

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. VII | n. 27 | Setembro 2017

#27

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 27, setembro 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 (*in memoriam*), 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 Najarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal
Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

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

Patrocínio

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 **Dados pessoais – “quem os tem, chama-lhes seus”... ou a tutela de um património sensível que importa preservar em homenagem aos Direitos de Personalidade**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 13 **O novo regulamento de proteção de dados – As principais alterações**
JORGE BARROS MENDES
- 37 **Protegendo os cidadãos-consumidores em tempos de *big data*: uma perspectiva desde o direito da União Europeia**
MANUEL DAVID MASSENO
- 61 **RGPD: uma revolução invisível**
AFONSO ARAÚJO NETO
- 71 **Reforço da responsabilização dos responsáveis pelo tratamento de dados**
MARCO ALEXANDRE SAIAS
- 91 **Régimen jurídico de la protección de datos en la plataforma ODR**
MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ
- 111 **La protección de los datos personales del consumidor y su importancia cardinal en nuestro sistema jurídico argentino**
JOHANNA CATERINA FALIERO
- 127 ***Mobile banking* in Italia**
MARTINA CAVALIERE
- 145 **O tabagismo na perspectiva da responsabilidade civil**
ALTAIR GUERRA DA COSTA

- 183 **O livro de reclamações online – A reforma “cosmética” do “SIMPLEX+ 2016”**
MARISA DINIS
SUSANA ALMEIDA
- 211 **Parecer emitido pelo Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra em tema de prescrição de dívidas, caducidade do direito à diferença do preço e de caducidade do direito de acção no domínio dos serviços públicos essenciais**
MÁRIO FROTA

PARECER

- 238 **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a “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”**
J. PEGADO LIZ

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 251 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Mariangela Meyer
- 254 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Mariangela Meyer
- 261 **Ementário**
Julgados do TJ/RS, do TJ/SC e do TJ/DFT

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 267 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: António Piçarra
- 281 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Alexandre Reis

EDITORIAL

DADOS PESSOAIS – “QUEM OS TEM, CHAMA-LHES SEUS”... OU A TUTELA DE UM PATRIMÓNIO SENSÍVEL QUE IMPORTA PRESERVAR EM HOMENAGEM AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A edição que ora se oferece a quantos nos distinguem como veículo de excelência no plano da cooperação luso-brasileira estaria, em princípio, fadada a servir de repositório integral das comunicações apresentadas nas VII Jornadas Regionais de Leiria de Direito do Consumo, promovidas pela Delegação de Leiria da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo, em cooperação com a Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria, e consagradas à proteção dos dados de pessoas singulares ante a proximidade e situações específicas do Regulamento Europeu a tal propósito editado o ano pretérito.

Nem todas as comunicações se inserem.

Nela figuram, porém, as mais relevantes.

O fluxo de dados pessoais transfronteiriços disparou com o processo de integração económica e social do mercado interno delimitado pelas fronteiras exteriores dos ainda 28 Estados-membros da União Europeia.

O intercâmbio de dados entre intervenientes públicos e privados, incluindo as pessoas singulares, as associações e as empresas, intensificou-se consideravelmente no seio da União Europeia.

As autoridades nacionais são permanentemente convocadas, mercê do direito da União, a cooperar e a permutar dados pessoais entre si, de molde a bem cumprirem as funções que sobre si impendem.

Vigorava neste domínio uma diretiva que remonta a 1995 (Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995).

E que fora transposta para o ordenamento jurídico luso pela Lei 67/98, de 26 de outubro, ainda em vigor, pois.

A União entendeu, porém, revogá-la, substituindo-a por um regulamento: o Regulamento 679/2016, de 27 de abril, cuja aplicação se protraiu para 25 de maio de 2018.

Dada a proximidade temporal, o sumo interesse em debater os seus termos, o que vem polarizando de há uns tempos a esta parte a comunidade científica nacional. E determinou fosse, a justo título, o tema das jornadas anuais realizadas pela delegação de Leiria da apDC.

Grosso modo, enquanto as diretivas editadas em codecisão pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia exigem o labor legislativo de transposição das suas normas para os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, os regulamentos aplicam-se direta e imediatamente (com respeito pelas regras do começo de vigência e da aplicação das respectivas normas cogentes) sem necessidade de qualquer transposição, salvaguardados os aspectos inerentes aos quadros sancionatórios (e a outros, pontualmente permitidos, na estreita margem de liberdade consentida) que se terão de adaptar aos circunstancialismos nacionais.

Como se previne num (o 6º) dos *consideranda* do regulamento editado a 27 de abril do ano transacto pelo Parlamento Europeu, “a rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais. A recolha e a partilha de dados pessoais registaram um aumento significativo. As novas tecnologias permitem às empresas privadas e às entidades públicas a utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes no exercício das suas atividades. As pessoas singulares disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais de uma forma pública e global. As novas tecnologias transformaram a economia e a vida social e deverão contribuir para facilitar a livre circulação de dados pessoais na União e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais, assegurando simultaneamente um elevado nível de protecção dos dados pessoais”.

A evolução ora registada impõe um quadro de proteção de dados sólido e mais coerente no seio do espaço económico europeu tendo como suporte o imperativo de uma aplicação rigorosa das regras, gerando a necessária confiança necessária à projecção da economia digital no seio do mercado delimitado pelas fronteiras exteriores de todos os Estados-nação coenvolvidos na concepção de uma União Europeia a que presidem princípios de livre circulação de pessoas, de

mercadorias, de capitais e a força de trabalho e exigindo a tutela dos direitos neste particular desenhados.

Às pessoas singulares incumbe o controlo do emprego dos dados que lhes respeitam: com o reforço da segurança jurídica e da segurança real tanto para os titulares dos dados, como para os operadores económicos e as autoridades públicas.

Daí que importe que o nível de proteção seja equivalente em todos os Estados-membros.

Daí que importe se assegure no espaço geográfico da União Europeia a aplicação coerente e homogénea das regras de proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais.

O regulamento confere, porém, aos Estados-membros suficiente margem de manobra para editarem determinadas regras, inclusive em matéria de tratamento de categorias especiais de dados pessoais (os “dados sensíveis”, como tal considerados).

Daí que não exclua o direito de os Estados-membros definirem as circunstâncias de tratamento em situações específicas, em que se inclui designadamente a determinação mais precisa das condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais.

“A proteção eficaz dos dados pessoais na União Europeia exige o reforço e a especificação dos direitos dos titulares dos dados e as obrigações dos responsáveis pelo tratamento e pela definição de tal tratamento, bem como poderes equivalentes para controlar e assegurar a conformidade das regras de proteção dos dados pessoais e sanções [correspondentes] para as infrações [susceptíveis de ocorrer] nos Estados-Membros.”

E, como se previne ainda no seu preâmbulo, “a fim de se evitar o sério risco sério de ser contornada a proteção das pessoas singulares, esta deverá ser neutra em termos tecnológicos e deverá ser independente das técnicas utilizadas. A proteção das pessoas singulares deverá aplicar-se ao tratamento de dados pessoais por meios automatizados, bem como ao tratamento manual, se os dados pessoais estiverem contidos ou se forem destinados a um sistema de ficheiros. Os ficheiros ou os conjuntos de ficheiros bem como as suas capas, que não estejam estruturados de acordo com critérios específicos, não deverão ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do presente regulamento”.

Os relevantes aspectos neste particular coimplicados foram debatidos, em extensão e profundidade, nas VII Jornadas Nacionais de Direito do Consumo de Leiria, em março pretérito.

E de um tal labor e suas reflexões se faz eco a presente edição da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, ciente de poder contribuir para o debate e para a aclaração destes aspectos, tanto no seio da comunidade jurídica portuguesa como no da brasileira, que muito poderão aproveitar do esforço de reflexão ali patenteadado.

Oxalá os resultados de tão intenso quão prolífero labor sejam frutuozos.

Coimbra e Villa Cortez, setembro de 2017

Mário Frota

Presidente do Conselho de Direção

O NOVO REGULAMENTO DE PROTEÇÃO DE DADOS – AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES¹

JORGE BARROS MENDES²

Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do IPLeiria
Investigador no CIEJE-IPLeiria. Advogado

EXCERTOS

“A evolução tecnológica, com sistemas de informação cada vez mais eficientes, levou a que os nossos dados pessoais proliferassem na rede e nas organizações, sem que a maior parte das vezes o seu titular disso tenha noção”

“Sucede que a elaboração e publicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados foi um processo moroso e complicado. Verdadeiramente foram necessários quatro anos para que existisse consenso e o GDPR fosse publicado”

“O GDPR aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a ele destinados”

“Sempre que os dados pessoais forem suscetíveis de ser legitimamente comunicados a outro destinatário, o titular dos dados deverá ser informado aquando da primeira comunicação dos dados pessoais a esse destinatário”

“A figura do encarregado de proteção de dados, comumente designado de DPO, está consagrada no artigo 37º do GDPR”

“Os poderes de investigação em matéria de acesso às instalações deverão ser exercidos em conformidade com os requisitos específicos do direito processual do Estado-membro”

Introdução

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados foi publicado no jornal oficial da União Europeia no dia 4 de maio de 2016. Este diploma legal revogará a legislação atualmente em vigor sobre a proteção de dados pessoais, publicada em 1995, e todas as suas regras terão de estar implementadas pelas empresas até ao dia 28 de maio de 2018. O objetivo do regulamento é o de proteger a privacidade dos cidadãos e garantir a livre circulação de dados pessoais dentro da União Europeia.

Em paralelo com a aplicação de novos direitos para os cidadãos, o novo regulamento liberta as empresas dos pedidos de autorizações de tratamento de dados junto da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), mas define novos requisitos no processamento da informação, uma vez que terão de ser mantidos registos sobre tratamentos de dados que são efetuados. Terão de ser revistas as políticas de privacidade e estas passarão a ser numa linguagem clara e perceptível. O regulamento cria a figura do encarregado da proteção de dados (*data protection officer*) que será o agente de ligação com a CNPD, nomeadamente quando existam quebras de segurança.

1. Ponto prévio

A evolução tecnológica, com sistemas de informação cada vez mais eficientes, levou a que os nossos dados pessoais proliferassem na rede e nas organizações, sem que a maior parte das vezes o seu titular disso tenha noção.

Em 1980, o Conselho da Europa, através da Convenção 108³, e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico tentaram estabelecer as linhas orientadoras no âmbito da proteção de dados pessoais em termos internacionais. Veja-se que no preâmbulo de tal texto é afirmado perentoriamente que *“é desejável alargar a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais de todas as pessoas, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada, tendo em consideração o fluxo crescente, através das fronteiras, de dados de carácter pessoal susceptíveis de tratamento automatizado”*.

Desde logo se estabelecia no artigo 4º que os países deveriam adotar no seu direito interno as medidas necessárias com vista à aplicação dos princípios básicos para a proteção de dados.

Nesta senda, em termos europeus, a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento e do Conselho, de 24 de outubro, tentou criar uma harmonização da defesa dos direitos e das liberdades das pessoas singulares e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-membros. Aliás, no Considerando 11 e 12 da sobredita diretiva estabelecia o diploma que *“11) Considerando que os princípios da proteção dos direitos e liberdades das pessoas, nomeadamente do direito à vida privada, contidos na presente diretiva, precisam e ampliam os princípios contidos na Convenção do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, relativa à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais; 12) Considerando que os princípios da proteção devem aplicar-se a todo e qualquer tratamento de dados pessoais sempre que as atividades do responsável pelo tratamento sejam regidas pelo direito comunitário (...), pelo que aquilo que foi tentado pelo legislador europeu foi proceder a uma harmonização a nível europeu em sede de proteção de dados.”*

O Tribunal de Justiça da União Europeia⁴, por diversas vezes, salientou que *“a Diretiva 95/46/CE visa tornar equivalente em todos os Estados-Membros o nível de proteção dos direitos, liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, uma aproximação das legislações nacionais aplicáveis na matéria não deve fazer diminuir a proteção que asseguram, devendo, pelo contrário, ter por objetivo garantir um elevado nível de proteção na União e uma harmonização das referidas legislações nacionais não se limita a uma harmonização mínima, mas conduz a uma harmonização que é, em princípio completa”*⁵.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶, no seu artigo 8º, consagra expressamente que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhe digam respeito e que tais dados só podem ser objeto de tratamento legal para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento expressamente previsto na lei. Consagra ainda a faculdade de todas as pessoas poderem aceder aos dados que lhes digam respeito e que foram coligidos e ainda de retificação dos mesmos, ficando o incumprimento

de tais direitos sujeito à fiscalização por parte de uma entidade administrativa independente.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na versão do Tratado de Lisboa, estabeleceu no seu artigo 16º que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. Mais estabelece no seu n. 2: *“O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.”*

Ora, foi aqui aberto o caminho para que viesse a ser elaborado o Regulamento (EU) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril.

Sucedeu que a elaboração e publicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados⁷ foi um processo moroso e complicado. Verdadeiramente foram necessários quatro anos para que existisse consenso e o GDPR fosse publicado.

Tenha-se em atenção que todo o andamento de revisão das normas relativas aos dados pessoais teve início em maio de 2009, com a realização de uma conferência promovida pela Comissão Europeia dedicada à proteção de dados. O objetivo da comissão foi o de discutir a transferência de dados a nível internacional e a perigosidade deste fluxo, nomeadamente devido ao incremento da mobilidade e das telecomunicações.

Esta conferência levou a que em dezembro do mesmo ano o grupo de trabalho do artigo 29º⁸ publicasse um relatório, “O Futuro da Privacidade”, a pedido da Comissão Europeia – nesse relatório, o WP29 alertava para a necessidade de uma melhor aplicação dos princípios de proteção dos dados pessoais, nomeadamente atenta a modernização tecnológica que se vinha a sentir.

Um ano depois, em novembro de 2010, a Comissão Europeia estabeleceu a estratégia para a proteção dos dados pessoais nas áreas políticas, tendo como objetivo o de reduzir a burocracia para os

negócios e garantir a livre circulação de dados na União Europeia. Esta revisão de políticas destinou-se a ser utilizada pela comissão, tendo por base uma consulta pública com o escopo de se proceder à revisão da diretiva europeia de proteção de dados.

Sucedeu que em junho de 2011, sob a liderança do deputado alemão Axel Voss, do Comité das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos⁹, foi aprovada uma proposta intitulada de “Uma abordagem abrangente da proteção de dados pessoais na UE” como reação à comunicação da Comissão Europeia sobre o futuro da legislação europeia em matéria de proteção de dados. O tópico chave era a alteração da Diretiva de Proteção de Dados existente, ou seja, o texto de 1995.

No entanto, o grande mote para a reforma da proteção de dados pessoais viria a ser dado a 17 de novembro de 2011, na sessão de abertura da 35ª Conferência de Privacidade da Associação Alemã de Proteção de Dados e Segurança de Dados (GDD), em que Paul Nemitz, diretor para os Direitos Fundamentais e Cidadania da Comissão Europeia, anunciou que a Comissão Europeia planeava implementar um regulamento, diretamente aplicável a todos os Estados-membros da União Europeia, com o objetivo de harmonizar as leis de proteção de dados em toda a Europa.

E tal intenção da Comissão foi anunciada em 25 de janeiro de 2012. A Comissão propôs, então, a realização de uma reforma abrangente das normas de proteção de dados da União de 1995, com o objetivo de fortalecer os direitos de privacidade, sobretudo tendo em vista as questões informáticas e da internet, e impulsionar a economia digital da Europa, e isto porque o progresso tecnológico e a globalização alteraram profundamente a forma como nossos dados são recolhidos, acedidos e utilizados.

Ora, proceder à alteração da legislação existente e proceder à harmonização das normas em termos europeus foi um percurso difícil, especialmente pelo lobby e as pressões políticas exercidas junto da Comissão Europeia – veja-se, por exemplo, que a 21 de fevereiro de 2012 era noticiado pela Euractiv que os Estados Unidos da América estavam a ser muito ativos na tentativa de alterar o projeto de legislação apresentado. Pretendiam proteger o interesse das empresas dos EUA

que operam na União Europeia e, consequentemente, o texto proposto pela Comissão foi significativamente alterado antes mesmo de chegar ao Parlamento Europeu e ao Conselho para apreciação.

Em 2012, o WP29 publicou o seu parecer 01/2012, lançando o debate sobre a reforma da legislação sobre a proteção de dados.

O grupo, no referido parecer, congratula-se com as soluções apresentadas no que diz respeito ao aumento da responsabilidade dos controladores e o fortalecimento da posição das autoridades de supervisão, quer a nível nacional, quer a nível internacional. Face a esta posição, em junho do mesmo ano, é nomeado Jan Philipp Albrecht como relator do Parlamento Europeu para o Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Em janeiro de 2015, o relator e deputado alemão do Parlamento Europeu informou que a legislação sobre a proteção de dados poderia sofrer um atraso até à sua publicação e que a probabilidade de ela ser publicada apenas em 2016 era muito grande. Como se não bastassem todas as pressões exteriores, dentro da União, alguns Estados-membros, como o caso da Alemanha, França e Reino Unido, estavam a exercer uma enorme pressão sobre a necessidade de se alterarem algumas normas do projeto. Só seis meses depois é que se conseguiu almejar um consenso político e global sobre o GDPR e iniciaram-se os trabalhos de elaboração do texto, na sua versão final, com representantes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão Europeia.

O percurso continuaria a ser tortuoso e continuou agora o grupo de trabalho a ser pressionado por diversos grupos de empresário, nomeadamente para se alterar o artigo 43º do projeto. Além disso, as declarações polémicas da Procuradora-Geral dos Estados Unidos, Loretta Lynch, que advertiu que a pretensa reforma da proteção de dados europeia poderia ter como consequência a restrição da partilha de informação transatlântica num momento em que todos os esforços estavam a ser desenvolvidos para serem evitados os ataques terroristas.

Proceder à
alteração da
legislação existente
e proceder à
harmonização das
normas em termos
europeus foi um
percurso difícil

Apesar disso, finalmente, a 15 de dezembro de 2015 foi alcançado um acordo entre os representantes da Comissão Europeia, do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu, tendo sido formalmente aprovada na LIBE o resultado de tais negociações a 17 de dezembro¹⁰.

O Regulamento (EU) 2016/679, do Parlamento e do Conselho, viria a ser aprovado a 27 de abril de 2016 e publicado a 4 de maio do mesmo ano.

O diploma revoga a Diretiva 95/46/CE a partir de 25 de maio de 2018, data em que passará a ser aplicável no ordenamento jurídico europeu, nos termos do disposto no artigo 99º do diploma.

2. Principais novidades

O GDPR é um texto longo, com 173 considerandos e 99 artigos, em que, para a compreensão de algumas normas os considerandos são absolutamente fundamentais. Debruçar-nos-emos, atento os objetivos deste trabalho, nas principais alterações introduzidas pelo GDPR.

É de salientar ainda que o legislador europeu permitiu que o legislador nacional tomasse posição sobre determinadas matérias, como é o caso, nomeadamente, das matérias em sede laboral¹¹, em que é permitido que os Estados-membros regulem tais questões, sobretudo tendo em atenção a possibilidade de tais matérias virem a ser reguladas através de convenções coletivas de trabalho.

2.1 Âmbito de aplicação

O GDPR aplica-se ao tratamento¹² de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a ele destinados¹³, e ainda se aplica ao tratamento de dados pessoais que ocorram quer dentro, quer fora do território da União Europeia, desde que os dados pertençam a cidadãos europeus ou residentes em território europeu¹⁴.

De fato, esta é uma grande alteração e vem resolver entre nós o problema do alojamento em *cloud* de dados pessoais de cidadãos ou residentes num Estado-membro, mas cujo alojamento estava a ser

efetuado fora do espaço da União. Doravante, as regras do GDPR aplicar-se-ão também nestas situações, saindo os interesses dos titulares dos dados pessoais manifestamente reforçados.

Por certo, todo o GDPR é desenvolvido no sentido de que os dados pessoais, não obstante estarem a ser tratados e terem sido recolhidos por uma determinada organização, pertencem ao seu titular e nessa medida é o titular, dos dados pessoais que vai ter sempre a possibilidade de controlar o que acontece aos seus dados, como veremos.

O próprio GDPR define o que são dados pessoais no artigo 4º – trata-se de toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Sendo que, para efeitos do GDPR, é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

2.2 Princípios fundamentais

O artigo 5º, ao estabelecer os princípios fundamentais relativos aos dados pessoais, é considerado uma das principais normas do GDPR.

É expressamente consagrado que a recolha de dados pessoais só poderá existir com fins específicos, além de se estabelecer a minimização dos dados, ou seja, a recolha dos dados deve limitar-se ao estritamente necessário e para um fim em concreto. A consagração de tal princípio vai obrigar a que as organizações, entre nós, alterem radicalmente a sua forma de recolha e tratamento dos dados. Em Portugal é muito habitual para a celebração de um qualquer negócio jurídico serem pedidos ao titular mais dados que aqueles que são estritamente necessários tendo em vista o negócio que está a ser celebrado.

Além disso, consagra o GDPR o princípio da limitação da conservação, ou seja, os dados deverão ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados. Depois de tal momento acontecer, os dados deverão ser destruídos. Também aqui a mudança de atitude, nomeadamente no nosso ordenamento

jurídico, será grande. Todos sabemos que uma vez prestados os nossos dados pessoais, estes mantêm-se na organização para eventual uso posterior.

Prevê-se, no entanto, que os dados pessoais possam ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos¹⁵. Quando tal suceda, os dados estão sujeitos à aplicação de todas as medidas técnicas e organizativas adequadas, tendo em vista a salvaguarda dos direitos e liberdades do titular dos dados.

O que prevê o GDPR nessas circunstâncias é que poderá existir, por exemplo, a pseudonimização¹⁶ dos dados, por forma a permitir que continuem na posse da organização – os dados são tratados de forma a que deixam de poder ser atribuídos a um titular de dados específico. Para isso, a organização terá de assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável.

É ainda estabelecido que o processo de recolha de dados tem de ser transparente, leal e lícito. Ora, para que os dados possam ser tratados de forma lícita¹⁷, tem o titular dos dados de consentir para que a recolha se processe.

2.3 O consentimento

O consentimento¹⁸ deve agora ser dado de forma expressa, clara, de modo inteligível, de fácil acesso e numa linguagem clara. O próprio GDPR define o consentimento do titular de dados como uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento¹⁹.

Isso significa que o consentimento tácito, até agora muito usual entre nós, deixa de ser possível. Terá, por um lado, o titular dos dados pessoais de ter a possibilidade de selecionar a finalidade para a qual dá o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais e, por outro lado, tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento. De salientar que essa retirada de consentimento tem de ser tão fácil de retirar como foi a de dar²⁰.

Esta alteração na forma de prestar consentimento terá como principais alterações, desde logo, a proibição de caixas pré-selecionadas no momento da recolha de dados. O titular tem de declarar de forma expressa que autoriza e permite a recolha e o tratamento dos seus dados pessoais.

Uma vez que passa o titular dos dados a ter o verdadeiro poder sobre os mesmos, devem ser previstas regras para facilitar o exercício pelo titular dos direitos que lhe são conferidos ao abrigo do GDPR, incluindo procedimentos para solicitar e, sendo caso disso, obter a título gratuito, em especial, o acesso a dados pessoais, a sua retificação ou o seu apagamento²¹ e o exercício do direito de oposição.

O responsável pelo tratamento deverá fornecer os meios necessários para que os pedidos possam ser apresentados por via eletrónica, em especial quando os dados sejam também tratados por essa via. O responsável pelo tratamento deverá ser obrigado a responder aos pedidos do titular dos dados sem demora injustificada e o mais tardar no prazo de um mês e expor as suas razões quando tiver intenção de recusar o pedido, nos termos do disposto no artigo 12º, n. 3, GDPR.

2.4 Os dados sensíveis

O regulamento prevê a proibição de tratamento para aquilo que ele designa de categorias especiais de dados, e isto porque, no que diz respeito aos dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos²², dados biométricos²³ para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde²⁴ ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa, o tratamento de dados é proibido.

No entanto, está prevista a possibilidade de derrogação à proibição de categorias especiais de dados caso tal seja do interesse público, nomeadamente o tratamento de dados pessoais em matéria laboral, de direito de proteção social, incluindo as pensões, e para fins de segurança, monitorização e alerta em matéria de saúde, prevenção ou controlo. Prevê o GDPR que tais derrogações sejam previstas, especialmente por razões de saúde pública.

No que aos dados de saúde diz respeito, prevê o GDPR que seja realizado o tratamento sem consentimento do titular dos dados quando estejam em causa fins de interesse público, ou de saúde pública, sendo que se entende por saúde pública²⁵ todos os elementos relacionados com a saúde, ou seja, o estado de saúde, incluindo a morbilidade e a incapacidade, as determinantes desse estado de saúde, as necessidades de cuidados de saúde, os recursos atribuídos aos cuidados de saúde, a prestação de cuidados de saúde e o acesso universal a eles, assim como as despesas e o financiamento dos cuidados de saúde, e as causas de mortalidade. Tais atividades de tratamento de dados sobre a saúde autorizadas por motivos de interesse público não deverão ter por resultado que os dados sejam tratados para outros fins por terceiros, como os empregadores ou as companhias de seguros e entidades bancárias.

2.5 A informação e o acesso aos dados pessoais

Atento o disposto no artigo 13º do GDPR, e nomeadamente nos termos do disposto no artigo 14º do GDPR, o titular dos dados tem de ser informado da operação de tratamento de dados e das suas finalidades. O responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular as informações adicionais necessárias para assegurar um tratamento equitativo e transparente dos dados, tendo em conta as circunstâncias e o contexto específicos em que os dados pessoais forem tratados.

As informações sobre o tratamento de dados pessoais relativos ao titular dos dados deverão ser a este fornecidas no momento da sua recolha junto do titular dos dados ou, se os dados pessoais tiverem sido obtidos a partir de outra fonte, dentro de um prazo razoável, consoante as circunstâncias.

Sempre que os dados pessoais forem suscetíveis de ser legitimamente comunicados a outro destinatário, o titular dos dados deverá ser informado aquando da primeira comunicação dos dados pessoais a esse destinatário, e sempre que o responsável pelo tratamento tiver a intenção de tratar os dados pessoais para outro fim que não aquele para o qual tenham sido recolhidos, antes o responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular dos dados informações sobre esse fim e outras informações necessárias.

O direito de acesso aos dados pessoais recolhidos que lhes digam respeito passa a estar expressamente previsto no artigo 15º do GDPR e tem o titular dos dados a possibilidade de exercer esse direito com facilidade e a intervalos razoáveis, a fim de conhecer o tratamento e verificar a sua licitude.

Não podemos olvidar que o GDPR, ao consagrar o princípio da minimização dos dados, vem impor a obrigação de ser prestado ao titular a informação referente às finalidades para as quais os dados pessoais são tratados, quando possível, ao período durante o qual os dados são tratados, à identidade dos destinatários dos dados pessoais, à lógica subjacente ao eventual tratamento automático dos dados pessoais e, pelo menos quando tiver por base a definição de perfis, às suas consequências.

Este direito de acesso poderá levar a que o titular dos dados requeira, nos termos do disposto no artigo 16º do GDPR, a retificação dos seus dados, quando estes estiverem incompletos ou incorretos.

2.6 O direito ao esquecimento

Este direito ao esquecimento é de fato uma das principais novidades do regulamento, sendo que há muito que se falava deste direito, nomeadamente depois do célebre caso Google²⁶.

O que determinou o TJUE a 13 de maio de 2014 foi que “prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, 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 e que o tratamento de dados pessoais (...), realizado pelo operador de um motor de busca, é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais, quando a pesquisa através desse motor seja efetuada a partir do nome de uma pessoa singular, uma vez que o referido tratamento permite a qualquer internauta obter, com a lista de resultados, uma visão

global estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, respeitantes, potencialmente, a numerosos aspetos da sua vida privada e que, sem o referido motor de busca, não poderiam ou só muito dificilmente poderiam ter sido relacionadas, e, deste modo, estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa. Além disso, o efeito de ingerência nos referidos direitos da pessoa em causa é multiplicado devido ao importante papel desempenhado pela Internet e pelos motores de busca na sociedade moderna, que conferem carácter de ubiquidade às informações contidas numa lista de resultados deste tipo.”²⁷

O que se determina doravante é que qualquer titular de dados tem direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento, desde que deixem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento.

Esse direito assume particular importância quando o titular tiver dado o seu consentimento quando era criança e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na internet.

O titular dos dados deverá ter a possibilidade de exercer esse direito independentemente do fato de já ser adulto. No entanto, o prolongamento da conservação dos dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita quando tal se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação, para o 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, por razões de interesse público²⁸ no domínio da saúde pública, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

2.7 Data breach

O artigo 32º do GDPR determina que devem ser adotadas as medidas adequadas e oportunas tendo em vista o tratamento dos dados, uma vez que a violação de dados pessoais pode causar danos físicos, materiais ou imateriais às pessoas singulares, como a perda de controlo sobre os seus dados pessoais, a limitação dos seus direitos, a discriminação, o roubo ou usurpação da identidade, perdas financeiras, a inversão não autorizada da pseudonimização, danos para a reputação, a perda de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional ou qualquer outra desvantagem económica ou social significativa das pessoas singulares.

Caso venha a ocorrer uma violação de dados pessoais, o denominado *data breach*, deverá o responsável pelo tratamento notificar a mesma à autoridade de controlo, sem demora injustificada e, sempre que possível, no prazo de 72 horas após ter tido conhecimento do ocorrido, a menos que seja capaz de demonstrar, em conformidade com o princípio da responsabilidade, que essa violação não é suscetível de implicar um risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

Se não for possível efetuar essa notificação no prazo de 72 horas, a notificação deverá ser acompanhada dos motivos do atraso, podendo as informações ser fornecidas por fases sem demora injustificada.

Terá também o responsável de comunicar, atento o disposto no artigo 34º do GDPR, a violação de dados pessoais ao titular dos dados sem demora justificada. Esta comunicação deverá descrever a natureza da violação de dados pessoais e dirigir recomendações à pessoa singular em causa para atenuar potenciais efeitos adversos e deverá ser efetuada logo que seja razoavelmente possível, em estreita cooperação com a autoridade de controlo e em cumprimento das orientações fornecidas por esta ou por outras autoridades competentes, como as autoridades de polícia. Por exemplo, a necessidade de atenuar um risco imediato de prejuízo exigirá uma pronta comunicação aos titulares dos dados, mas a necessidade de aplicar medidas adequadas contra violações de dados pessoais recorrentes ou similares poderá justificar um período mais alargado para a comunicação.

Há que verificar se foram aplicadas todas as medidas tecnológicas de proteção e de organização para apurar imediatamente a ocorrência de uma violação de dados pessoais e para informar rapidamente a autoridade de controlo e o titular. Para comprovar que a notificação foi enviada sem demora injustificada importa ter em consideração, em especial, a natureza e a gravidade da violação dos dados pessoais e as respectivas consequências e efeitos adversos para o titular dos dados. Essa notificação poderá resultar numa intervenção da autoridade de controlo em conformidade com as suas funções e competências, definidas pelo presente regulamento.

Ao estabelecer regras pormenorizadas relativamente ao formato e aos procedimentos aplicáveis à notificação das violações de dados pessoais, deverá ter-se devidamente em conta as circunstâncias dessa violação, nomeadamente a existência ou não de proteção dos dados pessoais através de medidas técnicas de proteção adequadas para reduzir eficazmente a probabilidade de usurpação da identidade ou outras formas de utilização abusiva. Além disso, tais regras e procedimentos deverão ter em conta os legítimos interesses das autoridades de polícia nos casos em que a divulgação precoce de informações possa dificultar desnecessariamente a investigação das circunstâncias da violação de dados pessoais.

2.8 A avaliação de impacto

A Diretiva 95/46/CE estabelece uma obrigação geral de notificação do tratamento de dados pessoais às autoridades de controlo. Além de esta obrigação originar encargos administrativos e financeiros, nem sempre contribuiu para a melhoria da proteção dos dados pessoais, tal como é reconhecido nos considerandos do GDPR. Isto levou a que a opção do legislador europeu fosse no sentido de suprimir e substituir tais procedimentos com uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, nos termos do disposto no artigo 35º do GDPR. Esta avaliação de impacto ocorrerá nas operações de tratamento suscetíveis de resultar num elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, devido à sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, nomeadamente quando a operação envolva a utilização de novas tecnologias.

Nesses casos, o responsável pelo tratamento deverá proceder, antes do tratamento, a uma avaliação do impacto sobre a proteção de dados, a fim de avaliar a probabilidade ou gravidade particulares do elevado risco, tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento e as fontes do risco. Essa avaliação do impacto deverá incluir as medidas, garantias e procedimentos previstos para atenuar esse risco, assegurar a proteção dos dados pessoais e comprovar a observância do presente regulamento.

Tal deverá aplicar-se às operações de tratamento de grande escala que visem o tratamento de uma grande quantidade de dados pessoais a nível regional, nacional ou supranacional, que possam afetar um número considerável de titulares de dados e que sejam suscetíveis de implicar um elevado risco, por exemplo, em razão da sua sensibilidade, nas quais, em conformidade com o nível de conhecimentos tecnológicos alcançado, seja utilizada em grande escala uma nova tecnologia, bem como a outras operações de tratamento que impliquem um elevado risco para os direitos e liberdades dos titulares dos dados, em especial quando tais operações dificultem aos titulares o exercício dos seus direitos.

É igualmente exigida uma avaliação do impacto sobre a proteção de dados para o controlo de zonas acessíveis ao público em grande escala, nomeadamente se forem utilizados mecanismos optoeletrónicos, ou para quaisquer outras operações quando a autoridade de controlo competente considere que o tratamento é suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades dos titulares dos direitos, em especial por impedirem estes últimos de exercer um direito ou de utilizar um serviço ou um contrato, ou por serem realizadas sistematicamente em grande escala²⁹.

Sempre que uma avaliação de impacto relativa à proteção de dados indicar que o tratamento, na falta de garantias e de medidas e procedimentos de segurança para atenuar os riscos, implica um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares e o responsável pelo tratamento considerar que o risco não poderá ser atenuado através de medidas razoáveis, atendendo à tecnologia disponível e aos custos de aplicação, a autoridade de controlo deverá ser consultada antes de as atividades de tratamento terem início³⁰.

2.9 O encarregado de proteção de dados

A figura do encarregado de proteção de dados, comumente designado de DPO, está consagrada no artigo 37º do GDPR. Será obrigatório sempre que o tratamento dos dados for efetuado por uma autoridade pública, com exceção dos tribunais ou de autoridades judiciais independentes no exercício da sua função jurisdicional.

No setor privado, sempre que for efetuado por um responsável pelo tratamento cujas atividades principais consistam em operações de tratamento que exijam o controlo regular e sistemático do titular dos dados em grande escala, ou sempre que as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados pessoais e de dados relacionados com condenações penais e infrações, o responsável pelo tratamento destes ou o subcontratante pode ser assistido por um especialista em legislação e prática de proteção dados no controlo do cumprimento do presente regulamento a nível interno.

No setor privado, as atividades principais do responsável pelo tratamento dizem respeito às suas atividades primárias e não estão relacionadas com o tratamento de dados pessoais como atividade auxiliar.

O nível necessário de conhecimentos especializados deverá ser determinado, em particular, em função do tratamento de dados realizado e da proteção exigida para os dados pessoais tratados pelo responsável pelo seu tratamento ou pelo subcontratante.

Estes encarregados da proteção de dados, sejam ou não empregados do responsável pelo tratamento, deverão estar em condições de desempenhar as suas funções e atribuições com independência.

2.10 As autoridades de controlo independentes

Determina o artigo 51º do GDPR que os Estados-membros deverão criar autoridades de controlo, podendo, se for caso disso, criar mais do que uma autoridade de controlo, de modo a refletir a sua estrutura constitucional, organizacional e administrativa.

Em Portugal a nossa autoridade de controlo é a Comissão Nacional de Proteção de Dados, que existe desde 7 de janeiro de 1994.

Ora, deverão as autoridades de controlo serem dotadas de recursos financeiros e humanos e de infraestruturas necessárias ao desempenho eficaz das suas atribuições, incluindo as relacionadas com a assistência e a cooperação mútuas com outras autoridades de controlo da União.

Prevê o GDPR que as condições gerais aplicáveis aos membros da autoridade de controlo deverão ser definidas por lei em cada Estado-membro e deverão prever, em especial, que os referidos membros sejam nomeados, com recurso a um processo transparente, pelo Parlamento, pelo Governo ou pelo Chefe de Estado do Estado-membro com base numa proposta do Governo, de um dos seus membros, do Parlamento ou de uma sua câmara, ou por um organismo independente incumbido da nomeação nos termos do direito do Estado-membro.

A fim de assegurar a independência da autoridade de controlo, os membros que a constituem deverão exercer as suas funções com integridade, abster-se de qualquer ato incompatível com as mesmas e, durante o seu mandato, não deverão exercer nenhuma atividade, seja ou não remunerada, que com elas seja incompatível.

A autoridade de controlo deverá dispor do seu próprio pessoal, selecionado por si mesma ou por um organismo independente criado nos termos do direito do Estado-membro, que deverá estar exclusivamente sujeito à orientação do integrante ou integrantes da autoridade de controlo.

As autoridades de controlo deverão ser competentes no território do respectivo Estado-membro para exercer os poderes e desempenhar as funções que lhes são conferidas nos termos do presente regulamento. Deverão ainda controlar a aplicação das disposições do presente regulamento e contribuir para a sua aplicação coerente em toda a União, a fim de proteger as pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais e facilitar a livre circulação desses dados a nível do mercado interno. Para esse efeito, as autoridades de controlo deverão

Deverão as autoridades de controlo serem dotadas de recursos financeiros e humanos e da infraestrutura necessária ao desempenho eficaz das suas atribuições

cooperar entre si e com a Comissão Europeia, sem necessidade de qualquer acordo entre os Estados-membros quer sobre a prestação de assistência mútua, quer sobre tal cooperação.

A fim de assegurar o controlo e a aplicação coerentes do presente regulamento em toda a União, as autoridades de controlo deverão ter, em cada Estado-membro, as mesmas funções e poderes efetivos, incluindo poderes de investigação, poderes de correção e de sanção, e poderes consultivos e de autorização, nomeadamente em caso de reclamação apresentada por pessoas singulares, sem prejuízo dos poderes das autoridades competentes para o exercício da ação penal ao abrigo do direito do Estado-membro, tendo em vista levar as violações ao presente regulamento ao conhecimento das autoridades judiciais e intervir em processos judiciais. Essas competências deverão incluir o poder de impor uma limitação temporária ou definitiva ao tratamento, ou mesmo a sua proibição.

Os poderes de investigação em matéria de acesso às instalações deverão ser exercidos em conformidade com os requisitos específicos do direito processual do Estado-membro, como, por exemplo, a obrigação de obter autorização judicial prévia.

As medidas juridicamente vinculativas da autoridade de controlo deverão ser emitidas por escrito, claras e inequívocas, indicar a autoridade de controlo que as emitiu e a data de emissão, ostentar a assinatura do diretor ou do membro da autoridade de controlo por eles autorizada, indicar os motivos que as justificam e mencionar o direito de recurso efetivo.

2.11 O Comité Europeu para a Proteção de Dados

O artigo 68º vem prever a criação de comité europeu para a proteção de dados, com o objetivo de promover a aplicação coerente do GDPR. Deverá ser um órgão independente da União e como tal é dotado de personalidade jurídica. Este comité vai substituir o WP 29 da Diretiva de 1995.

O comité deverá contribuir para a aplicação coerente do presente regulamento em toda a União, incluindo o aconselhamento da Comissão, nomeadamente no que respeita ao nível de proteção em países terceiros ou em organizações internacionais, e mediante a

promoção da cooperação das autoridades de controlo em toda a União. O comité deverá ser independente na prossecução das suas atribuições.

2.12 Penalidades

O artigo 79º do GDPR é de fato um dos principais artigos do diploma, porque vem estabelecer que qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais tem direito a ser ressarcida. E determina ainda que qualquer responsável pelo tratamento é responsável pelos danos, sendo-o também o subcontratante, desde que demonstre que não seguiu as instruções lícitas do responsável pelo tratamento.

As coimas podem variar entre 10 000 000EUR, ou no caso de uma empresa até 2 % do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado, e 20 000 000EUR, ou, no caso de uma empresa, até 4% do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado, dependendo da gravidade da infração.

