguir “BPE”) um contrato de mútuo hipotecário com uma cláusula “suelo”. Por atos modificativos de 2 de maio de 2007 e 14 de junho de 2007, as partes acordaram dois aumentos da linha de crédito, incluindo cada um uma cláusula “suelo”.

38 Considerando que as modalidades do seu consentimento às cláusulas “suelo” se tinham caracterizado por falta de transparência, os mutuários interpuseram, no Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Alicante (Tribunal do Comércio n. 3 de Alicante, Espanha), um recurso para que este declarasse a nulidade dessas cláusulas e a restituição das quantias indevidamente pagas com base nas mesmas.

39 O recurso foi acolhido em primeira instância pelo referido órgão jurisdicional, que condenou assim o BPE a restituir aos mutuários as quantias indevidamente pagas em aplicação dessas cláusulas a partir do contrato de mútuo e dos seus atos modificativos.

40 O BPE recorreu para a Audiencia Provincial de Alicante (Tribunal Provincial de Alicante), baseando-se nos acórdãos de 9 de maio de 2013 e 25 de março de 2015.

41 O órgão jurisdicional de renvio exprime, por um lado, dúvidas quanto à compatibilidade da limitação dos efeitos da declaração de nulidade

de uma cláusula abusiva com o artigo 6º da Diretiva 93/13. Por outro lado, segundo aquele órgão jurisdicional, o facto de o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) ter, com o seu acórdão de 25 de março de 2015, alargado às ações individuais a solução que tinha adotado no acórdão de 9 de maio de 2013 no contexto de uma ação coletiva podia ter como efeito restringir o direito dos mutuários a uma proteção jurisdicional efetiva, na medida em que as circunstâncias específicas próprias de cada caso concreto não seriam tomadas em consideração para determinar o ponto de partida da obrigação de restituição que incumbe ao estabelecimento bancário que beneficiou dos efeitos de uma cláusula abusiva.

42 Assim, a Audiencia Provincial de Alicante (Tribunal Provincial de Alicante) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça, além das mesmas sete questões prejudiciais colocadas no âmbito do processo C-307/15, uma oitava questão, formulada do seguinte modo:

“[...]

8) É compatível com o princípio da não vinculação do consumidor às cláusulas abusivas, consagrado no artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13, e com o direito à proteção jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a extensão automática da mesma limitação dos efeitos [de restituição] decorrentes da nulidade de uma cláusula ‘suelo’ declarada no âmbito de um processo instaurado por uma associação de consumidores contra

instituições financeiras às ações individuais de declaração de nulidade de uma cláusula “suelo”, por ser abusiva, intentadas pelos clientes consumidores que celebraram um mútuo hipotecário com instituições financeiras diferentes?”

43 Por decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 2015, os processos C-307/15 e C-308/15 foram apensados para efeitos da fase escrita, da fase oral e do acórdão.

44 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 14 de agosto de 2015, foram indeferidos os pedidos da Audiencia Provincial de Alicante (Tribunal Provincial de Alicante) para que os processos C-307/15 e C-308/15 fossem submetidos à tramitação acelerada prevista no artigo 23º-A do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e no artigo 105º, n. 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

45 Por decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2015, o processo C-154/15 foi apensado aos processos C-307/15 e C-308/15 para efeitos da fase oral e do acórdão a proferir.

Quanto às questões prejudiciais

A – Quanto às questões prejudiciais, consideradas conjuntamente, no processo C-154/15 e quanto à primeira questão comum aos processos C-307/15 e C-308/15

46 Com as duas questões no processo C-154/15 e com as primeiras questões nos processos C-307/15 e C-308/15, que importa examinar em

conjunto, os órgãos jurisdicionais de reenvio perguntam, em substância, se o artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma jurisprudência nacional que limita no tempo os efeitos de restituição decorrentes da declaração judicial do caráter abusivo, na aceção do artigo 3º, n. 1, dessa diretiva, de uma cláusula constante de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional apenas às quantias indevidamente pagas em aplicação dessa cláusula posteriormente à prolação da decisão que declarou judicialmente esse caráter abusivo.

47 A título liminar, importa examinar o argumento do Governo espanhol, da Cajasur Branco e do BPE, segundo o qual a questão dos efeitos da declaração do caráter abusivo de uma cláusula como a que está em causa no processo principal não está abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13, uma vez que, ao proceder a essa declaração, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) assegurou um nível de proteção dos consumidores mais elevado do que o garantido por essa diretiva.