3. Conclusão

Como tivemos oportunidade de analisar, ainda que de forma manifestamente superficial, as alterações trazidas pelo GDPR são inúmeras e ainda se aguarda que os Estados-membros adaptem a sua legislação nacional ao GDPR. A Alemanha é o país europeu que está mais avançado neste processo, bem como a Espanha, cujo diploma está já em fase de discussão pública.

Adivinham-se tempos complicados para as empresas, mas de um enorme reforço dos direitos das pessoas singulares.

Notas

1. O presente texto corresponde, com alguns desenvolvimentos, à nossa comunicação apresentada nas VII Jornadas de Direito do Consumo, que tiveram lugar na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do IPELiria, no dia 9 de março de 2017.
2. Jorge Barros Mendes. Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do IPELiria. Investigador no CIEJE-IPELiria. Advogado.

3. A sobredita convenção considera que uma das finalidades do Conselho da Europa é conseguir uma união mais estreita entre os seus membros, nomeadamente no respeito pela supremacia do direito, bem como dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.
4. Doravante designado abreviadamente por TJUE.
5. TJUE, acórdão de 24 de novembro de 2011 – processos apensos C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECMD) v. Administración del Estad, n. 28 e 29.
6. (2000/C 364/01) JOCE de 18.12.2000.
7. Comumente designado por GDPR, terminologia que adotaremos doravante.
8. Designado doravante como WP29.
9. LIBE.
10. Com uma maioria esmagadora (quarenta e oito votos a favor, quatro contra e quatro abstenções), a comissão LIBE aprovou o texto final do GDPR, incluindo disposições sobre o consentimento claro e afirmativo, as crianças nas redes sociais, o direito ao esquecimento, o direito da pessoa singular ser informada quando exista violação dos seus dados pessoais, a utilização de uma linguagem simples e multas de até 4% do volume de negócios total anual mundial das empresas.
Em 18 de dezembro de 2015, o Comité dos Representantes Permanentes (COREPER) confirmou com esmagadora maioria (apenas um voto contra) os textos de compromisso acordados pelo Conselho, pelo Parlamento e pela Comissão em 15 de dezembro.
11. Cfr. artigo 88º do GDPR.
12. Atento o disposto no artigo 4º, n. 2, da DDPR, tratamento é: uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.
13. Cfr. artigo 2º GDPR. Deverá ter-se em atenção que qualquer organização que detenha um simples ficheiro word ou excel que contenha dados de natureza pessoal, ou um simples arquivo em papel deverá, como veremos, de cumprir com as obrigações impostas pelo GDPR. Para o diploma, atento o disposto no n. 6 do artigo 4º, é considerado ficheiro qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios específicos, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico.
14. Cfr. artigo 3º GDPR.
15. Cfr. artigo 89º GDPR. O artigo 89º é uma das normas que se espera que venha a ser objeto de regulamentação pelo legislador nacional.
16. Cfr. artigo 4º, n. 5, GDPR.
17. Cfr. artigo 6º GDPR.

18. Cfr. artigo 7º GDPR.
19. Cfr. artigo 4º, n. 11, GDPR.
20. Cfr. artigo 7º, n. 3, GDPR.
21. O denominado direito ao esquecimento.
22. Nos termos do artigo 4º, n. 13, do GDPR, são considerados dados genéticos os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa.
23. Nos termos do artigo 4º, n. 14, são considerados dados biométricos os dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos.
24. Nos termos do artigo 4º, n. 15, são considerados dados de saúde os dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde.
25. Nos termos do Regulamento (CE) n. 1338/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho.
26. Caso Google, Assunto C-11/12 – Em 5 de março de 2010, M. Costeja González, de nacionalidade espanhola e domiciliado em Espanha, apresentou na autoridade administrativa espanhola – AEPD – uma reclamação contra a La Vanguardia Ediciones SL, que publica um jornal de grande tiragem, designadamente na Catalunha, o “La Vanguardia”, e contra a Google Spain e a Google Inc. Esta reclamação baseava-se no fato de que, quando um internauta inseria o nome de M. Costeja González no motor de busca do grupo Google, obtinha ligações a duas páginas do jornal da La Vanguardia de, respectivamente, 19 de janeiro e 9 de março de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, que mencionava o nome de M. Costeja González.
Com esta reclamação, M. Costeja González pedia, por um lado, que se ordenasse à La Vanguardia que suprimisse ou alterasse as referidas páginas, para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que utilizasse determinadas ferramentas disponibilizadas pelos motores de busca para proteger esses dados, e por outro lado pedia que se ordenasse à Google Spain ou à Google Inc. que suprimissem ou ocultassem os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa e de figurar nas ligações da La Vanguardia. E isto porque o processo de arresto, de que fora objeto, tinha sido completamente resolvido há vários anos e a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.
Sucede que a autoridade administrativa espanhola – AEPD –, por decisão de 30 de julho de 2010, considerou que a reclamação em relação ao jornal à La Vanguardia estava legalmente justificada, dado que tinha sido efetuada por

ordem do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais e teve por finalidade publicitar ao máximo a venda em hasta pública, a fim de reunir o maior número possível de licitantes, sendo que, no que concerne à Google, a AEPD considerou que os operadores de motores de busca estão sujeitos à legislação em matéria de proteção de dados, uma vez que realizam um tratamento de dados pelo qual são responsáveis e atuam como intermediários da sociedade de informação.

A AEPD considerou que estava habilitada a ordenar a retirada dos dados e a interdição de aceder a determinados dados, por parte dos operadores de motores de busca, quando considere que a sua localização e a sua difusão são suscetíveis de lesar o direito fundamental de proteção dos dados e a dignidade das pessoas em sentido amplo, o que abrange também a simples vontade da pessoa interessada de que esses dados não sejam conhecidos por terceiros. A AEPD considerou que esta obrigação pode incumbir diretamente aos operadores de motores de busca, sem que seja necessário suprimir os dados ou as informações do sítio *web* onde figuram, designadamente quando a manutenção dessas informações nesse sítio seja justificada por uma disposição legal.

27. Cfr. parágrafo 80 e 97 do referido acórdão.
28. Em acórdão recente, de 9 de março de 2017, Proc. C-398/15, o TJEU considerou que os dados pessoais que são inscritos no registo das sociedades possam ser, após um determinado período de tempo e a pedido da pessoa em causa, cancelados, tornados anónimos ou bloqueados, ou tornados acessíveis a um círculo restrito de terceiros, a saber, os terceiros que justifiquem um interesse legítimo no acesso a esses dados.
29. O tratamento de dados pessoais não deverá ser considerado de grande escala se disser respeito aos dados pessoais de pacientes ou clientes de um determinado médico, profissional de cuidados de saúde, hospital ou advogado. Nesses casos, a realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados não deverá ser obrigatória.
30. No âmbito desse processo de consulta, o resultado de uma avaliação do impacto sobre a proteção de dados efetuada relativamente ao tratamento em questão pode ser apresentado à autoridade de controlo, em especial as medidas previstas para atenuar o risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

PROTEGENDO OS CIDADÃOS- CONSUMIDORES EM TEMPOS DE BIG DATA: UMA PERSPECTIVA DESDE O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA¹

MANUEL DAVID MASSENO²

Professor-adjunto do Instituto Politécnico de Beja, Portugal, onde
é também Pesquisador Sénior no Laboratório UbiNET – Segurança
Informática e Cibercrime

RESUMO

As tecnologias de Big Data vieram criar uma disrupção profunda não apenas nos modelos de negócios correspondentes às relações de consumo, mas também no que se refere aos instrumentos legais de defesa do consumidor. No plano europeu, esta nova ameaça aos equilíbrios alcançados levou tanto a uma reconsideração dos institutos próprios do direito do consumo como a um recurso acrescido ao direito da proteção de dados pessoais, designadamente com o Novo Regulamento Geral, que produzirá efeitos diretos a partir do final de maio de 2018.

1. A *Big Data* e a defesa dos consumidores: identificação e caracterização breves

Com crescente frequência, mesmo na comunicação social generalista, as referências à *Big Data* e suas implicações para a vida das pessoas têm-se multiplicado, nem sempre em termos rigorosos. Pelo que, é necessária uma aproximação aos textos oficiais da União Europeia, de maneira a delimitar a respectiva noção e o nosso objeto. Assim, sinteticamente, o termo

Megadados refere-se ao aumento exponencial da disponibilidade e da utilização automatizada de informações: refere-se a conjuntos de dados digitais gigantescos detidos por empresas, governos e outras organizações de grandes dimensões, que são depois extensivamente analisados (daí o nome “analítica”) com recurso a algoritmos informáticos.³

E, de um modo mais detalhado:

O termo “grandes volumes de dados” refere-se a grandes quantidades de dados de diferentes tipos produzidos em grande velocidade a partir de um elevado número de diferentes tipos de fontes. Para lidar com os conjuntos de dados altamente variáveis e em tempo real gerados hoje em dia, são necessários novos métodos e ferramentas, como, por exemplo, processadores, software e algoritmos de grande potência. Que vão além das tradicionais ferramentas de “exploração de dados” (*mining*) concebidas para lidar principalmente com conjuntos de dados estáticos, de pequena escala e baixa variedade, muitas vezes manualmente.⁴

Em termos simples, a *Big Data* resulta da confluência de três avanços tecnológicos de origem diferente, mas que se reforçaram entre si. Designadamente, da *computação em nuvem*, a qual passou a possibilitar o armazenamento de volumes crescentes de dados, com disponibilidade permanente e uma fiabilidade assegurada pela redundância, tudo isto com custos cada vez menores; a que se juntaram as *comunicações de banda muito larga*, em fibra ótica ponto a ponto,

com velocidades de acesso tais que deixou de ser necessário manter centros de dados próprios, igualmente com custos decrescentes; incorporando-se a ambas, a criação de algoritmos de análise assentes em *inteligência artificial*, mais do que em força bruta computacional, ainda que distribuída, veio acrescentar a viabilidade de gerir pacotes cada vez maiores de dados, em tempo real. Finalmente, a proliferação de sensores interligados, a que se tem dado o nome de *internet das coisas*, ou *de tudo*, veio multiplicar a informação disponível, a qual respeita sempre e em definitiva aos cidadãos-consumidores.

Desta maneira, a *Big Data* constitui a nova fronteira para a criação de valor, com um aumento radical da eficiência nos processos e na alocação de recursos, como o WEF – Fórum Económico Mundial (Davos) de 2012 apontou⁵.

A *Big Data* constitui a nova fronteira para a criação de valor

Isso porque as analíticas subjacentes à *Big Data* viabilizam a detecção de microtendências, indo além dos métodos analíticos assentes em amostragens de base estatística, incluindo a *data mining*, por terem como objeto todos os dados e não apenas amostragens, o que multiplica exponencialmente as correlações que passam a ser possíveis de inferir.

No que se refere às relações de consumo, estas ferramentas têm sido sobretudo utilizadas em matéria de *marketing direto* e de *OBA – publicidade comportamental em-linha*, embora sejam igualmente de referir as *análises de rede* e as *informações de crédito*.

Concretizando, nas operações com consumidores, além de facultar um muito melhor apoio à decisão nas empresas, com um enorme acréscimo de eficiência organizacional, a *Big Data* releva essencialmente na estruturação da oferta. Com efeito, tornou concretizável uma segmentação capilar, focalizada nas aspirações de cada cliente, e já não em conjuntos de pessoas arrumadas por tipos, o que deixara de ser compatível ou necessário atendendo à massificação dos comportamentos e dos gostos que caracterizou a sociedade industrial. Assim, com custos muito reduzidos, ao deixar de ser necessário dispor de mão de obra especializada e disponível para cada cliente, o que apenas continua a verificar-se nos mercados de bens de

luxo ou outros de elevado valor unitário, temos hoje a possibilidade de generalizar:

- uma personalização fundada nos padrões de comportamento do cliente nas suas relações com o fornecedor, ou na sua ausência;
- uma personalização baseada nas suas relações com terceiros nas redes sociais, indo além dos comportamentos individuais;
- uma personalização relativamente a bens ou serviços adicionais ou alternativos, que possam complementar as experiências de consumo;
- uma personalização decorrente da sua localização, mesmo em tempo real e em movimento, atendendo à circunstância de sermos quase todos utilizadores de smartphones;
- e, ainda, uma personalização da negociação, conduzida por agentes inteligentes, nomeadamente *chatbots*, à partida omniscientes e amorais, programados para obterem resultados através do diálogo com cada cliente.

2. As consequências normativas

As instâncias europeias estão cientes das implicações do uso, sobretudo se generalizado, da *Big Data*. Até porque não existem alternativas a uma aposta muito séria e consistente das políticas públicas na “economia dos dados”, salvo se a Europa renunciar à respectiva competitividade com os Estados Unidos e o Oriente.

Desta maneira, é a própria Comissão Europeia a acentuar:

Assistimos a uma nova revolução industrial induzida pelos dados digitais, a informática e a automatização. As atividades humanas, os processos industriais e a investigação conduzem, todos eles, à recolha e ao tratamento de dados numa escala sem precedentes, favorecendo o surgimento de novos produtos e serviços, assim como de novos processos empresariais e metodologias científicas [pelo que é essencial ter presente que] o direito fundamental à proteção dos dados pessoais aplica-se aos grandes volumes de dados no caso de se tratar de dados pessoais: o seu tratamento tem de respeitar todas as regras aplicáveis em matéria de proteção de dados [e que] o direito horizontal dos consumidores e do

marketing também se aplica aos produtos baseados na tecnologia dos grandes volumes de dados. A Comissão garantirá que as PME e os consumidores, os fornecedores e os utilizadores recebam todas as informações necessárias, não sejam enganados e possam confiar na lealdade dos contratos, nomeadamente no que respeita à utilização de dados provenientes dos próprios. Estas medidas contribuirão para criar a confiança necessária para explorar o pleno potencial da economia de dados.⁶

2.1 No que se refere ao direito dos consumidores, em sentido estrito

Neste domínio, as consequências da utilização da *Big Data* começam a fazer-se sentir, mesmo no núcleo mais duro de defesa do consumidor perante o poder das empresas na economia industrial, o das cláusulas contratuais gerais, ou contratos por adesão.

Com efeito, a aplicabilidade da disciplina constante da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, assenta na ausência de “negociação individual”, com as seguintes delimitação e consequências⁷:

1. Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.
2. 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. O facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão. Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objeto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova. (Art. 3º)

Ora, com a *Big Data* e os *chatbots*, isto é, programas informáticos dotados de inteligência artificial capazes de manter um diálogo com um interlocutor humano, os custos de transação reduziram-se até ao ponto em que se tornou viável negociar individualmente cada uma das cláusulas contratuais. Mais ainda, o consumidor passou a ter perante si um interlocutor com um conhecimento muito aprofundado das suas necessidades e aspirações, porventura maior que o próprio tem de si conscientemente, o que vem desequilibrar, ainda mais acentuadamente, as posições das partes nas relações de consumo.

Esta nova realidade vem reforçar a importância do regime das comunicações não solicitadas, já não só referidas ao SPAM, constante da Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2009/136/CE, de 25 de novembro, o qual passou a determinar⁸:

1. A utilização de sistemas de chamada e de comunicação automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio eletrónico para fins de comercialização direta apenas pode ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio.
2. Não obstante o n. 1, se uma pessoa singular ou coletiva obtiver dos seus clientes as respetivas coordenadas eletrónicas de contacto para correio eletrónico, no contexto da venda de um produto ou serviço, nos termos da Diretiva 95/46/CE, essa pessoa singular ou coletiva pode usar essas coordenadas eletrónicas de contacto para fins de comercialização direta dos seus próprios produtos ou serviços análogos, desde que aos clientes tenha sido dada clara e distintamente a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização dessas coordenadas eletrónicas de contacto no momento da respetiva recolha e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha inicialmente recusado essa utilização.
3. Os Estados Membros tomam as medidas adequadas para assegurar que as comunicações não solicitadas para fins de comercialização direta em casos diferentes dos referidos nos n.ºs 1 e

2 não sejam permitidas quer sem o consentimento dos assinantes ou utilizadores em questão, quer em relação a assinantes ou utilizadores que não desejam receber essas comunicações, sendo a escolha entre estas opções determinada pela legislação nacional, tendo em conta que ambas as opções devem ser gratuitas para o assinante ou utilizador. [e]

6. Sem prejuízo de eventuais recursos administrativos que venham a ser previstos, nomeadamente ao abrigo do n. 2 do Artigo 15º-A, os Estados Membros asseguram que as pessoas singulares ou coletivas prejudicadas por infrações às disposições nacionais aprovadas nos termos do presente artigo e que tenham um interesse legítimo na cessação ou proibição dessas infrações, nomeadamente um prestador de serviços de comunicações eletrónicas que proteja os seus interesses comerciais legítimos, possam intentar ações judiciais contra tais infrações. Os Estados Membros podem ainda estabelecer regras específicas sobre as sanções aplicáveis a prestadores de serviços de comunicações eletrónicas que pela sua negligência contribuam para infrações às disposições nacionais aprovadas nos termos do presente artigo. (Art. 13º)

Este regime será até reforçado, caso avance o previsto na proposta de regulamento relativa ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas (COM(2017) 10 final, de 10 de janeiro de 2017). Mas, sobretudo, torna imperativo, em especial no que se refere à programação das aplicações dotadas de inteligência artificial, seguir o disposto na Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, implicando a observância de critérios decorrentes da boa-fé, não apenas objetiva como também subjetiva. Garantido que a uma tal prática não será desleal, isto é, “contrária às exigências relativas à diligência profissional; [e] Distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, 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” (art. 5º, n. 2), tanto por ação (art. 6º), quanto por omissão (art. 7º).

2.2 Em matéria de proteção de dados pessoais

Como vimos antes, os modelos de negócio assentes na *Big Data* possibilitam um controle permanente sobre os consumidores, com dados obtidos e tratados em tempo real, conservados por tempo indeterminado, com vista a obter informações ainda não evidentes, muitas delas nem sequer previstas no momento de recolha e tratamento inicial dos dados. Isso conduz ao estabelecimento de perfis detalhados para cada cliente, depois usados para prever e avaliar os respectivos comportamentos, além de hoje sabermos que as analíticas de *Big Data* tornam a anonimização dos dados reversível, mesmo se tiverem sido usadas PET – tecnologias de reforço da privacidade⁹.

Por outro lado, o recurso à *Big Data* supõe o acesso a meios técnicos, financeiros e humanos de grande porte, daí resultando uma acentuada assimetria informacional entre os profissionais e os consumidores, ademais de estabelecer barreiras à entrada de novos concorrentes, inclusive devido aos efeitos de rede.

Daí, o impacto que terá o Novo Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46/CE ('Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados'). Aliás, a respectiva proposta teve, entre outros, o objetivo de dar uma resposta cabal às questões suscitadas por tecnologias novas, como as subjacentes à *Big Data*¹⁰ ou à *internet das coisas*¹¹.

Este regulamento, tal como a Diretiva 95/46/CE¹², aplica-se a quaisquer tratamentos de dados pessoais, o que constitui um dos traços caracterizadores do modelo europeu, incluindo os dos consumidores por empresas¹³: "O presente regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados" (art. 1º, n. 1). E, ainda mais claramente, no que se refere às relações de consumo, pois

aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora

da União [e também] ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com:

- a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento;
- b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. (Art. 3º, nºs 1 e 2)

Isso é confirmado, *a contrario*, por outros instrumentos europeus, que pressupõem esses regimes, como são os casos da Diretiva 2011/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, e da Diretiva 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 eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre o comércio eletrónico).

Ademais, em positivo, a pertinência desta articulação é reforçada pelo teor da proposta de diretiva sobre certos aspectos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (COM (2015) 634 final, de 9 de dezembro de 2015), a qual prevê e disciplina, explicitamente, a possibilidade de os dados pessoais dos consumidores serem monetarizados, isto é, constituírem um meio de pagamento, com carácter oneroso, em alternativa a uma prestação pecuniária, “preço”¹⁴:

A presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados [mas] [...] não prejudica a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. (Art. 3º, nºs 1 e 8)

Se o consumidor rescindir o contrato: O fornecedor deve tomar todas as medidas ao seu alcance a fim de se abster de utilizar outra contrapartida que não dinheiro fornecida pelo consumidor em troca dos conteúdos digitais e quaisquer outros dados recolhidos

pelo fornecedor em relação ao fornecimento de conteúdos digitais, incluindo qualquer conteúdo fornecido pelo consumidor, com a exceção dos conteúdos que foram gerados em conjunto pelo consumidor e outros que continuem a fazer uso dos mesmos (Art. 13º, n. 2, alínea b).

Do que antes referimos, decorrem múltiplas consequências, designadamente a aplicação do Regulamento Geral sempre que o tratamento tenha por destinatários residentes, consumidores, em território da UE, ainda que o responsável pelo tratamento não conte com um estabelecimento no mesmo, ou proceda a um controle do seu comportamento, ocorrendo este na UE (art. 3º, n. 2, a) e b), *vide supra*) e a proibição do tratamento de ‘dados sensíveis’ com finalidades comerciais, salvo com consentimento explícito prévio do cidadão-consumidor¹⁵:

É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa [mas] o disposto no n. 1 não se aplica se se verificar um dos seguintes casos: a) Se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito para o tratamento desses dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas, exceto se o direito da União ou de um Estado-Membro prever que a proibição a que se refere o n. 1 não pode ser anulada pelo titular dos dados (Art. 9º, n.ºs 1 e 2).

No que se refere aos princípios de qualidade dos dados, temos que o respectivo tratamento deve ser “lícito, leal e transparente”, com “limitação das finalidades” e “minimização dos dados”, bem como com uma sua “limitação da conservação” (art. 5º, n. 1), o que condiciona muito a utilização das técnicas de *Big Data*, pois os dados devem ser:

Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados (a)

Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89º, n. 1 89º, n. 1 [O tratamento para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, está sujeito a garantias adequadas, nos termos do presente regulamento, para os direitos e liberdades do titular dos dados. Essas garantias asseguram a adoção de medidas técnicas e organizativas a fim de assegurar, nomeadamente, o respeito do princípio da minimização dos dados. Essas medidas podem incluir a pseudonimização, desde que os fins visados possam ser atingidos desse modo. Sempre que esses fins possam ser atingidos por novos tratamentos que não permitam, ou já não permitam, a identificação dos titulares dos dados, os referidos fins são atingidos desse modo] (b)

Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (c)

Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89º, n. 1 [*vide supra*], sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados. (e)

Adicionalmente e como corolário da autodeterminação do seu titular, é garantido um direito à oposição ao tratamento dos dados (art. 21º):

O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6º, n. 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6º, n. 4, incluindo

a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial. [...] Quando os dados pessoais forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos da referida comercialização, o que abrange a definição de perfis na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta. (n^{os} 1 e 2)

Além disso, “caso o titular dos dados se oponha ao tratamento para efeitos de comercialização direta, os dados pessoais deixam de ser tratados para esse fim” (n. 3), o qual tem por consequência a respectiva portabilidade, entre diferentes prestadores de serviços da sociedade da informação, agora sobretudo estruturados em plataformas¹⁶ (art. 20º):

O titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se: a) O tratamento se basear no consentimento dado nos termos do artigo 6º, n. 1, alínea a), ou do artigo 9º, n. 2, alínea a), ou num contrato referido no artigo 6., n. 1, alínea b); e b) O tratamento for realizado por meios automatizados.”; além de que “Ao exercer o seu direito de portabilidade dos dados nos termos do n. 1, o titular dos dados tem o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível. (n^{os} 1 e 2)

Além de comportar a possibilidade de ser requerido o seu apagamento (“direito a ser esquecido”) (art. 17º):

O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada,

e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a 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, alínea a), ou do artigo 9º, n. 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, n. 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, n. 2; d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente; e) Os dados pessoais têm de 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 artigo 8º, n. 1.

Adicionalmente,

Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n. 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos. (nºs 1 e 2)

Da mesma maneira, são enunciadas fortes limitações à criação de perfis e à sujeição a decisões individuais automatizadas, com base nestes (art. 22º):

O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis [*id est*, “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista

em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações;”, Artº 4º 4], que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.”; porém, a proteção é limitada, já que “O n. 1 não se aplica se a decisão: a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.”; ainda assim, “Nos casos a que se referem o n. 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão. (nºs 1, 2 e 3)

A tudo isto acrescem garantias que passam pela previsão de uma responsabilidade civil objetiva e solidária para os responsáveis pelo tratamento dos dados, e os subcontratantes se for o caso, incluindo explicitamente os danos não patrimoniais (art. 82º):

Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos [pelo que] qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento. O subcontratante é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento. (nºs 1 e 2)

Mas “o responsável pelo tratamento ou o subcontratante fica isento de responsabilidade nos termos do n. 2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos” (n. 3). E

quando mais do que um responsável pelo tratamento ou subcontratante, ou um responsável pelo tratamento e um subcontratante, estejam envolvidos no mesmo tratamento e sejam, nos termos dos n^{os} 2 e 3, responsáveis por eventuais danos causados pelo tratamento, cada responsável pelo tratamento ou subcontratante é responsável pela totalidade dos danos, a fim de assegurar a efetiva indemnização do titular dos dados. (n. 4)

Consequentemente, “quando tenha pago, em conformidade com o n. 4, uma indenização integral pelos danos sofridos, um responsável pelo tratamento ou um subcontratante tem o direito de reclamar a outros responsáveis pelo tratamento” (n. 5).

E ainda, o que mais tem chamado a atenção da comunicação social e das empresas, de coimas muito elevadas. Aliás, com inspiração clara no direito da concorrência da União Europeia, cuja eficácia dissuasória ficou comprovada na mais de década e meia de vigência do Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, as quais podem atingir (art. 83º):

O incumprimento de uma ordem emitida pela autoridade de controlo a que se refere o artigo 58º, n. 2, está sujeito, em conformidade com o n. 2 do presente artigo, a coimas até 20 000 000 EUR ou, no caso de uma empresa, até 4 % do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante mais elevado. (n. 6)

Sem esquecer que tudo isto acresce a habilitação para os Estados-membros poderem prever sanções adicionais, inclusive de natureza penal (art. 84º), as quais seriam inviáveis num regulamento, atendendo ao teor do disposto no *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (art. 83º, n. 1):

Os Estados-Membros estabelecem as regras relativas às outras sanções aplicáveis em caso de violação do disposto no presente regulamento, nomeadamente às violações que não são sujeitas a coimas nos termos do artigo 7983º, e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas. (n. 1)¹⁷

Apesar disso, devemos ter sempre presente que, também devido ao impasse negocial em que se encontrava a proposta de regulamento geral sobre proteção de dados no primeiro semestre de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia reinterpreto atualisticamente a Diretiva 95/46/CE, com o acórdão Google Spain. No acórdão, até pelo contraste com as conclusões do advogado-geral, ficou mesmo sinalizado que um eventual fracasso por parte dos decisores políticos não impediria a formulação de respostas adequadas, ainda que jurisprudenciais¹⁸.

Posfácio

“47. A isto vêm juntar-se as dinâmicas dos *mass-media* e do mundo digital, que, quando se tornam onnipresentes, não favorecem o desenvolvimento duma capacidade de viver com sabedoria, pensar em profundidade, amar com generosidade. Neste contexto, os grandes sábios do passado correriam o risco de ver sufocada a sua sabedoria no meio do ruído dispersivo da informação. Isto exige de nós um esforço para que esses meios se traduzam num novo desenvolvimento cultural da humanidade, e não numa deterioração da sua riqueza mais profunda. A verdadeira sabedoria, fruto da reflexão, do diálogo e do encontro generoso entre as pessoas, não se adquire com uma mera acumulação de dados, que, numa espécie de poluição mental, acabam por saturar e confundir. Ao mesmo tempo tendem a substituir as relações reais com os outros, com todos os desafios que implicam, por um tipo de comunicação mediada pela internet. Isto permite selecionar ou eliminar a nosso arbítrio as relações e, deste modo, frequentemente gera-se um novo tipo de emoções artificiais, que têm a ver mais com dispositivos e monitores do que com as pessoas e a natureza. Os meios atuais permitem-nos comunicar e partilhar conhecimentos e afetos.

Mas, às vezes, também nos impedem de tomar contato direto com a angústia, a trepidação, a alegria do outro e com a complexidade da sua experiência pessoal. Por isso, não deveria surpreender-nos o fato de, a par da oferta sufocante destes produtos, ir crescendo uma profunda e melancólica insatisfação nas relações interpessoais ou um nocivo isolamento” (Carta Encíclica *Laudato Si*, Francisco, PP, de 24 de maio de 2015)¹⁹.

Notas

1. Atendendo à origem e à finalidade deste texto, referirei apenas trabalhos de autores portugueses e em Língua Portuguesa, apesar de serem relativamente escassos, sobretudo no que se refere a estudos de ordem geral, como é o caso do capítulo acrescentado à *Introdução ao direito do consumo* na 4ª ed. do *Manual* de Jorge Morais de Carvalho (2017), estando superadas as considerações de Luís Silveira Rodrigues (2003), e mesmo as de José de Oliveira Ascensão (2009), sobre a posição dos consumidores na Rede, ambas anteriores à “Revolução da *Big Data*”.

Para mais referências, em Língua Inglesa, permito-me remeter para o artigo que publiquei, no final de 2016, na revista *Comparazione e diritto civile*, a que apenas juntaria o artigo de Vincenzo Zeno-Zencovich e Giorgio Giannone Codiglione (2016). Em Língua Espanhola, tem muito interesse e atualidade a monografia de Elena Gil (2016), aliás premiada pela *Agencia Española de Protección de Datos*; e, na Italiana, a de Giuseppe D’Acquisto e Maurizio Naldi (2017), bem como o estudo de Elisabetta Nunziante (2017).

2. Professor-Adjunto do Instituto Politécnico de Beja, Portugal, onde é também Pesquisador Sénior no Laboratório UbiNET – Segurança Informática e Cibercrime; integra os Órgãos Sociais da ISOC-Portugal – *Internet Society-Portugal Chapter*, bem como o Fórum Jurídico e o Grupo Permanente de Segurança e Privacidade da APDSI – Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação, além de pertencer à Comissão Científica da revista *Cyberlaw by CIJIC*, do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. No Brasil, é o Diretor para as Relações Internacionais do IBDI – Instituto Brasileiro de Direito da Informática, Membro Consultor da Comissão de Direito Digital e *Compliance* da Ordem dos Advogados do Brasil / Seção de São Paulo, assim como das Comissões de Direito Digital da Subseção de Campinas e de Informática Jurídica e Direito Eletrônico da de Santos, além de pertencer ao Grupo de Estudos Temático em Direito Digital e *Compliance* da FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e integrar o Conselho Editorial e Científico Nacional e Internacional da REDESG – *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, da Universidade Federal de Santa Maria (RS). Desde 2016, é um dos Pesquisadores do Projeto I+D “Big Data, Cloud Computing y otros retos jurídicos planteados

por las tecnologías emergentes; en particular, su incidencia en el sector turístico” – DER2015- 63595 (MINECO/FEDER), Coordenado pela *Universitat de les Illes Balears*, Espanha.

3. Parecer do Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a Proteção dos Dados, sobre a limitação de finalidade, de 2 de abril de 2013.
4. Tal como consta da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Para uma economia dos dados próspera” (COM(2014) 442 final, de 2 de julho de 2014).
5. Assim e por todos, o Relatório de Síntese: *Big Data, Big Impact: New Possibilities for International Development* <http://www3.weforum.org/docs/WEF_TC_MFS_BigDataBigImpact_Briefing_2012.pdf>. Para mais referências de estudos, designadamente das grandes consultoras internacionais, *vide* o meu último artigo (2016).
6. Na Comunicação da Comissão “Para uma economia dos dados próspera”, cit. Estas mesmas questões foram retomadas na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa” (COM(2015) 192 final), de 6 de maio de 2015. Sobre estes documentos e em termos gerais sobre o Mercado Único Digital, incluindo a múltipla documentação a que no mesmo é dado acesso, *vide* o artigo de Fernanda Ferreira Dias (2016). A este propósito, são também importantes as considerações, mesmo breves, de Jorge Morais de Carvalho (2017).
7. Sobre o sentido da Diretiva e por todos, *vide* os contributos de Inocêncio Galvão Telles (1995), António Pinto Monteiro (2002) e Nuno Pinto Oliveira (2005). Perspectivei esta possibilidade, na sequência de uma referência incidental de Giovanni Sartor, a propósito da contratação através de Agentes Inteligentes, na minha comunicação ao Congresso da FIADI (2008).
8. Embora ainda tendo por referência o texto originário da Diretiva 2002/58/CE, mantêm atualidade as reflexões de Luís Menezes Leitão (2003) e, sobretudo, as de Celso Serra (2003).
9. Sobre estas questões, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados tem sido bastante assertiva, desde o parecer preliminar ‘Privacidade e competitividade na era dos grandes volumes de dados: a articulação entre a proteção de dados, a lei da concorrência e a proteção do consumidor na Economia Digital’, de 14 de março de 2014, reforçado pelo Parecer 4/2015, ‘Rumo a uma nova ética digital: dados, dignidade e tecnologia’, de 11 de setembro de 2015, logo seguido do Parecer 7/2015, ‘Corresponder aos desafios dos Grandes Volumes de Dados: Um apelo à transparência, controlo do utilizador, proteção de dados desde a conceção e responsabilidade’, de 19 de novembro do mesmo ano, entretanto atualizado pelo Parecer 8/2016, ‘Aplicação efetiva da legislação na economia digital’, de 23 de setembro de 2016. Por sua vez, o Grupo de Trabalho do Artigo 29º, que enfrentara estes problemas, pela primeira vez, no seu Parecer 2/2010, sobre “a publicidade comportamental em-linha”, voltou a abordá-los com o

- Parecer 5/2012, sobre a ‘Computação em Nuvem’, de 1 de julho de 2012, e pelo Parecer 3/2013, sobre ‘limitação de finalidade’, de 2 de abril de 2013, o mesmo para o Parecer 8/2014, sobre os ‘recentes desenvolvimentos da Internet das Coisas’, bem como e sobretudo pela “Declaração do Grupo do Artigo 29º sobre o impacto do desenvolvimento da *Big Data* na proteção das pessoas relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais na UE”, ambos de 16 de setembro de 2016.
10. A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Proteção da privacidade num mundo interligado Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI” (COM/2012/09 final, de 25 de janeiro de 2012). Ademais, Comissão Europeia criou uma página, multilíngue, com todos os Trabalhos Preparatórios relativos à Proposta de Regulamento <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm>. No que se refere à Proposta de Regulamento, e respectivas vicissitudes, tivemos o enquadramento inicial de Alexandre Sousa Pinheiro (2012), bem como os contributos de Maria Leonor Teixeira (2013) e de Mónica Salgado (2014).
 11. Sobre as implicações da proliferação de sensores interconectados para as liberdades, *maxime* para a Privacidade, *vide* o texto breve de Luís Filipe Antunes (2016), além das referências de Jorge Morais de Carvalho (2017).
 12. Sobre o sentido e conteúdo desta, por todos, *vide* os capítulos, a tanto dedicados, dos livros de Maria Eduarda Gonçalves (2003), p. 98 e ss., de Catarina Sarmento e Castro (2004), p. 43 e ss., e, sobretudo de Alexandre Sousa Pinheiro (2015), *maxime* p. 573 e ss., tendo ainda interesse as considerações de Maria Leonor Teixeira (2013) e de Maria Angelina Teixeira (2016), no último caso em termos retrospectivos.
 13. Entre nós, os trabalhos dedicados ao Regulamento Geral ainda são poucos e sem o necessário aprofundamento, embora possa referir o artigo de Maria Angelina Teixeira (2016) e o livro, explicitamente destinado a fins de divulgação, de João Gabriel e Sofia Berberan Santos (2017), assim como a minha Conferência de Abertura do 8º TELECON (2016).
 14. Na doutrina nacional já se deu conta das implicações desta proposta, ainda que sem um aprofundamento de natureza monográfica, Alexandre Dias Pereira (2015), mas passa ao lado desta questão, apesar de proceder a uma análise da proposta (2016).
 15. Embora a própria *Big Data*, com o profundo desequilíbrio que proporciona entre as grandes empresas e os cidadãos-consumidores, torne o consentimento, em boa medida, ilusório, como mostra João Fachana (2016).
 16. Sobre estas, *vide* ainda as considerações breves de Jorge Morais de Carvalho (2017).
 17. Embora ainda tendo por base a Proposta de Regulamento, as considerações de José Lobo Moutinho e David Silva Ramalho (2015) continuam a ser muito pertinentes.
 18. Em causa está o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 13 de maio de 2014, no Processo C-131/12, Google Spain SLe Google Inc. contra a Agencia

Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Sobre este, além da análise da Sofia Casimiro (2014), aponto a minha contextualização na Conferência da APDSI/Google (2015) e ainda as reflexões de João Marques (2016).

19. Oportunamente recordada pelo Parecer 4/2015 'Rumo a uma nova ética digital: dados, dignidade e tecnologia' da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados.

Referências

- ANTUNES, Luís Filipe. A Privacidade no Mundo Conectado da Internet das Coisas. In *Fórum de proteção de dados*, da Comissão Nacional de Proteção de Dados, n. 2, 2016, p. 52-58. <https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2016_2/index.html#52>. Acesso em 20/07/2017.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A sociedade digital e o consumidor. In AA.VV. *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VIII. Coimbra: Coimbra Ed. / Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2009, p. 123-154.
- CARVALHO, Jorge Morais de. Práticas Comerciais Desleais das Empresas Face aos Consumidores. In *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III, n. 1, 2011, p. 187-219. <https://www.academia.edu/9448101/_Pr%C3%A1ticas_Comerciais_Desleais_das_Empresas_Face_aos_Consumidores_in_Revista_de_Direito_das_Sociedades_Ano_III_n.o_1_2011_p._187-219>. Acesso em 20/07/2017.
- _____. *Manual de direito do consumo*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- CASIMIRO, Sofia. O direito a ser esquecido pelos motores de busca: o Acórdão Costeja in *Revista de Direito Intelectual*, n. 2, 2014, p. 307-353.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. *Privacidade, informática e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CRISTAS, Maria da Assunção. Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE. In AA.VV. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 141-162.
- D'ACQUISTO, Giuseppe; NALDI, Maurizio Naldi. *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*. Torino: Giappichelli, 2017.
- DIAS, Fernanda Ferreira. O Mercado Único Digital Europeu. In *Análise Europeia – Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, (2) 2016, p. 17-41. <http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/dias_fernanda_2016.pdf>. Acesso em 20/07/2017.
- FACHANA, João. Que papel para o consentimento na Sociedade em Rede. In NETO, Luísa; RIBEIRO, Fernanda (Org.). *IV Colóquio Luso-Brasileiro Direito e Informação – Atas*. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2016, p. 91-<<https://view.joomag.com/direito-e-informa%C3%A7%C3%A3o-na-sociedade-em-rede-atas-direito-e-informa%C3%A7%C3%A3o-na-sociedade-em-rede-atas/0242499001470686892>>. Acesso em 20/07/2017.
- GABRIEL, João; SANTOS, Sofia Berberan. *Regulamento Geral de Protecção de Dados, Legislação e Algumas Notas*. Lisboa: GPA Academy.

- GIL, Elena. *Big data, privacidad y protección de datos*. Madrid: Boletín Oficial del Estado & Agencia Española de Protección de Datos, 2016. <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/premios_2015/Big_Data_Privacidad_y_proteccion_de_datos.pdf>. Acesso em 20/07/2017.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- LEITÃO, Luís de Menezes. A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (Spam). In AA.VV. *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV. Coimbra: Coimbra Ed. / Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2003, p. 91-212.
- LIZ, Jorge Pegado. “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”. In *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 44, 2005, p. 17-93.
- MARQUES, João. Direito ao Esquecimento – A Aplicação do Acórdão Google pela CNPD. In *Fórum de proteção de dados*, da Comissão Nacional de Proteção de Dados, n. 3, 2016, p. 44-55. <https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2016_3/index.html#48>. Acesso em 20/07/2017.
- MASSENO, Manuel David. *Que protecção para os consumidores diante de máquinas inteligentes? Uma perspectiva europeia*. Comunicação ao XII Congresso Iberoamericano de Derecho e Informática, FIADI – Federação Ibero-americana de Associações de Direito e Informática, Saragoça (Espanha), 2008. <https://www.academia.edu/11186366/Que_protec%C3%A7%C3%A3o_para_os_consumidores_diante_de_m%C3%A1quinas_inteligentes_Uma_perspectiva_europeia>. Acesso em 20/07/2017.
- _____. *E depois do... Acórdão Google Spain – Levando a sério o Direito à Proteção de Dados Pessoais na União Europeia!* Comunicação à 3ª Conferência Privacidade, Inovação e Internet. APDSI – Associação para a Produção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação & Google, Lisboa (Portugal), 2015. <https://www.academia.edu/10387085/E_depois_do_Ac%C3%B3rd%C3%A3o_Google_Spain_Levando_a_s%C3%A9rio_o_Direito_%C3%A0_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais_na_Uni%C3%A3o_Europeia>. Acesso em 20/07/2017.
- _____. *O novo Regulamento Geral sobre proteção de dados pessoais da União Europeia*. Conferência de Abertura do 8º TELECON – Congresso de direito da Informática e das Telecomunicações. IBDI – Instituto Brasileiro de Direito da Informática. Recife (Brasil), 2016. <https://www.academia.edu/31981614/O_novo_Regulamento_Geral_sobre_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_pessoais_da_Uni%C3%A3o_Europeia>. Acesso em 20/07/2017.
- _____. On the relevance of *Big Data* for the formation of contracts regarding *package tours* or *linked travel arrangements*, according to the New Package Travel Directive. In *Comparazione e diritto civile*, 04/2016, p. 2-13 <<http://www.comparazonediritto civile.it/download/volumi/201604.pdf>>. Acesso em 20/07/2017.
- MONTEIRO, António Pinto. O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano

- 62, Volume I, 2002. <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346>. Acesso em 20/07/2017.
- MOUTINHO, José Lobo; RAMALHO, David Silva. Notas sobre o regime sancionatório da proposta de regulamento geral sobre a protecção de dados do Parlamento Europeu e do Conselho. In *Fórum de protecção de dados*, da Comissão Nacional de Protecção de Dados, n. 1, 2015, p. 18-33. <https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2015_1/index.html#20>. Acesso em 20/07/2017.
- NUNZIANTE, Elisabetta. *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*. Roma: Law and Media Working Paper Series, 06/2017. <<http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2017/03/6.2017-Nunziante1.pdf>>. Acesso em 20/07/2017.
- OLIVEIRA, Nuno M. Pinto. A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n. 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993. In *Scientia Iuridica*, n. 303, Tomo LIV, 2005, p. 527-558.
- PEREIRA, Alexandre L. Dias. Comércio Eletrónico de Produtos Digitais: protecção do consumidor a duas velocidades. In *Estudos de Direito do Consumidor*, do CDC – Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Edição Especial, n. 9, 2015, p. 177-207. <http://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_9_completo.pdf>. Acesso em 20/07/2017.
- _____. Novos Direitos do Consumidor no Mercado Único Digital, In *Ibidem*, n. 10, 2016, p. 155–175, <http://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_10_completo.pdf>. Acesso em 20/07/2017.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa. A protecção de dados na proposta de Regulamento Comunitário apresentada pela Comissão Europeia (2012): Primeiras Reflexões. In *Direito e Política*, n. 1, p. 8-21.
- _____. *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFD, 2015.
- RODRIGUES, Luís Silveira. Os consumidores e a sociedade da informação. In AA.VV. *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Ed. / Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2003. p. 295-312.
- SALGADO, Mónica. *O novo Regulamento Europeu sobre Protecção de Dados Pessoais*. Intervenção na *Conferência sobre a Protecção de Dados Pessoais*. Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Lisboa (Portugal), 2014. <http://cdlisboa.org/2014/docs/ProtecaoDadosPessoais/Monica_Salgado.pdf>.
- SANTOS, Teresa Moura dos. A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais. In *RED – Revista Eletrónica de Direito*, do CIJE – Centro de Investigação Jurídico Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n. 1, 2016, p. 1-53. <<http://www.cije.up.pt/download-file/1364>>. Acesso em 20/07/2017.
- SERRA, Celso A. Publicidade ilícita e abusiva na Internet. In AA.VV. *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV. Cit., p. 455-573.
- TEIXEIRA, Maria Angelina. A Chave para a Regulamentação da Protecção de Dados (Das pessoas singulares). In *Data Venia – Revista Jurídica Digital*, n. 6, 2016, p. 6-32. <http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao06/datavenia06_p005-032.pdf>. Acesso em 20/07/2017.

- TEIXEIRA, Maria Leonor. A União Europeia e a Proteção de Dados Pessoais – ‘Uma visão futurista’. In *Revista do Ministério Público*, do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n. 135, 2013, p. 65-106.
- TELLES, Inocêncio Galvão. Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas. In *O Direito*, Ano 127, III-IV, 1995, p. 297-314.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo; GIANNONE CODIGLIONE, Giorgio. Ten legal perspectives on the ‘Big Data revolution’. In *Concorrenza e Mercato*, vol. 23, 2016, p. 29-57. <[http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zeno/materiale/2017/Ten%20Legal%20Perspectives%20\(off%20print\).pdf](http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zeno/materiale/2017/Ten%20Legal%20Perspectives%20(off%20print).pdf)>. Acesso em 20/07/2017.

RGPD: UMA REVOLUÇÃO INVISÍVEL

AFONSO ARAÚJO NETO¹

Senior Information Security Consultant, Dognaedis LDA

EXCERDOS

“O que percebe-se agora é que a sociedade colhe as vantagens das novas tecnologias, mas tendo como custo a perda completa do controlo que as pessoas têm sobre seus próprios dados pessoais”

“No novo regulamento, os princípios de segurança e privacidade por defeito são obrigatórios desde a concepção dos serviços, e em tese um serviço que faça tratamento de dados pessoais não pode nem ser oferecido caso não atenda esses requisitos”

“O RGPD é uma revolução invisível, que se der certo trará benefícios a todos, mas não sem consequências”

“Uma solução de backup adequada é uma que convence o titular dos dados de que ele tem o seu direito de ser esquecido preservado”

A Regulamentação Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu, arranca oficialmente a 25 de maio de 2018, e substitui a atual Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE. Superficialmente, tanto o RGPD quanto a diretiva são similares, e buscam os mesmos objetivos. Ainda assim, são os detalhes do RGPD que provavelmente o tornam uma novidade sem precedentes, com possibilidade de impacto ainda não visto no mundo informático e por conseguinte na sociedade. Um impacto com custos altos e mudanças de paradigma, mas que entretanto serão definitivamente benéficos aos cidadãos a longo prazo. Para compreender a natureza desses impactos, é necessário entender-se a natureza das diferenças entre o RGPD e a Diretiva, e também entre o RGPD e a segurança da informação.

Não é novidade que a Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE, Lei 67/98 em Portugal, embora em vigor há 19 anos, tenha impacto muito limitado no dia a dia das pessoas. Muitas nem sabem que a lei existe, ou se sabem, do que ela trata e quais os direitos e deveres ela estabelece. São diversas as razões para esta situação, e a maioria delas pode indiretamente ser atribuída à sociedade que encontrávamos nos anos 1990, quando a diretiva foi criada, e também aos legisladores que a redigiram. Um exemplo bastante simples da mentalidade dos legisladores da época pode ser deduzido do “Considerando” número 2 da própria diretiva, que declara um de seus fundamentos:

(2) Considerando que os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares independentemente da sua nacionalidade ou da sua residência, especialmente a vida privada, e contribuir para o progresso económico e social, o desenvolvimento do comércio e o bem-estar dos indivíduos;

Percebe-se pelo texto que a preocupação maior é a de que os sistemas de tratamento de dados, que em última instância serão massivamente informatizados no futuro da época, devem respeitar os “direitos fundamentais das pessoas singulares”, mas devem também, antes de mais nada, contribuir para o progresso social. Os direitos

fundamentais a que o texto se refere passam necessariamente pelo artigo 8º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* de 1950 (direito à privacidade) e pelos artigos 7º e 8º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (direito à privacidade e à proteção de dados). De fato, esperava-se progresso, respeito e bom senso.

Os legisladores do século 21, particularmente nos últimos anos, têm outra sociedade em vista. Uma de massiva informatização e de insegurança por defeito, onde a falta de ética e respeito são regulares e esperadas. O tom do discurso passa a ser outro, e no primeiro “Considerando” o RGPD já declara o que passa a ser a linha mestra do novo regulamento:

(1) A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental.

Os legisladores sabem que a informatização já foi feita e continua em franca escalada, não existe regresso. O que percebe-se agora é que a sociedade colhe as vantagens das novas tecnologias, mas tendo como custo a perda completa do controlo que as pessoas têm sobre seus próprios dados pessoais. Recuperar este controlo passa a ser o novo objetivo implícito do RGPD, e fundamenta todos os artigos da nova regulamentação. Desta forma fica bastante mais clara a intenção que tem-se quando, no RGPD,

- diminui-se a liberdade dos Estados-membros, ao desenvolver-se um regulamento ao invés de uma diretiva;
- alarga-se a definição dados pessoais, que passam a incluir dados genéticos;
- criam-se novos direitos, como o direito ao apagamento dos dados (ou direito a ser esquecido – Artigo 17), ou o direito de oposição, principalmente a decisões individuais automatizadas (artigos 21 e 22);
- exige-se segurança e privacidade por defeito na concepção de serviços que fazem tratamento de dados pessoais (artigos 25 e 32);
- fornece-se às autoridades de controlo, como a CNPD, o dever de fiscalizar e até aplicar multas às empresas e organizações que não atenderem às exigências (artigo 58).

Hoje ainda percebe-se que a relação de serviços com dados pessoais é essencialmente utilitária, algo como “dá-me isto e eu dou-te aquilo” sem a correta caracterização do escopo e limite. Por exemplo, caso a pessoa necessite algum serviço, a empresa escolhida irá solicitar dados que entender necessários para a sua execução, e o cliente pouco tem a dizer sobre isso. Quando muito, ele será obrigado a assinar um termo de consentimento para o uso de seus próprios dados, mas longe de ser uma proteção para o titular, isto é antes uma proteção para a própria empresa, algo que em última instância tornará o tratamento legal mesmo em caso de litígio. As empresas dirão que, no limite, a pessoa sempre pode recusar o serviço, mas nem sempre isso é possível ou conveniente, especialmente se a empresa possuir boa reputação. A situação é muito pior no âmbito dos serviços públicos, nos quais as pessoas não têm opção de escolha.

Os legisladores
sabem que
a informatização
já foi feita
e continua em
franca escalada,
não existe
regresso

Com o RGPD a situação tende a inverter-se, dado que o tratamento de dados pessoais só é autorizado em condições de estrita adequação ao regulamento. No novo regulamento, os princípios de *segurança e privacidade por defeito* são obrigatórios desde a concepção dos serviços, e em tese um serviço que faça tratamento de dados pessoais não pode nem ser oferecido caso não atenda esses requisitos. Neste ponto as Autoridades de Controlo fazem o papel necessário para manter esta adequação e proteger os consumidores, mas é interessante que isto não é a única salvaguarda que o RGPD fornece-nos.

Para além de atender os princípios de segurança, o RGPD no artigo 24 exige que as organizações que façam tratamento de dados possam “*comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento*”. Em outras palavras, as organizações são responsáveis por poder comprovar e *demonstrar* esta adequação. O efeito disto é que o regulamento dá o poder a todos os clientes de solicitarem que lhes sejam apresentados evidências de que os seus direitos são atendidos, o que permitiria aos clientes decidirem por outros fornecedores ou procederem a uma denúncia.

Vale ressaltar que o mesmo vale para situações de subcontratação de serviços, na medida em que o contratante passa a ser corresponsável por violações de direitos e vazamento de informações pessoais que envie para tratamento externo. Desta forma, cabe aos contratantes garantir que as subcontratadas atendam ao regulamento, sob pena de serem duplamente penalizados. As evidências de conformidade, como o Registo de Atividades de Tratamento de que fala o Artigo 30, terão papel fundamental no mundo RGPD. A construção deste aporte documental é um ponto crítico do atendimento ao novo regulamento.

O RGPD é uma revolução invisível, que se der certo trará benefícios a todos, mas não sem consequências. E a primeira mudança é na forma de se fazer segurança da informação, que com os ataques informáticos em pleno está à vista de todos como uma necessidade fundamental. Entretanto, devagar, percebe-se que a segurança como a conhecemos não será suficiente.

RGPD e segurança da informação

Pode-se imaginar que o caminho mais rápido para a adequação ao RGPD esteja na simples adequação a práticas de segurança, como por exemplo as sugeridas pela ISO 27001. É verdade que segurança da informação é um pilar fundamental da regulamentação, como já foi apresentado. Entretanto, uma análise detalhada das consequências do novo regulamento traz à tona uma verdade inescapável: muitas das técnicas mais comuns que são utilizadas no mundo da segurança da informação precisam de ajustes para o RGPD ou simplesmente são violações diretas da regulamentação. Em outros casos, a solução de segurança tradicionalmente utilizada simplesmente não é suficiente para atender o que é exigido, e questões adicionais precisam ser identificadas e adequadamente tratadas.

De forma a compreender a questão colocada, veremos como exemplo três estudos de caso onde a segurança da informação não é uma solução automática para o RGPD, e utilizaremos estes casos para discutir as estratégias adequadas.

Primeiro caso. Uma organização de investigação europeia fará uma conferência em um país europeu. Para a inscrição dos participantes será

desenvolvido um site web onde o participante fornece seus dados pessoais para tratamento e pagamento.

Seguindo os preceitos de desenvolvimento seguro e privacidade por defeito, as recomendações de segurança indicam que a comunicação com o site deve ser segura, utilizando provavelmente criptografia SSL e um certificado SSL confiável. O site possui autenticação forte com dois fatores. Os dados pessoais são criptografados antes do armazenamento dos dados. Todos os princípios de desenvolvimento seguro devem ser aplicados ao desenvolvimento do site, e a versão final pode ser testada contra intrusão, de forma manual ou automatizada. A versão final do site pode ser tão segura quanto é possível, e a equipa de segurança dá-se por satisfeita.

A análise sob ótica RGPD demanda outro tipo de avaliação. A primeira preocupação será com direitos simples dos participantes, como o de acesso e retificação, que podem ser implementados através de interfaces simples acedidas pelo próprio utilizador. O direito de ser esquecido demanda uma opção de exclusão do sistema que garantidamente exclua todas as informações pessoais do participante. Aqui, técnicas de anonimização podem ser utilizadas, caso algum resultado agregado seja necessário ser mantido.

O segundo nível de preocupação RGPD diz respeito ao artigo 12, o direito a tratamento transparente. Este item será atendido com um conjunto de preocupações: uma política de privacidade que explique quais dados são coletados e por que, e a adequabilidade e licitude do tratamento relativamente aos princípios do artigo 5, o que levará também a uma definição de por quanto tempo os dados serão armazenados. Caberá ao comité gestor do site que os dados sejam utilizados apenas da forma indicada ao titular, e que o deixe informado de quaisquer novidades no que diz respeito a novos usos que possam ser feitos dos seus dados.

O terceiro e talvez mais complexo ponto de análise do RGPD diz respeito ao capítulo V: as transferências internacionais para países terceiros. Se existe a expectativa de que investigadores de países terceiros participem da conferência (vamos utilizar China como exemplo), um efeito bastante incomum ocorre: a inscrição deste participante ocorre normalmente, porém um novo *login* e acesso aos seus próprios dados

constitui uma transferência internacional para um país terceiro (assumindo-se que ele encontra-se na China). A situação, por absurda que pareça é causada pela proibição da transferência para países que não possuem “nível de proteção adequado” (artigo 45) definido pela Comissão Europeia, situação em que a China se encontra. O RGPD apresenta diversas soluções para a situação, e a busca pela mais adequada depende de um conhecimento aprofundado do capítulo V e dos seus objetivos. Na falta de uma decisão macro para o problema, a solução final passa a ser pontual, e pode ser encontrada no artigo 49 (1)(a), sendo válida apenas se forem tomadas em consideração todas

as condições do artigo 7.

Cópias de
segurança têm
sido fundamentais
na recuperação
dos ataques
promovidos por
ransomwares que
assolaram a Europa
e o mundo nos
últimos meses

Segundo caso. Backups de sistemas informáticos que contenham informações pessoais.

Desde os primórdios da segurança da informação, a recomendação número um das equipas de segurança para atender a disponibilidade de informações é: “faça e teste regularmente as cópias de segurança de seus sistemas”. De fato, cópias de segurança têm sido fundamentais na recuperação dos ataques promovidos por *ransomwares* que assolaram a Europa e o mundo nos últimos meses, como o *Petya* e o *WannaCry*. Entretanto, uma cópia de segurança é justamente isto, cópias dos dados, que, por mais seguras que estejam, dificilmente serão cópias que fazem parte natural do tratamento que o titular de dados espera receber.

A análise RGPD de um procedimento de cópia de segurança tange dois pontos. Primeiro: qual é o parâmetro que define a licitude do tratamento? Este ponto é importante de ser discutido, pois mesmo que não haja necessidade de consentimento por parte dos titulares (o que tornaria um *backup* inviável, dado que ele poderia retirar o consentimento a qualquer momento sem necessariamente desistir do serviço) é direito do titular ser informado sobre o que é feito com seus dados, e isto é inevitável. O segundo ponto é o que tecnicamente é mais complicado: como garantir a exclusão de dados

do titular no caso dele solicitar o seu direito a ser esquecido? Nesta situação, os mecanismos tradicionais de *backup* podem não ser suficientes para atender ao regulamento, dado que a remoção de um único registo de uma quantidade grande de cópias de segurança pode ser essencialmente inviável. Ao mesmo tempo, elas serão sim uma violação da regulamentação, pois serão sempre um meio a partir do qual a organização pode voltar a ter acesso aos dados, não importa as características dos sistemas informáticos envolvidos. Uma solução de *backup* adequada é uma que convence o titular dos dados de que ele tem o seu direito de ser esquecido preservado.

Terceiro caso. O RGPD exige a notificação de violações em até 72 horas caso o risco aos titulares seja alto. Uma invasão em um computador Desktop, que possui uma quantidade elevada de informações pessoais em ficheiros, exige uma perícia forense para a determinação do impacto.

Uma novidade ainda não discutida do RGPD diz respeito à obrigação de notificação à autoridade de proteção de dados em até 72 horas no caso da violação de dados pessoais, quando esta violação “*resultar num risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares*”. A determinação do grau de risco de uma invasão pode demandar um conhecimento avançado em incidentes de segurança e técnicas de investigação forense. Muitas empresas de segurança informática fornecem serviços de tratamento de incidentes de segurança que podem ser muito úteis no atendimento aos requisitos do artigo 33, e muitos ficarão satisfeitos com um serviço que inclua esta capacidade. Entretanto, como em tudo que diz respeito ao RGPD, isso não é a história toda. Nenhuma das responsabilidades, direitos e deveres são automaticamente removidos em situações de crise como a colocada. Isto significa que uma investigação forense em um Desktop com dados pessoais não deixa de ser um processo de tratamento de dados que deve ser lícito e seguro por defeito. Desta forma, os processamentos de perícia devem idealmente ser formalizados, avaliados, e os titulares devem ser avisados de que isto pode ocorrer mesmo quando seu consentimento não for solicitado.

Considerações finais

Devido à sua natureza e objetivo, o RGPD trará uma miríade de desafios e mudanças no panorama do tratamento de dados pessoais na União Europeia. Após uma longa fase de adequação, que prevemos ir muito além de maio de 2018, o cenário resultante deve ser de muito mais segurança para os titulares dos dados. Finalmente, a noção de que os dados pessoais são propriedade inalienável do seu dono mesmo quando ele os fornece a terceiros para fins de obter um serviço está prestes a tornar-se senso comum. Agora resta aguardar.

Nota

1. Afonso Araújo Neto. Senior Information Security Consultant, Dognaedis LDA.

REFORÇO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELO TRATAMENTO DE DADOS¹

MARCO ALEXANDRE SAIAS²

Advogado. PRA – Raposo, Sá Miranda & Associados

EXCERITOS

“Nos últimos anos o conceito de responsabilidade (accountability) afirmou-se como um dos alicerces fundamentais para que a proteção de dados fosse efetiva e eficiente”

“O conceito de responsabilidade engloba aquilo que a maioria dos supervisores espera que sejam as práticas responsáveis das organizações no âmbito das operações de tratamento de dados pessoais que tenham a seu cargo, mas o conceito de responsabilidade reflete igualmente aquilo que muitas legislações incorporaram no que respeita à necessidade de conformidade legal dessas mesmas organizações e das suas operações”

“A ideia central por detrás do conceito de responsabilidade é permitir que os responsáveis pelo tratamento não tenham apenas que cumprir com as regras estabelecidas e previstas na legislação, mas que sejam igualmente capazes de demonstrar a conformidade e como a responsabilidade é exercida”

“O regulamento impõe um conjunto de novos requisitos a serem incluídos em todos os contratos de tratamento de dados”

“O titular de dados que acredite que seus direitos foram violados tem o direito de requerer junto ao responsável pelo tratamento de dados a reparação da situação”

1. As bananas (assim como que a título de introdução)

Abel, nome popular na literatura jurídica, deslocou-se como habitualmente ao supermercado para fazer algumas das compras para o lar. Nesse dia, fatídico nas suas consequências, Abel encontrou Bento (igualmente um nome popular na literatura jurídica) que lhe ofereceu descontos em bananas, apenas bastando para isso que o Abel preenchesse um inquérito. Abel, fascinado e bom apreciador de bananas, decidiu aceitar a proposta e lá preencheu o cupão, conseguindo cinco cêntimos de descontos nas bananas.

As bananas, e outros produtos cuja natureza, perecível ou não, é indiferente, estão no centro da reforma que a União Europeia levou a cabo no que respeita ao regime relativo ao tratamento de dados pessoais e que culminou no Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016³. Mas a questão para o leitor permanece no ar: o que tornou esse dia fatídico para Abel?

Abel forneceu os seus dados pessoais a uma empresa e esses seus dados acabaram partilhados com outras empresas sem que Abel tivesse conhecimento. Abel não só começou a receber promoções relativamente a bananas, mas igualmente ofertas de casamento, de investimento e de outras naturezas.

O regulamento pretende criar mecanismos que fortaleçam os direitos fundamentais dos cidadãos, mas, simultaneamente procura facilitar os negócios, e, mais do que criar, reforça os princípios, as regras e as boas práticas já existentes de modo a concretizar esses objetivos.

Partindo de uma solução que é até estranha no quadro habitual da União Europeia, o regulamento inverte o princípio regulatório, estabelecendo um quadro de maior liberdade para os agentes económicos enquanto procura definir de uma forma muito clara e concreta as regras do jogo. Porém, esse maior quadro de liberdade implica um maior grau de responsabilização dos responsáveis pelo tratamento de dados, sendo os quadros gerais desse reforço o objeto de análise das próximas páginas, de uma forma muito breve.

2. Accountability / Responsabilidade

Como já referimos, o regulamento traduz uma inversão do princípio regulatório, o que implicou um aprofundamento do princípio da responsabilidade⁴ (*accountability*) o qual se afirma ao longo de todo o regulamento, estando presente em toda a sua dimensão como linha condutora no que respeita às obrigações dos responsáveis pelo tratamento e/ou dos subcontratantes, e que nos permitirá compreender de uma forma mais perceptível quais os objetivos que o legislador pretendia alcançar.

Nos últimos anos o conceito de responsabilidade (*accountability*) afirmou-se como um dos alicerces fundamentais para que a proteção de dados fosse efetiva e eficiente, fixando-se igualmente como uma tendência dominante no contexto global da privacidade, nomeadamente ao nível de boas práticas organizacionais recomendadas.

Existem vários exemplos desta evolução e tendência, dos quais apontamos, nomeadamente, as orientações da OCDE, o *privacy framework* da APEC e as orientações existentes em países como Canada, Hong Kong, Singapura.

O conceito de responsabilidade engloba aquilo que a maioria dos supervisores espera que sejam as práticas responsáveis das organizações no âmbito das operações de tratamento de dados pessoais que tenham a seu cargo, mas o conceito de responsabilidade reflete igualmente aquilo que muitas legislações incorporaram no que respeita à necessidade de conformidade legal dessas mesmas organizações e das suas operações⁵.

Podemos identificar três modalidades de responsabilidade⁶: a responsabilidade política (1), que pode ser descrita como sendo meramente declarativa/enunciativa, ou seja, o responsável pelo tratamento enuncia e compromete-se com um conjunto de práticas, quer junto aos titulares dos dados, quer junto a comunidade em geral. As políticas de privacidade dos websites são um exemplo.

Já a responsabilidade pelo procedimento (2) reflete a natureza e adequação das obrigações organizacionais que o responsável pelo tratamento deve implementar para assegurar e poder demonstrar

que o tratamento é realizado em conformidade com o regulamento, e como tal, tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos associados⁷.

Por último, a responsabilidade pela prática (3) considera diretamente a necessidade de o responsável pelo tratamento ser capaz de demonstrar a existência de ações concretas relativamente às operações de tratamento e quanto aos dados pessoais, sendo, consequentemente, uma responsabilidade mais ampla e intensa⁸.

No caso do regulamento, o princípio da responsabilidade é diretamente aplicável através do número 2 do artigo 5º, o qual exige que o responsável pelo tratamento cumpra com os princípios do regulamento⁹, mas igualmente pelo número 1 do artigo 24º.

Esta introdução reforçada no quadro do regulamento tem como base a opinião¹⁰ e recomendação do Grupo de Trabalho do Artigo 29, o qual indica que o princípio da responsabilidade deve ser uma das medidas a introduzir na revisão do quadro legislativo da proteção de dados da União Europeia, com a finalidade de tornar os responsáveis pelo tratamento responsáveis pela aplicação das medidas necessárias, mas também por assegurarem que os princípios substantivos e obrigações da diretiva sejam efetivamente cumpridos¹¹. E igualmente pela necessidade urgente de os incumbidos pelo tratamento aplicarem medidas de proteção que sejam reais e efetivas e dirigidas a uma boa governança da proteção dos dados, promovendo assim a minimização dos riscos legais, económicos e reputacionais que se originam devido às más práticas de proteção de dados¹².

De acordo com a referida opinião do grupo de trabalho, a “arquitetura jurídica” dos mecanismos de responsabilidade contemplaria dois níveis¹³:

a) o primeiro nível consistiria no conjunto dos requisitos legais básicos e obrigatórios para todos os responsáveis pelo tratamento dos dados;

A responsabilidade torna-se um elemento que percorre o regulamento e está no seu núcleo

b) o segundo nível incluiria sistemas de responsabilidade voluntários que iriam para lá dos requisitos legais básicos, nomeadamente em termos de implementação ou de garantias da eficácia das medidas.

Assim, a ideia central por detrás do conceito de responsabilidade é permitir que os responsáveis pelo tratamento não tenham apenas que cumprir com as regras estabelecidas e previstas na legislação, mas que sejam igualmente capazes de demonstrar a conformidade e como a responsabilidade é exercida, tornando-se verificável, colocando o regulamento claramente uma especial ênfase nesta capacidade de demonstração.

A responsabilidade torna-se assim um elemento que percorre o regulamento e está no seu núcleo, refletindo um princípio que se traduz em medidas transversais e complementares, mas que também pode ser apoiado através dos instrumentos adequados¹⁴.

O princípio da responsabilidade tem igualmente reflexos que vão para além da mera questão da conformidade legal, permitindo promover claramente uma melhor governança dos dados a nível corporativo, e também práticas eticamente mais corretas¹⁵.

Contudo, é um erro confundir a responsabilidade com a conformidade (*compliance*) e um maior equívoco acreditar que a responsabilidade irá funcionar como um substituto para a conformidade, quando, pelo contrário, a responsabilidade irá permitir atingir e demonstrar a conformidade.

É neste quadro que o reforço das responsabilidades dos responsáveis pelo tratamento está enquadrado e irá operar, responsabilidades essas que iremos analisar de seguida.

3. Responsabilidades dos responsáveis pelo tratamento

Sem prejuízo do que já foi exposto, o reforço das responsabilidades dos encarregados pelo tratamento tem por base o fato de o tratamento de dados ser cada vez mais central na vida das organizações, a vários níveis, quer para gerir os seus clientes, quer para fornecer melhores produtos e serviços a estes, assumindo assim uma relevância central

para as organizações, independentemente de o seu papel ser o de responsável pelo tratamento ou de subcontratante¹⁶.

Como tal, é relevante que uma organização seja capaz de identificar os cenários em que atua enquanto responsável pelo tratamento, de modo a compreender as obrigações que lhe são aplicáveis e, consequentemente, permitir o cumprimento para com essas obrigações, igualmente demonstrando a capacidade de cumprir.

Sem prejuízo das ações e medidas que cada organização deva tomar e implementar para estar conforme e ser responsável perante o regulamento, o que vamos analisar efetivamente são as obrigações, ou seja, o objetivo a atingir, obrigações essas que demonstram esse reforço da responsabilização.

A primeira noção que se deve ter presente é que a obrigação geral que recai sobre os responsáveis pelo tratamento é enganadoramente simples: os onerados pelo tratamento assumem a responsabilidade de garantir que as atividades de processamento sejam compatíveis com a legislação de proteção de dados da União Europeia.

Verificamos assim que o princípio geral não sofre alterações relativamente àquilo que já vinha estabelecido no número 2 do artigo 6º da diretiva: quando uma organização atua enquanto responsável pelo tratamento, é responsável por garantir que suas atividades de tratamento de dados ocorram em conformidade com a legislação.

No entanto, de forma diversa, o regulamento vem fornecer detalhes adicionais sobre a forma como as organizações podem demonstrar a legalidade das suas atividades de tratamento de dados.

Nesse sentido, tanto o Considerando (74) como o artigo 24º estabelecem que o responsável pelo tratamento deverá ficar obrigado a executar as medidas que forem adequadas e eficazes e ser capaz de comprovar que as atividades de tratamento são efetuadas em conformidade com o regulamento, incluindo a eficácia das medidas, as quais deverão ter em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como o risco que possa implicar para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Ou seja, como referido, ainda que o princípio seja aparentemente simples e idêntico ao que já vinha previsto, o legislador comunitário optou por deixar claro de que forma é que esta conformidade com a legislação é atingida, reforçando

o princípio da responsabilidade, já abordado, através da capacidade de “*ser capaz de comprovar*” essa conformidade para com o regulamento.

Assim, as atribuições do responsável pelo tratamento não são meramente políticas, mas fortemente procedimentais e práticas, através da sua implementação e através da capacidade de as demonstrar.

4. Proteção de dados desde a concepção e por defeito

Este princípio¹⁷ traduz a ideia segundo a qual o cumprimento da legislação comunitária em matéria de proteção de dados deve ser tratado como uma questão fundamental ao longo de todo o processo de desenvolvimento e entrada no mercado de qualquer serviço ou produto, especialmente quando dos mesmos resulte de algum modo uma afetação para os dados pessoais dos utilizadores/consumidores alvo desses serviços e/ou produtos.

O princípio ora em comento, que está estabelecido no Considerando (78) e no artigo 25º, é uma das novidades do novo quadro jurídico comunitário da proteção de dados e obriga a uma especial atenção por parte dos responsáveis pelo tratamento, nomeadamente porque irá articular-se diretamente com os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais, em especial a limitação das finalidades, a minimização dos dados ou a limitação da conservação¹⁸.

Por um lado, no que respeita à proteção de dados desde a concepção, há a obrigação de os responsáveis pelo tratamento garantirem que, desde o desenvolvimento, os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais sejam respeitados, sobretudo através da adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas (como a pseudonimização), sendo destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados.

Sendo naturalmente consequência da primeira, no que respeita a proteção de dados por defeito, o responsável pelo tratamento aplica medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento, o que, associado ao princípio da

minimização dos dados, implica a não recolha exaustiva e abusiva de dados pessoais não adequados à finalidade.

5. Responsáveis conjuntos pelo tratamento

Em relação a qualquer atividade de tratamento, é possível que exista mais do que uma entidade a determinar as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais, traduzindo-se assim na existência de não apenas *um* responsável pelo tratamento mas *vários*.

A diretiva já reconhecia esta possibilidade, ainda que não a consubstanciando tal qual o regulamento faz, numa figura concreta, como acontece no Considerando (79) e artigos 4º, número 7, e 26º.

Assim, quando dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento. Esses responsáveis devem, por acordo celebrado entre si, determinar de modo transparente as respectivas responsabilidades pelo cumprimento do regulamento, nomeadamente no que diz respeito ao exercício dos direitos do titular dos dados e aos respectivos deveres de fornecer as informações obrigatórias quando os dados pessoais são (ou não) recolhidos junto do titular dos dados, devendo a essência do acordo ser disponibilizada aos titulares dos dados.

Há que ter noção que, em muitas circunstâncias (particularmente quando o tratamento ocorre num contexto intragrupo), as organizações podem não ter noção de que se encontram numa posição de responsáveis conjuntos. Significa isto que, com estas novas regras, as organizações ficam obrigadas a manterem uma vigilância relativamente a potenciais casos de tratamentos conjuntos de modo a entrarem em acordos adequados.

Como consequência, o titular dos dados pode exercer os direitos que lhe confere o regulamento em relação a cada um dos responsáveis pelo tratamento¹⁹, uma vez que o principal foco do regulamento é garantir a proteção do titular dos dados, sem prejuízo de um responsável ter o direito de reclamar a outros responsáveis envolvidos no mesmo tratamento a parte da indenização correspondente à respectiva parte de responsabilidade pelo dano²⁰.

6. Representantes dos responsáveis pelo tratamento

Sempre que um responsável pelo tratamento que não se encontre estabelecido na União Europeia efetuar o tratamento de dados pessoais de titulares de dados que se encontrem na União Europeia e as suas atividades de tratamento estiverem relacionadas com a oferta de bens e/ou serviços a esses titulares de dados na União Europeia, o responsável pelo tratamento deverá designar um representante²¹, excluindo-se as operações de tratamento de dados que sejam ocasionais, em pequena escala e não envolvam categorias especiais de dados pessoais²².

O representante deverá ser explicitamente designado por um mandato do responsável pelo tratamento, reduzido a escrito, que permita ao representante agir em nome do responsável pelo tratamento no que diz respeito às obrigações que lhe são impostas pelo regulamento.

A designação de um tal representante não afeta as responsabilidades que incumbem ao responsável pelo tratamento nos termos do regulamento.

O representante deverá executar as suas tarefas em conformidade com o mandato que recebeu do responsável pelo tratamento, incluindo o que toca à cooperação com as autoridades de controlo competentes relativamente a qualquer ação empreendida no sentido de garantir o cumprimento do regulamento.

7. Contratação de subcontratantes

O regulamento impõe um conjunto de novos requisitos a serem incluídos em todos os contratos de tratamento de dados. Implica isto que a seleção de subcontratantes obriga os responsáveis pelo tratamento a contratarem aqueles que ofereçam garantias suficientes, especialmente em termos de conhecimentos especializados, fiabilidade e recursos, quanto à execução de medidas técnicas e organizativas que cumpram os requisitos do regulamento, nomeadamente no que se refere à segurança do tratamento.

Estas operações de tratamento de dados em subcontratação devem ser reguladas por um contrato que vincule o subcontratante ao responsável pelo tratamento e em que seja estabelecido, nomeadamente, o objeto e a duração do contrato, a natureza e as finalidades do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias dos titulares dos dados, tendo em conta as tarefas e responsabilidades específicas do subcontratante no contexto do tratamento a realizar e o risco em relação aos direitos e liberdades do titular dos dados. Assim, o subcontratante apenas trata os dados pessoais mediante instruções documentadas do responsável pelo tratamento.

Após concluído o tratamento por conta do responsável por ele, o subcontratante deverá, consoante a escolha do primeiro, devolver ou apagar os dados pessoais, a menos que seja exigida a conservação dos dados pessoais ao abrigo de alguma legislação a que o subcontratante se encontre obrigado.

Por fim, é de referir que o responsável pelo tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o regulamento quando ocasionados por um subcontratante que tenha seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento²³.

8. Registos das atividades de tratamento

Ainda que o regulamento elimine o requisito de notificação prévia junto às autoridades de controlo nacionais das atividades de tratamento realizadas pelas organizações, em termos práticos, a informação que teria sido incluída nessa notificação passa a ser simplesmente objeto de registo pelo responsável pelo tratamento (ou pelo seu representante) para disponibilização, a pedido, à autoridade de controlo, sem prejuízo das isenções que o regulamento estabelece²⁴.

De acordo com o artigo 30º, do registo devem constar as seguintes informações:

- a) o nome e os contatos do responsável pelo tratamento e, sendo caso disso, de qualquer responsável conjunto pelo tratamento, do representante do responsável pelo tratamento e do encarregado da proteção de dados;
- b) as finalidades do tratamento dos dados;

c) a descrição das categorias de titulares de dados e das categorias de dados pessoais;

d) as categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, incluindo os destinatários estabelecidos em países terceiros ou organizações internacionais;

e) se for aplicável, as transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais, incluindo a identificação desses países terceiros ou organizações internacionais e, no caso das transferências para organizações internacionais, a documentação que comprove a existência das garantias adequadas;

f) se possível, os prazos previstos para o apagamento das diferentes categorias de dados;

g) se possível, uma descrição geral das medidas técnicas e organizativas no domínio da segurança.

9. Cooperação com as autoridades de controlo

Em conformidade com o artigo 31º, o responsável pelo tratamento e, sendo caso disso, os seus representantes cooperam com a autoridade de controlo, a pedido desta, na prossecução das suas atribuições.

Assim, o regulamento apenas codifica uma obrigação de fato: de o responsável pelo tratamento dever cooperar com as autoridades de controlo, espelhando essa obrigação ao longo do regulamento.

10. Segurança do tratamento

Se por um lado a diretiva deixava um maior grau de discricionariedade ao responsável pelo tratamento no que respeita às medidas técnicas e organizativas adequadas a aplicar de modo a assegurar um nível de segurança adequado ao risco, o regulamento é mais exaustivo, sendo porém o efeito final muito semelhante, ou seja, a principal obrigação traduz-se no responsável pelo tratamento dever garantir a segurança dos dados pessoais que estão ao seu cuidado. Tal obrigação reflete-se na aplicação das medidas técnicas e organizativas

adequadas para assegurar um nível de segurança condizente ao risco, tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos de aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

Para atingir esse objetivo, o responsável pelo tratamento deve efetuar uma avaliação que determine o nível de segurança adequado, tendo em consideração, nomeadamente, os riscos apresentados pelo tratamento, em particular devido à destruição, perda e alteração acidentais ou ilícitas, e à divulgação ou ao acesso não autorizados, de dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento. Se dessa avaliação de impacto sobre a proteção de dados resultar que o tratamento pode resultar num elevado risco, o responsável pela incumbência consulta a autoridade de controlo antes de proceder à sua efetivação.

11. Notificação de uma violação de dados pessoais

O regulamento tem sobre este tema uma visão muito baseada no risco (*risk approach*) e é claro ao estabelecer a obrigatoriedade de notificar a autoridade de controlo.

A celeridade ou não dessa notificação depende de um elemento fundamental que é “*a possibilidade de*” essa violação dos dados pessoais resultar num risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Caso resulte nesse risco, há que notificar “*sem demora injustificada e, sempre que possível, até setenta e duas horas após ter tido conhecimento*”.

Contudo, no caso da obrigatoriedade de notificar os titulares dos dados, esta ocorre se a violação for suscetível (ou seja, basta criar a possibilidade de) de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

Nessas situações, sem prejuízo da obrigatoriedade de notificar a autoridade de controlo, o responsável pelo tratamento deve, sem demora justificada, comunicar aos titulares dos dados a violação de dados pessoais. Significa isto que, na análise do incidente, deve ser

feita uma ponderação sobre a probabilidade de a violação de dados pessoais afetar os direitos, e existindo essa probabilidade deve a mesma ser suficiente para realizar essa notificação.

Assim, se da análise e dos resultados e medidas tomadas pelo responsável pelo tratamento se concluir pela inexistência de probabilidade de risco, devem existir registros e essas conclusões têm que estar documentadas e fundamentadas para consulta pela autoridade de controlo²⁵.

12. Responsabilidade

12.1 Direito à ação judicial

O titular de dados que acredite que seus direitos foram violados tem o direito de requerer junto ao responsável pelo tratamento de dados a reparação da situação, e, caso não receba uma resposta adequada do responsável pelo tratamento em questão, é-lhe garantido o direito de apresentar uma queixa junto à autoridade de controlo, a qual pode ser a autoridade de controlo do Estado-membro em que vive ou trabalha, ou a autoridade de controlo do Estado-membro em que ocorreu a alegada infração.