48 A este respeito, resulta claramente das decisões de reenvio que, no seu acórdão de 9 de maio de 2013, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), para justificar uma fiscalização do caráter abusivo das cláusulas “suelo” em causa, relativas ao objeto principal dos contratos em causa, interpretou a exigência de transparência referida no artigo 4º, n. 2, da diretiva no sentido de que não se limita ao respeito da transparência formal das

cláusulas contratuais, ligada ao caráter claro e compreensível da sua redação, mas no sentido de que é extensiva ao respeito da sua transparência material, ligada ao caráter suficiente das informações fornecidas ao consumidor no que diz respeito ao alcance quer jurídico quer económico da sua vinculação contratual.

49 Todavia, como salientou o advogado-geral nos n.ºs 46 a 50 das conclusões, a fiscalização da transparência material das cláusulas relativas ao objeto principal do contrato decorre do que é imposto pelo artigo 4.º, n. 2, da Diretiva 93/13. Com efeito, essa disposição prevê, nos mesmos termos que o artigo 5.º dessa diretiva, que as cláusulas contratuais devem ser “redigidas de forma clara e compreensível”.

50 Ora, a este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que a informação, antes da celebração do contrato, sobre as cláusulas contratuais e as consequências da referida celebração é de importância fundamental para um consumidor. É nomeadamente com base nesta informação que este último decide se deseja vincular-se às condições previamente redigidas pelo profissional (acórdão de 21 de março de 2013, RWE Vertrieb, C-2013/180, n. 44).

51 Como tal, a análise do caráter abusivo, na aceção do artigo 3.º, n. 1, da Diretiva 93/13, de uma cláusula contratual relativa à definição do objeto principal do contrato, no caso de o consumidor não ter disposto, antes da celebração desse contrato, da informação necessária sobre as condições contratuais e as consequências da referida celebração, está abrangida pelo

âmbito de aplicação dessa diretiva, em geral, e do artigo 6.º, n. 1, da mesma, em particular.

52 Assim, e na medida em que os órgãos jurisdicionais de reenvio fazem referência ao acórdão de 9 de maio de 2013 que limita o efeito de restituição da declaração do caráter abusivo das cláusulas “suelo”, há que examinar se o artigo 6.º, n. 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que autoriza essa limitação por um órgão jurisdicional nacional.

53 Nos termos do artigo 6.º, n. 1, da Diretiva 93/13, os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor [...]”.

54 Essa disposição deve ser considerada uma norma equivalente às regras nacionais que têm, na ordem jurídica interna, o caráter de normas de ordem pública (v., neste sentido, acórdão de 30 de maio de 2013, Asbeek Brusse e de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, n. 44).

55 Além disso, trata-se de uma disposição imperativa que se destina a substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e as obrigações dos cocontratantes por um equilíbrio real suscetível de restabelecer a igualdade entre eles (acórdão Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, n. 63).

56 Tendo em conta a natureza e a importância do interesse público constituído pela proteção dos consumidores, que se encontram numa

situação de inferioridade face aos profissionais, a Diretiva 93/13 impõe aos Estados-Membros, como resulta do seu artigo 7º, n. 1, lido em conjugação com o seu vigésimo quarto considerando, que prevejam os meios adequados e eficazes “para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional” (acórdão de 30 de abril de 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, n. 78).

57 Para o fazer, cabe ao juiz nacional afastar pura e simplesmente a aplicação de uma cláusula contratual abusiva para que esta não produza efeito vinculativo relativamente ao consumidor, mas não está habilitado a modificar o seu conteúdo (v., neste sentido, acórdão de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, n. 65).

58 Nesse contexto, por um lado, o juiz nacional deve apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13 e, deste modo, sanar o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional, desde que disponha dos elementos jurídicos e de facto necessários para esse efeito.

59 Com efeito, a plena eficácia da proteção prevista pela referida diretiva requer que o juiz nacional que reconheceu oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula possa retirar todas as consequências desse reconhecimento, sem esperar que o consumidor, informado dos seus direitos, apresente uma declaração a pedir que

a referida cláusula seja anulada (acórdão de 30 de maio de 2013, Jörros, C-397/11, EU:C:2013:340, n. 42).

60 Por outro lado, não deve ser conferida ao juiz nacional a faculdade de modificar o conteúdo das cláusulas abusivas, pois de outro modo isso poderia contribuir para eliminar o efeito dissuasivo exercido sobre os profissionais pela pura e simples não aplicação relativamente ao consumidor dessas cláusulas abusivas (v., neste sentido, acórdão de 21 de janeiro de 2015, Unicaja Banco e Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, EU:C:2015:21, n. 31 e jurisprudência referida).

61 Resulta das considerações anteriores que o artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula contratual declarada abusiva deve ser considerada, em princípio, como não tendo existido, pelo que não pode produzir efeitos relativamente ao consumidor. Assim, a declaração judicial do caráter abusivo de tal cláusula deve, em princípio, ter por consequência o restabelecimento da situação de direito e de facto em que o consumidor estaria se a referida cláusula não existisse.

62 Daqui decorre que a obrigação que incumbe ao juiz nacional de afastar uma cláusula contratual abusiva que impõe o pagamento de quantias que se revelam indevidas implica, em princípio, um correspondente efeito de restituição relativamente a essas mesmas quantias.

63 Com efeito, a falta de tal efeito de restituição seria suscetível de pôr em causa o efeito dissuasivo que o ar-

tigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13, lido em conjugação com o artigo 7º, n. 1, dessa diretiva, pretende associar à declaração do caráter abusivo das cláusulas constantes dos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

64 É certo que o artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13 exige que os Estados-Membros prevejam que as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, “nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais” (acórdão de 6 de outubro de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, n. 57).

65 Todavia, o enquadramento pelo direito nacional da proteção garantida aos consumidores pela Diretiva 93/13 não pode alterar o alcance nem, portanto, a substância dessa proteção, pondo assim em causa o reforço da eficácia da referida proteção através da adoção de regras uniformes relativas às cláusulas abusivas, que foi pretendido pelo legislador da União Europeia, como é indicado no décimo considerando da Diretiva 93/13.

66 Por conseguinte, embora caiba aos Estados-Membros, através dos respetivos direitos nacionais, definir as modalidades segundo as quais se procede à declaração do caráter abusivo de uma cláusula constante de um contrato e se materializam os efeitos jurídicos concretos dessa declaração, não é menos verdade que tal declaração deve permitir restabelecer a situação de direito e de facto em que o consumidor se encontraria se essa cláusula abusiva não existisse, designadamente através da constituição de

um direito à restituição das vantagens indevidamente adquiridas, em seu prejuízo, pelo profissional com fundamento na referida cláusula abusiva.

67 No caso em apreço, pelo acórdão de 9 de maio de 2013, a que se referem os órgãos jurisdicionais de reenvio, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) declarou que a declaração do caráter abusivo das cláusulas “suelo” em causa não afetava nem as situações definitivamente dirimidas por decisões judiciais transitadas em julgado nem os pagamentos efetuados antes da data da prolação desse acórdão e que, por conseguinte, os efeitos decorrentes dessa declaração, designadamente, o direito do consumidor a restituição, se limitavam, por força do princípio da segurança jurídica, às quantias indevidamente pagas a partir dessa data.

68 A este respeito, o Tribunal de Justiça já reconheceu que a proteção do consumidor não é absoluta. Em especial, declarou que o direito da União não obriga um órgão jurisdicional nacional a afastar a aplicação das regras processuais internas que, designadamente, conferem autoridade de caso julgado a uma decisão, mesmo que isso pudesse permitir sanar uma violação de uma disposição, seja qual for a sua natureza, contida na Diretiva 93/13 (v., neste sentido, acórdão de 6 de outubro de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, n. 37). Daqui decorre que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) podia legitimamente declarar, no seu acórdão de 9 de maio de 2013, que este último não

era suscetível de afetar as situações definitivamente dirimidas por decisões judiciais anteriores com força de caso julgado.

69 De igual modo, o Tribunal de Justiça já declarou que a fixação de prazos razoáveis de recurso sob pena de caducidade, por razões de segurança jurídica, é compatível com o direito da União (acórdão de 6 de outubro de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, n. 41).