Na sequência dessa queixa, a autoridade de controlo é obrigada a manter o titular dos dados devidamente informado sobre a situação, nomeadamente a evolução da queixa, bem como sobre o resultado dela.

O regulamento deixa bem claro a possibilidade de os titulares dos dados poderem apresentar as referidas queixas em autoridades de controlo diferentes, nunca deixando de ter presente que, no âmbito do mecanismo “*one-stop-shop*”, a autoridade de controlo junto ao qual a queixa é apresentada poderá não ser necessariamente a autoridade de controlo interessada pelo responsável pelo tratamento em questão.

Caso o titular dos dados não fique satisfeito com a resposta da autoridade de controlo à sua queixa, é-lhe garantido o direito de apresentar uma queixa junto a um órgão judicial, obtendo assim um recurso judicial efetivo contra:

- a) decisões de uma autoridade de controlo que os afete;
- b) qualquer falha de uma autoridade de controlo para lidar com uma queixa ou dar resposta a ela em três meses; e
- c) qualquer tratamento ilícito dos seus dados pessoais por um responsável pelo tratamento.

Assim, o regulamento consegue fornecer uma maior clareza e segurança jurídica relativamente às queixas que podem ser apresentadas contra responsáveis pelo tratamento.

12.2 Obrigação de indenizar

Tem sido entendimento da legislação comunitária e dos Estados-membros que os responsáveis pelo tratamento devem indenizar os titulares dos dados no caso de qualquer tratamento ilícito dos seus dados pessoais. Já a diretiva, no seu artigo 23º, refletia esse entendimento, o qual foi mantido e desenvolvido pelo regulamento.

Como tal, um titular de dados que tenha sofrido danos como resultado do tratamento ilícito dos seus dados pessoais tem o direito de receber uma indenização por parte do responsável pelo dano sofrido.

Consequentemente, dispõe o regulamento que qualquer responsável pelo tratamento que se encontre envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados, o que abre a porta à responsabilidade solidária entre responsáveis conjuntos pelo tratamento e entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante, estabelecendo o regulamento que, de modo a que se consiga obter uma compensação efetiva, cada responsável pelo tratamento será responsável pela totalidade do dano causado.

Assim, e tendo em atenção o seu âmbito de aplicação territorial, o regulamento expande o âmbito de responsabilidade em matéria de proteção de dados tanto para os responsáveis pelo tratamento comunitários como extracomunitários.

12.3 Isenções de responsabilidade

Em conformidade com os princípios gerais de responsabilidade, um responsável pelo tratamento está isento de responsabilidade na

medida em que não seja responsável pelo dano relevante, ou seja, se provar que não é responsável pelos fatos ou atos que originaram os danos causados ao titular dos dados.

Uma alteração relevante face à diretiva respeita aos casos de força maior. Enquanto a diretiva isenta os responsáveis pelo tratamento da responsabilidade por danos resultantes de casos de força maior, o regulamento não contém tal isenção, o que significa que o responsável pelo tratamento terá necessariamente de gerir o risco em situações derivadas de casos de força maior.

13. Sanções

13.1 Coimas

Como acontece com outras áreas da legislação regulatória, no âmbito da legislação de proteção de dados existe um sistema de sanções e coimas estabelecido para garantir o cumprimento da legislação, sendo competência das autoridades de controlo nacionais a decisão sobre a (não) aplicação da referida coima, e, em caso afirmativo, a determinação do seu montante.

Nesse sentido, dispõe o regulamento que cada autoridade de controlo deve assegurar que a aplicação de coimas a violações do regulamento é, em cada caso *individual, efetiva, proporcionada e dissuasiva*²⁶.

Sem prejuízo de o conceito de coimas ou sanções administrativas por violações da legislação da União Europeia em matéria de proteção de dados apenas ser objeto de ligeiras alterações no âmbito do regulamento, existem contudo mudanças significativas tanto no montante de quaisquer coimas quanto nos fatores relevantes para a determinação desses montantes.

O regulamento estabelece um montante de coimas máximas com o objetivo de garantir que as coimas sejam aplicadas numa escala consistente e proporcional. Assim, a coima máxima que pode ser objeto de aplicação por infrações graves do regulamento é de vinte milhões de euros, ou, 4% do volume de negócios mundial de uma empresa relativamente ao exercício anterior, mudando assim de uma forma bastante ampla as possíveis consequências financeiras

derivadas de uma violação da legislação de proteção de dados da União Europeia²⁷.

Torna-se pois fundamental saber de que modo as autoridades de controlo irão determinar se existem fundamentos para a (não) aplicação de uma coima, e, em caso afirmativo, qual o montante dessa mesma coima, de modo a garantir uma aplicação consistente da legislação de proteção no espaço da União Europeia.

O legislador comunitário procurou garantir esta aplicação consistente, estabelecendo um conjunto de elementos a serem objeto de ponderação, nomeadamente aqueles estabelecidos no número 2 do artigo 83º.

Assim, ao clarificar quais os fatores que são relevantes para determinar a aplicação e o montante da coima, o regulamento consegue fornecer aos responsáveis pelo tratamento um maior grau de certeza e confiança jurídica e operacional quanto ao risco de lhes ser aplicada uma sanção.

13.2 Sanções penais

O regulamento permite por fim que os Estados-membros possam especificar sanções adicionais por infração que não se encontre sujeita a sanções de natureza administrativa.

Desse modo, os Estados-membros podem também prever, aplicar e punir através do seu direito interno as suas próprias normas penais para infrações no âmbito do regulamento.

Significa isto que, a nível prático, existe uma forte probabilidade de continuarem a existir diferenças no que respeita à aplicação das sanções, em consequência das variações nas legislações nacionais originadas pela possível introdução de sanções penais para o tratamento ilícito de dados pessoais, o que representa um risco significativo para os responsáveis pelo tratamento²⁸.

14. Conclusões

Ainda que, dada a extensão do documento, o regulamento apresente-se como um conjunto normativo extenso, na prática ele traduz um conjunto de princípios e ideias já existentes tanto na

Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal (Convenção 108 do Conselho da Europa) quanto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Traduz igualmente um conjunto de boas práticas no âmbito da privacidade e proteção de dados, governança organizacional e da informação, mas também da segurança da informação.

Existe efetivamente um reforço da imputação dos responsáveis pelo tratamento, mas esse reforço resulta do maior grau de liberdade que o legislador comunitário oferece a esses responsáveis.

As regras do jogo são claras (sem prejuízo das dúvidas e discussões que irão surgir nos próximos anos), e, citando uma frase conhecida, grandes poderes trazem grandes responsabilidades.

Assim, não há que encarar o regulamento com medo e receio, mas como uma ferramenta que irá permitir uma maior segurança no desenvolvimento operacional das organizações, e que também irá cumprir com a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais, o qual, nunca devemos deixar de ter presente, é um direito fundamental.

Notas

1. O presente artigo tem por base a conferência proferida no dia 9 de março de 2017, nas VII Jornadas de Direito do Consumo que tiveram lugar na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.
2. Marco Alexandre Saias. Advogado. PRA – Raposo, Sá Miranda & Associados.
3. Revogando assim a Diretiva 95/46/CE.
4. Podemos encontrar referências ao princípio da responsabilidade ao longo do regulamento, mas mais concretamente nos seguintes considerandos e artigos:
 - a) *“(74) Deverá ser consagrada a responsabilidade do responsável por qualquer tratamento de dados pessoais realizado por este ou por sua conta. Em especial, o responsável pelo tratamento deverá ficar obrigado a executar as medidas que forem adequadas e eficazes e ser capaz de comprovar que as atividades de tratamento são efetuadas em conformidade com o presente regulamento, incluindo a eficácia das medidas”;*
 - b) *“Artigo 5º*
Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais
(...)
 2. *O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no n. 1 e tem de poder comprová-lo (‘responsabilidade’); e,*

a) “Artigo 24º

Responsabilidade do responsável pelo tratamento

1. *Tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e **poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento***”

5. VRANAKI, Asma; HEYDER, Markus; and BELLAMY, Bojana, “Implementing and Interpreting the GDPR: Challenges and Opportunities”, Centre for Information Policy Leadership, p. 10, 2016.
6. LE MÉTAYE, Daniel, “Whom to Trust? Using Technology to Enforce Privacy” in, *Enforcing Privacy - Regulatory, Legal and Technological Approaches* (editado por, David Wright e Paul De Hert), p. 414 e ss, 2016; V. BENNETT, Colin, “International privacy standards: can accountability be adequate?”, *Privacy Laws and Business International*, August 2010.
7. V. artigo 24º do Regulamento (todas as referências legais, a menos que de outro modo indicado na nota, são para o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.
8. LE MÉTAYE, *ibid.*
9. “Licitude, lealdade e transparência”; “Limitação das finalidades”; “Minimização dos dados”; “Exatidão”; “Limitação da conservação”; e, “Integridade e confidencialidade” (artigo 5º, n. 1).
10. Opinion 3/2010 *on the principle of accountability*.
11. WONG, Rebecca, “Data Security Breaches and Privacy in Europe”, p. 20, 2013.
12. ARTICLE 29 WORKING PARTY, Opinion 3/2010, p. 5.
13. ARTICLE 29 WORKING PARTY, Opinion 3/2010, p. 6.
14. LE MÉTAYE, *ibid.*
15. LE MÉTAYE, *ibid.*
16. Sem prejuízo de cada um desses papéis ter responsabilidades diferentes.
17. Este conceito, vertido agora em princípio da legislação de proteção de dados, tem origem num relatório conjunto do Information and Privacy Commissioner de Ontário, Canada, e da Registratiekamer dos Países Baixos, *Privacy-Enhancing Technologies: The Path to Anonymity* (Volume I), 1st August 1995. Disponível em: <http://tinyurl.com/yenjgns>.
18. V. artigo 5º.
19. Artigo 26, número 3.
20. Artigo 82, número 5.
21. V. Considerando 80, artigo 4º, número 17, e artigo 27º.
22. Tendo em conta a natureza, o contexto, o âmbito e as finalidades do tratamento, não seja suscetível de implicar riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

23. V. artigo 82, número 2, *a contrario*, sem prejuízo do segundo parágrafo do número 3 do artigo 28º, o qual dispõe que o subcontratante deve informar imediatamente o responsável pelo tratamento se, no entender do subcontratante, alguma instrução violar o regulamento ou outras disposições do direito da União ou dos Estados-membros em matéria de proteção de dados.
24. Artigo 30º, número 5.
25. V. artigo 33º, número 5.
26. Considerandos (150), (152) e artigo 83º.
27. Considerando (150) e artigo 83º, números 5 e 6.
28. No caso nacional, resulta que a Secção III do Capítulo IV da Lei n. 67/98, de 26 de Outubro, manter-se-á em vigor.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA PLATAFORMA ODR¹

MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ²

Contratada FPU del Departamento de Derecho Civil de la
Universidad de Granada, Investigadora de la Università degli Studi
di Bari “Aldo Moro”

EXCERTOS

“El mercado online de bienes y servicios, por sus características de deslocalización, intangibilidad-inmaterialidad y ausencia de barreras físicas y temporales, puede ocasionar numerosos conflictos y problemáticas de diversa naturaleza”

“El artículo 2 se ocupa de la definición de conceptos básicos como son los ‘datos personales’, ‘tratamiento de datos personales’, la diferenciación entre ‘responsable del tratamiento’ y ‘encargado del tratamiento’, ‘destinatario’ y ‘consentimiento del interesado’”

“La plataforma ODR ha supuesto, sin lugar a dudas, un avance en la resolución de conflictos en el marco del e-commerce en el territorio europeo”

1. Prefacio

La observación del entorno actual de las sociedades modernas demuestra su cariz eminentemente digital. Su estructura se fundamenta sobre unos ejes principales que son las nuevas tecnologías, internet, el formato digital y la *hiperconectividad*, o como lo denomina LASICA, la tendencia al “*always on*”³ o “contacto perpetuo”, de acuerdo con la expresión “*acuñada*” por KATZ y AAKHUS⁴. Tal nuevo estado ha ido evolucionando paulatinamente partiendo de una presencia residual a lo que conocemos ya como la tecnología 4.0., de presente en todos los ámbitos de la vida diaria de los ciudadanos. En este sentido, internet y los dispositivos digitales son los protagonistas y principales canales e instrumentos por medio de los cuales nos relacionamos entre nosotros y con las administraciones públicas, realizamos las tareas más cotidianas e incluso adquirimos todo tipo de bienes y servicios. Es esta última faceta la más relevante para el objeto del presente estudio, siendo necesario destacar la implantación tan desarrollada que gozan en el ámbito de consumo, siendo ya habitual el recurso al comercio online de carácter nacional y transnacional, ya tanto por medio del ordenador, como de otros dispositivos de uso constante como son los *smartphones* y tablets, despuntando cada vez más, de forma novedosa, otros tales como las *Smart-tvs* y las videoconsolas⁵. En esta línea, como subraya KRHU en el informe “The truth about online consumers. 2017 Global Online Consumer Report”, de Kpmg, “*Competition is no longer limited to local shops during business hours. Consumers today are shopping all the time and everywhere; and in a truly global online marketplace, products can easily be purchased from retailers and manufacturers located anywhere in the world – or from those with no physical retail locations at all*”⁶. Como se señala en el mencionado documento, el consumo online crece exponencialmente, mostrando diferencias notables entre edades y sobre todo entre regiones a nivel mundial, siendo mucho más frecuentes las compras vía internet en Asia, Norteamérica y Europa occidental, mostrando los índices más bajos Latinoamérica. En este sentido, según el Informe, mientras que de media un europeo de los países occidentales muestra una media de 18,4 transacciones online al año, un ciudadano de Latinoamérica lleva a cabo 9,2.⁷

Asimismo, el auge de la economía digital a nivel mundial, como elemento impulsor del desarrollo, se ve evidenciado en la comunicación al Parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones “Una estrategia para el Mercado Único digital de Europa”, de 6 de mayo de 2015, donde se hace una clara apuesta por la dependencia del consumo futuro en los ecosistemas digitales y el tráfico de datos, previendo su rol principal en la evolución de la industria y mercado de bienes y servicios.

Todo lo anterior no hace sino evidenciar la hegemonía de este mercado en línea promovido por la Iniciativa del Mercado Único Digital desarrollada en la actualidad en el marco de la Unión Europea. Se trata éste de un medio inmejorable que abre nuevas vías de comercialización, eliminando barreras y costes, y que contribuye al cumplimiento del principio de libertad de circulación de personas y bienes que preside la Unión.

No obstante, el mercado online de bienes y servicios, por sus características de deslocalización, intangibilidad-inmaterialidad y ausencia de barreras físicas y temporales, puede ocasionar numerosos conflictos y problemáticas de diversa naturaleza, de modo específico en el marco de la adquisición de bienes y servicios por parte de los usuarios y consumidores finales⁸. Como necesaria respuesta a estos *fallos* del mercado en línea, surge la idea del indispensable desarrollo de mecanismos de resolución de los conflictos que se puedan articular en el seno de estas relaciones en línea, como alternativa a la vía judicial, aportando así seguridad en el e-commerce. A este fin obedece, de un lado, la Directiva 2013/11 (ADR), relativa a los métodos de resolución alternativa de conflictos, y, de otro, el Reglamento 524/2013 (ODR), cuyo objeto es la creación de la plataforma de resolución de conflictos en línea (lo que se ha venido a llamar ODR, por la terminología anglosajona, “*online dispute resolution*”).

Sin embargo, partiendo de la base de su carácter necesario y eficaz, la precisa articulación del sistema vía web, y las características del procedimiento y el tipo de información que requiere, hacen surgir puntos de fricción con la temática del derecho de protección de datos. Esta interacción entre ambos es el objeto central del presente trabajo, en el que se pretende analizar, de un lado, la regulación al respecto

que ofrece la normativa europea que regula la plataforma, de otro la aplicación que se ha de hacer de la normativa europea de protección de datos y, por último el repaso a algunos problemas detectados en esta cuestión y posibles soluciones.

2. Acerca de la plataforma de resolución en línea

De modo preciso, como ya se ha adelantado, la plataforma de resolución alternativa de conflictos en línea se regula a través del 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 y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, debiendo aplicarse en conexión con 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, en la que se exige a los Estados miembros que garanticen la posibilidad de someter a una entidad de resolución alternativa todos los litigios entre consumidores domiciliados y comerciantes establecidos en la Unión que se deriven de la compraventa de mercancías o la prestación de servicios.

A modo de definición, como subraya AIGE, podemos concluir que se trata de *“una plataforma de resolución de litigios en línea, que opera a modo de ventanilla única para la resolución extrajudicial de los litigios online mediante la intervención de una serie de entidades vinculadas y que ofrecen una serie de medios de resolución alternativa con garantía de calidad”*⁹, que supone, como sostiene MOLINA GARCÍA, *“una muestra más de la digitalización de los servicios legales y del servicio público de atención al ciudadano, junto con el realce en la utilización de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos”*¹⁰.

Partiendo de lo anterior, se concluye que la razón de ser de este mecanismo en red se ha de vincular con la ya referida iniciativa del mercado único digital actualmente en marcha en la Unión Europea que, tal y como ponen de relieve los Considerandos del Reglamento, implica que *“La dimensión digital del mercado interior se está convirtiendo en algo esencial tanto para los consumidores como para*

los comerciantes. Cada vez son más los consumidores que compran en línea, y el número de comerciantes que venden en línea va en aumento. Es importante que los consumidores y los comerciantes puedan realizar transacciones en línea, por lo que resulta indispensable dismantelar los obstáculos existentes y potenciar la confianza de los consumidores” (Considerando 6 del Reglamento).

Así, se determina que lo establecido en el Reglamento debe aplicarse a la resolución extrajudicial de litigios iniciados por consumidores residentes en la Unión frente a comerciantes establecidos en la Unión que estén amparados por la Directiva 2013/11/UE.

3. Data Protection y ODR (Online Dispute Resolution)

3.1 Breve repaso al marco actual

El mecanismo de funcionamiento de la plataforma destinada a la resolución en línea de los conflictos nacidos en el marco de la contratación vía internet se estructura entorno a un procedimiento que se inicia con el necesario envío por parte del consumidor de un formulario cumplimentado con información personal. Es por la compartición de esta información, que se almacena en la plataforma, que esta herramienta de resolución de conflictos en línea interacciona con la materia de protección de datos personales, de modo que se regirá, en este aspecto, por las previsiones legales que su normativa reguladora contenga al respecto y por la normativa específica de protección de datos europea.

De modo somero, según el Reglamento ODR, la plataforma de resolución de litigios en línea debe permitir el intercambio seguro de datos con las entidades de resolución alternativa. Así mismo, el Considerando 27 dispone que *“el tratamiento de la información con arreglo al presente Reglamento debe estar sujeto a estrictas garantías de confidencialidad y ajustarse a las normas de protección de datos personales establecidas por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el Reglamento (CE) no 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de*

2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Dichas normas deben aplicarse al tratamiento de datos personales efectuado con arreglo al presente Reglamento por los distintos actores de la plataforma de resolución de litigios en línea, independientemente de que actúen solas o con esos otros actores.” En la misma línea, el Considerando 28 prevé que “los titulares de los datos deben ser informados sobre el tratamiento de sus datos personales en la plataforma de resolución de litigios en línea y prestar su consentimiento a dicho tratamiento, y ser informados sobre sus derechos respecto de dicho tratamiento; para ello la Comisión debe poner a disposición del público una nota exhaustiva de protección de la intimidad y explicar, en un lenguaje claro y sencillo, el tratamiento efectuado bajo la responsabilidad de los distintos actores de la plataforma, con arreglo a los artículos 11 y 12 del Reglamento (CE) no 45/2001 y a la legislación nacional adoptada con arreglo a los artículos 10 y 11 de la Directiva 95/46/CE.”

Por otro lado, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, al que se consultó de conformidad con el artículo 28, apartado 2, del Reglamento (CE) no 45/2001 emitió su dictamen el 12 de enero de 2012.

3.2 Las previsiones contenidas en el Reglamento ODR

En primer lugar, el mencionado Reglamento 524/2013 define, en su artículo 4 apartado m), el concepto de dato personal como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (en lo sucesivo, “titular de los datos”)”, añadiendo que “se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.”

A continuación, en su artículo 5, referido al propio establecimiento de la plataforma, la norma prevé que “su desarrollo, funcionamiento y mantenimiento deberá velar por el respeto de la intimidad de sus usuarios desde la fase de diseño (“protección de la intimidad mediante el diseño”)”, con lo que se acerca, a pesar de ser anterior en el tiempo,

con el concepto de “*privacy by design*” que se ha fijado ya de modo obligatorio en el nuevo Reglamento de Protección de datos europeo.

Es ya, sin embargo, en los artículos 11, 12 y 13 del Reglamento ODR en los que, de modo específico, se trata la cuestión de la protección de los datos de los usuarios de la plataforma. Así, primer lugar, el artículo 11 se refiere a la creación, por parte de la Comisión, de una base de datos donde se almacena la información necesaria en el procedimiento. Al respecto se le impone la obligación de tomar las medidas necesarias para crear y mantener tal base de datos electrónica en la que almacenará la información tratada con arreglo al artículo 5, apartado 4, y al artículo 10, letra c), teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en el artículo 13, apartado 2. Por otro lado, el artículo 12 restringe el acceso a la información, incluidos los datos personales, relacionada con un litigio y almacenada en la base de datos contemplada en el artículo 11, únicamente a la entidad de resolución alternativa a la que se haya remitido el litigio con arreglo al artículo 10 y para los fines contemplados en el artículo 9. Asimismo, se reconoce tal derecho, solo en caso de necesidad, a los puntos de contacto de resolución de litigios en línea que se prevén en la norma.

Por su parte, el artículo 12 apartado 2 restringe las posibilidades de acceso por parte de la Comisión a esta información a los fines de seguimiento del uso y funcionamiento de la plataforma de resolución de litigios en línea y para redactar los informes contemplados en el artículo 21. De modo concreto se establece que “*Tratará los datos personales de los usuarios de la plataforma de resolución de litigios en línea únicamente en la medida necesaria para la utilización y el mantenimiento de dicha plataforma, lo que incluye el seguimiento de la utilización de la plataforma por parte de las entidades de resolución alternativa y los puntos de contacto de resolución de litigios en línea.*”

Por último, las previsiones más concretas en relación con el tratamiento de la información son las abordadas en los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 12, relativos al plazo de mantenimiento de los datos obtenidos y la determinación de la responsabilidad por el tratamiento. En tal sentido, el art. 12.3 dispone que tales datos se almacenarán durante “*el tiempo necesario para alcanzar los fines para*

los que fueron recogidos y para garantizar que los interesados puedan acceder a sus datos personales con el fin de ejercer sus derechos”, previniéndose el borrado de los mismos en el plazo máximo de 6 meses, a contar desde la finalización del litigio. Dicho plazo, de acuerdo con esta norma, se hace extensible a la información almacenada por la entidad de resolución alternativa o punto de contacto en línea, salvo que las normas procedimentales de la primera o la normativa nacional dispongan un plazo mayor.

En cuanto a la responsabilidad por el tratamiento y almacenaje de la información, los apartados 4, 5 y 6 del art. 12 señalan al asesor de resolución de conflictos en línea respecto de sus actividades en el punto de contacto de resolución online al que pertenezca, a toda entidad de resolución alternativa de conflictos y, de modo general, a la Comisión como responsable del tratamiento de los datos gestionados por la plataforma, de acuerdo con la definición del art. 2 d) de la Directiva UE 45/2001¹¹.

Los titulares
de los datos
deben ser
informados sobre
el tratamiento
de sus datos
personales en
la plataforma de
resolución
de litigios

Este último aspecto se debe ver desde un prisma algo distinto a raíz de la aprobación del Reglamento UE 2016/679 de 27 de abril, al que ya se ha hecho referencia a lo largo de este análisis. En este sentido, la norma de protección de datos establece como sujeto responsable del tratamiento, en su artículo 4.7, a *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”* y, por medio del artículo 37, se crea la obligación de determinación de un “delegado de protección de datos”, figura que según el apartado 5 del citado precepto deberá tener una formación jurídica. Las funciones que deberá llevar desempeñar las enumera el artículo 39 del Reglamento:

1. El delegado de protección de datos tendrá como mínimo las siguientes funciones:

- a) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros;
- b) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes;
- c) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35;
- d) cooperar con la autoridad de control;
- e) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto.

2. El delegado de protección de datos desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento.

3.3 Información sobre la protección de los datos mostrada en la plataforma

La plataforma ODR, en su pantalla principal, ofrece una declaración de confidencialidad con respecto a los datos del consumidor que se tratan en el procedimiento. En este documento online se recoge, en primer lugar, la finalidad de la recogida de éstos¹² (“¿por qué tratamos sus datos?”), los datos que se tratan, diferenciando para ello los obtenidos en aras de la identificación del usuario y los recabados propiamente del formulario que inicia el procedimiento¹³, con la puntualización de que éstos últimos son los establecidos en el

Reglamento 524/2013¹⁴. Asimismo, el documento hace referencia al periodo de conservación de la información (6 meses a contar desde la finalización del litigio)¹⁵, concreta quien tiene acceso a los datos recabados¹⁶, y recoge brevemente los derechos de protección de datos que asisten al consumidor. En este punto remite a la normativa fijada por el Reglamento 45/2001, haciendo referencia expresa al derecho de acceso y rectificación de los datos en el caso de que sean incorrectos o estén incompletos, para lo que deberá ponerse en contacto con el responsable del tratamiento de los mismos o, en caso de conflicto, con el responsable de la protección de datos, cuyos datos de contacto se recogen en el apartado 8 del mismo documento. Igualmente, en caso de conflicto se recoge la posibilidad de contactar con el Supervisor Europeo de Datos¹⁷.

Con todo ello, se alcanza la conclusión de que la plataforma ofrece una información básica, aunque con cierto nivel de detalle, acerca de los derechos que, al amparo de lo establecido en el Reglamento 45/2001, asisten al consumidor que inicia un procedimiento por esta vía en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales.

A continuación, vamos a realizar un repaso a grandes rasgos de lo estipulado en el mencionado Reglamento, en aquellos puntos más relevantes para el tema objeto de estudio en el presente trabajo.

3.4 Aplicación del reglamento sobre tratamiento de datos por las instituciones y organismos comunitarios

Como la propia plataforma indica, es de aplicación al tratamiento de datos operado en este procedimiento online de resolución alternativa de conflictos el Reglamento CE 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

De acuerdo con la propia redacción del mismo, la finalidad del citado Reglamento, como detalla el Considerando 14, reside en la necesidad de *“adoptar disposiciones vinculantes para las instituciones y los organismos comunitarios. Tales disposiciones deben aplicarse a todo tratamiento de datos personales efectuado por las instituciones y*

los organismos comunitarios en la medida en que dicho tratamiento se lleva a cabo para el ejercicio de actividades que pertenecen total o parcialmente al ámbito de aplicación del Derecho comunitario”.

Con este fin, en primer lugar, el artículo 2 se ocupa de la definición de conceptos básicos como son los “datos personales”¹⁸, “tratamiento de datos personales”¹⁹, la diferenciación entre “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento”²⁰, “destinatario”²¹ y “consentimiento del interesado”²².

Ya de manera concreta, en lo que se refiere a los datos recabados en sí mismos, la norma exige, en su artículo 4, que deberán ser

Son los artículos 13 a 19 los ocupados de recoger los derechos que se le reconocen al interesado

tratados de manera lícita y recogidos con fines “*determinados, explícitos y legítimos*”, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. Se reclama, asimismo, que sean “*adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente*”, además de exactos y, en su caso, actualizados.

En lo que respecta al periodo de conservación, la norma ofrece una indicación que podría calificarse de indeterminada y poco concisa, al determinar que los datos podrán ser mantenidos en una forma que permita la identificación de los interesados “*durante un período no superior al necesario para la consecución de los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten posteriormente*”, por lo que no prevé un plazo temporal concreto.

A continuación, el artículo 11 del texto normativo fija la información que preceptivamente se tendrá que dar al interesado²³, por parte del responsable del tratamiento, en los casos en que los datos hayan sido recabados directamente de él, como ocurre en el caso que nos ocupa. A la luz del listado que recoge el precepto, y teniendo presente la información que ofrece la propia plataforma, tal y como se ha analizado en el epígrafe anterior, se debe entender cumplido el mandato del Reglamento en este aspecto.

Por último, son los artículos 13 a 19 los ocupados de recoger los derechos que se le reconocen al interesado, siendo especialmente

relevantes al caso de estudio los siguientes. En primer lugar, el derecho de acceso a la información, previsto en el artículo 13, el derecho de rectificación de los datos en los casos en que sean inexactos o estén incompletos, regulado en el artículo 14; el derecho de bloqueo, reconocido en el artículo 15, para los supuestos en que la información sea errónea, ya no sean necesarios para el fin con que se obtuvieron o bien el tratamiento sea ilícito y el interesado opte por el bloqueo frente a la supresión. Por último, el derecho de supresión, del artículo 16, para el caso de tratamiento ilícito de los datos, aplicable en caso de incumplimiento de alguna de las disposiciones recogidas en las secciones 1, 2 y 3 del capítulo II del Reglamento. Aparte de éstos, la norma prevé el derecho de notificación a terceros (art. 17), derecho de oposición (art. 18) y derecho a no ser sometido a decisiones individuales automatizadas (art. 19).

3.5 Notas acerca del Reglamento de Protección de Datos y su aplicación en el ODR

Una vez analizada la regulación fijada por el Reglamento CE 45/2001, cuyo ámbito objetivo recae directamente sobre el funcionamiento de la plataforma objeto de comentario, es preciso hacer mención al Reglamento General de Protección de Datos europeo, recientemente reformado. Nos encontramos, por tanto, con que es de aplicación a la materia, asimismo, el Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Este documento normativo, en su Considerando 17, dispone de manera expresa que *“El Reglamento (CE) no. 45/2001 y otros actos jurídicos de la Unión aplicables a dicho tratamiento de datos de carácter personal deben adaptarse a los principios y normas establecidos en el presente Reglamento y aplicarse a la luz del mismo. A fin de establecer un marco sólido y coherente en materia de protección de datos en la Unión, una vez adoptado el presente Reglamento deben introducirse las adaptaciones necesarias del Reglamento (CE) n. 45/2001, con el fin de que pueda aplicarse al mismo tiempo que el presente Reglamento.”*

extremo reafirmado por el artículo 2 apartado 3 de la misma norma. Es por ello que resulta necesario hacer un breve repaso a algunas de las novedades que supone este nuevo texto legal, en concreto en lo que respecta a la plataforma ODR.

A título general, de entre las novedades que supone la nueva norma, cabe destacar, por su afección a la materia analizada, la aplicación del principio de “*privacy by design*” y “*by default*” del artículo 25, así como los requisitos de consentimiento expreso e informado del usuario en la cesión de los datos que impone el Reglamento. Por otro lado, de modo especialmente relevante, cabe destacar la exigencia que hace el Reglamento de la presentación de modo claro y evidente de la finalidad del tratamiento y el periodo de conservación de los datos que, además, sólo podrá abarcar el tiempo necesario para el fin perseguido.

Por otro lado, se han de subrayar los nuevos derechos que se le reconocen al interesado (titular de los datos) por parte del nuevo Reglamento, quedando configurado un nuevo marco de los mismos, compuesto ahora por el derecho de acceso (art. 15), rectificación (art. 16), derecho de supresión o, por su novedosa denominación de “derecho al olvido” (art. 17), limitación del tratamiento (art. 18), portabilidad de datos (art. 20) y oposición (art. 21), a los que se unen también los derechos de transparencia (art. 12) y de información (arts. 13 y 14).

Se deben, asimismo, destacar, los novedosos principios que insta la norma, como son: Principios aplicables al tratamiento de datos (art. 5): Licitud, lealtad y transparencia; recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos (“limitación de la finalidad”); limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”); exactos y, si fuera necesario, actualizados (“exactitud”); mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales (“limitación del plazo de conservación”); tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales (“integridad y confidencialidad”); el responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo

(“responsabilidad proactiva”), a lo que se han de sumar las condiciones para entender válidamente prestado el consentimiento (art. 7)²⁴.

Por último, no se pueden obviar las novedosas exigencias que recoge la norma relativas al prescriptivo nombramiento de la figura del delegado de protección de datos y sus funciones.

4. Conclusiones

Como se ha puesto de relieve en este trabajo, la plataforma ODR ha supuesto, sin lugar a dudas, un avance en la resolución de conflictos en el marco del *e-commerce* en el territorio europeo, asentándose como un mecanismo necesario y eficaz de fomento del comercio electrónico al colaborar en la superación de algunos de los impedimentos que frenaban el consumo por parte de los ciudadanos. Su relevancia viene dada, asimismo, por la clara apuesta de la Unión Europea, del Mercado Único, en el marco de los principios básicos que la configuran como son el de libertad de circulación de personas y mercancías.

Partiendo de esta base, por su cualidad de plataforma en línea, y siendo la base e inicio del procedimiento el formulario que debe cumplimentar con datos personales el consumidor usuario de la misma para incoar el mismo, surge su interacción con la problemática de la protección de datos.

Al respecto, como se ha visto, y tal y como se recoge en la plataforma, es de aplicación sobre la materia el Reglamento CE 45/2001, sin embargo, por su carácter general, también es de obligado cumplimiento en este caso el Reglamento General de Protección de Datos, en su última versión de abril de 2016.

Como se ha podido evidenciar en este estudio, la propia plataforma ofrece una, en cierto modo, detallada información acerca del tratamiento de los datos y los derechos del usuario, si bien esta sólo es accesible de modo separado al proceso, en la página principal. Entendemos que, en cumplimiento del nuevo Reglamento de Protección de Datos, esta información sobre el tratamiento de la información y el consentimiento del usuario deberían figurar en el propio formulario online, a modo de casilla de necesaria selección expresa para el envío de éste.

Asimismo, siguiendo las novedades destacadas en el presente trabajo presentes en el nuevo Reglamento 2016/679, la plataforma deberá incorporar los nuevos principios recogidos en éste, con especial mención de los relativos a la transparencia y al consentimiento expreso, y los nuevos derechos del titular.

Puntualizar, por último, que el principio de “*privacy by design*”, elemento novedoso en el Reglamento 2016/679 se encontraba ya previsto en el Reglamento ODR de 2013, lo que demuestra su carácter innovador, y por lo que se debe reconocer la preocupación presente ya en él por la protección de datos e intimidad del usuario.

Notas

1. Trabajo realizado en el marco de un contrato FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada.
2. Margarita Orozco González. Contratada FPU del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada, Investigadora de la Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.
3. LASICA, J. D.; “The Mobile Generation: Global Transformations at the Cellular Level: A Report of the Fifteenth Annual Aspen Institute Roundtable on Information Technology”, Washington, D.C.: Aspen Institute, 2007.
4. KATZ, J.E. y AAKHUS M. (Eds.), “Perpetual Contact: Mobile Communication, Private Talk, Public Performance”, UK & New York: Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
5. Así queda reflejado, entre otros, en el Informe Mobile en España y en el mundo 2015”, llevado a cabo por *Ditrendia*. Documento completo disponible en: <http://www.ditrendia.es/informe-ditrendia-mobile-en-espana-y-el-mundo>.
6. Informe “The truth about online consumers. 2017 Global Online Consumer Report”, Kpmg. Documento disponible en: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/mx/pdf/2017/02/consumer-survey-web.pdf>.
7. Informe “The truth about online consumers. 2017 Global Online Consumer Report”, *op. cit.*, p. 4.
8. En este sentido, destaca RICHARD que el mercado electrónico “*carece, por esencia, de límites geográficos y jurídicos, en tanto que la red global permite la puesta en contacto de empresas y consumidores sitos en cualquier parte del mundo. Esta realidad es, si cabe, más importante en el ámbito europeo uno de cuyos principios es el de la libertad de comercio y de mercado, a cuyo desarrollo contribuye de un modo relevante el comercio electrónico*” (RICHARD GONZÁLEZ, M., “Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (*on-line dispute resolution*)”, *Diario La Ley*, núm. 8360, Sección Tribuna, julio 2014; p. 2.)

9. AIGE MUT, M.B., “Aproximación a los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos: especial referencia a la nueva plataforma europea para resolución de litigios”, *Diario La Ley*, núm. 8732, Sección Tribuna, abril 2016; p. 5.
10. MOLINA GARCÍA, M.J., “Sitios web de referencia en el ámbito jurídico: medios sociales para difundir información y compartir conocimiento. Plataforma europea de resolución de conflictos en línea”, *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2016; p. 1.
11. “‘Responsable del tratamiento’: la institución, organismo, dirección general, unidad u otra entidad organizativa comunitaria que por sí sola o conjuntamente con otras determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; cuando los fines y los medios del tratamiento estén determinados por un acto comunitario concreto, el responsable del tratamiento o los criterios específicos aplicables a su nombramiento podrán determinarse en tal acto comunitario”
12. El documento ofrecido por la plataforma especifica que la recogida de datos responde a dos fines, “para realizar su autenticación como usuario autorizado y, de ese modo, darle acceso a sus litigios y reclamaciones mediante su panel personal. Para que, si ha comprado un producto o servicio en línea, pueda presentar una reclamación y acceder a un organismo de resolución de litigios registrado en la plataforma RLL, como establece el Reglamento (UE) n. 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo”.
13. Al respecto, acerca de los datos recabados con el objeto de identificar al usuario de la plataforma, se especifica que “Los datos personales que recogemos y tratamos posteriormente para garantizar la autenticación segura de los usuarios de la plataforma RLL son: ‘nombre y apellidos’ dirección de correo electrónico ‘idioma’ Los datos se tratan cuando crea su cuenta para registrarse en la plataforma RLL. Se recogen y almacenan en EU Login, el servicio de autenticación desarrollado por la Comisión Europea para sus diferentes sistemas informáticos, incluida la plataforma RLL.” Por otro lado, sobre los datos recogidos en el formulario de reclamación se concreta que “Además, los siguientes datos personales se recogen y procesan directamente en la plataforma RLL mediante un formulario electrónico de reclamación, que es la base del procedimiento de resolución de litigios a través de la plataforma: ‘nombre y apellidos’ datos de contacto: dirección de correo electrónico, teléfono y dirección postal (calle, número, código postal, país) ‘idioma en el que desearía recibir las notificaciones de la plataforma RLL (mensajes que le avisan cuando hay alguna novedad en relación con su litigio y, por consiguiente, le invitan a conectarse a su panel personal).”
14. Se especifica, asimismo, en el documento online de la plataforma que “Los datos personales también pueden encontrarse en los documentos que decida adjuntar a su reclamación o que le hayan sido solicitados por el organismo de resolución de litigios durante el procedimiento de resolución de litigios. También puede haber datos personales en los documentos facilitados por la otra parte implicada en el litigio.”

15. A este respecto, la plataforma hace una diferenciación, una vez más, entre los datos recabados propiamente en el procedimiento, es decir, a través del formulario, y los recogidos con objeto de la identificación del usuario en la plataforma. Sobre éstos últimos, a los que denomina “Datos personales tratados en EU Login”, que es el sistema de autenticación utilizado para registrarse en la plataforma, deriva para la especificación de su tratamiento a la “declaración de confidencialidad de EU Login para los datos personales tratados para el registro en la plataforma RLL” (punto 6: ‘¿Cuánto tiempo conservamos sus datos?’), en la dirección web <https://ecas.ec.europa.eu/cas/privacyStatement.html>.
16. En concreto, se precisa que *“El acceso a los datos se permite al personal autorizado de la Comisión Europea, los puntos de contacto nacionales y los organismos de resolución alternativa de conflictos, de conformidad con el principio de ‘necesidad de conocer’. Dicho personal está obligado a respetar acuerdos de confidencialidad legales y, en caso necesario, otros acuerdos adicionales.”*
17. En este punto se diferencian también los datos recabados con el objeto de la identificación del usuario en la plataforma, destacando que *“La plataforma RLL le permite modificar los datos personales que facilitó para registrarse en la plataforma y en la parte ‘Datos personales’ del formulario electrónico de reclamación en cualquier momento del procedimiento.”*
18. El artículo 2 define “datos personales” como *“toda información sobre una persona física identificada o identificable (denominada en lo sucesivo “el interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.*
19. La norma define el “tratamiento de datos” como *“cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que permita el acceso a los mismos, así como la alineación o interconexión, y el bloqueo, supresión o destrucción”.*
20. El Reglamento define la figura del “responsable del tratamiento” como *“la institución, organismo, dirección general, unidad u otra entidad organizativa comunitaria que por sí sola o conjuntamente con otras determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; cuando los fines y los medios del tratamiento estén determinados por un acto comunitario concreto, el responsable del tratamiento o los criterios específicos aplicables a su nombramiento podrán determinarse en tal acto comunitario”; mientras que determina que el “encargado del tratamiento” es “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.*

21. El Reglamento recoge como definición de “destinatario”, *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero; no obstante, las autoridades que puedan recibir una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no serán considerados destinatarios.*
22. De acuerdo con la norma, el “consentimiento del interesado” es *“toda manifestación de voluntad, libre, específica y con conocimiento de causa, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan”.*
23. En concreto el artículo exige que se aporte al interesado: *“a) la identidad del responsable del tratamiento; b) los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos; c) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos; d) el carácter obligatorio o voluntario de la respuesta a las preguntas y las posibles consecuencias de la falta de respuesta; e) la existencia del derecho de acceso y de rectificación de los datos que le conciernen; f) cualquier información adicional como i) el fundamento jurídico del tratamiento de que van a ser objeto los datos, ii) los plazos de conservación de los datos, iii) el derecho a recurrir al Supervisor Europeo de Protección de Datos en cualquier momento, que resulte necesaria, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se obtengan los datos, para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado”.*
24. Vid. *Actualidad*, Noticias Jurídicas, “Contenido y novedades del Reglamento general de protección de datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)”, mayo 2016. Fuente: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11050-contenido-y-novedades-del-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-ue-reglamento-ue-2016-679-de-27-de-abril-de-2016/>. (Fecha última consulta: 27 febrero 2017)

Referencias

- AIGE MUT, M.B. Aproximación a los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos: especial referencia a la nueva plataforma europea para resolución de litigios. *Diario La Ley*, núm. 8732, Sección Tribuna, abril 2016.
- KATZ, J.E. y AAKHUS M. (Eds.), *Perpetual Contact: Mobile Communication, Private Talk, Public Performance*, UK & New York: Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- LASICA, J. D.; *The Mobile Generation: Global Transformations at the Cellular Level: A Report of the Fifteenth Annual Aspen Institute Roundtable on Information Technology*, Washington, D.C.: Aspen Institute, 2007.
- MOLINA GARCÍA, M.J., Sitios web de referencia en el ámbito jurídico: medios sociales para difundir información y compartir conocimiento. Plataforma europea de resolución de conflictos en línea, *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2016.

- OROZCO GONZALEZ, M., Protección del consumidor en la adquisición de contenidos digitales, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. V, núm. 21, 2016.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (*on-line dispute resolution*), *Diario La Ley*, núm. 8360, Sección Tribuna, julio 2014.
- Actualidad*, Noticias Jurídicas, Contenido y novedades del Reglamento general de protección de datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016), mayo 2016.

LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL CONSUMIDOR Y SU IMPORTANCIA CARDINAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

JOHANNA CATERINA FALIERO¹

Doctoranda en Derecho Civil. Tesis elaborada pendiente de
defensa (Facultad de Derecho – UBA)

EXCERTOS

“La relación que se da entre el usuario-titular de datos y el responsable de tratamiento de los datos – proveedor del servicio de procesamiento, es una relación entre un experto y un profano”

“La actividad de procesamiento de datos, como actividad económica riesgosa, encuadra perfectamente en la definición del primer párrafo del art. 2 de la Ley 24240”

“La información debe ser brindada en soporte físico, el que se podrá suplantar por soporte alternativo – entendiendo por este al digital – si el consumidor brinda para ello su consentimiento expreso”

“El usuario-titular de datos detenta en la relación de consumo con su proveedor-responsable de tratamiento, una desigualdad genética, funcional, informativa y estructural”

I. Introducción

La utilización masiva y generalizada de las modernas tecnologías de procesamiento de datos, acarrió como consecuencia en prácticamente todos los sistemas jurídicos del planeta su abordaje normativo por medio de la protección de datos personales, que se canalizara ya sea en los textos constitucionales, leyes específicas o generales y demás instrumentos regulatorios, y la definición de un sujeto protegido con derechos determinados, a saber, el titular de los datos procesados.

Por otra parte y aún con anterioridad, la protección del consumidor se gestó y evolucionó frondosamente de manera legislativa los derechos del consumidor como sujeto especialmente merecedor de tutela por la legislación consumerista, receptada por las constituciones, leyes, códigos y demás cuerpos normativos.

La conjugación natural y simultánea que se da en el sujeto que reviste la calidad de usuario de los servicios de procesamiento de datos y titular de los mismos, es merecedora de un estudio particularizado por su cardinal importancia y trascendencia en nuestro sistema jurídico.

El titular de datos es naturalmente un usuario de un servicio de procesamiento y por ello reviste en su misma figura una doble vulnerabilidad evidenciada por dos sistemas jurídicos normativos protectores que se solapan y refuerzan recíprocamente.

II. La protección de datos

Nuestra Constitución Nacional, a partir de la reforma del año 1994, receptó la figura del hábeas data en el párrafo tercero del art. 43, el que explicita:

...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Este hito regulatorio implicó la incorporación a nuestro texto ius fundamental del derecho a la protección de datos personales, desde su faz sustancial como procesal, lo cual se derivó en su ulterior recepción legislativa específica.

Luego del reconocimiento constitucional de la acción de hábeas data y los derechos que esta comprende, el sistema nacional protectorio en materia de procesamiento de datos se consolida con su primera norma especial: la Ley de Protección de Datos Personales 25326.

La Ley 25326, sancionada el día 4 de octubre del año 2000 y promulgada el 30 de octubre del mismo año, estableció el régimen de protección integral de los datos personales, con disposiciones y principios generales relativos a la misma, la enunciación acabada de los derechos de los titulares de los datos, derechos y deberes de los usuarios y responsables, el deber de inscripción de las bases de datos, su control, un sistema sancionatorio frente al incumplimiento de la norma y la regulación procedimental de la acción de protección de datos personales, y fue reglamentada por el Decreto 1558/2001, modificado por el Decreto 1160/2010.

Actualmente y desde principios del año 2016, enmarcado en el programa denominado “*Justicia 2020*”, cuya iniciativa resulta coordinada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y su duración estimada en cuatro años, se proyecta la reforma al régimen de protección de datos personales, lo que dará lugar al nacimiento futuro de una nueva norma, con institutos, definiciones y reglas novedosas y altamente debatidas en la materia.

III. El titular de datos como usuario

A los efectos de centrar la aplicabilidad del presente trabajo, es necesario definir en primer lugar al sujeto central de su estudio, al que resumidamente se referirá como usuario-titular de datos por los motivos que se han expuesto precedentemente.

El art. 42 de nuestra Constitución Nacional establece que

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud,

seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

De este texto se desprende una clara expresión de la relevancia filosófica, económica y social que ha significado la irrupción del consumo como fenómeno masivo, excedente e independiente a la modalidad de contratación adoptada, por todo lo cual refiere a la “*relación de consumo*” y no al contrato de consumo, de cuyo espíritu se desprende la alusión a la relación que se establece entre un experto y un profano, entre una parte que ostenta un rol de potencia y otra de impotencia². De allí se erige este régimen tuitivo e integrador, y su aplicabilidad amplia y no restrictiva de conformidad a su espíritu, a todas aquellas situaciones análogas de desprotección que merezcan esta máxima tutela.

La relación que se da entre el usuario-titular de datos y el responsable de tratamiento de los datos – proveedor del servicio de procesamiento, es una relación entre un experto y un profano, que en términos de nuestra Constitución Nacional merece especial atención en lo referente al acceso a una información adecuada y veraz y a la tutela de su seguridad – indemnidad psicofísica y económica – y la de sus datos.

La Ley de Defensa del Consumidor establece en sus disposiciones generales tres conceptos claves: el de consumidor (art. 1), el de proveedor (art. 2) y el de relación de consumo (art. 3), de cuyo juego se centra su aplicabilidad y se funda una restricción textual e interpretativa, contraria al espíritu amplio, difuso y abarcativo del mencionado art. 42 de nuestra Constitución.

Dice el art. 1 de la Ley 24240:

Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. ...

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley n. 26.361 B.O. 7/4/2008)

En estos mismos términos, el usuario-titular de datos es una persona física que adquiere o utiliza servicios de procesamiento de datos en forma gratuita u onerosa como destinatario final en el marco de una relación de consumo, en beneficio propio y de su grupo familiar y social.

El Decreto Reglamentario de la Ley 24240 establece en referencia al art. 1 que “a) *Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis)...*”, lo cual también resulta aplicable a los efectos de nuestra definición (Ej: provisión de un servicio procesamiento de datos gratuito).

Continúa estableciendo el art. 2 de la Ley 24240:

PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la

autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley n. 26.361 B.O. 7/4/2008), y su Art. Reglamentario “Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica.”

La actividad de procesamiento de datos, como actividad económica riesgosa, encuadra perfectamente en la definición del primer párrafo del art. 2 de la Ley 24240.

Conforme al art. 2 de la Ley de Protección de Datos Personales 25326 vigente, encontramos las siguientes definiciones que pueden adicionarse al régimen protectorio que se señala:

Artículo 2º – (Definiciones). A los fines de la presente ley se entiende por:

...– Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.

– Responsable de archivo, registro, base o banco de datos: Persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos.

...– Titular de los datos: Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley.

– Usuario de datos: Toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos. ...

IV. El deber de información hacia usuario-titular de datos

El art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor (L. 24.240) establecía respecto de la información que:

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión. (Art. 4 Ley 24.240 – Artículo sustituido por art. 4º de la Ley n. 26.361 B.O. 7/4/2008).

Dicho art. 4 fue modificado por la Ley 27.250, sancionada el 18 de mayo de 2016 y promulgada de hecho el 8 de junio de 2016, el que quedó redactado del siguiente modo:

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

Esta última redacción incorporó en el segundo párrafo una brevísima, y no por ello simple, referencia a la temática del soporte sobre el cual se asienta la información brindada al consumidor: la información debe ser brindada en soporte físico, el que se podrá suplantar por soporte alternativo – entendiendo por este al digital – si el consumidor brinda para ello su consentimiento expreso.

En su decreto reglamentario, el que aún permanece inalterado desde su origen, al respecto de este artículo se enuncia que

Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.

El Código Civil y Comercial vigente enuncia en su art. 1100:

Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Nuestro Código Civil y Comercial instituye acerca de los contratos celebrados a distancia que estos serán

aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa (Art. 1105 CCyCNA).

A su vez, la misma norma formula en lo atinente a la

Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (Art. 1107 CCyCNA).

El usuario-titular de datos detenta en la relación de consumo con su proveedor-responsable de tratamiento, una desigualdad genética, funcional, informativa y estructural. Para reequilibrar esta asimetría, el deber de información se presenta como la herramienta más adecuada para propender razonablemente a un equilibrio artificial entre partes naturalmente desiguales.

Se puede definir a la información como aquel

deber constitucional y legal de conducta impuesto a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes y servicios tendiente a despejar la incertidumbre del consumidor o usuario y a que obtenga una precisión lo más real posible sobre sus derechos y las obligaciones que asumirá. Debiendo ser cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente y adecuada. Derecho constitucional y legal del consumidor o usuario que le posibilita una decisión selectiva fundada en un marco de mayor libertad³.

El usuario-titular de datos tiene derecho a recibir la información relativa al procesamiento de sus datos, que sea necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla acabada y claramente. Y a su vez, tiene derecho a ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia, lo cual en lo referente al procesamiento de datos reviste de importancia cardinal, ya que esta actividad es compleja desde el punto de vista técnico-profesional.

El usuario-titular de datos a la hora de brindar sus datos, debe entender acabadamente lo que se le está informando, por lo cual es fundamental detectar con anticipación cuál es la extensión de esa comprensión, cuál es su capacidad de comunicación y razonamiento sobre las alternativas posibles y si tiene valores para poder juzgar.

En el caso del procesamiento de datos personales de los usuarios y consumidores, el consentimiento de estos últimos extiende su eficacia hasta aquellos actos u operaciones que fueron adecuadamente informadas al usuario, deber de información que no cede en ningún supuesto. Sólo la información cierta, acabada, detallada y precisa respecto de las operaciones a realizar sobre los

datos del usuario y quiénes concretamente van a efectuarlas y bajo qué condiciones, permite afirmar que el proveedor ha evidenciado diligencia a la hora de informar, y solamente allí el consentimiento del usuario es válido.

V. El deber de seguridad hacia el usuario-titular de datos

Al ser el procesamiento de datos una actividad inherentemente riesgosa desde lo práctico, económico, funcional y jurídico, merece un estudio acabado y particular la función que juega el deber de seguridad en la misma, deber que no sólo es abordado desde un primer momento por la legislación consumerista, sino que encuentra lineamientos específicos en el propio régimen de protección de datos.

El deber de seguridad, se funda en el deber de buena fe – art. 9 y 961 del Código Civil y Comercial vigente y art. 1198 del Código Civil histórico, y se encuentra regulado en la Ley de Defensa del Consumidor, artículo 5, el que dice:

Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (art. 5 Ley 24.240).

Por otra parte, complementa este artículo, el artículo 6 de la misma norma, el que establece:

Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que

se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación registrará en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción (art. 6 Ley 24.240).

Reglamentan estos artículos el Decreto 1798/1994 del siguiente modo:

Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes (Art. 4 Dec. Reg. 1798/1994).

En particular, la Ley de Protección de Datos Personales 25326 en su art. 9 “Seguridad de los datos”, enuncia las siguientes obligaciones:

1. El responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.
2. Queda prohibido registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad.

El incumplimiento de la obligación de seguridad enunciada por parte del responsable acarrea, en suma a las responsabilidades administrativas que les pudiere corresponder, la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de su inobservancia, las sanciones penales que correspondan y la aplicación de las sanciones por ley específicamente establecidas por parte del organismo de control, es decir, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

El Decreto Reglamentario 1558/2001 establece respecto del art. 9 la siguiente precisión:

ARTICULO 9º – La DIRECCION NACIONAL DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES promoverá la cooperación entre sectores públicos y privados para la elaboración e implantación de medidas, prácticas y procedimientos que susciten la confianza en los sistemas de información, así como en sus modalidades de provisión y utilización.

La Disposición 11/2006 aprobó las “*Medidas de Seguridad para el Tratamiento y Conservación de los Datos Personales Contenidos en Archivos, Registros, Bancos y Bases de Datos Públicos no estatales y Privados*”, que establece tres niveles de seguridad (básico, medio y crítico) conforme a la naturaleza de la información tratada.

El procesamiento informatizado de datos es esencialmente una actividad riesgosa por las circunstancias de su realización. La seguridad de datos es un elemento crucial en el procesamiento de datos por esta misma circunstancia, el riesgo inherente e intrínseco que conlleva el procesamiento de datos permite asegurad la inexorabilidad de la materialización del riesgo en dicha actividad sin perjuicio de que se tomen los máximos recaudos en materia de seguridad existentes al momento del procesamiento.

El riesgo en el procesamiento de datos es inherente y permanente, aquel que desarrolla esta actividad posee la certeza no sólo de estar expuesto a aquellos peligros ya conocidos, los que evita mediante técnicas de seguridad, sino también a peligros desconocidos, todos los cuales representan desde lo jurídico consecuencias dañosas que se extienden al usuario-titular de datos.

VI. Conclusiones y reflexiones

– Resulta necesario integrar, uniformar y aplicar de manera dialógica los lineamientos protectorios contenidos en los sistemas de protección de datos personales y protección de los derechos de los

consumidores, para proveer al usuario-titular de datos de una tutela integral de sus derechos.

– Ante la creciente sofisticación y desarrollo de la ciencia de procesamiento de datos, así como la complejización de los flujos de información, intercambio, transferencia y procesamiento de datos, los deberes de información y seguridad se erigen como los puntos cardinales en la tutela del usuario-titular de datos.

La seguridad de datos es un elemento crucial en el procesamiento de datos

– Resulta necesario profundizar y complementar la labor jurídica preventiva y protectoria hacia el usuario-titular de datos, para evitar, mitigar y reducir la creciente judicialización de asuntos relativos al procesamiento riesgoso de datos.

– El creciente desarrollo teórico y académico de las ciencias jurídicas en torno a la protección y privacidad de datos, autodeterminación informativa de los titulares de los datos y cumplimiento normativo, merece integrarse con los mismos avances evidenciados en materia de tutela de los derechos del consumidor, por ser ambos regímenes protectores basados en la debilidad funcional, estructural e informativa de una categoría de sujetos que en la actividad de procesamiento de datos se superpone, a saber, el usuario-titular de datos.

– Es menester propender a la evolución de la lógica normativa integrada que se señala en torno a la protección de datos personales por la creciente trascendencia social, económica y cultural de los datos tanto para particulares como para organizaciones de todos los sectores como el activo intangible de mayor valor.

– Se colige la urgente comprensión y manejo adecuado del balance de derechos en juego en las problemáticas planteadas en torno a la protección y seguridad de los datos personales, como la información respecto de su procesamiento.

Notas

1. La Dra. Johanna Caterina Faliero es Consultora, Asesora y Representante Legal Especializada para Argentina, LATAM y Caribe, en Derecho Informático, Protección, Seguridad, Privacidad y Gobernanza de Datos, Políticas y Gobernanza de Internet, Comercio Electrónico, Economía Digital y Criptomonedas Derecho Privado, Contratos, Responsabilidad Civil y Daños, Derechos del Consumidor y Competencia, Derecho Empresarial, RSE, Derecho y Servicios de Salud, Contratos y Responsabilidad Médica e Institucional, Derechos de los Pacientes, E-Salud HCE. Es Doctoranda en Derecho Civil. Tesis elaborada pendiente de defensa. (Facultad de Derecho – UBA), Especialista en Derecho Informático (Facultad de Derecho – UBA) y Especialista en Derecho y Servicios de Salud, Contratos y Responsabilidad Médica e Institucional (Facultad de Derecho – UBA). Ha cursado Programas de Actualización en Prevención Global del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo; Derecho del Consumidor Profundizado y Derecho de Salud (Facultad de Derecho – UBA), entre otros posgrados. Egresó como Abogada con Diploma de Honor en Derecho Empresarial y Privado (Facultad de Derecho – UBA). Es Diplomada en Carrera Docente en Abogacía (Facultad de Derecho – UBA) y Profesora de la Carrera de Especialización en Derecho Informático (Depto. Posgrado - Facultad de Derecho – UBA), Profesora Adjunta en “Contratos Civiles y Comerciales” y “Derechos del Consumidor” (Facultad de Derecho – UBA) (Facultad de Derecho – USAL), Profesora Titular de “Comercio y Contratación Electrónica” (Facultad de Derecho – UP), Profesora en “Derecho Informático”, “Evidencia Digital” y “Protección de Datos” (ADACSI – ISACA Buenos Aires Chapter) (ISTEA – Educación IT). Se desempeña como Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” (Facultad de Derecho – UBA), Miembro Permanente e Investigadora del “Instituto de Derecho Informático” (CPACF), Miembro y Relatora para ISOC Argentina (ISOC-AR – ISOC Argentina Chapter), Investigadora Doctoral en Proyectos de Interés Institucional (Facultad de Derecho – UBA), Investigadora Tesista de Proyecto UBACyT (Facultad de Derecho – UBA), Investigadora de Proyecto DeCyT (Facultad de Derecho – UBA). Fue elegida como Investigadora de la Google Policy Fellowship Program LATAM 2016 (CELE – Centro de Estudios de Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo), ha publicado numerosos trabajos de investigación en el área jurídica, participado en libros, tratados y revistas, y es ponente, expositora y asistente en congresos, posgrados, cursos, seminarios y jornadas. Contacto - E-mail: johannafaliero@derecho.uba.ar
2. Ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián: Los sujetos expuestos a una relación de consumo. DJ11/05/2011, 1. Cita Online: AR/DOC/834/2011: “...*Con el reconocimiento del consumidor, como sujeto de derecho débil, frágil e*

inexperto, presunción esta iure et de iure, que merece la protección jurídica del ordenamiento positivo y del Estado, se pusieron en jaque los dogmas de la teoría clásica del contrato, que partían de la concepción del mismo como el instrumento por excelencia de intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, en el que sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, pactaban en igualdad de condiciones ...”.

3. GHERSI, Carlos A.: *Diccionario de Términos Jurídicos Más Usuales*, 2da. Edición, Buenos Aires, La Ley, Año 2009.

MOBILE BANKING IN ITALIA

MARTINA CAVALIERE¹

Doctora en Derecho de la Unión europea,
Università degli Studi Roma Tre

RIASSUNTO

Il presente lavoro ha come scopo quello di analizzare i recenti interventi legislativi che si sono susseguiti in materia di strumenti di pagamento elettronici nell'ambito del quadro regolatorio europeo con un focus sulla grande novità rappresentata dal "Payment Legislative Package". In linea con la rivoluzione dell'informatica e le mutate esigenze dei consumatori e delle imprese, l'intento del legislatore europeo è stato quello di ampliare il level playing field in modo tale da incentivare la nascita di nuovi strumenti di pagamento elettronici, di nuovi competitor e modelli di business favorendo la creazione di regole comuni, standard di funzionamento e, altresì, una dinamica competitiva che si auspica possa dar luogo ad un miglioramento dell'offerta, soprattutto sotto il profilo qualitativo, anche attraverso l'impulso di una maggiore concorrenza sul mercato.

Si rivolge particolare attenzione al fenomeno del Mobile Banking in Italia, ossia alla rivoluzione che il Digital Payment ha generato nel settore bancario nazionale attraverso l'analisi di alcuni dati statistici.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las recientes intervenciones legislativas que se han sucedido en materia de instrumentos de pago electrónico en el ámbito del cuadro regulatorio europeo con un focus sobre la gran novedad representada por el "Payment Legislative Package." En línea con la revolución de la informática y las cambiantes necesidades de los consumidores y empresas, el objetivo del legislador europeo fue ampliar el level playing field con el fin de incentivar el nacimiento de nuevos instrumentos de pago electrónico, de nuevos competitor y modelos de business favoreciendo la creación de reglas comunes, standard de funcionamiento y, además, una dinámica competitiva que se espera podría conducir a una mejoría de la oferta, sobre todo bajo el perfil cualitativo, también por el impulso de una mayor competencia sobre el mercado.

Se presta especial atención al fenómeno del Mobile Banking en Italia, es decir, a la revolución que el Digital Payment ha engendrado en el sector bancario nacional por el análisis de algunos datos estadísticos.

Mobile Banking in Italia

L'evoluzione che ha contraddistinto negli ultimi anni il settore dei pagamenti trae origini da variegati fattori, riconducibili principalmente alla digitalizzazione, alla crescita dell'e-commerce e agli inarrestabili progressi tecnologici i quali continuano a condizionare in modo sempre più pervasivo il sistema degli strumenti di pagamento.

L'economia mondiale e la struttura dei mercati interni ed internazionali sta mutando a grande velocità diventando sempre più innovativa e tale da riuscire ad insediarsi nei processi economici-produttivi; le tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni non raffigurano più soltanto settori dell'economia ma la base stessa degli odierni sistemi economici. I fenomeni della *new economy* e del *web economy* stanno vivendo una crescita tale da incidere su tutti i settori del tessuto economico, compreso quello bancario e finanziario che vive da alcuni anni l'affermarsi sempre più dirompente, nelle abitudini della realtà quotidiana, del servizio di *Mobile Payment*.

La semplicità nell'accesso al web e l'uso sempre maggiore dei diversificati apparati *mobile* a disposizione degli utenti (*smartphone*, *tablet*, *lap-tops*, *apple-watch*) hanno decisamente e profondamente mutato il mondo in cui viviamo e lavoriamo ma, soprattutto, l'attitudine dei consumatori, che non assumono più le vesti di meri destinatari passivi delle molteplici offerte avanzate dai *players* attivi sul mercato, ma attori multicanali e "*iperconnessi*" in grado di scegliere la soluzione più idonea volta a soddisfare le proprie esigenze che si sostanziano ormai nella necessità di disporre di adeguati strumenti di pagamento che siano efficienti, sicuri, funzionali, semplici e rapidi. Velocizzare la transizione verso sistemi socio-economici non più orientati all'utilizzo del solo danaro contante – c.d. "*cashless society*" – appare, dunque, uno *step* non trascurabile per i Paesi sviluppati come l'Italia, per rendere tangibili le nuove opportunità derivanti dalla digitalizzazione e cogliere i vantaggi che ne derivano, quali il più elevato livello di sicurezza delle operazioni, la riduzione dei costi del contante, l'emersione del sommerso e la maggiore trasparenza.

In questo scenario, ciò che rende il *Mobile Payment* più attrattivo per gli utenti dei servizi bancari e finanziari non è soltanto la maggiore convenienza sotto il profilo dei costi ma anche la facilità di accesso alla rete, di utilizzazione del servizio stesso nonché le modalità più semplici e immediate con cui si realizza l'intera operazione; i consumatori sono sempre più affasciati dall'idea di poter pagare ovunque e in qualsiasi momento.

Dette trasformazioni impongono necessariamente una riflessione sui fattori che favoriscono la diffusione del *Mobile Payment*, sugli effetti e le criticità che le nuove, e più avanzate, forme di pagamento hanno prodotto sulle dinamiche del mercato nonché la cornice istituzionale di riferimento.

L'evoluzione dei pagamenti elettronici nello scenario europeo: il c.d. "Payment Legislative Package"

La velocità che ha contraddistinto le transazioni commerciali a livello transfrontaliero e l'aumento dei trasferimenti tramite *e-money* hanno evidenziato come in alcuni casi l'ambito di applicazione della PSD (Direttiva 2007/64/CE) risultava ormai superato rispetto all'evoluzione del mercato. Da qui, il sorgere di una situazione di ambiguità e di incertezza giuridica.

L'intento di assicurare al contempo una maggiore tutela della concorrenza, dell'innovazione e della sicurezza nel sistema dei pagamenti ed un'applicazione uniforme dell'assetto normativo all'interno di tutto il territorio dell'Unione Europea – in linea con la Strategia Europa 2020 e l'Agenda Digitale Europea – ha condotto in tempi brevi all'adozione di regole nuove più vicine a quel progresso sociale rispetto al quale i singoli ordinamenti non sono riusciti a stare al passo.

In questo contesto, il 23 dicembre 2015 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la Direttiva 2015/2366/UE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, nota anche come PSD2 – **Payment Services Directive 2**, che ha abrogato la PSD.

In un'ottica pienamente pro concorrenziale volta a favorire la circolazione *dell'e-money*, la PSD2 si è preoccupata di individuare una soluzione concreta coerente con la digitalizzazione del sistema

dei pagamenti e, al contempo, di far fronte alle lacune regolamentari riscontrate nel contesto previgente derivanti principalmente dall'applicazione disomogenea della normativa in materia all'interno dei singoli ordinamenti giuridici nazionali.

Quanto alle novità apportate dalla nuova Direttiva sui servizi di pagamento rispetto alla disciplina di cui alla Direttiva PSD, esse hanno riguardato principalmente *l'innovazione, il nuovo spazio competitivo e la tutela del cliente* in qualità di utilizzatore dello strumento di pagamento con lo scopo di favorire lo sviluppo dell'economia europea e garantire alla clientela, ai commercianti e alle imprese di trarre al contempo il massimo vantaggio dal mercato interno e una maggiore fiducia in un mercato dei pagamenti armonizzato.

In particolare, la PSD2 interviene sia attraverso un ampliamento del c.d. "*Positive Scope*" (vale a dire l'ambito oggettivo di applicazione), mediante la definizione di nuovi servizi di pagamento e la ridefinizione di altri già previsti dalla previgente PSD, sia rimodulando il c.d. "*Negative Scope*", ossia il perimetro delle deroghe.

Con riguardo specifico all'ambito oggettivo di applicazione (c.d. "*Positive Scope*") si rileva come all'interno del sistema dei pagamenti online si siano insediati i cc.dd. *Third Parties Provider* (TPP), ossia soggetti diversi dagli intermediari tradizionalmente conosciuti, e nuovi servizi di pagamento quali, ad esempio, il servizio di disposizione di ordini (*Payment Initiation Service*), il servizio di informazione sui conti (*Account Information Service*) e il servizio di controllo di disponibilità dei fondi (*Fund Checking*).

Ulteriori aree di intervento hanno, infine, riguardato l'aggiornamento della disciplina della ripartizione delle responsabilità tra clienti e prestatori dei servizi di pagamento; la maggiore armonizzazione delle procedure autorizzative; la creazione del Registro elettronico Centrale dell'Autorità Bancaria Europea (EBA), la previsione della c.d. "*customer strong authentication*" e di pratiche di tariffazione omogenee tra i distinti Stati Membri dell'Unione Europea.

Il riconoscimento del ruolo centrale del nuovo sistema dei pagamenti digitali nell'ambito del territorio dell'Unione ha indotto il legislatore europeo ad intervenire, non soltanto con l'emanazione della Direttiva PSD2, ma anche mediante l'introduzione nel nuovo **Regolamento MIF**.

Le due misure formano insieme il c.d. “*Legislative Payment Package*”, il quale si compone di interventi legislativi autonomi tra loro ma accumulati dal medesimo obiettivo finale e spirito, il quale può essere rinvenuto, da un lato, nel riconoscimento del ruolo centrale dei pagamenti digitali nell’ambito del mercato interno delle carte di pagamento e, dall’altro lato, nell’esigenza di incentivare, tramite regolamentazione adeguata, dei pagamenti sicuri, competitivi e innovativi.

Il nuovo Regolamento fissa i requisiti tecnici e commerciali uniformi per le operazioni di pagamento tramite carta che siano effettuate in ambito europeo nel caso in cui sia l’*Issuer* (ossia il prestatore di servizi di pagamento che ha emesso la carta con cui il cliente pagatore dispone il pagamento) sia l’*Acquirer* (ossia il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario che ha convenzionato l’esercente per accettare le carte) siano situati nell’Unione Europea.

Per quanto concerne le maggiori novità introdotte dal Regolamento MIF, esse possono essere raggruppate in tre specifiche aree di intervento, ossia *nuovi modelli, trasparenza e tutela della clientela*. Più dettagliatamente, il dispositivo prevede in primo luogo l’applicazione di un tetto (il c.d. “*Cap*”) alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta di credito e debito.

In via preliminare si ritiene opportuno precisare quanto segue. Con l’espressione “*operazioni di pagamento basate su carta*” **si intende** “*qualsiasi servizio basato sull’infrastruttura e le regole commerciali di uno schema di carte di pagamento per effettuare un’operazione di pagamento tramite carta, dispositivi di telecomunicazione, digitali o informatici o software, se il risultato è un’operazione tramite carta di debito o carta di credito. Tra le operazioni di pagamento basate su carta non rientrano le operazioni basate su altri tipi di servizi di pagamento*”.

In tal senso, rientrano nel “*Positive Scope*” del MIF anche quei pagamenti che sono effettuati tramite carte *contact-less*, *Mobile Wallet* e *Mobile Payment* purché avvengano mediante un’operazione di pagamento basata su carta in essi registrata (*Mobile Proximity Payment* e *Mobile Remote Payment*).

Quanto al “*Negative Scope*”, il Regolamento non si applica a quegli strumenti di pagamento facenti parte del regime delle esenzioni

previsto per i cc.dd. “*strumenti a spendibilità limitata*” (si pensi alle carte emesse esclusivamente per le spese in un supermercato, alle carte aziendali o alle cc.dd. “*social card*” destinate alle famiglie per l’acquisto di beni di prima necessità), ai prelievi di contante presso gli sportelli gli ATM e, infine, alle transazioni basate su carte appartenenti a schemi “a tre parti”, ossia operazioni di pagamento rispetto alle quali le funzioni di *Acquirer* e *Issuer* ricadono in capo al medesimo soggetto.

Il Regolamento MIF interviene poi sul tema della trasparenza, introducendo una serie di divieti, come quello di imporre al cliente la scelta dello strumento di pagamento preferito per l’esercente e il divieto per gli *Acquirer* di offrire convenzionamenti all’esercente in modalità “*blending*” (ossia tariffe uniformi o “*a pacchetto*” che non tengono conto del tipo di carta utilizzata come, a titolo semplificativo, quelle applicate in un’offerta di *Mobile POS*).

Infine, si impone un obbligo di chiarezza informativa per il beneficiario, ossia nuove regole che impongono all’*Acquirer* di informare l’esercente, dopo l’esecuzione del pagamento, degli eventuali costi sostenuti.

Con riguardo al divieto di imporre al cliente la scelta dello strumento di pagamento preferito per l’esercente, in vigore dall’8 giugno 2015, il legislatore europeo si preoccupa di chiarire che anche laddove l’esercente orientasse la scelta dell’acquirente verso un determinato strumento di pagamento, esso non è abilitato ad applicare alcuna sovrattassa (c.d. “*surcharging*”) a carico del cliente ma soltanto le commissioni di cui al Regolamento MIF.

Quanto al secondo divieto, ossia il divieto per gli *Acquirer* di offrire convenzionamenti all’esercente in modalità “*blending*” – in vigore dal 9 giugno 2016 – si impone l’applicazione di tariffe differenziate in relazione alla distinta tipologia di carta utilizzata per l’operazione di pagamento, salvo il caso in cui la tariffa “a pacchetto” non sia richiesta espressamente e per iscritto all’*Acquirer*.

Da ultimo, con riguardo alla tutela informativa del cliente, sono previste nuove regole – tutte in vigore dal 9 giugno 2016 – come quelle

Si impone
l’applicazione di
tariffe differenziate
in relazione alla
distinta tipologia
di carta utilizzata
per l’operazione di
pagamento

per il *co-badging*, che si sostanzia nella facoltà in capo a chi emette lo strumento di pagamento di ospitare più applicazioni di pagamento e nella scelta di una delle suddette applicazioni; ma anche quelle che riguardano l'accettazione di tutte le carte di uno schema (cc.dd. "*Honour All Cards rules*"). Si impone, pertanto, al soggetto che convenziona l' esercente di separare i costi riguardanti le commissioni da quelli relativi ai marchi presenti sulle carte e alle distinte varietà di carte esistenti, consentendo all' esercente una libertà di scelta in ordine al marchio e al tipo di carta di pagamento (siano esse carte di credito, carte di debito, carte prepagate) a condizione che, a parità di *cap*, non vi sia discriminazione.

Il MIF prevede, altresì, delle misure di estensione del mercato, attraverso l'eliminazione del blocco che conteneva il numero dei marchi indicati sulle carte, e agisce stabilendo una separazione giuridica, organizzativa e procedurale tra gli emittenti le carte di pagamento e coloro che si occupano della gestione delle operazioni stesse.

Dal quadro sinora delineato emerge che l'intento del legislatore europeo, attraverso la previsione del *Payment Legislative Package*, sia stato proprio quello di ampliare lo spazio competitivo (il c.d. "*level playing field*") in modo tale da incentivare la nascita di nuovi strumenti di pagamento elettronici, di *nuovi competitor e business model* – in linea con la rivoluzione dell'informatica e la *web economy* – e favorendo, altresì, una dinamica competitiva che si auspica possa comportare un miglioramento dell'offerta, sotto il profilo qualitativo, anche attraverso l'impulso di una maggiore concorrenza sul mercato.

Mobile Payment nel settore bancario italiano

La *Digital Banking* costituisce al giorno d'oggi una delle più significative e radicali riforme che stanno travolgendo il settore bancario. Difformemente da come si potrebbe pensare, la banca digitale non raffigura solamente un canale di distribuzione innovativo ma rappresenta un modello organizzativo in cui sono mutate le modalità di contatto con la clientela.

Al fine di una maggiore comprensione del passaggio a tale tipo di modello risulta ragionevole soffermarci sull'analisi del contesto di riferimento nel cui ambito la *Digital Banking* si sta sviluppando.

In Italia, i dati sulla diffusione di *Internet*, dei *social network*, dei servizi in mobilità e dei pagamenti via *Mobile Internet Device* (MID) rappresentano uno scenario in costante crescita e evoluzione. Nel 2016:

- più di 39 milioni di italiani hanno fatto ricorso al *web*, ovvero il 66% della popolazione italiana (un dato in crescita del 4% nell'ultimo anno);

- il 70% degli individui di età adulta è dotato di un telefono cellulare di ultima generazione, che viene usato quotidianamente in media due ore al giorno per navigare in *Internet*;

- il 25% degli italiani ha effettuato operazioni di pagamento mediante l'uso di sistemi di *mobile banking*.

In particolare, nell'ambito del Mobile Banking è possibile distinguere tra:

- i) ***Mobile Accounting***, ossia l'insieme delle operazioni di amministrazione e di gestione del proprio conto che possono essere realizzate attraverso l'utilizzo del *device mobile* (si pensi, ad esempio, alle ricariche di carte telefoniche, alla sottoscrizione di polizze assicurative, oppure alla richiesta di blocco degli assegni);

- ii) ***Mobile Brokerage***, si intende il complesso delle operazioni di acquisto e/o di vendita di prodotti finanziari, quali azioni, derivati e così via;

- iii) ***Mobile Financial Information***, vale a dire informazioni riguardanti l'utente e la posizione che lo stesso ricopre nei confronti della medesima banca (si pensi alle interrogazioni sulla disponibilità del saldo sul conto, sui movimenti effettuati entro un determinato periodo temporale, gli estratti conto, informazioni sui prezzi del mercato azionario, etc.).

Sebbene dai dati emersi risulti che la banca tradizionale rimane un punto di riferimento significativo per la popolazione italiana, si rileva, altresì, che il *Digital Banking* si sta affermando velocemente guadagnando rilevanti quote di mercato. Si tratta di cambiamenti che avvengono ormai con una velocità e con una portata tale da provocare rilevanti opportunità per lo sviluppo del Paese e per l'innovazione.

Diversamente da quanto emerso dai dati raccolti nel 2015, ai fini dell'acquisto e della gestione dei prodotti e/o servizi finanziari si predilige l'uso da parte dei giovani compresi tra i 18 e i 35 anni dell'MID

(+ 9 p.p.) e dell'ATM (+ 4 p.p.) rispetto ai servizi di *home-banking* (– 6 p.p.) di cui gli utenti principali sono gli over 55.

La filiale continua, invece, ad attirare la fiducia di molti italiani e ad avere un ruolo decisivo ai fini della gestione del proprio conto (42%), per la stipula di un mutuo (41%), per il versamento di contanti e assegni (38%) e per fini di consulenza su determinati prodotti e/o servizi particolarmente complessi (37%).

Quanto alle ragioni che influenzano la decisione dell'utente dei servizi bancari di fruire del *mobile banking*, queste possono essere rinvenute nell'offerta di vantaggi a livello di costi e di facilità e semplificazione nei prodotti e nell'uso degli innovativi canali mobili. L'inclinazione verso l'uso dell'*m-payment* è alta sia per la clientela della banca tradizionale che di quella via *Internet*, soprattutto per quanto concerne le richieste di informazioni e per il controllo costante dello stato di avanzamento delle operazioni che vengono svolte attraverso servizi personalizzati ed elaborati idonee a fronte alle specifiche esigenze di ogni singolo cliente.

Lo **smartphone** costituisce, difatti, per il cliente bancario uno strumento completo, che si caratterizza per la grande velocità, la contestualità e la personalizzazione, nel senso che si tratta di un *device* che permette all'utente, indipendentemente dalla fascia di ricchezza, di fruire di servizi in pochi secondi e a tempo reale (54%) e in ogni luogo (51%) attraverso la scelta personale di **App** che si ritengono maggiormente corrispondenti al soddisfacimento delle proprie necessità.

Più specificamente:

- il 64% dei clienti attivi su canali *mobile* ha fruito del servizio da *smartphone* (2,9 milioni);
- il 27,5% dal *Mobile Internet Device* (1,2 milioni);
- mentre il restante 8,5% dal *tablet* (460 mila).

Si è, altresì, evidenziato che nel 2016 il 29% degli utenti *home banking* attraverso *personal computer* ha usato anche lo *smartphone* per accedere ai servizi bancari, con una crescita del 22% rispetto all'anno precedente.

Da qualche anno, il settore bancario ha iniziato ad adattarsi all'universo *mobile* attraverso la creazione di piattaforme digitali e di

Applicazioni personalizzate avanzate. Dallo studio è emerso che tutti gli istituti tradizionali di credito offrono sul mercato applicazioni per i due sistemi operativi più impiegati (iOS e Android), mentre il 64% ricorre anche a Windows. Oltre alla tradizionale applicazione scaricabile con molta semplicità su *smartphone* e *tablet*:

- il 68% delle banche ha introdotto Applicazioni specifiche per la compravendita di strumenti finanziari;

- il 45% un'App che permette di svolgere o accettare transazioni elettroniche con carte di pagamento mettendo in collegamento il *device mobile* al Pos;

- il 41% offre un'App *ad hoc* riguardante la prestazione di servizi di pagamenti *Person to Person* (P2P).