70 No entanto, importa distinguir a aplicação de uma modalidade processual, como um prazo razoável de prescrição, de uma limitação no tempo dos efeitos de uma interpretação de uma regra do direito da União (v., neste sentido, acórdão de 15 de abril de 2010, *Barth*, C-542/08, EU:C:2010:193, n. 30 e jurisprudência referida). A este respeito, importa recordar que, tendo em conta a exigência fundamental de uma aplicação uniforme e geral do direito da União, compete em exclusivo ao Tribunal de Justiça decidir as limitações no tempo a aplicar à interpretação que dá de tal regra (v., neste sentido, acórdão de 2 de fevereiro de 1998, *Barra e o.*, 309/85, EU:C:1988:42, n. 13).

71 Assim, as condições fixadas pelos direitos nacionais, a que se refere o artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13, não podem afetar a substância do direito que assiste aos consumidores ao abrigo dessa disposição de não estarem vinculados por uma cláusula considerada abusiva, tal como interpretada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça recordada nos n.ºs 54 a 61 do presente acórdão.

72 Ora, a limitação no tempo dos efeitos jurídicos decorrentes da declaração de nulidade das cláusulas “suelo”, a que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) procedeu no seu acórdão de 9 de maio de 2013, equivale a privar, de maneira geral, qualquer consumidor que tenha concluído, antes dessa data, um contrato de mútuo hipotecário que incluía tal cláusula do direito de obter a restituição integral das quantias que pagou indevidamente ao estabelecimento bancário com base nessa cláusula durante o período anterior 9 de maio de 2013.

73 Daqui decorre que uma jurisprudência nacional, como a que resulta do acórdão de 9 de maio de 2013, relativa à limitação no tempo dos efeitos jurídicos que decorrem, por força do artigo 6º, n. 1, da Diretiva 93/13, da declaração do caráter abusivo de uma cláusula contratual, apenas permite assegurar uma proteção limitada aos consumidores que celebraram um contrato de mútuo hipotecário contendo uma cláusula “suelo” antes da data da prolação da decisão que declarou judicialmente esse caráter abusivo. Essa proteção revela-se, assim, incompleta e insuficiente e não constitui um meio adequado nem eficaz para fazer cessar a utilização dessa mesma cláusula, contrariamente ao que prevê o artigo 7º, n. 1, dessa diretiva (v., neste sentido, acórdão de 14 de março de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, n. 60).

74 Nestas condições, uma vez que os órgãos jurisdicionais de reenvio estão vinculados, para a solução dos litígios no processo principal,

pela interpretação do direito da União dada pelo Tribunal de Justiça, devem, exercendo a sua própria autoridade, abster-se de aplicar a limitação dos efeitos no tempo a que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) procedeu no seu acórdão de 9 de maio de 2013, uma vez que esta não se afigura compatível com esse direito (v., neste sentido, acórdãos de 5 de outubro de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, n.ºs 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:2016:278, n.ºs 33 e 34; de 5 de julho de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, n.º 36, e de 8 de novembro de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, n.ºs 67 a 70).

75 Resulta de todas as considerações anteriores que o artigo 6º, n.º 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma jurisprudência nacional que limita no tempo os efeitos de restituição decorrentes da declaração do caráter abusivo, na aceção do artigo 3º, n.º 1, dessa diretiva, de uma cláusula constante de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional apenas às quantias indevidamente pagas em aplicação dessa cláusula posteriormente à prolação da decisão que declarou judicialmente esse caráter abusivo.

Quanto às restantes questões prejudiciais

76 Tendo em conta a resposta dada à primeira e segunda questões no processo C-154/15 bem como às primeiras questões nos processos

C-307/15 e C-308/15, não há que responder às restantes questões prejudiciais.

Quanto às despesas

77 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.

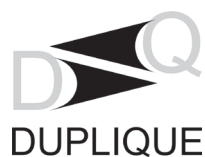
Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

O artigo 6º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma jurisprudência nacional que limita no tempo os efeitos de restituição decorrentes da declaração do caráter abusivo, na aceção do artigo 3º, n.º 1, dessa diretiva, de uma cláusula constante de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional apenas às quantias indevidamente pagas em aplicação dessa cláusula posteriormente à prolação da decisão que declarou judicialmente esse caráter abusivo.

* Língua do processo: espanhol.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1483095617999&uri=CELEX:62015CJ0154>

Patrocínio



Apoio Institucional