- sono state progettate anche Applicazioni per i servizi di assistenza ai clienti (33%), per il *Mobile Wallet* (27%) e per la comunicazione (14%).

In tale logica, investono un ruolo fondamentale nell'evoluzione dell'utente di servizi bancari e finanziari in un vero e proprio *digital customer* le campagne pubblicitarie promozionali tramite *social media* (39%), TV (38%), giornali (19%), radio (10%) e *web* (10%).

Anche i **social network** stanno rivoluzionando un settore tanto riservato come il settore bancario, il quale è ormai consapevole della centralità ricoperta dai *social* all'interno della dinamica di cambiamento dei modelli organizzativi di *business* stimolando un *marketing* diretto e in tempo reale, e che sia idoneo a una risposta veloce alle richieste dei clienti: l'80% degli istituti bancari sono attivi sui canali *social*, di cui il 100% sono banche grandi – che prediligono *LinkedIn* (95%) insieme a *Twitter*, *Facebook*, *YouTube* (90%) – e il 71% banche piccole, caratterizzato, invece, dalle seguenti preferenze *Facebook* (88%), *YouTube* (75%), *Twitter* (50%) e *LinkedIn* (47%).

Quanto alle banche che non fruiscono dei *social*, le ragioni della predetta decisione possono essere rinvenute:

- nel 46% dei casi, nelle insidie legate alla valutazione dei rischi derivanti dall'uso di questi strumenti;

- nel 38% nella carenza di professionalità specifiche;

- nel 15% nella complessa valutazione del grado di utilità in termini di ritorno economico;

– e, infine, 8%, a causa della mancanza di risorse finanziarie tali da poter consentire l'attivazione dei *social media policy*.

Il pagamento tramite *mobile* consente, dunque, di disincentivare l'uso degli apporti cartacei e del danaro contante, incoraggiando la “*guerra al contante*” e indirizzando la scelta gli individui verso operazioni mediante l'uso di strumenti di pagamento digitali anche per l'acquisto di beni e/o servizi di ridotto importo estendendo, conseguentemente, il ricorso agli *e-payment* anche in altre realtà quali edicole, bar o parcheggi, con benefici anche in altri mercati.

In tale contesto, si tiene opportuno precisare che, attualmente, il settore bancario italiano sta vivendo un periodo di instabilità a causa di distinti fattori tra i quali predomina la necessità di una revisione dell'apparato dei sistemi di pagamento elettronico in virtù delle trasformazioni che hanno caratterizzato lo scenario europeo e, conseguentemente, il quadro regolatorio nazionale in materia di *e-payment* con l'avvento della PSD2 e del Regolamento MIF.

A rendere l'assetto più complicato, vi è l'estensione della concorrenza sul mercato a causa dell'offerta di servizi bancari da parte di nuovi competitors, operanti normalmente anche in settori non bancari, come il fenomeno *Fintech* che sta rivoluzionando i modelli di *business* tradizionali per il suo carattere innovativo e economico. Si pensi, ad esempio, all'offerta di finanziamenti personali da parte di *PayPal*; ad *Amazon* che offre servizi di pagamento; alla nascita di *MyBank*, ossia la nuova banca con *Alibaba*; a *Uber* e ai suoi servizi di *car finance*.

Gli istituti di credito tradizionali non saranno in grado di competere facilmente con le evolute piattaforme delle nuove imprese che avranno certamente un maggiore vantaggio competitivo che investono in media il 10/20% dei loro utili nelle nuove tecnologie a differenza del più basso investimento dell'1/2% delle banche di prima generazione.

Di fronte a detti dati, le banche tradizionali non devono rimanere inerti ma porre in essere strategie idonee a conciliarsi con le innovazioni tecnologie ormai dominanti. Com'è stato osservato dall'attuale Governatore della Banca di Italia Ignazio Visco, tra le sfide che le banche italiane sono costrette ad affrontare, specialmente quelle che si trovano oggi in difficoltà, vi è quella dello sfruttamento

delle opportunità offerte dalla rivoluzione tecnologica-digitale, e ciò in ragione del fatto che la valorizzazione del contributo offerto dai progressi tecnologici consentirà di accrescere l'efficienza dei servizi bancari.

Si rende opportuno rimarcare un ulteriore dato rilevante, mentre in Europa la media degli individui che fruiscono del *Mobile Banking* è pari al 47% – con la conseguenza un europeo su due ricorre ai servizi *Mobile Accounting*, *Mobile Brokerage* e *Mobile Financial Information* – non è così in Italia (39%), che si pone in un significativo ritardo di digitalizzazione rispetto alla media europea, e ciò in ragione di divari sociali, territoriali e generazionali ancora non superati ma soprattutto a causa della mancanza di competenze utili a sfruttare al meglio le innovazioni del progresso tecnologico. Difatti, dai dati riportati dalla Commissione Europea, nel 2016 l'Italia si è posizionata al venticinquesimo posto su ventotto nella classifica europea dell'indice di digitalizzazione dell'economia e della società a causa del basso livello di istruzione digitale della popolazione. Mentre I Paesi che ricorrono maggiormente al *Mobile Banking* sono l'Olanda (63%), il Regno Unito (55%), Lussemburgo (52%), Spagna (51%) e Austria (50%).

Da qui la necessità di un processo di digitalizzazione del sistema bancario tradizionale in una prospettiva di maggiore apertura e flessibilità verso le *new technologies*, che sia in linea con il *trend* evolutivo in atto in Europa e nel mondo, con modelli strategici di comunicazione di nuova ideazione che siano più attrattivi per i consumatori sotto il profilo della trasparenza, economicità, semplicità nell'utilizzo e, soprattutto, sicurezza dei dati.

Da rilevare, altresì, che la variazione dei modelli di business è ormai incentivata dalle evoluzioni che hanno coinvolto il quadro regolamentare di riferimento, specialmente dalla *Payment Service Directive 2* (PSD2) e dal *Regolamento MIF* che rappresentano la risposta, attesa da tempo, delle Istituzioni europee all'esigenza di una regolazione certa, adeguata ed efficiente del settore dei pagamenti elettronici mediante la previsione di una serie di innovazioni in termini di definizione di nuovi prestatori servizi di pagamento (TPP) e di nuove deroghe, di trasparenza e correttezza informativa, di rafforzamento della tutela degli utenti dei servizi bancari.

Conclusioni

Venendo quindi alle conclusioni dell'analisi svolta nel corso del presente elaborato, si può evidenziare che il *web*, e in particolar modo il *mobile*, si sta progressivamente configurando come un canale fondamentale nelle modalità di comunicazione e di relazione con la clientela attuale e potenziale.

Il dispositivo *smart*, da bene di lusso si è ormai trasformato in un bene di massa indispensabile nella vita quotidiana al pari di altri prodotti quali abbigliamento, automobili e ciò in ragione delle caratteristiche peculiari e, in particolare, della multifunzionalità che lo connota. Lo *smartphone* costituisce, difatti, per il cliente uno strumento completo, che si caratterizza per la grande velocità, la contestualità e la personalizzazione, nel senso che si tratta di un *device* che permette all'utente, indipendentemente dalla fascia di ricchezza, di fruire di servizi in pochi secondi e a tempo reale e in ogni luogo attraverso la scelta personale di *App* che si ritengono maggiormente corrispondenti al soddisfacimento delle proprie necessità.

L'innovazione tecnologica, che ha condotto allo sviluppo di nuovi strumenti di pagamento digitali nel settore del commercio elettronico, ha fatto emergere progressivamente un'esigenza sempre più forte di rinnovo del quadro normativo europeo previgente di riferimento; in particolare, la velocità che ha contraddistinto le transazioni commerciali a livello transfrontaliero e l'aumento dei trasferimenti tramite *e-money* hanno evidenziato come in alcuni casi l'ambito di applicazione della normativa previgente risultava ormai superato rispetto all'evoluzione del mercato. L'intento di assicurare al contempo una maggiore tutela della concorrenza, dell'innovazione e della sicurezza nel sistema dei pagamenti nonché un livello più elevato di protezione dei consumatori all'interno di tutto il territorio dell'Unione Europea, ha rimarcato l'esigenza di adottare un *corpus* di regole, *standard*, di processi di tutela e informazione comuni che siano tra loro omogenei e più vicini a quel progresso sociale rispetto al quale, per molti anni, i singoli ordinamenti non sono riusciti a fronteggiare.

Accanto agli sforzi delle istituzioni, sia nazionali che comunitarie, nella costruzione di sistemi di sicurezza sempre più all'avanguardia,

giocherà un ruolo fondamentale il singolo individuo, il quale sarà tenuto a mostrare una maggiore attenzione e consapevolezza rispetto all'uso che fa del proprio strumento di pagamento digitale.

Difatti, la sfida più interessante riguarderà senza alcun dubbio gli utilizzatori degli strumenti di pagamento, i quali dovranno essere educati all'utilizzo delle nuove forme di pagamento mediante una comunicazione a titolo gratuito che sia chiara, efficace e idonea ad evidenziare i benefici derivanti dall'uso degli *e-payments* nell'ambito delle transazioni commerciali e nei rapporti con banche e Pubbliche Amministrazioni.

I dati sinora evidenziati nel corso dell'elaborato sembrano preannunciare, però, scenari positivi a livello europeo, con la possibilità di creare un mercato unico dei pagamenti digitali con una popolazione interconnessa e in grado di realizzare operazioni complesse tramite Internet e strumenti di mobilità all'avanguardia.

Nota

1. La Doctora Martina Cavaliere ha conseguito un Máster en “*Derecho de la Competencia y de la Innovación*” en la Universidad LUISS Guido Carli de Roma; ha terminado uno *stage* en la Banca d'Italia en el Arbitro Bancario e Finanziario (ABF). Actualmente colabora con el Professor Sabino Fortunato – Catedrático de Derecho Mercantil y Societario, Derecho Concursal y de la crisis de empresa, Derecho Contable – en la Universidad Roma Tre; y está acabando la practica legal en la Abogacía General del Estado, en Roma.

Referências

- AMALFITANO C., *La proposta di regolamento della Commissione sulle Multilateral Interchange Fees: si tratta davvero di strumento a tutela della concorrenza e dei consumatori?*, in Eurojus.it rivista, NASCIMBENE B., Milano, 2014.
- ARANGUENA G., JEGERSON D., *I pagamenti elettronici. Dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, goWare, 2016.
- ARPAIA C.M., FERRO P., GIUZIO W., IVALDI G., MONACELLI D., *L'e-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, in Questioni di Economia e Finanza, n. 309, Banca d'Italia, 2016.
- ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Innovazione nei sistemi di pagamento*, 2008.
- ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *I sistemi di pagamento nella realtà italiana*, 2016.
- ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *L'Agenda Digitale per il Settore Bancario Italiano*, 2012.

- ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Position Paper in risposta alla procedura di consultazione della Banca d'Italia sul "Recepimento in Italia degli Orientamenti dell'ABE in materia di sicurezza dei pagamenti tramite canale internet"*, 2015.
- ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, con la collaborazione di KPMG ADVISORY, *Banche e Social Media*, 2016.
- AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in occasione del V Convegno Antitrust di Trento, *Gli interventi dell'Autorità nei sistemi di pagamento*, 2015.
- BAGELLA M., *Note sull'evoluzione della moneta nell'economia contemporanea*, in *Analisi giuridica dell'economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2015.
- BANCA D'ITALIA, con la collaborazione del COMITATO PAGAMENTI ITALIA, *Le imprese e la SEPA. Completare la migrazione entro il 1° febbraio 2016*, 2015.
- BANCA D'ITALIA, *Il recepimento della direttiva sui servizi di pagamento*, 2009.
- BANCA D'ITALIA, *La Sepa e i suoi riflessi sul sistema dei pagamenti italiano*, 2013.
- BANCA D'ITALIA, *L'evoluzione della normativa europea sui pagamenti e le potenzialità di sviluppo di nuovi prodotti*, 2008.
- BANCA D'ITALIA, *Norme EBA in tema di sicurezza dei pagamenti*, 2017.
- BONAIUTI G., *Le nuove forme di pagamento: una sintesi degli aspetti economici*, in *Analisi giuridica dell'economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2015.
- CAPOTI D., COLACCHI M., MAGGIONI M., *Bitcoin revolution: la moneta digitale alla conquista del mondo*, Milano, Hoepli, 2015.
- COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURE, WORLD BANK, *Payment Aspects of Financial Inclusion*, 2016.
- DI MAJO A., *L'attuazione della direttiva sui servizi di pagamento*, in *Associazione Bancaria Italiana, La direttiva PSD: le nuove regole per le banche italiane: servizi di pagamento, controlli, trasparenza*, Roma, Bancaria Editrice, 2011.
- EUROPEAN CENTRAL BANK, *E-Payment in Europe. The eurosistem's perspective*, 2002.
- EUROPEAN CENTRAL BANK, *Card Payments in Europe. A renewed focus on Sepa for cards*, 2014.
- EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *White Paper. Mobile Payments*, 2017.
- EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Orientamenti finali sulla sicurezza dei pagamenti via Internet*, 2014.
- FALCE V., *Dal self regulation al payment package. Storia delle commissioni interbancarie*, in *Analisi giuridica dell'economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2015.
- FALCE V., *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza (primi appunti ricostruttivi)*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, n. 5, Milano, Giuffrè, 2008.
- FALCE V., *The Multilateral Interchange System "Dolorosa Historia"*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, n. 2, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016.
- FERRARI R., *L'era del Fintech: La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, FrancoAngeli Edizioni, 2016.

- FERRARI A., GUALANDRI E., LANDI A., VENTURELLI V., VEZZANI P., *Strumenti e prodotti finanziari: bisogni di investimento, finanziamento, pagamento e gestione dei rischi*, II Edizione, Torino, Giappichelli, 2017.
- GARAVAGLIA R., *Mobile Payment e dintorni*, in Consumatori, Diritti e Mercato, n. 1, Milano, Altroconsumo, 2012.
- GARAVAGLIA R., *Pagamenti digitali. Come cambierà PagoPA con l'accesso Spid, secondo il nuovo CAD*, in FPA Digital, Milano, 2016.
- GIMIGLIANO G., *Bitcoin and Mobile Payments. Constructing a European Union Framework*, London, Palgrave Macmillian, 2016.
- GIMIGLIANO G., NAVA G., *L'inquadramento giuridico dei m-payment: profili ricostruttivi e distonie regolamentari*, in FALCE V., OLIVIERI G., *Smart cities e diritto dell'innovazione*, Milano, Giuffrè, 2016.
- GIUSSANI C., *Verso una maggiore integrazione del mercato dei pagamenti al dettaglio: raggiunto il compromesso sul testo della proposta di direttiva sui pagamenti elettronici (c.d. PSD 2)*, in Eurojus.it rivista, NASCIMBENE B., Milano, 2015.
- GRANIERI M., *Le liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*, in MANCINI M., PERASSI M., *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, Roma, 2008.
- GUERRIERI G., *La moneta elettronica: profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Bologna, Il Mulino, 2015.
- ISTAT, *Cittadini, Imprese e ICT*, 2016.
- KPMG ADVISORY, *Digital Banking. Le sfide per il sistema bancario tra esigenze dei consumatori, rivoluzione digitale e nuovi competitor*, 2017.
- LIBERTINI M., *Concorrenza e servizi di pagamento*, in Associazione Bancaria Italiana, *La direttiva PSD: le nuove regole per le banche italiane: servizi di pagamento, controlli, trasparenza*, Roma, Bancaria Editrice, 2011.
- MANCINI M., *Il nuovo assetto dei controlli richiesto dalla PSD*, in Associazione Bancaria Italiana, *La direttiva PSD: le nuove regole per le banche italiane: servizi di pagamento, controlli, trasparenza*, Roma, Bancaria Editrice, 2011.
- MANCINI M., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI A., TROIANO O., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento: commentario al D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, in *Le nuove Leggi del diritto dell'economia*, collana diretta a cura di SANDULLI M., SANTORO V., Torino, Giappichelli, 2011.
- MONETI S., *Mobile payments: gli sviluppi del mercato e l'inquadramento normativo*, in *Analisi giuridica dell'economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2015.
- MORERA U., OLIVIERI G., SCIARRONE ALIBRANDI A., *La moneta ai tempi di Internet. Dove si tufferà zio Paperone?*, in *Analisi giuridica dell'economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2015.
- NICOLETTI B., *Mobile Banking: Evolution or Revolution?* London, Palgrave Macmillian, 2014.

- NICOLETTI B., NICOLETTI G., *Mobile Payment: sfide e opportunità*, in *Informatica & Documentazione*, n. 1 e 2, Roma, Inforav, 2013.
- NIEVES PACHECO JIMENEZ M., *Payment services evolution: from the European Directive of 2007 to the Digital Single Market and the European Directive of 2015*, in *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, n. 5, Association of European Consumer Law/Gesellschaft für Europäisches Verbraucherrecht, Verlag Österreich, 2016.
- OSSERVATORIO MOBILE PAYMENT & COMMERCE, School of Management del Politecnico di Milano, *Il Mobile Payment & Commerce alla conquista del mondo*, 2017.
- PACILEO P., *Contratti on line e pagamenti elettronici: diritto interno, normativa comunitaria e modelli comparati*, Torino, Giappichelli, 2010.
- PASSACANTANDO F., *Mapping Cards. Il mercato delle carte: concorrenza e sicurezza*, in Banca d'Italia, 2010.
- PIACENTINI B., *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3, Milano, Giuffrè, 2014.
- PIMPINELLA M. M., CARRAFIELLO G., *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti. PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, MFC Editore, 2016.
- PINI F., *Servizi di prossimità: NFC, MIFARE, Bluetooth Low Power*, in DI AMATO A., *MC Rivista Diritto ed Economia dei Mezzi di Comunicazione*, n. 2, Napoli, CCE, 2013.
- PRANDINI P., *Il commercio elettronico e i servizi della società dell'informazione*, in *ICT e diritto nella società dell'informazione*, a cura di MEGALE M., ed. 2, Torino, Giappichelli, 2016.
- RAJOLA F., FRIGERIO C., *Servizi in mobilità e pagamenti via mobile: caratteristiche e linee di sviluppo nel settore finanziario italiano*, in *Analisi giuridica dell'economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2015.
- SANTORO V., *Gli istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA M., SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI A., TROIANO O., *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009.
- TRESOLDI C., *Nuove tecnologie, sistema delle reti e sviluppo economico*, in Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Napoli, 2009.
- TRIPODI E. M., *digital revolution – 5 lezioni per la riqualificazione delle imprese italiane*, Tricase (Le), Youcanprint Self – Publishing, 2016.
- TRIPODI E. M., *E-Commerce. Dal comparative shopping, al cloud computing, all'internet delle cose, agli acquisti e pagamenti tramite smartphone*, Assago (MI), *Quaderni del diritto – Altalex Editore*, 2015.
- VALENTE P., IANNI G., ROCCATAGLIATA F., *Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in Internet nella gestione d'impresa*, Milanofiori-Assago (Mi), Wolters Kluwer, 2015.

O TABAGISMO NA PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL¹

ALTAIR GUERRA DA COSTA²

Magistrado Judicial. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de destacar os impactos negativos atribuídos aos produtos do tabaco sobre a saúde humana, tanto para os consumidores desses produtos quanto para aqueles atingidos de maneira colateral pelo consumo – “fumantes passivos” –, confrontando essa realidade com as respostas apresentadas pelos tribunais de diversos países e as soluções apontadas pela doutrina, mirando, sempre, a justa composição dos litígios acerca desse drama que atingiu, e ainda atinge, milhões de pessoas por todo o mundo.

PARTE I – HISTÓRIA E POSICIONAMENTO DO TEMA

1. Formulação do problema: o tabaco e o tabagismo, sua história e especiais perigos

O tabaco é produzido a partir de uma planta do gênero de solanáceas, cujas folhas, depois de preparadas, servem para fumar, mastigar ou cheirar³.

O tabagismo representa o consumo habitual de tabaco ou o seu consumo abusivo⁴.

Narra a história que em 1492 comandados de Cristóvão Colombo viram indígenas da América do Sul consumindo tabaco e, em 1530, essa planta foi trazida para Portugal, onde a família real passou a cultivá-la com finalidade ornamental e por, supostamente, possuir propriedades medicinais. Em 1560, Jean Nicot, embaixador francês em Portugal, informado de que a planta curava enxaquecas, levou-a para a França, onde a rainha Chaterina de Medicis, que padecia desse mal, adotou o seu uso, difundindo-se, a partir de então, o consumo do tabaco⁵. A Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que o número de fumantes no mundo se aproxima de 1 bilhão de pessoas, o que representa cerca de 15% (quinze por cento) da população mundial⁶.

Não há consenso quanto à exata composição do tabaco, mas fala-se entre 4.500 e 7.000 substâncias tóxicas ou complexos químicos⁷.

Não obstante dotada de poder de criar a dependência e não isenta de riscos, a nicotina não é a principal causa das doenças relacionadas com o tabagismo. Por exemplo, o cancro de pulmão, doença cardiovascular e enfisema são causadas, sobretudo, pelos compostos tóxicos presentes nos produtos derivados do tabaco, porque “são principalmente as toxinas e as substâncias carcinogénicas presentes no fumo do tabaco – e não a nicotina – que causam doença e morte”⁸.

O tabagismo adquire especial relevo para o direito, nomeadamente sob a ótica da responsabilidade civil, a partir do momento em que, a cada ano, se atribui a morte de milhões de pessoas no mundo ao consumo do cigarro⁹. Em Portugal, atribui-se ao tabaco a morte de 11.800 pessoas, das quais 845 “fumadores passivos”, somente no ano de 2010¹⁰.

Não obstante associado, em certa altura, a benefícios para a saúde do usuário – alívio de enxaquecas e estresse – e, ainda, como elemento de promoção social – elegância e *status* –, o certo é que a relação entre o tabaco e o consumidor não é muito amistosa; ao contrário, é uma relação de amor e ódio, marcada pela desconfiança, nomeadamente da parte do usuário quanto à boa-fé do produtor, circunstância que originou, em diversas partes do mundo, a propositura de ações de indenização contra os fabricantes por danos a eles imputados.

Nesse contexto, delimitado o tema e realçada a sua importância social, é pertinente investigar a responsabilidade das indústrias tabagistas na produção de dano tão expressivo, a elas imputado, analisando, por fim, se a resposta apresentada a esse problema ao longo do tempo pela jurisprudência ou mesmo pela doutrina de diversos países pode ser considerada satisfatória. As doutrinas dos sistemas que serão analisados propõem uma *solução justa* para essa questão (o expressivo dano)? Encontraram essas doutrinas a *melhor resposta*? E os tribunais desses diversos países cumpriram a missão de decidir, de maneira justa, as lides envolvendo os danos advindos do consumo de produtos do tabaco ou mesmo de seus efeitos para os denominados “fumadores passivos”?

As respostas a essas perguntas pressupõem uma minuciosa investigação de como os tribunais, mundo afora, lidaram com a questão dos danos à saúde atribuídos ao tabaco, como decidiram as demandas intentadas com o objetivo de alcançar uma reparação. Reclamam, ainda, essas indagações uma incursão nas doutrinas de diversos sistemas jurídicos, com o propósito de apurar a pertinência e a suficiência das soluções propostas. Começemos, então, por voltar a nossa atenção ao *produto*, mais precisamente sobre a sua licitude ou ilicitude.

2. O tabaco: produto lícito ou ilícito?

O resultado das investigações levadas a cabo revela que tanto nos países que adotam o *common law* quanto nos que se guiam pelo sistema jurídico romano-germânico, o cigarro – ou tabaco – é um produto lícito, em que pese as diversas restrições experimentadas ao longo dos anos quanto ao seu uso, comercialização e publicidade.

Em Portugal, a exemplo do que ocorreu na absoluta maioria dos países, surgiram várias restrições legais ao longo do tempo quanto à comercialização (Decreto-Lei 76/2005, de 4 de fevereiro, que proíbe a venda de tabaco para menores de 16 anos de idade), ao seu uso (Decreto-Lei 42.661, de 20 de novembro de 1959, que proíbe fumar em recintos fechados nos quais se realizem espetáculos e outros atos normativos do gênero, nomeadamente a proibição de fumar em veículos de transportes públicos) e à sua publicidade (Decreto-Lei 421/80, de 30 de setembro 1979, que proíbe qualquer tipo de publicidade do tabaco na televisão e rádio), além de outras leis, como o Decreto-Lei 253/90, de 4 de agosto, que altera o Decreto-Lei 393/88, de 8 de novembro, relativo à publicidade negativa e a teores de tabaco, que passa a ser impressa ou aposta de forma clara nas embalagens.

Esse movimento restritivo ao tabaco, em Portugal, teve como seu último capítulo a Lei 109/2015, de 26 de agosto, que atualiza algumas disposições da Lei 37/2007 e promove a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros da UE no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins.

Não há como deixar de realçar que em Portugal, como de resto em todos os Estados-membros da União Europeia, a disciplina em torno do tabaco e seus produtos sofreu grande influência das políticas antitabágicas europeias, regulamentadas por diretivas, resoluções ou recomendações do Parlamento Europeu ou do Conselho, como detalhado de maneira sistemática por Mário Frota¹¹.

Merece menção a medida adotada pelo Uruguai, determinando que a advertência sobre os malefícios do cigarro à saúde humana deve ocupar 80% da embalagem do produto (Decreto 287/2009, de 15 de junho), sendo essa medida impugnada por uma indústria tabagista na reclamação perante o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos – CIADI (caso ARB/10/7, envolvendo a Philip Morris vs. Uruguay), julgada improcedente, atribuindo os árbitros o direito de o Estado adotar políticas públicas para proteger

A relação entre o tabaco e o consumidor não é muito amistosa; ao contrário, é uma relação de amor e ódio

o direito à saúde pública, ainda que aparentemente prejudiciais aos produtores, com grande impacto mundial.

Não obstante a existência de controvérsia acerca de ser o cigarro um produto defeituoso ou de periculosidade inerente, como será objeto de análise logo adiante, reina um consenso de tratar-se de *produto lícito*, na medida em que não há proibição legal de consumo e em que recebe disciplina específica nos ordenamentos jurídicos quanto ao modo do uso, notadamente em relação à restrição ao local para o consumo, comercialização e a sua publicidade [essa, a publicidade, tratada até no plano constitucional, como ocorre no Brasil (§ 4º do art. 220)] de modo que não há lugar para, de maneira plausível, colocar em causa a licitude dos produtos do tabaco.

3. Da imputação de danos às tabaqueiras: a história do tabaco perante os tribunais

Nesta altura, é relevante percorrer a história do tabaco, ou melhor, das demandas intentadas em razão de danos à saúde humana atribuídos ao consumo de produtos do tabaco.

O professor doutor Dário Moura Vicente, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, elaborou exaustivo estudo do direito comparado sobre a tratativa da responsabilidade imputada às tabaqueiras nos países que adotam o *common law* e os do sistema romano-germânico, intitulado de “Entre autonomia e responsabilidade: da imputação de danos às tabaqueiras no direito comparado”¹². Esse estudo, o mais abrangente e completo sobre o tabagismo até então produzido, nomeadamente no aspecto da resposta dos tribunais de inúmeras nações às demandas intentadas nos últimos 50 anos, serviu como um farol, um guia para elaboração deste trabalho, não obstante a agregação de outros elementos conducentes à obtenção de uma conclusão válida.

Por razões de sistematização, abordaremos essas demandas e as respectivas respostas judiciais de acordo com o fundamento da imputação, iniciando-se com a discussão de ser o tabaco um produto defeituoso ou perigoso.

3.1 O tabaco: um produto defeituoso ou perigoso?

O tabaco, não raramente, é apontado como um produto defeituoso em razão dos riscos excepcionais ou inesperados que representa, constituindo esse fato (o *defeito*) um dos fundamentos de muitas ações intentadas em diversos países, em especial nos Estados Unidos; e, se admitido que as tabaqueiras colocam em circulação produtos defeituosos, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva, que dispensa o consumidor de provar a culpa do fabricante.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência, considerando as características intrinsecamente tóxicas do tabaco, conhecidas do consumidor comum, não atribuiu ao tabaco sequer a condição de excessivamente perigoso, não se cogitando, portanto, de defeito do produto. Na União Europeia, a Diretiva 85/374/CEE, do Parlamento e do Conselho, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, prevê a imputabilidade ao fabricante, independentemente de culpa sua, dos danos causados por produtos que haja colocado em circulação (art. 1º). Essa norma, transposta para o direito jurídico interno dos Estados-membros, só é aplicável quando os produtos carreguem, em si, um *defeito*, vale dizer, quando o produto “não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias” (art. 6º, n. 1).

Em Portugal, essa norma ingressou no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto-Lei 383/89, o qual, em seu art. 4º, preceitua: “um *produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar*, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação” (destaquei).

A doutrina portuguesa orienta-se pelo critério da *segurança do produto legitimamente esperada* pelo consumidor para determinar a existência ou não do defeito, inclusive quanto aos produtos do tabaco¹³.

Na Alemanha, doutrina e jurisprudência adotam, majoritariamente, idêntico entendimento, na medida em que os riscos que representam o tabaco são do conhecimento geral e, por isso, integram as expectativas de segurança do público.

Em França, domina o entendimento de que os artigos 1386º-1 a 1386º, originários da Diretiva 85/374/CEE, são inaplicáveis ao tabaco, por não o considerar um produto defeituoso; de igual modo, essa é a convicção nos Países-Baixos.

No Brasil, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, o tabaco ocupa papel de protagonismo no debate sobre a responsabilidade civil, porque recorrentes as ações intentadas contra as tabaqueiras imputando-lhes danos à saúde e à vida dos consumidores. A teoria do risco do empreendimento ou da atividade empresarial, inspirada no princípio da reparação integral, imputa ao fornecedor a responsabilidade por eventuais vícios ou defeitos dos bens ou serviços fornecidos¹⁴.

Eventualmente, o produto pode conter um defeito, que é representado por um vício grave que compromete a sua segurança e causa dano ao consumidor. Na doutrina brasileira, prevalece a visão que relaciona o defeito à segurança do produto ou serviço¹⁵, mas essa segurança não pode ser aferida a partir da capacidade intrínseca do produto; deve ser considerada sob a ótica da desconformidade com uma razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou serviço¹⁶.

A doutrina portuguesa alerta para a imprecisão do conceito de segurança do produto, que apresenta uma noção bastante vaga, mas considera como principal elemento na determinação de defeito a segurança do produto que o consumidor pode *legitimamente* esperar¹⁷.

Parece haver um alinhamento de entendimento no sentido de, majoritariamente, afastar dos produtos do tabaco o rótulo de produtos defeituosos, sob o fundamento de que esses produtos não descumprem a legítima expectativa do consumidor. Mas maioria não significa unanimidade, como, de resto, dificilmente algum tema no direito o é.

Na doutrina brasileira, há quem atribua ao cigarro a condição de produto defeituoso ou, quando não, considera que ele não atende às legítimas expectativas de segurança esperadas pelo consumidor, ao argumento de tratar-se de conceito jurídico indeterminado, aberto ou abstrato, defendendo a sua consideração como produto defeituoso em razão da sua concepção, na medida em que não oferece possibilidade de uso seguro¹⁸.

Lúcio Delfino, na sua tese de doutorado, também combate o argumento de que o cigarro é um produto de periculosidade inerente, por considerar que os riscos advindos do produto não podem ser considerados normais e que nenhum consumidor tem como expectativa os efeitos deletérios do uso¹⁹. Flávio Tartuce acompanha esse entendimento e propõe a aplicação da teoria do risco concorrente²⁰.

OSTJ (Superior Tribunal de Justiça), órgão jurisdicional brasileiro incumbido de interpretar o direito federal infraconstitucional, ao analisar o art. 12 do CDC (Código de Defesa do Consumidor), já proclamou que *“o defeito a que alude o dispositivo consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço. Assim, o defeito previsto no artigo não pode dizer respeito a uma capacidade própria do produto de gerar danos, presente em todas as unidades, mas a algo que escapa do razoável, discrepante do padrão de outros produtos congêneres ou de outros exemplares do mesmo produto”*, (trecho do voto relator) e, na ementa do julgamento, assentou que *“o cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço”* (REsp 1113804/RS – Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – DJe de 24/06/2010).

O cigarro
é produto com
periculosidade
inerente, o que
o não o torna
defeituoso

É evidente, portanto, que na ampla literatura jurídica brasileira a respeito do tema prevalece, com larga maioria, o entendimento de que o cigarro é produto com periculosidade inerente, o que o não o torna defeituoso²¹. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência dos diversos países que adotam o *common law* ou o sistema romano-germânico.

É conveniente registrar que a periculosidade deriva da possibilidade de aquisição do hábito do consumo do tabaco por período prolongado, nomeadamente por dependência à nicotina, mas essa substância, em si, não representa risco à saúde ou à integridade física.²² O hábito do consumo de tabaco – ou tabagismo – é, portanto, o fator de risco, porque os danos à saúde são provocados de maneira sucessiva e cumulativa, não se consumando de maneira instantânea ou num só ato de consumo.

Nesse quadro, é legítimo concluir que os produtos do tabaco não são defeituosos, mas dotados de uma periculosidade inerente, perigo esse que derivada da própria natureza dos produtos ou, noutras palavras, de suas características intrínsecas.

3.2 Do incumprimento ou inadimplemento de obrigações contratuais

Em várias ações dirigidas contra as tabaqueiras, os demandantes utilizaram, como fundamento de imputação, o descumprimento de garantias. O produtor, por via de regra, oferece ao consumidor garantias *expressas e implícitas* dos produtos que coloca no mercado de consumo.

E é exatamente o descumprimento ou incumprimento dessas garantias que constituiu o primeiro fundamento ou a primeira causa de pedir das ações de indenização ajuizadas contra as tabaqueiras nos Estados Unidos, a pretexto de que alguns fabricantes de tabaco haviam garantido, por meio de publicidade (veiculada numa altura em que não era obrigatória qualquer advertência), a qualidade do produto e sua inocuidade para a saúde humana, porque não seria tóxico.

Numa sentença de 26 de julho de 1965, a justiça norte-americana proclamou que responsabilização com base em garantia expressa pressupõe a prova de que o consumidor confiou razoavelmente na promessa do fornecedor (confiança considerada como requisito da garantia), sendo a pretensão julgada improcedente por falta dessa prova, o que aconteceu, igualmente, com as ações amparadas na garantia implícita, que tiveram o mesmo destino.

Em França, a responsabilidade do fabricante de produtos de tabaco perante os consumidores é contratual quando há um vínculo de contrato, em cadeia, que una o produtor ao consumidor; no entanto, em relação aos produtos do tabaco não existe a *obrigação de segurança*

(normalmente atribuída ao fabricante e ao vendedor), porquanto essa obrigação é reconhecida apenas quando patente um vício ou defeito de fabrico na coisa vendida, na medida em que são produtos perigosos por natureza e não produtos defeituosos.

Não se pode, de fato, ignorar a incompatibilidade de garantias explícitas ou implícitas de segurança com os produtos do tabaco, porque são perigosos por natureza e o que é perigoso carrega em si o potencial risco à segurança.

3.3 Da publicidade enganosa (induzimento do consumidor em erro) e da violação do dever de informação

Nesse particular aspecto – a responsabilidade por publicidade enganosa – a luta entre indústrias tabaqueiras e consumidores (ou seus familiares) é histórica. Não raro, avultam acusações de que as indústrias que produzem produtos considerados defeituosos ou com periculosidade inerente se utilizam de expedientes escusos para viciar a vontade do consumidor, incutindo nele a crença de que os seus produtos são inócuos à saúde humana, induzindo-o em erro, quase que caracterizando uma causalidade psicológica.

Merece menção um fato paradigmático, que envolve produto considerado de periculosidade inerente. Recentemente, a Coca-Cola francesa foi acusada de, entre 2010 e 2015, pagar 7 milhões de euros a pesquisadores médicos, nutricionistas e dentistas para deles obter pareceres contendo a informação de que o refrigerante *diet* é benéfico à saúde humana, quando, na verdade, de acordo com vários estudos, esse tipo de produto contribui para o aumento alarmante das taxas de excesso de peso (30%) e obesidade (13%) entre os adultos na França e potencializa o risco de diabetes, sendo essa doença responsável pela morte mais de 10.000 pessoas por ano no país e causa de amputações de membros inferiores (quase 8.000), de cerca de 17.000 acidentes vasculares cerebrais (AVC), de mais de 11.000 ataques cardíacos a cada ano, além de representar uma das principais causas de cegueira e insuficiência renal²³. Essa mesma denúncia foi replicada pelo Jornal “Le Figaro”.²⁴

Aliás, não só os produtos do tabaco e os refrigerantes são considerados perigosos. São, igualmente, dotados de periculosidade inerente, ou que integram a sua própria natureza, produtos como armas

de fogo, potencialmente letais; alimentos gordurosos, notadamente os chamados *fast food*, que causam inegáveis danos à saúde do consumidor; os automóveis – que permitem desenvolver velocidade desarrazoada e, portanto, potencialmente letais –; bebidas alcoólicas, que podem provocar dependência, tal qual a do cigarro, e causam danos à saúde física e psíquica do consumidor; e produtos farmacêuticos, que podem gerar dependência e, ao lado de combater um mal, provocam danos colaterais.

O tabaco, entretanto, exerce papel de protagonismo na perspectiva da responsabilidade civil, não obstante tenha a companhia de outros produtos no rol daqueles dotados de periculosidade inerente cujo consumo inegavelmente causa algum mal à saúde do consumidor.

É frequente a colocação da boa-fé da indústria tabaqueira em causa. Existe sempre uma desconfiança, uma suspeita de insinceridade que a rodeia; há, por vezes, quase uma convicção, ainda que empírica, de que o fabricante está sempre a enganar o consumidor. Nos Estados Unidos, a imputação às tabaqueiras de danos sofridos pelos consumidores de produtos derivados do tabaco baseou-se, em diversas ações judiciais e em épocas distintas, na alegação de omissão de informações ou na prestação de informações falsas ou erradas.

O professor Dário Moura Vicente, no seu invulgar trabalho investigativo, aponta três fases distintas na tratativa da responsabilidade das tabaqueiras pela jurisprudência norte-americana, realçando que em cada uma dessas fases os consumidores alegaram, como causa de pedir, um aspecto diferente do descumprimento do dever de informação, seja pela omissão de informações, seja pela falsidade das informações, seja ainda por meio de publicidade enganosa.

No primeiro ciclo de ações, nas décadas de 50 e 60 do último século, as ações ampararam-se em alegações de “falsidade das informações” prestadas pelas tabaqueiras, baseando-se na *sonegação de informações* sobre os malefícios do produto ou na prestação de *informações erradas* ou *falsas*, pretensões rechaçadas por ausência de demonstração do nexo causal.

No ciclo seguinte, já nos anos 80, atribuiu-se às tabaqueiras a *omissão de advertência* sobre os riscos que os produtos do tabaco representavam, registrando-se o insucesso das ações intentadas nesse período porque a

omissão de advertência só se tornaria juridicamente relevante com a demonstração de que essa advertência, caso existisse, seria observada pelos consumidores, o que não lograram provar os demandantes.

Nessa altura, as indústrias tabaqueiras conseguiram exonerar-se da responsabilidade civil em virtude da ausência de prova de nexo causal, considerando o reconhecimento da suscetibilidade de o tabagismo causar doenças em geral, mas não de uma doença em particular, em especial o cancro do pulmão, de origem multifatorial. As produtoras do tabaco lograram provar, nessa época, a concorrência de culpa dos consumidores para a ocorrência do dano (as doenças contraídas), por meio da *assunção de riscos*, na medida em que conheciam os riscos do produto para a saúde, sendo excluída a indenização com base na *culpa comparada* da vítima, numa clara indicação de preponderância da assunção de risco como causa do dano.

A jurisprudência norte-americana assentou que a responsabilidade das tabaqueiras seria excluída *ipso facto* quando evidenciado o cumprimento do *dever legal de informação*, ou seja, com a inserção da advertência de periculosidade do produto determinada legalmente em 1965.

A jurisprudência norte-americana assentou que a responsabilidade das tabaqueiras seria excluída *ipso facto* quando evidenciado o cumprimento do dever legal de informação

No terceiro ciclo, nos anos 90, as ações judiciais intentadas caracterizaram-se, essencialmente, pelos demandantes lançarem mão já não de demandas individuais e, sim, predominantemente coletivas, com grande repercussão pública. Nesse período, a alegação do poder ou caráter viciante da nicotina, aliada ao conhecimento de longa data (desde os anos 60) dessa propriedade do componente do tabaco pelas respectivas indústrias (consoante evidenciaram documentos internos das indústrias, que se tornaram públicos), constituiu um dos argumentos das demandas.

Essas ações coletivas, ou pelo menos algumas delas, enfrentaram dificuldades devido ao caráter “altamente individualizado” de alguns dos assuntos nelas debatidos, nomeadamente o nexo de causalidade e a repartição da culpa entre os réus.

Existe, porém, registro de sucesso de ações de indenização intentadas nessa fase, a exemplo do que ocorreu com a ação promovida por diversos estados norte-americanos contra os fabricantes de tabaco, com o propósito de recuperarem os custos decorrentes do tratamento das vítimas do tabagismo, por meio do programa Medicaid, registrando-se a celebração de acordo milionário entre os demandantes e as indústrias tabaqueiras, vinculando a aplicação da quantia obtida no acordo em políticas públicas de prevenção do consumo de tabaco. Assumiram as tabaqueiras, ainda, a obrigação de restringir suas companhias publicitárias, de modo a poupar os jovens, em particular, da influência do consumo do tabaco.

Nesse período, lograram êxito, também, algumas ações individuais amparadas na alegação de que as indústrias tabaqueiras, embora tivessem conhecimento do caráter viciante do tabaco, não advertiram os consumidores, para além de veicularem publicidade especialmente dirigida aos jovens, com o propósito de os aliciar para o consumo do tabaco.

À época, foram também intentadas ações individuais por “fumantes ou fumadores passivos”, ou seja, a inalação das toxinas do tabaco por quem não o consome diretamente, mas esses pleitos não lograram êxito.

No Canadá, há notícia de condenação de indústrias tabaqueiras em duas ações coletivas em razão do não cumprimento do dever de aviso adequado quanto aos riscos do tabagismo²⁵.

Nos sistemas jurídicos romano-germânicos, com exceção do Brasil, ações de responsabilidade civil contra a indústria tabaqueira não são comuns, de modo que a experiência da jurisprudência dos países que adotam esse sistema não é tão rica quanto a norte-americana.

Na União Europeia o fabrico, a apresentação e a venda de produtos de tabaco encontram-se hoje minuciosamente disciplinados através da Diretiva 2001/37/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, alterada pelo Regulamento (CE) 596/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2009, nomeadamente quanto aos teores

máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros, às advertências relativas à saúde – “Fumar prejudica gravemente a sua saúde e a dos que o rodeiam” e “Fumar mata/Fumar pode matar” –, bem como às outras indicações que devem constar das unidades de embalagem dos produtos do tabaco e a determinadas medidas relativas aos ingredientes e às denominações dos produtos do tabaco.

Desse modo, na União Europeia, evidenciado o cumprimento dessas regras, exclui-se a possibilidade de imputação de responsabilidade civil aos fabricantes advindo da produção, rotulagem e da comercialização dos seus produtos.

No Brasil, não há registro de sucesso de consumidores nesse tipo de demanda contra as tabaqueiras, na medida em que, na jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça), incumbido de dar a última palavra sobre a matéria, impera a convicção de que os produtos dos tabacos são perigosos e os consumidores, exercendo o seu livre arbítrio, optam por deles fazer uso, além do que as doenças normalmente associadas a tais produtos são multifatoriais, circunstâncias que excluem o nexo causal.

3.4 Do exercício de atividade perigosa

Finalmente, na épica jornada conflitual decorrente do consumo de produtos do tabaco, deparamo-nos com uma nova causa de pedir nas ações de indenização intentadas contra a indústria tabagista, vale dizer, o argumento de que essa atividade é perigosa.

O exercício de atividade perigosa, atribuída às tabaqueiras, constituiu conveniente fundamento de imputação de responsabilidade civil, porque prescindível da prova da culpa, na medida em que esta é presumida.

Esse argumento, no entanto, foi rechaçado pelos tribunais, nomeadamente na Itália, sob o fundamento de que o consumo *do produto* (tabaco) *em si* representa um perigo ou risco ao consumidor, não o seu fabrico e comercialização, sendo, além disso, do conhecimento público a periculosidade do produto, tal qual preconiza a doutrina portuguesa.

Não vingaram, e com razão, as pretensões indenizatórias com base nesse argumento, porquanto a atividade industrial de processamento do tabaco não é perigosa. O perigo é o consumo do produto, que traz em si potencial risco à saúde do consumidor.

PARTE II – DOGMÁTICA

4. A responsabilidade civil oriunda dos danos supostamente causados pelo consumo do tabaco

Não há discussão relevante, nos sistemas jurídicos examinados, acerca da licitude dos produtos do tabaco, como já ressaltado anteriormente. Entretanto, o mesmo não se pode dizer quanto à existência de relação jurídica contratual entre o produtor (tabaqueira) e o consumidor final (usuário dos produtos), circunstância que exerce especial influência na espécie ou tipo de responsabilidade: contratual ou extracontratual.

4.1 A responsabilidade civil em Portugal: responsabilidade extracontratual e seus obstáculos

Em Portugal, aplica-se, em regra, o ortodoxo modelo da responsabilidade subjetiva – inclusive a do produtor –, que pressupõe a prova da culpa para a responsabilização daquele que violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios (n. 1 do art. 483º do Código Civil), prescindindo-se da culpa somente nas hipóteses legalmente previstas, vale dizer, nos casos de culpa presumida (art. 487º) e responsabilidade objetiva pelo risco (art. 483º, n. 2). Esse modelo representa, na opinião de autorizada doutrina, obstáculo à reparação de danos porventura causados pelo consumo de produtos do tabaco, na medida em que é evidente a dificuldade da prova da culpa, e, para além disso, destaca-se a insuficiência da culpa como critério de imputação da responsabilidade ao produtor.

4.1.1 A dificuldade de caracterizar a responsabilidade como contratual – a inexistência de um contrato

A doutrina portuguesa reconhece que a moderna sociedade industrial, a automação do processo produtivo, a produção em série e a distribuição em cadeia distanciaram o produtor do consumidor final, de modo que raramente o vendedor é o produtor e dificilmente aquele que compra do produtor é o consumidor final. Não há, portanto, uma relação contratual direta entre o produtor e o consumidor final,

emergindo, daí, a dificuldade da caracterização da responsabilidade contratual.

JOÃO CALVÃO DA SILVA, com invejável clareza, destaca a inadequação do modelo do Código Civil à proteção eficaz do consumidor: “o Código, na sua dogmática própria, regula a relação entre o vendedor e o comprador, sem contemplar a relação produtor-consumidor. Isto leva a que a questão da responsabilidade do produtor *qua tale* – importante sobretudo nas hipóteses típica dos chamados ‘danos dos produtos’, dos danos causados por produtos ao consumidor final, distanciado do fabricante por uma cadeia distributiva – não seja direta e adequadamente abrangida pelas suas normas. Estas assentam no modelo do contrato, produtor de efeitos inter partes mas *res inter alios acta* em relação a terceiros, pelo que o adquirente ou consumidor final lesado apenas pode exercer os direitos edílicos contra o seu vendedor – vendedor que em regra terá mera função de distribuição – e só excepcional e esporadicamente contra o próprio produtor ou fabricante das coisas defeituosas. Porque assim é, a interposição de um ou mais contratos intermédios entre a produção e o consumo impede a qualificação recíproca de parte entre produtor e consumidor, ficando fora do alcance do Código a responsabilidade contratual do produtor *qua tale* e, assim, o (sub)adquirente final não pode exercer diretamente os seus direito contra ele.”²⁶

Não obstante essa realidade – de inexistência de contrato entre o produtor e o consumidor final, na maioria das situações –, é recorrente a tentativa de alargar a eficácia do contrato entre o produtor e o comerciante para incluir nele também o consumidor final.

Em Portugal, o Decreto-Lei 383/89, de 6 de novembro, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, considera *produtor* “o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo” (o n. 1 do art. 2º). Posteriormente, o Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio, que alterou o Decreto-lei 67/2003, de 8 de abril, transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, relativa a certos aspectos da

venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, definiu o produtor como “o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto” (artigo 1º-B, alínea d), ao passo que conceituou como *consumidor* “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n. 1 do artigo 2º da Lei 24/96, de 31 de Julho” (artigo 1º-B, alínea a).

Esses conceitos, de produtor e consumidor, não são restritos às hipóteses de defeito do produto ou mesmo no que diz respeito às garantias relativa a bens de consumo, tratadas pelas Diretivas 85/374/CEE e 99/44/CE. São conceitos aplicáveis de maneira geral na determinação da caracterização da relação de consumo.

Nos demais países integrantes da União Europeia, imperam idênticos conceitos, até em razão da necessidade de transpor para a ordem jurídica interna dos Estados-membros as diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho.

4.1.2 A tentativa de alicerçar a imputação às tabaqueiras na responsabilidade extracontratual

Frustrado o abrigo ou refúgio do consumidor final na responsabilidade contratual, o esforço doutrinário mira, no âmbito da responsabilidade extracontratual, na superação ou erosão do princípio da culpa para alcançar, com isso, a responsabilidade do produtor, por meio da prova da primeira aparência (juízo de culpa extraído da probabilidade da culpa do produtor) ou inversão do ônus da prova, no sentido de concentração da responsabilidade no produtor, em razão da proeminência deste e a mitigação da importância ou da influência do comerciante e a proteção do consumidor²⁷.

Esse esforço decorre exatamente da insuficiência do modelo ortodoxo inscrito no n. 1 do art. 483 do Código Civil, ineficaz ou incapaz de dar respostas aos casos concretos e de proteger os consumidores lesados.

4.2 A responsabilidade civil do produtor noutros sistemas jurídicos

Historicamente, o tabaco ocupa posição de destaque no mercado de consumo, representando uma expressiva fonte de lucros para as indústrias que atuam nesse segmento – normalmente grandes empresas multinacionais, que processam o tabaco e o colocam no mercado de consumo – e geradora de significativas receitas ao erário, em razão da pesada carga tributária que comumente incide sobre essa espécie de produto.

Nessa relação participam, necessariamente, o produtor (indústria), o comerciante (fornecedor) e o usuário (consumidor).

No Brasil, os conceitos de consumidor e fornecedor são bastante abrangentes (arts. 2º e 3º do CDC – Lei 8.078/90). O entendimento doutrinário prevalente considera de consumo a relação jurídica que envolve, de um lado, o fornecedor e, de outro, o consumidor, com o objeto de circulação de produtos e serviços.²⁸

Na perspectiva da legislação brasileira, na esteira da disciplina da matéria por outros países – assim como ocorre nos Estados Unidos, que admite a ação direta contra o produtor –, não há dúvida de que existe relação de consumo entre o usuário de produtos do tabaco, que o compra para uso e satisfação de necessidade própria, e o fabricante desses mesmos produtos, independentemente do conceito de consumidor e fabricante/fornecedor – mais alargado ou restritivo – adotado por um ou outro ordenamento jurídico.

E se existe relação de consumo, a responsabilidade civil tem natureza contratual, porque nasce, na expressão de SINDE MONTEIRO, “da violação de um dever jurídico especial (obrigação), a maior parte das vezes uma omissão (por ser positivo o dever a que se faltou, v.g. praticar certo fato ou entregar uma quantia certa)”²⁹.

A responsabilidade contratual, no entanto, é restrita aos fumantes (ou fumadores), porque a relação de consumo vincula somente eles (consumidores) e as indústrias tabaqueiras (fornecedoras), não alcançando, obviamente, terceiros eventualmente atingidos, de maneira colateral, pelo consumo do tabaco. Refiro-me aos “fumantes passivos”, os quais podem sofrer danos à saúde em razão da fumaça tóxica que emana do cigarro, aplicando-se, em relação a estes, a responsabilidade extracontratual.

5. A responsabilidade extracontratual: exigência de ilicitude

Na dogmática da responsabilidade civil, a ilicitude delitual determina-se a partir da conduta do agente, que a integra como um pressuposto mínimo imprescindível do ilícito, nas palavras de MAFALDA MIRANDA BARBOSA³⁰.

5.1 As modalidades de ilicitude e a ilicitude pela violação de direitos absolutos

Desde logo, é preciso deixar claro que a ilicitude que será abordada aqui é a que constitui um dos elementos ou um dos pressupostos da responsabilidade civil, não se confundindo, em absoluto, com a discussão da licitude ou ilicitude do produto, já afirmado lícito.

De acordo com a melhor doutrina portuguesa, existem três modalidades de ilicitude: a) violação de direitos absolutos; b) violação de disposições legais de proteção a interesses alheios; c) abuso de direito.

Na primeira modalidade de ilicitude delitual, que interessa especialmente a este estudo, são tutelados os direitos dotados de eficácia *erga omnes*, tais como os direitos reais, os direitos à propriedade industrial, os direitos de propriedade intelectual e os direitos de personalidade³¹.

5.2 A ilicitude do resultado vs. a ilicitude da conduta

A ilicitude, como um dos pressupostos da responsabilidade civil, encontra-se na conduta ou no resultado?

Existem correntes doutrinárias nos dois sentidos, mas parece-me mais apropriado o entendimento que posiciona a *ilicitude no resultado*, valorado ou perspectivado como *efeito da preterição de um dever de respeito* diante do semelhante; vale dizer, o resultado, ainda que ilícito, não garante a antijuridicidade da conduta, de modo que a ele, o *resultado ilícito*, deve-se agregar o juízo de *desvalor da conduta* (a conduta ocupa a posição de fator de imputação ou de atribuição de responsabilidade). Nessa modalidade de ilicitude, de *violação de disposições legais de proteção de interesses alheios*, a preterição do dever de respeito representa uma invasão de uma esfera de exclusão do outro – o direito de um

termina onde começa o do outro – e a violação positiva de deveres de cuidado/segurança para com o outro (MAFALDA MIRANDA BARBOSA cita o dano da morte, esclarecendo que a morte, em si, não é considerada ilícita, mas apenas a morte provocada por terceiro). Na hipótese de *abuso de direito*, a ilicitude pressupõe a conjugação do *exercício abusivo de um direito com o desvalor da conduta*. No entanto, no caso de violação de *direitos absolutos*, como os de personalidade (entre eles a vida), exige-se apenas o *desvalor do resultado*³².

5.3 A necessidade de se estabelecer um nexo de imputação entre o resultado (lesão do direito) e o comportamento do sujeito – a causalidade fundamentadora da responsabilidade

Deparamo-nos, agora, com a causalidade, a qual desperta, talvez, as maiores divergências na tratativa da matéria objeto do presente estudo.

Concebido como um dos pressupostos da responsabilidade civil, o nexo causal reclama, em regra, a comprovação de uma ligação ou relação direta entre a conduta do lesante e o dano experimentado pelo lesado.

No nexo causal repousa o maior desafio que os autores das ações intentadas contra as tabaqueiras enfrentaram, diante da inegável dificuldade – e até impossibilidade – de estabelecer, de maneira peremptória, a relação direta entre o consumo do tabaco e o dano (as doenças normalmente associadas a tal consumo), exatamente porque essas doenças são multifatoriais, ou seja, podem decorrer do consumo do tabaco, assim como podem ter origem em causas completamente distintas.

A literatura jurídica empenha-se, há tempos, na tarefa de construir teorias ou doutrinas acerca da causalidade, na expectativa de dar uma resposta satisfatória e justa a essas e a outras demandas, vale dizer, apurar a intensidade da ligação entre a conduta do lesante e o dano para determinação do nexo causal.

É necessário, sobretudo, estabelecer ou apurar a existência de um *nexo de imputação objetiva*, compreendendo o nexo de causalidade dotado de natureza binária, vale dizer, como *causalidade fundamentadora* da responsabilidade e como causalidade preenchedora da responsabilidade, em oposição à visão unitária da causalidade, mas com dupla função: a

de servir como pressuposto da responsabilidade e, ao mesmo tempo, como um elemento destinado ao cálculo da indenização. De acordo com essa doutrina, a causalidade fundamentadora da responsabilidade civil liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido e ocupa a posição de único *pressuposto delitual*, na medida em que a *causalidade preenchedora* diz respeito à indenização³³.

6. Os critérios de estabelecimento da causalidade fundamentadora da responsabilidade

Na tentativa de estabelecer critérios para o preenchimento da causalidade fundamentadora da responsabilidade, a doutrina construiu diversas teorias a respeito do nexo causal.

Não se olvidando da construção da teoria da última condição ou teoria da causa próxima (segundo a qual a última condição necessária corresponde à causa do dano) e da teoria da causa eficiente (que empresta maior valor à causa com maior eficácia para produção do dano e não a ordem cronológica de ocorrência dos eventos), ocupar-me-ei das teorias de maior aceitação na doutrina e jurisprudência ou que, modernamente, tentam superar o obstáculo quase intransponível que o nexo da causalidade representa em determinadas situações.

6.1 A inoperância das teorias tradicionais para resolver a questão

a) Crítica à *conditio sine qua non*

A clássica teoria da *conditio sine qua non* pressupõe uma relação direta e imediata entre a conduta imputada ao lesante e o dano experimentado pelo lesado, como *causa determinante*, de modo que sem um (a conduta) ou outro (o dano) não teria ocorrido, sendo que a causa (conduta) condiciona o resultado (dano), numa relação naturalística e lógica de causa e efeito, vale dizer, a *causa do dano*.

Essa teoria, por um lado, pode dar ensejo à responsabilização indevida, na medida em que não apresenta soluções viáveis para as situações em que o dano deriva de um comportamento da vítima que, de maneira concorrente, desenvolve comportamento ativo no encadeamento dos fatos; por outro lado, pode ser fonte de decisão

injusta, porquanto restringe ou inviabiliza a responsabilidade nas hipóteses de causalidade cumulativa ou alternativa.

b) Crítica à causalidade adequada

Essa teoria é igualmente clássica ou tradicional, com raízes na teoria da *conditio sine qua non* (ou teoria da equivalência das condições) e concebida como sua evolução, na tentativa de dar respostas que a condicionalidade pura não conseguiu dar. Ela é amplamente aplicada em vários sistemas jurídicos e diz que o nexo causal ou de causalidade condiciona a responsabilização civil, ou seja, exige que o evento, ou a conduta, seja uma condição adequada para a produção do dano ou que tenha contribuído para a sua produção, em circunstâncias normalmente esperadas, avaliada a adequação diante do caso concreto.

De acordo com essa construção doutrinária, a causalidade não repousa na relação naturalista e lógica de causa e efeito (causa do dano), tal qual preconizado pela *conditio sine qua non*, mas na intencionalidade específica do comportamento do lesante para se perspectivar, abstratamente, a sua potencialidade de produzir o dano imputado, numa ótica jurídica.

Em Portugal, o entendimento majoritário da doutrina ampara a aplicação da doutrina da causalidade adequada, que enxerga no art. 563º do Código Civil a sua previsão, de modo que a responsabilização civil das tabaqueiras pressupõe a demonstração da *conditio sine qua non*, vale dizer, a comprovação de que sem o consumo do tabaco o dano não seria produzido, além da aptidão do consumo para a produção do resultado lesivo, apurado a partir da aplicação de regras da experiência comum, e ainda é preciso a prova de que o consumidor teria evitado o dano se tivesse sido devidamente informado pelo produtor.

Esse entendimento deriva da convicção de a mera probabilidade estatística de o consumo de tabaco provocar doenças ao consumidor não ser suficiente para, por si só, atender ao requisito do nexo de causalidade, porquanto nem todos os tipos de tabaco comercializados possuem o mesmo grau de nocividade nem todas as pessoas são afetadas igualmente por seus efeitos nocivos, exercendo influência no surgimento de doenças normalmente atribuídas ao consumo tabaco fatores externos, como o uso ou mesmo o contato com outras substâncias tóxicas e, ainda, a predisposição genética.

No Brasil, a jurisprudência da corte constitucionalmente investida da missão de decidir a matéria em último recurso (STJ) diferencia o fator de risco, representado pelos produtos do tabaco, de nexo causal, pois as doenças relacionadas ao tabagismo possuem outros fatores de risco (a alimentação, o álcool, carga genética e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante), de modo a não permitir o estabelecimento de um nexo de causalidade direto e exclusivo entre o tabaco e doenças do consumidor, notadamente o cancro de pulmão.

Na Espanha, prevalece o entendimento de que é indispensável relacionar diretamente uma ação ou omissão culposa a um dano concreto, não enxergando a jurisprudência local o nexo de causalidade entre o consumo de produtos do tabaco e doenças relacionadas a esse hábito.

Na França, ao lado do desvalor da conduta ou fato causador do dano, o nexo causal é indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil, não aceitando a jurisprudência esse elemento (nexo causal) no caso do consumo de produtos derivados do tabaco, porque o ato de liberdade do consumidor – ou livre-arbítrio – de usar excessivamente esses produtos interrompe o nexo de causalidade.

Na Alemanha, a jurisprudência e grande parte da doutrina exigem o concurso do nexo de causalidade para o reconhecimento da responsabilidade civil das tabaqueiras, de modo que a vítima tem de comprovar que sem o consumo de produtos do tabaco a doença não existiria, além da prova de que o dano resultou de consumo de produto da indústria contra a qual intentou a demanda, obstáculo quase intransponível, nomeadamente para os denominados “fumantes ou fumadores passivos”.

Não sem razão, essa teoria – a da causalidade adequada – recebe críticas de alguns doutrinadores, que analisam a causalidade adequada sob o prisma da indagação da causalidade, nomeadamente o modo de formulação (positiva ou negativa) e do ponto de vista adotado na própria indagação (do lesante, do homem médio ou do homem experiente). Essa teoria, na visão desses juristas, não propõe solução apropriada, em especial nas hipóteses de causalidade cumulativa ou alternativa³⁴.

c) Crítica à teoria do escopo da norma violada

A doutrina do fim da norma violada ou teoria do escopo da norma jurídica violada, que tem em Menezes Cordeiro e Menezes Leitão seus principais defensores, pressupõe a frustração do objeto, ou fim, tutelado pela norma violada em decorrência de ato ilícito e culposos.

Essa teoria, no entanto, não é imune a críticas, porquanto não apresenta respostas satisfatórias a três ordens de problemas, a saber: os sujeitos que a norma visava tutelar; o tipo de interesses que eram protegidos pela norma violada e a forma de surgimento dos danos proscritos pela norma³⁵.

6.2 A proposta de uma causalidade/imputação objetiva assente na edificação de uma esfera de risco/responsabilidade e no cotejo de esferas de risco

É inexorável a constatação de que em muitas situações concretas o nexo de causalidade é incerto e, por isso, de difícil – ou quiçá impossível – comprovação, porque não se apresenta numa relação de causa e efeito de maneira cristalina ou indubitosa, mas, ao contrário, a conduta imputada como causadora do dano revela-se apenas como potencial causa do dano, concorrendo com outras causas também potenciais.

Nessas situações, a moderna doutrina propõe que se perspetive a causalidade “em termos de imputação”³⁶, numa relação em que os prováveis lesantes são responsáveis por colocar o lesado num círculo de risco – o lesante putativo integra uma “comunidade de risco”³⁷ –, podendo o dano efetivo ou verificado em concreto decorrer da conduta de qualquer deles. Noutras palavras, exige-se prova de que a conduta do suposto – ou putativo – lesante influenciou na história do evento danoso, de modo a criar uma esfera de risco a ele imputável³⁸, o que exerce especial relevo nos casos de causalidade múltipla ou sobredeterminação causal.

Desse modo, incumbe ao lesado o ônus de produzir prova não do nexo causal na ótica da causalidade adequada (da idoneidade do comportamento do lesante para produzir o dano imputado) – prova essa não raramente classificada como “diabólica”, diante da dificuldade ou até impossibilidade de se produzir –, mas da conduta do lesante quanto à criação ou edificação da esfera de risco, potencialmente capaz de produzir o dano.

a) Análise do modelo imputacional – A edificação da esfera de risco das tabaqueiras

A doutrina da imputação objetiva pressupõe a assunção de uma esfera de risco pelo lesante ou, noutras palavras, “se o dano-lesão que emerge consta ou não entre os que delimitam o círculo de risco encabeçado pelo lesante”³⁹.

Nesse contexto, a responsabilização das tabaqueiras exige a violação de um ou mais desses deveres: de informação, de aviso, de alerta, de rotulagem ou a colocação de produtos aditivos em excesso no cigarro.

É possível a edificação de uma esfera de risco das tabaqueiras a partir do descumprimento, em concreto ou em particular, do dever de informação, não obstante se reconheça que a indústria atende à legislação quanto ao dever de informar acerca dos malefícios do cigarro à saúde do consumidor.

Ocorre que o conhecimento dos riscos do tabaco a partir do cumprimento dos deveres de informação e de advertência impostos às tabaqueiras é geral, abstrato e formal, de sorte que, eventualmente, poderá a vítima lograr êxito na produção da prova de que, de modo particular, concreto e especial, o produtor violou deveres de cuidado a ele impostos, levando-se em consideração, especialmente, aspectos subjetivos do consumidor, como a sua capacidade de entender o risco representado pelo cigarro ou outros produtos do tabaco e de determinar-se de acordo com esse entendimento – capacidade de autodeterminação –, a ponto de tornar ineficazes os deveres de aviso ou de advertência cumpridos pelo fabricante, exatamente em razão de défice informacional em particular, nomeadamente naqueles casos em que o consumo iniciou-se ainda na adolescência ou quando, por outra causa, o consumidor não reunir capacidade de entender o alerta ou a advertência a respeito do risco.

Só assim, com a edificação da esfera de risco do produtor, é possível a imputação objetiva às tabaqueiras pelos danos causados à saúde do consumidor.

b) O cotejo de esferas de risco – a consideração da esfera do lesado. A autocolocação em risco do fumador. A diferença entre a autocolocação em risco e o consentimento do lesado.

Do risco pode ou não resultar o dano, a partir do qual o primeiro adquire relevância jurídica. O risco, entretanto, tem origem das mais variadas, impondo-se considerar a esfera de risco titulada por terceiros atuantes no tráfego jurídico como a do próprio lesado, e bem assim a esfera geral de risco⁴⁰. Essas esferas de risco devem ser cotejadas para imputação da responsabilidade civil.

É indispensável, quanto à assunção de riscos pelo lesado, a determinação de atuação livre ou não de sua parte para reconhecer a autorresponsabilidade pela lesão sofrida, afastando-a quando verificada “uma limitação da liberdade do lesado ao ponto de se concluir, no cotejo das esferas de risco, que o evento é ainda pertença do círculo encabeçado pelo lesante. É o que acontece sempre que se verifica um déficit informacional ou quando nos confrontamos com um estatuto de autoridade detido pelo lesante”⁴¹. É evidente, assim, que a privação da liberdade no comportamento do lesado exclui a sua esfera de risco, imputando a ele (ao próprio lesado) a responsabilidade apenas pelos riscos conscientemente assumidos.

Releva realçar que a autocolocação em risco não se confunde com o consentimento do lesado, que representa a “autorização que o lesado dá para que haja interferência no direito de que é titular” com “consciência do alcance do ato no qual está a consentir”⁴².

PARTE III – PONDERAÇÕES CRÍTICAS E PROPOSITIVAS

7. Considerações finais

Esgotadas as investigações a respeito do tabagismo na ótica da responsabilidade civil, ou seja, o seu enfrentamento histórico e dogmático pela doutrina e pela jurisprudência, ainda que as pesquisas não tenham a pretensão de exaurir o assunto – o que, aliás, não é o propósito deste trabalho –, permito-me, preocupado em aplicar a dogmática aos “casos da vida”, extrair algumas conclusões que me parecem legítimas, em relação às quais passo a ponderar:

1º) em Portugal, não se reconhece uma relação contratual direta entre o produtor de cigarros e o consumidor final, emergindo, daí, a dificuldade da caracterização da responsabilidade contratual, não

restando outra alternativa senão a tentativa de responsabilização extracontratual; noutros sistemas examinados, nos quais se reconhece a existência de relação de consumo nessa situação, a responsabilidade civil aplicável é a contratual, relativamente aos fumantes ou fumadores, e extracontratual, em relação aos denominados “fumantes passivos”;

2º) de uma maneira geral, a jurisprudência não reconhece a responsabilidade civil das tabaqueiras nos sistemas objeto do estudo, salvo pouquíssimas exceções, por razões variadas, como acima exposto, e a doutrina, por seu turno, acompanha tendencialmente o entendimento adotado pela jurisprudência;

3º) no atual momento, depois de descortinada a mente a partir da assimilação de novos conceitos, após a desconstrução de verdades preestabelecidas e da indispensável construção ou experimentação de uma nova maneira de pensar e, ainda, da análise do problema do nexo de causalidade sob uma nova perspectiva, tendencialmente mais razoável, racional e, sobretudo, justa, chego à conclusão de que o nexo causal, nas ações intentadas contra as tabaqueiras, é apurável a partir da imputação objetiva, compreendida a causa como a conduta do lesante que, de maneira voluntária, criou ou edificou uma esfera de risco potencialmente capaz de produzir o dano, admitindo-se aprioristicamente ou de maneira prefacial, por consequência, o liame (nexo potencial) entre o dano e a lesão, resultando essa solução da presunção juris tantum da causa razoável e racionalmente provável, com inversão do ônus da prova, de modo a abrir a oportunidade para o suposto lesante demonstrar o fato extintivo do direito do lesado, vale dizer, a prova de que o dano deriva de outra causa, a ele não imputável;

4º) ainda que admitido o nexo causal potencial (a partir da criação ou edificação de uma esfera de risco potencialmente capaz de produzir o dano) e que o produtor não consiga demonstrar que o dano derivou, concretamente, de outra causa a ele não imputável, o consumidor de produtos do tabaco dificilmente seria indenizado, porque tendencialmente prevalecerá a esfera de risco titulada pelo lesado, que de maneira livre e consciente se colocou em situação de risco;

5º) poderá a vítima, entretanto, lograr êxito na produção da prova de que, em concreto, o produtor violou deveres de cuidado a ele impostos

(em especial o de aviso, consubstanciado no dever de informação e advertência), não obstante o cumprimento desses deveres do ponto de vista abstrato ou formal, levando-se em consideração, especialmente, aspectos subjetivos do consumidor, como a sua capacidade de entender o risco representado pelo cigarro ou outros produtos do tabaco e de determinar-se de acordo com esse entendimento, a ponto de tornarem-se ineficazes os deveres de aviso ou de advertência cumpridos pelo fabricante, o que pode acontecer, v.g., quando o consumo iniciou-se na adolescência.

Em suma e já ensaiando um arremate, cumpre responder às indagações iniciais: as doutrinas dos sistemas analisados propõem uma solução justa para essa questão (o expressivo dano)? Encontraram essas doutrinas a melhor resposta? E os tribunais desses diversos países cumpriram a missão de decidir, de maneira justa, as

lides envolvendo os danos advindos do consumo de produtos do tabaco ou mesmo de seus efeitos para os denominados “fumadores passivos”?

E as respostas são no sentido de que, aparentemente, a solução proposta pela doutrina majoritária relativamente ao nexo causal, presa à causalidade adequada, não é a mais justa, não encontrando, assim, a melhor resposta a esse drama humano que atingiu, e ainda atinge, milhares ou milhões de pessoas mundo afora. Parece-me, ainda, que os tribunais não lograram, na maioria dos casos, êxito na missão de decidir essas demandas de maneira justa, não obstante o imperioso reconhecimento do alto grau de dificuldade para se alcançar esse desiderato, sobretudo em relação aos “fumadores passivos”, dificuldade essa que seria grandemente abrandada com a adoção da causalidade na perspectiva da imputação objetiva.

Não há, por outro lado, como afirmar o desacerto do meu anterior entendimento – por ocasião da VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo CFJ (Conselho da Justiça Federal), apresentei proposta de enunciado com a seguinte redação: “não há como estabelecer nexo causal entre o tabagismo e doenças estatisticamente a ele relacionadas, possível somente quando evidenciado quão relevante foi

A autocolocação
em risco não
se confunde
com o
consentimento
do lesado

o cigarro para o dano” –, que condicionava a obrigação de reparar à demonstração da causalidade adequada e direta, necessária e exclusiva, não obstante o seu amparo doutrinário e jurisprudencial em diversos ordenamentos jurídicos. Não há como dizer que, na análise do nexo de causalidade, o direito deve ignorar a convicção empírica que brota do senso comum, da voz corrente no seio da humanidade e, ainda, desconsiderar as advertências advindas das políticas públicas que integram a regulamentação do tabaco mundo afora no sentido de que o fumo mata e que as estatísticas que relacionam o consumo de produtos do tabaco a diversas doenças que normalmente acometem os seus consumidores parecem demonstrar a veracidade dessa advertência. Não é possível, igualmente, excluir a possibilidade de vício na vontade dos consumidores quando desenvolvem a dependência ao produto. Não há, finalmente, como bradar o acerto da convicção atual, que compreende a causalidade sob a perspectiva da imputação objetiva, ou seja, a partir da conduta do lesante na criação de uma esfera de risco potencialmente capaz de produzir o dano. Só o tempo dirá. Só ele, o tempo, tem a melhor resposta!

No direito há muitas razões – cada um tem a sua razão e numa perspectiva diferente –, cabendo ao julgador, no caso concreto, escolher a melhor razão. Atualmente, a melhor razão, segundo a jurisprudência oriunda dos sistemas jurídicos estudados, é predominantemente a que não reconhece a responsabilidade civil das tabaqueiras. Em breve, quiçá, outra razão a substituirá, no movimento dinâmico do direito e no caminhar do pensamento humano e oxalá alcance a tão almejada justiça.

Notas

1. Trabalho apresentado na disciplina de Direito da Responsabilidade no curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico- Civílicas/Menção em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora: Senhora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa. COIMBRA, 2017.
2. Altair Guerra da Costa. Magistrado Judicial. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.
3. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA. “*Dicionário do Aurélio Online Dicionário Português*”, 2008 – 2016, disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/tabaco> (15/11/2016).

4. PRIBERAM INFORMÁTICA, S/A. “*Priberam Dicionário*”, 2013, disponível em <https://www.priberam.pt/dlpo/tabagismo> (15/11/2016).
5. SINDITABACO. “*Origem do Tabaco*”, data indeterminada, disponível em [http://sinditabaco.com.br/sobre-o-setor/origem-do-tabaco/\(15/11/2016\)](http://sinditabaco.com.br/sobre-o-setor/origem-do-tabaco/(15/11/2016)): “A maioria dos historiadores considera o tabaco como sendo de origem americana, onde foi cultivado pelos indígenas, tanto da América do Sul como do Norte. Uma das hipóteses mais prováveis é a de que a planta teria surgido nos vales orientais dos Andes Bolivianos, difundindo-se pelo território brasileiro através das migrações indígenas, sobretudo Tupi-Guarani. Em novembro de 1492, os companheiros de Cristóvão Colombo viram pela primeira vez os índios fumarem. Segundo os historiadores, em 1530, plantas de tabaco teriam sido trazidas para a Europa e cultivadas pela família real portuguesa por seu aspecto ornamental e por sua função medicinal. Em 1560, o então Embaixador da França em Portugal, Jean Nicot, ao saber que a planta curava enxaquecas, a enviou para sua rainha, em Paris, Catherine de Medicis, a qual padecia deste mal. A rainha teria iniciado o hábito de pitar, sendo imitada pelos nobres da sua corte, difundindo-se pelos demais países da Europa, o que teria originado o mercado de tabaco em pó, chamado rapé.

Assim, em apenas um século o tabaco passou a ser conhecido e usado no mundo inteiro, expandindo-se de duas maneiras: a primeira, por meio dos marinheiros e soldados, pois o tabaco era um bom passatempo durante os longos períodos das viagens; a segunda, durante as expedições portuguesas que levaram a planta para Portugal e França, difundindo-a para outros países europeus, da África e do oriente.”

6. O GLOBO. “*Número de fumantes em todo o mundo se aproxima de 1 bilhão*”, 09/01/2014, disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/numero-de-fumantes-em-todo-mundo-se-aproxima-de-1-bilhao> (14/11/2016).
7. MUNDO EDUCAÇÃO. “*Cigarro*”, data indeterminada, disponível em <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/drogas/cigarro.htm> (15/11/2016): [O cigarro] “contém folhas secas do tabaco (nicotina rusticum e nicotina tabacum). Possui em sua composição mais de 4.500 complexos químicos, como arsênico, amônia, sulfito de hidrogênio e cianeto hidrogenado. Semelhante ao gás que sai do escapamento dos carros, o monóxido de carbono pode ser o mais letal de todos os elementos, pois este é responsável pela diminuição de oxigênio para os órgãos dos fumantes. A fumaça depositada nos pulmões é composta de nicotina e alcatrão, sendo que este último é cancerígeno.”
8. National Institute for Health and Care Excellence (NICE) do Reino Unido, julho de 2013, disponível em <https://www.nice.org.uk/guidance/ph45/chapter/Introduction-scope-and-purpose-of-this-guidance> (19/11/2016).
9. VEJA.COM. “*OMS: cigarro causa seis milhões de morte ao ano*”, 11/07/2013, disponível em [http://veja.abril.com.br/saude/oms-cigarro-causa-seis-milhoes-de-mortes-ao-ano/\(15/11/2016\)](http://veja.abril.com.br/saude/oms-cigarro-causa-seis-milhoes-de-mortes-ao-ano/(15/11/2016)): “Apesar do aumento das políticas públicas que visam combater o tabagismo, o cigarro continua sendo a principal causa de mortes evitáveis em todo o mundo. Segundo relatório da Organização Mundial

de Saúde (OMS) divulgado nesta quarta-feira, o cigarro causa seis milhões de mortes no mundo, por ano, a maioria em países de baixa e média renda. No documento, a OMS alerta que se essa tendência se mantiver o número de mortes ligadas ao fumo deve aumentar para oito milhões ao ano, em 2030 – e 80% desses óbitos deverão acontecer nos países mais pobres. Ainda de acordo com o relatório Global Tobacco Epidemic 2013 (Epidemia Global do Tabaco 2013), acredita-se que o cigarro tenha causado a morte de mais de 100 milhões de pessoas no século XX. ‘Se não banirmos a publicidade, a promoção e o patrocínio por parte da indústria do tabaco, adolescentes e adultos continuarão a ser atraídos pelo consumo de cigarro por uma indústria cada vez mais agressiva’, disse Margaret Chan, diretora-geral da OMS.”

10. SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE, DIREÇÃO GERAL DE SAÚDE. “Portugal Prevenção e Controlo do Tabagismo em números – 2014”, data indeterminada, disponível em www.dgs.pt/estatisticas.../estatisticas.../portugal-prevencao-e-controlo-do-tabagismo-em-numeros-2014. (15/11/2016): “Em Portugal, de acordo com estimativas para o ano de 2010, o tabaco foi responsável pela morte de cerca de 11 800 pessoas, das quais 845 em consequência da exposição ao fumo ambiental (GBD 2010). Para além do pesado impacto na mortalidade, fumar contribui para a incapacidade e retira anos de vida saudável. Em 2012, mais de um quarto da população dos 15 aos 64 anos era consumidora de tabaco. A grande maioria dos fumadores portugueses iniciou o consumo entre os 12 e os 20 anos de idade, em grande medida devido à influência dos amigos ou por curiosidade e vontade de experimentar. Dados recentes parecem revelar um aumento do consumo de tabaco entre os jovens escolarizados, tendência que importa acompanhar e reverter nos próximos anos. Cerca de 86% dos fumadores portugueses dos 15 aos 64 anos declararam ter baixa motivação para parar de fumar (Balsa, Vital, Urbano, 2014). A cessação tabágica é, frequentemente, um processo difícil e sujeito a recaídas. Em 2010, segundo dados do Inquérito Nacional sobre Asma (INAsma), foi encontrada uma prevalência de exposição ao fumo ambiental do tabaco, em casa, de 26,6%; as crianças e os adultos jovens foram os mais expostos (39,0%), (Pereira et al, 2013). Para uma parte importante da população portuguesa, o tabagismo não é percecionado como um grave factor de risco para a saúde, em particular pelas pessoas fumadoras.”
11. MÁRIO ÂNGELO LEITÃO FROTA. “*Do ordenamento jurídico do tabaco e dos seus produtos na União Europeia – Reflexos em Portugal*”. Editora Mar da Palavra, 1ª. ed., Coimbra, 2007.
12. DÁRIO MOURA VICENTE. Revista da Ordem dos Advogados – ROA, 2013 (Ano 73), n. 1, p. 213-65, disponível em www.portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2013/ano-73-voli-jan.../doutrina/ (30/11/2016).
13. HENRIQUE SOUSA ANTUNES. “*Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco*”, Direito e Justiça, vol. XVII (2003), p. 191, *Apud* Dário Moura Vicente, *ob. cit.* 35: “o tabaco não é em regra um produto defeituoso, mas, antes, um produto perigoso por natureza, ou seja, em que as desvantagens para a saúde estão indissociavelmente ligadas ao desempenho regular da sua

- função. Não há defeito de concepção do tabaco [...] porque as características que o tornam perigoso são as que motivam a sua procura”.
14. SÉRGIO CAVALIERI FILHO. *“A responsabilidade civil nas relações de consumo, programa de responsabilidade Civil”*, 11ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 546: “aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Esse dever é imaneente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.”
 15. GUSTAVO TEPEDINO. *“Liberdade de escolha, dever de informar, defeito no produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro”*, in Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 196-7: “A noção de defeito encontra-se intimamente relacionada à ideia de segurança do produto ou serviço. Diz-se defeituoso o produto capaz de gerar dano ao consumidor derivado de acidente atribuído ao seu desempenho. Configura-se, portanto, quando há ruptura da legítima expectativa do consumidor acerca da segurança que o produto deveria, ordinariamente, oferecer.”
 16. GUSTAVO TEPEDINO. *“Temas de Direito Civil”*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 3ª edição, p. 269-70: “O defeito que gera o acidente, comumente chamado de vício de insegurança, relaciona-se não propriamente à capacidade intrínseca ao produto – de provocá-lo –, senão à sua desconformidade com uma razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou serviço e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigidas quando os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos.”
 17. JOÃO CALVÃO DA SILVA. *“Responsabilidade civil do produtor”*, Editora Almedina, Coimbra, 1996, p. 634-5: “Noção bastante vaga e elástica, a ter de ser concretizada pelo julgador atento ao circunstancialismo do caso decidindo, o seu cerne é a segurança do produto e não a aptidão ou idoneidade deste para a realização do fim a que se destina. [...] Mas se a noção de defeito para o novo regime legal é a não segurança do produto, então o problema crucial é o de determinar qual o grau de segurança a ter em conta. A lei não exige que o produto ofereça segurança absoluta, mas apenas a segurança com que se possa legitimamente contar. Isto significa, por um lado, que o sujeito das expectativas de segurança não é do consumidor ou do lesado concreto, e, por outro, que só as expectativas legítimas são de ter atenção.”
 18. ADALBERTO PASQUALOTTO. *“O direito dos fumantes à indenização”*, 2014, disponível em www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view

File/219/155(15/11/2016): “Legítima expectativa de segurança é um conceito jurídico indeterminado, construído para abarcar o maior número possível de casos sob o manto da proteção legal. Os conceitos jurídicos indeterminados são espécies do gênero conceito aberto ou abstrato. Tais conceitos são formados de notas distintivas que são desprendidas, abstraídas, dos objetos em que aparecem. Excluir o tabaco do conceito de produto inseguro (e, por conseguinte, de produto defeituoso) é ignorar que a sua nocividade é nota que o assemelha a todos os demais produtos inseguros, com o acréscimo de uma gravidade dificilmente encontrável em outros. Desse modo, produto que não atende a legítima expectativa de segurança ou produto defeituoso é um conceito de escasso conteúdo, mas de larga extensão, de modo a poder abranger produtos benéficos com risco inerente (art. 8º), produtos potencialmente nocivos (art. 9º) e produtos com alto grau de nocividade (art. 10). (...) por ser um produto de alta nocividade, o tabaco certamente não é paradigma para o conceito de produto defeituoso, possuindo nesse aspecto escassa extensão. O inverso também é verdadeiro: por ser um produto de forte densidade de insegurança, o tabaco, com certeza, não atende a legítima expectativa de segurança dos consumidores. (...) o tabaco deve ser considerado um produto defeituoso em razão da sua concepção, pois não oferece possibilidade de uso seguro.”

19. LÚCIO DELFINO. “*A tutela jurisdicional na responsabilidade civil das indústrias do tabaco por dano advindos do tabagismo*”, 4 de abril de 2003, disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011601.pdf, (19/11/2016): “Não se podem considerar tais riscos normais em decorrência da natureza e fruição do cigarro. Em primeiro lugar, a natureza do cigarro, vista como um conjunto de substâncias que o compõem e que dele emanam quando aceso, é desconhecida pelo consumidor com inteligência mediana. (...) Além disso, até hoje, inúmeras doenças vêm sendo relacionadas ao tabagismo, o que demonstra inexistir conhecimento sobre a natureza do cigarro e os riscos que ele acarreta à saúde dos que o consomem ou encontram-se expostos a sua fumaça tóxica.”
20. FLÁVIO TARTUCE. “*A teoria do risco concorrente e o cigarro*”, data indeterminada, disponível em http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/751_ftartuce_teoriariscoconcorrentecigarro.pdf (19/11/2016): “não restam dúvidas de que o cigarro é um produto defeituoso, eis que não oferece segurança aos seus consumidores, levando-se em conta os perigos à saúde e os danos que são potencialmente causados aos fumantes [...] a indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, aplicando-se a equidade e buscando-se o critério máximo de justiça.”
21. NELSON NERY JÚNIOR, “*Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco*”, in *Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco*, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio De Janeiro, 2009, p.

- 418: “os cigarros não são produtos defeituosos, mas produtos com periculosidade inerente, sendo classificados na dogmática do direito do consumidor entre estes últimos. Produto perigoso não se confunde com defeituoso. A mera circunstância de o produto ser perigoso não enseja responsabilização, se tal periculosidade lhe é inerente e amplamente conhecida.”
22. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO. “*A dependência do tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor*” in *Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco*, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio De Janeiro, 2009 in *Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco*, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 73: “a dependência física ou psicológica, por si só, não representa dano ou lesão à integridade física. Dano, nesse contexto, seria o reflexo concreto na saúde da pessoa (vale dizer, o desenvolvimento de uma doença) em função do consumo prolongado de substâncias nocivas e não, simplesmente, a necessidade física ou psicológica de ingerir tais substâncias. Uma pessoa pode consumir durante a vida inteira cigarro sem que isso, entretanto, redunde no desenvolvimento de uma enfermidade (o dano à saúde).”
 23. Coca-Cola France finance la science... pour mieux vendre ses sodas, 06/04/2016, disponível em <https://www.foodwatch.org/fr/s-informer/topics/des-ruses-legales/dernieres-actus/coca-cola-france-finance-la-science-pour-mieux-vendre-ses-sodas/> (19/11/2016).
 24. Foodwatch estime que le géant américain des sodas a versé près de 7 millions d'euros pour obtenir des avis favorables sur les effets de ses boissons édulcorées, publicado em 19/04/2016, disponível em <http://www.lefigaro.fr/societes/2016/04/19/20005-20160419ARTFIG00123-coca-cola-accuse-de-payer-des-medecins-pour-vanter-ses-boissons-lights.php> (19/11/2016).
 25. Direito Comparado. “*Canadá: Condenadas empresas de tabaco: Indenização bilionária*”, publicado em 8 de julho de 2015, disponível em <http://www.altosestudios.com.br/?p=54220> (19/11/2016): “um tribunal de Québec condenou (1º) três empresas de tabaco multinacionais a pagar a um milhão de consumidores de tabaco 15,5 bilhões de dólares canadenses (cerca de US\$ 12,3 bilhões ou R\$ 39 milhões) – uma indenização inédita no Canadá, que põe fim a 17 anos de litígio”.
 26. JOÃO CALVÃO DA SILVA. “*Responsabilidade civil do produtor*”, Editora Almedina, Coimbra, 1996, p. 278.
 27. JOÃO CALVÃO DA SILVA. “*Responsabilidade civil do produtor*”, Editora Almedina, Coimbra, 1996, p. 380-2: “De um modo especial, pode dizer-se que casos típicos de aplicação da responsabilidade do produtor baseada na culpa são os que resultam da violação de normas legais destinadas à proteção do consumidor. Neste âmbito são de recordar a Lei-quadro de defesa do consumidor – que faz impender sobre o produtor o dever de proteção de riscos, prevenção genérica

- (art. 5º) e prevenção específica (art. 6º), a obrigação geral de segurança (art. 4º) e a obrigação de informação sobre as características essenciais dos bens (art. 9º) – e todos os diplomas legais que, regulamentando ou não aquela, estatuem sobre a normalização, padrões de qualidade e de segurança técnica, fabrico, embalagem, promoção ou publicidade, rotulagem, conservação, manuseamento, transporte, etc., dos produtos.”
28. SÉRGIO CAVALIERI FILHO. “*A Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, Programa de Responsabilidade Civil*”, 11ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 547: [Relação de consumo é] “qualquer relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem num polo o fornecedor de produtos e serviços e no outro o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços.”
 29. SINDE MONTEIRO. “*Rudimentos da Responsabilidade Civil*”. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/23773?locale=pt>, publicado em 2005 (consultado em 03/03/2017).
 30. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Lições de Responsabilidade Civil*”, Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2017, p. 128.
 31. *Idem*, p. 146.
 32. *Idem*, p. 203-6.
 33. *Idem*, p. 249.
 34. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Lições de Responsabilidade Civil*”, Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., p. 261, 2017: “A questão que passa a orientar o jurista é – numa formulação positiva – a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou – numa formulação negativa – a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante” [...] e, em seguida, conclui que nessa construção teórica “...albergam-se formulações absolutamente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, que quadra mal com intencionalidade jurídica, até um conceito normativizado de causalidade. O certo, porém, é que mesmo numa visão normativa de adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta”.
 35. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Lições de Responsabilidade Civil*”, Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2017, p. 264.
 36. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Responsabilidade Civil Extracontratual. Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*”. Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2014, p. 23.
 37. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Risco alimentar e responsabilidade Civil, em especial a responsabilidade pela indução à ingestão de alimentos não saudáveis. Actas do Colóquio Risco Alimentar*”, realizado em 29 de maio de 2015. Editor: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 47-8.
 38. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Lições de Responsabilidade Civil*”, Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2017, p. 276: “há de

provar que a conduta do agente teve um papel na história do evento danoso (...) bastando o envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade e se torna translúcido no momento da comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no momento em que o lesado apresenta os contornos da situação material controvertida e a prove”.

39. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Responsabilidade Civil Extracontratual. Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*.” Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2014, p. 69.
40. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Responsabilidade Civil Extracontratual. Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*.” Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2014, p. 114.
41. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Responsabilidade Civil Extracontratual. Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*.” Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2014, p. 164-5.
42. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA. “*Lições de Responsabilidade Civil*”, Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2017, p. 212.

Referências

- ANTUNES, Henrique Sousa. “Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco”, *Direito e Justiça*, vol. XVII (2003), p. 191.
- AZEVEDO, Álvaro Villça, “A dependência do tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor” in *Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco*, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009 in *Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco*, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “*Lições de Responsabilidade Civil*”, Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2017.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “*Responsabilidade Civil Extracontratual. Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*.” Ed. Principia, Cascais, 1ª ed., 2014.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “Risco alimentar e responsabilidade Civil, em especial a responsabilidade pela indução à ingestão de alimentos não saudáveis. Actas do Colóquio Risco Alimentar”, realizado em 29 de maio de 2015. Editor: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.
- CALVÃO DA SILVA, João. “*Responsabilidade civil do produtor*”, Editora Almedina, Coimbra, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. “*A responsabilidade civil nas relações de consumo, programa de responsabilidade Civil*”, 11ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014.

- DELFINO, Lúcio. “A tutela jurisdicional na responsabilidade civil das indústrias do tabaco por dano advindos do tabagismo”, 4 de abril de 2003, disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011601.pdf.
- FROTA, Mário Ângelo Leitão. “Do ordenamento jurídico do tabaco e dos seus produtos na União Europeia – Reflexos em Portugal”, Editora Mar da Palavra. 1ª ed., Coimbra, 2007.
- MONTEIRO, Sinde. “Rudimentos da Responsabilidade Civil”. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/23773?locale=pt>, publicado em 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. “Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco”, in Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- PASQUALOTTO, Adalberto. “O direito dos fumantes à indenização”, 2014, disponível em www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/219/155.
- TARTUCE, Flávio. “A teoria do risco concorrente e o cigarro”, data indeterminada, disponível em http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/751_FTartuce_TeoriaRiscoConcorrenteCigarro.pdf.
- TEPEDINO, Gustavo. “Liberdade de escolha, dever de informar, defeito no produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro”, in Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente O paradigma do tabaco, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 3ª edição.
- VICENTE, Dário Moura. “Entre autonomia e responsabilidade: da imputação de danos às tabaqueiras no direito comparado”, Revista da Ordem dos Advogados – ROA, 2013 (Ano 73), n. 1, p. 213-265, disponível em www.portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2013/ano-73-voli-jan.../doutrina/.

O LIVRO DE RECLAMAÇÕES ONLINE – A REFORMA “COSMÉTICA” DO “SIMPLEX+ 2016”

MARISA DINIS¹

Doutora em Direito (Universidade de Salamanca)

SUSANA ALMEIDA²

Doutora em Direito (Universidade de Salamanca)

EXCERDOS

“O livro de reclamações constitui um dos instrumentos que tornam mais acessível o exercício do direito de queixa, ao proporcionar ao consumidor a possibilidade de reclamar no local onde o conflito ocorreu”

“Cremos que são sobejamente conhecidos os riscos acrescidos que representa, para o consumidor, a contratação através de meios digitais, podendo haver maior predisposição para que os fornecedores de bens e prestadores de serviços violem a lei pelo fato de se encontrarem fisicamente longe do consumidor”

“Sempre que a reclamação é feita em formato físico, cabe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços remeter o original da folha de reclamação para a entidade competente”

“Apenas nas reclamações apresentadas eletronicamente, exceção feita às reclamações apresentadas no âmbito de serviços públicos essenciais, se obriga o fornecedor de bens ou prestador de serviços a responder ao consumidor”

“O livro de reclamações tem sido entendido como uma fundamental ferramenta ao serviço dos consumidores, permitindo que estes exerçam o seu direito de reclamação face ao incumprimento ou cumprimento defeituoso da relação contratual que encetaram”

I. Considerações iniciais

O artigo 3º da denominada Lei de Defesa do Consumidor, a Lei 24/96, de 31 de julho, elenca nas suas diversas alíneas os direitos do consumidor, referindo, na alínea *a*), que estes têm direito à qualidade dos bens e serviços. No artigo seguinte, concretiza este direito afirmando que “os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor”. Este direito substantivo foi depois preenchido desenvolvidamente pelo Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, que regula a venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. É precisamente nesta sede que a atuação do livro de reclamações é essencial. Na verdade, esta ferramenta tem sido entendida, desde sempre, como um aliado do consumidor cujo objetivo principal reside no fato de, desta forma, simples, célere e pouco onerosa, se poderem denunciar incumprimentos ou cumprimentos defeituosos que põem em causa a boa execução dos contratos de compra e venda e de prestação de serviços. Assim, pretende-se, igualmente, repor a igualdade material dos intervenientes nas relações jurídicas de consumo, tal como demanda o n. 1 do artigo 9º da predita Lei de Defesa do Consumidor.

A evolução jurídica do livro de reclamações tem sido evidente. Com efeito, apesar de o respectivo regime jurídico vir regulado no Decreto-Lei 156/2005, de 15 de setembro, a sua existência no plano jurídico português remonta à década de 60 do passado século. Desde então, o regime jurídico aplicável foi sofrendo diversas alterações e foi vendo o seu âmbito de abrangência alargado até abarcar praticamente todas as atividades, como melhor veremos adiante. Neste escrito, pretendemos, de forma sucinta, dar conta da mais recente alteração legislativa que se fez sentir neste particular e que adveio da entrada em vigor do Decreto-Lei 74/2017, de 21 de junho. A análise que segue, pese embora, como se referiu, abreviada, não se exime às críticas que se entende formular, já que, em nosso entendimento, a reforma que se operou é, na verdade, “cosmética” e parca em soluções substanciais.

II. Do livro de reclamações – génese e funções

Mencionámos supra que a existência do livro de reclamações no plano jurídico português remonta à década de 60 do séc. 20. Com efeito, assim é. Foi em 1969 que se instituiu, pela primeira vez, a obrigação de os estabelecimentos hoteleiros, de restauração e de bebidas, facultarem aos seus clientes o livro de reclamações. Em 1973, esta obrigação dirigiu-se aos operadores turísticos, em 1985 aos titulares de salas de jogo do bingo, em 1992 aos titulares de lojas de mediação imobiliária, em 1993 aos titulares de unidades privadas de saúde, em 2001 aos titulares de agências funerárias, em 2003 aos titulares de campos de férias, em 2004 aos titulares de estabelecimentos termais e, finalmente, em 2005 aos titulares de estabelecimentos de bronzamento artificial. Foram, pois, diversos os diplomas que, sucedendo uns aos outros, permitiram alargar paulatinamente a obrigação do livro de reclamações a um elevado número de atividades. Porém, esta diversidade legislativa conduziu a que, na prática, coexistissem diferentes modelos de livros de reclamações e consequentemente diferentes procedimentos.

Ainda em 2005, o legislador entendeu que tinha chegado a altura de, por um lado, alargar a obrigatoriedade do livro de reclamações a outras atividades que, apesar do processo de extensão verificado, continuavam excluídas e, por outro lado, uniformizar o modelo do livro de reclamações e os procedimentos a adotar em caso de reclamação. O principal objetivo do Decreto-Lei 156/2005, de 15 de setembro, foi efetivamente, como decorre do próprio preâmbulo, “tornar obrigatória a existência do livro de reclamações a todos os fornecedores de bens e prestadores de serviços que tenham contato com o público”, aproveitando-se, porém, o ensejo para tratar da sua uniformização. Foi, pois, desta forma, que se construiu, pela primeira vez, um regime jurídico unitário do livro de reclamações aplicável a praticamente todas as atividades, exceto aos serviços e organismos da administração pública que continuaram (e continuam) a reger-se pelo disposto nos artigos 38º e 35º-A³ do Decreto-Lei 135/99, de 22 de abril.

Para além dos supramencionados objetivos, expressamente declarados no diploma, o preâmbulo apresenta afirmações que

encerram importantes concepções a respeito da pertinência, da *ratio* e das funções do livro de reclamações. Com efeito, cremos que é relevante o fato de o legislador afirmar perentoriamente que “o livro de reclamações constitui um dos instrumentos que tornam mais acessível o exercício do direito de queixa, ao proporcionar ao consumidor a possibilidade de reclamar no local onde o conflito ocorreu” e que “a criação deste livro teve por base a preocupação com um melhor exercício da cidadania através da exigência do respeito dos direitos dos consumidores”. Não temos dúvidas, pois, que ao livro de reclamações está cometida uma importante função na defesa dos direitos dos consumidores, permitindo que estes reclamem, de imediato, de forma célere, económica e simples, sempre que vejam os seus direitos afetados e sempre que a conduta do agente económico seja contrária à lei. Por outro lado, não podemos deprecizar que a mera possibilidade de os consumidores fazerem uso do livro de reclamações permite, não raras vezes, que o conflito que se gerou, entre o consumidor e o agente económico, seja resolvido de imediato, sem a intervenção de terceiros e sem as delongas que uma resolução judicial (e mesmo extrajudicial) acarretaria. Trata-se, assim, de um forte instrumento na prevenção de conflitos. No entanto, estas consequências, sem dúvida importantes e de elevado relevo, não são suficientes para que possamos afirmar que o livro de reclamações é um instrumento absolutamente eficaz na defesa dos direitos dos consumidores. Na verdade, ainda há algumas medidas a tomar para que, na prática, o livro de reclamações cumpra de forma eficaz as funções que lhe se atribuem.

O Decreto-Lei 156/2005 sofreu, até à presente data, seis alterações, produzidas cronologicamente pelos seguintes diplomas⁴: Decreto-Lei 371/2007, de 6 de novembro, Decreto-Lei 118/2009, de 19 de maio, Decreto-Lei 317/2009, de 30 de outubro, Decreto-Lei 242/2012, de 7 de novembro e Decreto-Lei 74/2017, de 21 de junho⁵. Esta última alteração, a que naturalmente nos importa mais nesta análise, surge, segundo se afirma no preâmbulo do diploma, com o objetivo de reforçar os direitos dos consumidores, de facilitar a relação entre consumidores e agentes económicos e de relançar a economia, objetivos que, aliás, resultam do próprio Programa do XXI Governo Constitucional. Do preâmbulo resulta ainda que é essencial

modernizar e simplificar o livro de reclamações, em especial no que toca à sua desmaterialização e à desmaterialização dos procedimentos inerentes às reclamações. A medida “livro de reclamações *online*” consta do programa Simplex+ 2016 e traduz-se, de forma muito sintética e desprendida (ainda) de considerações críticas, na possibilidade de os consumidores apresentarem reclamações sobre os fornecedores de bens ou prestadores de serviços de forma eletrónica em vez de o fazerem, como até agora, em suporte de papel, no livro de reclamações disponibilizado, nos termos legais, para o efeito. Acresce à possibilidade de o consumidor apresentar eletronicamente a sua reclamação a faculdade de, desta forma, submeter pedidos de informação e de consultar o estado em que se encontra o tratamento da reclamação apresentada. Trata-se, com certeza, de uma boa medida que, por um lado, facilita o acesso à queixa por parte do consumidor e, por outro, permite – ou pelo menos assim o dita o preâmbulo do diploma – um tratamento mais célere e eficaz por parte das entidades de controlo. Trata-se, repetimos, de uma boa medida. Veremos, adiante, se bem implementada.

III. Do Decreto-Lei 74/2017, de 21 de junho – o antes e o depois

1. Do âmbito de aplicação

Dispõe o n. 1 do artigo 2º do Decreto-Lei 156/2005, nas suas duas alíneas, que ficam obrigados a disponibilizar o livro de reclamações, em suporte físico, todos os fornecedores de bens e prestadores de serviços que “se encontrem instalados com carácter fixo ou permanente, e neles seja exercida, exclusiva ou principalmente, de modo habitual e profissional, a atividade” e que “tenham contato com o público, designadamente através de serviços de atendimento ao público destinado à oferta de produtos e serviços ou de manutenção das relações de clientela”. A análise deste preceito merece duas notas. Por um lado, os requisitos acabados de enumerar são cumulativos, como se depreende da leitura das preditas alíneas. Por outro lado, há que recordar que o diploma apresenta um anexo (onde discrimina

as atividades abarcadas pela obrigação de disponibilizar livro de reclamações) que é referenciado no n. 1 deste artigo 2º. No entanto, as atividades aí referidas não edificam um elenco fechado, para estes efeitos, já que o n. 1 deste artigo 2º refere que esta obrigação incide sobre todos os fornecedores de bens e prestadores de serviços, “designadamente os identificados no anexo ao presente decreto-lei”.

Ora, desta forma, resulta que, de uma banda, todas as atividades constantes do anexo que reúnam os requisitos das alíneas *a)* e *b)* têm a obrigação de disponibilizar livro de reclamações físico (exceto se a lei determinar outra solução); de outra banda, fornecedores de bens e prestadores de serviços que exerçam atividades não constantes do anexo, mas reúnam os requisitos referidos nas alíneas *a)* e *b)*, e a lei não lhe imponha outra via, têm de disponibilizar o formato físico do livro de reclamações. Paralelamente à obrigação de o fornecedor de bens e de o prestador de serviços disponibilizarem o livro de reclamações, em suporte físico, coexiste a obrigação de o fazerem em suporte eletrónico, tal como prescreve o n. 2 do seu artigo 2º. Os formatos ou suportes, eletrónico e físico do livro de reclamações, serão objeto de análise, em momento ulterior. Agora, cumpre extrair deste n. 2 um dado importante: a obrigação de disponibilizar o livro de reclamações incidirá, pela primeira vez, sobre aqueles que exercem as suas atividades através de meios digitais.

Fornecedor
de bens e o
prestador de
serviços devem
disponibilizar
o livro de
reclamações em
suporte eletrónico

A redação do n. 2 do artigo 2º do Decreto-Lei 156/2005 foi dada pelo Decreto-Lei 74/2017 e configura, na verdade, como principal novidade, o fato de todas as atividades abrangidas pela obrigação de disponibilizar o livro de reclamações terem de o fazer em ambos os formatos, exceto aquelas que são desenvolvidas por meios digitais que apenas têm de disponibilizar o livro de reclamações em suporte eletrónico, o que se compreende dada a natureza da atividade exercida. Esta novidade legislativa representa um alargamento do âmbito da obrigação de disponibilizar o livro de reclamações. Pela primeira vez, ficam também com este ónus os que exercem a sua atividade através

dos meios digitais⁶. Falamos, na maior parte das vezes, do comércio eletrônico. De fato, até agora, o comércio eletrônico funcionava completamente à margem desta obrigação, em nosso entendimento, incompreensivelmente. Cremos que são sobejamente conhecidos os riscos acrescidos que representa, para o consumidor, a contratação através de meios digitais, podendo haver maior predisposição para que os fornecedores de bens e prestadores de serviços violem a lei pelo fato de se encontrarem fisicamente longe do consumidor. A lei tentado, nos últimos tempos, aumentar a segurança da contratação eletrônica, em geral, e do comércio eletrônico, em particular, mas a obrigação de as atividades assim desenvolvidas disponibilizarem livro de reclamações será, sem dúvida, uma mais-valia. Se implementada corretamente, poderá ser um contributo importante na defesa dos direitos dos consumidores que contratam eletronicamente e, portanto, na confiança na sociedade digital e, consequentemente, no aumento exponencial do comércio digital.

Em face do exposto, não se compreende, de forma alguma, a opção legislativa de adiar a entrada em vigor desta medida para 1º de julho de 2018. Como melhor veremos, a versão *online* do livro de reclamações não será obrigatória em simultâneo para todas as atividades. Trata-se de uma medida, cuja entrada em vigor será faseada, em dois momentos, e mediará, entre o primeiro momento e o segundo, um ano. As atividades exercidas através de meios digitais apenas terão de disponibilizar o livro de reclamações a partir de 1º de julho de 2018, visto que não integram as atividades que têm imperativamente de o fazer na primeira fase, isto é, a partir de 1º de julho de 2017⁷. Ora, por ser assim, o comércio eletrônico ganha mais um ano de isenção desta obrigação. Não se percebe bem os ganhos deste adiamento, mas sabe-se que será na esfera jurídica do consumidor que recairão, novamente, os prejuízos.

Ainda sobre o âmbito de aplicação do diploma, há que recordar, como relembra o n. 3 do artigo 2º, que os serviços e organismos da administração pública são regulados, como vimos, por diploma próprio. Sem embargo, há que atentar no disposto no n. 6 do artigo 2º, que determina que ficam sob alçada das regras do Decreto-Lei 156/2005, e não do Decreto-Lei 135/99, os “serviços e organismos

da Administração Pública encarregues da prestação dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos”.

O Decreto-Lei 74/2017 trouxe, ainda no que respeita ao âmbito de aplicação do diploma, uma importante clarificação ao esclarecer, no n. 4 do artigo 2º, que “são abrangidas pela obrigação de disponibilização do livro de reclamações as associações sem fins lucrativos que exerçam atividades idênticas às dos estabelecimentos identificados no anexo ao presente decreto-lei”.

2. Do formato físico e do formato eletrónico do livro de reclamações

O Decreto-Lei 74/2017 é claro ao afirmar que tem como principal objetivo o de instituir a obrigatoriedade das reclamações *online*. Assim, na nova redação do n. 2 do artigo 1º, pode ler-se que “o presente decreto-lei institui a obrigatoriedade de existência e disponibilização do livro de reclamações, nos formatos físico e eletrónico”.

No termos do disposto no artigo seguinte, nos n.ºs 1 e 2, todas as atividades sujeitas a esta obrigação (analisadas anteriormente aquando da verificação do âmbito de aplicação do diploma) têm de disponibilizar o livro de reclamações nos dois formatos (exceto as que são exercidas por via digital que, naturalmente, apenas têm de disponibilizar o respectivo formato eletrónico). Por sua vez, estabelece o n. 8 do artigo 2º uma equivalência legal entre a validade da reclamação apresentada em formato eletrónico e a validade da reclamação apresentada em formato físico.

Ora, resulta do exposto que o diploma de 2017 veio aditar o formato eletrónico do livro de reclamações ao formato físico desse mesmo livro. Não se trata, como não poderia ser, sob pena de prejudicar seriamente os seus destinatários, da substituição do formato físico do livro de reclamações pelo formato eletrónico. Trata-se, antes porém, de acrescentar ao formato físico o formato eletrónico, que funcionarão coetaneamente, deixando à consideração do destinatário qual o formato de que se pretende socorrer. Se dúvidas existissem sobre esta afirmação, o n. 6 do artigo 5º-B trataria de as dissipar ao afirmar perentoriamente que “a existência e disponibilização do formato

eletrónico do livro de reclamações não afasta a obrigatoriedade de disponibilização, em simultâneo, do formato físico do livro de reclamações, nos estabelecimentos a que se refere o n. 1 do artigo 2º”.

O diploma divide em capítulos diferentes a regulação dos dois formatos, cabendo ao capítulo II o formato físico do livro de reclamações e o procedimento que o fornecedor de bens ou prestador de serviços tem de observar nestes casos, e no capítulo seguinte regula o formato eletrónico do livro de reclamações e o procedimento a ser adotado.

Do n. 1 do artigo 3º, referente portanto ao formato físico do livro de reclamações, resulta que o fornecedor de bens ou prestador de serviços é obrigado a possuir livro de reclamações nos estabelecimentos a que respeita a atividade e a facultá-lo, de imediato (ainda que com respeito pela ordem de atendimento prevista no estabelecimento comercial e pelas regras decorrentes do regime de atendimento prioritário), a quem o solicitar. No n. 2 do mesmo artigo, adverte-se que o fornecedor de bens ou prestador de serviços não pode justificar a falta de livro de reclamações no estabelecimento em que este é solicitado pelo fato de o mesmo se encontrar disponível noutro estabelecimento ou pelo fato de disponibilizar o formato eletrónico do livro de reclamações. Sobre esta matéria veja-se o interessante acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de abril de 2014, que afirma que o fornecedor de bens ou prestador de serviços pode conseguir cumprir esta obrigação mesmo sem ter um livro de reclamações em cada estabelecimento, desde que o consiga disponibilizar, de forma imediata, quando solicitado. O objetivo do legislador é claro: permitir que o consumidor exerça o direito de queixa sem ter encargos acrescidos (sejam os de se deslocar a outro estabelecimento ou os resultantes de um demora excessiva) que poderiam influenciar a sua decisão de apresentar a reclamação⁸.

Sobre o fornecedor de bens ou prestador de serviços incide ainda a obrigação de “afixar no seu estabelecimento, em local bem visível e com caracteres facilmente legíveis pelo consumidor ou utente, a seguinte informação: i) “Este estabelecimento dispõe de livro de reclamações”; ii) ‘Entidade competente para apreciar a reclamação: [identificação e morada completas da entidade]’” [cfr. art. 3º, n. 1, alínea c)].

Sempre que a reclamação é feita em formato físico, cabe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços remeter o original da folha de reclamação para a entidade competente, conforme disposto na alínea *e*) do n. 1 do artigo 3º e do n. 2 do artigo 5º.

Caberá, igualmente, ao fornecedor de bens ou prestador de serviços garantir a existência durante, pelo menos, três anos de um arquivo organizado dos livros de reclamações que tenha organizado [cfr. artigo 3º, n. 1, alínea *d*)].

Por sua vez, no que respeita ao formato eletrónico do livro de reclamações, rege o artigo 5º-B, aditado pelo Decreto-Lei 74/2017, reforçando a obrigação de o fornecedor de bens ou prestador de serviço disponibilizar este formato do livro de reclamações e de divulgar “nos respectivos sítios na Internet, em local visível e de forma destacada, o acesso à Plataforma Digital”. Determina igualmente que quem não dispuser de sítios da internet deve ser titular de endereço de correio eletrónico para receber, por esta via, as reclamações submetidas através da plataforma digital. Note-se, portanto, que o legislador não obriga que os fornecedores de bens e os prestadores de serviços criem sítios na internet para receber as reclamações efetuadas na plataforma. Basta, pois, que sejam titulares de endereço eletrónico. A introdução do livro de reclamações *online* não implicará, pois, gastos desmesurados para os titulares das atividades obrigadas a oferecê-lo. Na verdade, na prática atual, poucos serão os fornecedores de bens e os prestadores de serviços que não cumprem este requisito e que não estejam em condições técnicas de imediatamente receber as reclamações por via eletrónica.

3. Da formulação da reclamação

Os requisitos para a apresentação da reclamação divergem consoante a mesma seja apresentada no formato físico do livro de reclamações ou no formato eletrónico. Assim, a reclamação materializada em papel deve obedecer às condições decorrentes do artigo 4º. Trata-se, naturalmente, de uma reclamação formulada mediante o preenchimento da folha de reclamação inserta no formato físico do livro de reclamações que apresenta instruções específicas para o respectivo preenchimento e que devem ser devidamente seguidas.

Assim, entre outros cuidados, deve o consumidor ou utente “a) preencher de forma correta e completa todos os campos relativos à sua identificação e endereço; b) Preencher de forma correta a identificação e o local do fornecedor de bens ou prestador do serviço; c) Descrever de forma clara e completa os fatos que motivam a reclamação, respeitando o espaço que se destina à respectiva descrição; d) Apor a data da reclamação”. De acordo com o estatuído nos n.ºs 3 e 4 deste preceito, cabe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços auxiliar o consumidor ou utente nesta tarefa, informando-o sempre que necessário da correta identificação e local do estabelecimento e disponibilizando-se para, sempre que necessário, preencher a reclamação pelo utente ou pelo consumidor (o legislador aponta, para estes efeitos, o caso particular de o consumidor ou utente ser analfabeto ou possuir alguma incapacidade física que o impeça de preencher a reclamação por si).

Uma vez preenchida a folha de reclamação nos termos anteriormente descritos, caberá ao fornecedor do bem ou ao prestador de serviços, ou a algum funcionário do estabelecimento, remeter o original da folha do livro de reclamações para a entidade devida. Tem, para tanto, 15 dias úteis (artigo 5.º, n. 1). A acompanhar a folha de reclamação deve seguir, sempre que exigível (conforme veremos no ponto seguinte), a resposta já enviada ao consumidor ou ao utente por ocasião da reclamação e, nas particulares situações em que a queixa versa sobre publicidade, um exemplar da publicidade que deu azo à reclamação (artigo 5.º, n. 2). Paralelamente com estes dados, de natureza impositiva, pode o fornecedor de bens ou prestador de serviços prestar os esclarecimentos que entenda por necessários (artigo 5.º, n. 3).

Do preenchimento da folha de reclamação resulta ainda para o fornecedor de bens ou prestador de serviços (ou para o funcionário) a obrigação de entregar ao reclamante o duplicado da reclamação (se este recusar deve arquivar-se o duplicado com a indicação da recusa por parte do consumidor ou do utente) e de garantir que o triplicado é mantido devidamente no livro de reclamações do qual é parte integrante (artigo 5.º, n.ºs 4 e 5).

Para garantir que o fornecedor de bens ou prestador de serviço não incumpra o dever essencial de remeter o original da reclamação à

entidade competente, permite o legislador que o consumidor ou utente remeta, por sua iniciativa, o duplicado a esta entidade (artigo 5º, n. 6).

Ainda sobre as reclamações materializadas em papel, devemos analisar o disposto no artigo 5º-A, aditado pelo Decreto-Lei 74/2017, que, sob a epígrafe “envio digital das folhas do livro de reclamações em formato físico”, encerra a possibilidade de as entidades de controlo determinarem a obrigatoriedade da remessa da folha de reclamação, e bem assim dos dados que obrigatoriamente a têm de acompanhar, por via eletrónica. Note-se que, nas situações em que a entidade de controlo não obriga ao envio digital das folhas do livro de reclamações, pode o fornecedor de bens ou prestador de serviço, fazê-lo livremente, ao abrigo do disposto no n. 2 do artigo supramencionado.

Como forma de comprovar estes envios, recai sobre o fornecedor de bens ou prestador de serviços a obrigação de “manter, por um período de três anos, um arquivo devidamente organizado dos documentos originais e dos comprovativos da respectiva remessa no formato eletrónico, salvo se prazo superior for fixado em legislação especial” (artigo 5º-A, n. 3).

Refere o n. 4 do artigo 5º-A que “para efeitos do disposto nos n.ºs 1 e 2, a entidade reguladora do setor ou a entidade de controlo de mercado competente deve, pela mesma via, acusar a recepção das folhas de reclamação e demais elementos documentais”. Não compreendemos bem a técnica legislativa aqui utilizada. Impõe esta norma que a entidade de controlo afirme, de forma expressa, que recepcionou os elementos em causa? Bastará que a mensagem enviada solicite recibo de leitura ou recibo de entrega para satisfazer esta obrigação? Atendendo ao atual estado da técnica, cremos que não seria necessário onerar a entidade reguladora com a obrigação de remeter uma mensagem ao fornecedor de bens ou prestador de serviços quando, de forma automática, se consegue satisfazer este objetivo. Por outro lado, parece-nos que esta imposição cumpre mais

Do preenchimento da folha de reclamação resulta ainda para o fornecedor de bens ou prestador de serviços a obrigação de entregar ao reclamante o duplicado da reclamação

os desígnios do n. 3 do que propriamente os dos n^{os} 1 e 2 mencionados no preceito, já que é aquele, e não estes, que obriga o fornecedor de bens ou prestador de serviços a guardar os comprovativos da remessa no formato eletrónico (certo que refere os comprovativos da remessa e não os comprovativos da recepção, mas se os documentos foram recebidos será porque foram remetidos).

Seja como for e independentemente de considerações de ordem conceptual, trata-se de uma boa medida que poderá agilizar o processo. cremos, no entanto, que não se tirou partido do atual estado da técnica, no que às TIC respeita, e não se adequaram as exigências legais às tecnologias atuais.

No que respeita à reclamação apresentada em formato eletrónico rege o artigo 5º-C, aditado pelo Decreto-Lei 74/2017. Daqui se retira que a reclamação é apresentada através da plataforma digital. Decorre, por sua vez, do n. 2 do mesmo preceito que é de aplicar, nesta sede, com as necessárias adaptações, o disposto no n. 4 do artigo 4º. Recorde-se que este normativo dita que “quando os consumidores ou utentes estejam impossibilitados de preencher a folha de reclamação por razões de analfabetismo ou incapacidade física, o fornecedor de bens, o prestador dos serviços ou qualquer responsável pelo atendimento deve, no momento da apresentação da reclamação e a pedido do consumidor ou utente, efetuar o respectivo preenchimento nos termos descritos oralmente por este”. Quererá isto dizer, então, que, lido com as necessárias adaptações e em conjunto com o n. 2 do artigo 5º-C, “quando os consumidores ou utentes estejam impossibilitados de preencher a *reclamação em formato eletrónico* por razões de analfabetismo ou incapacidade física, o fornecedor de bens, o prestador dos serviços ou qualquer responsável pelo atendimento deve, no momento da apresentação da reclamação e a pedido do consumidor ou utente, efetuar o respectivo preenchimento nos termos descritos oralmente por este, *sem que isso implique a obrigação de disponibilizar meio de acesso à Plataforma Digital*”. Duvidamos do real alcance e do efetivo interesse desta norma. Vejamos. Se não se disponibiliza o acesso à plataforma digital significa que o consumidor ou o utente deve aceder pelos seus próprios meios a esta plataforma. Levará, portanto, o seu computador, *tablet* ou telemóvel,

ao estabelecimento do fornecedor de bens ou prestador de serviços para que seja este a formular a reclamação em formato eletrônico. Não será, neste caso, melhor solução utilizar o formato físico do livro de reclamações? Diríamos que sim, se o direito de resposta estivesse previsto em todas as situações. No entanto, como veremos de seguida, apenas nas reclamações apresentadas eletronicamente, exceção feita às reclamações apresentadas no âmbito de serviços públicos essenciais, se obriga o fornecedor de bens ou prestador de serviços a responder ao consumidor. Por isso, na verdade, a utilização do formato eletrônico representa uma real vantagem para o consumidor. Não se percebe é como que se garante a efetiva concretização desta medida se não se obriga o fornecedor de bens ou prestador de serviço a disponibilizar a plataforma digital que permite proceder à reclamação.

4. Da obrigação de resposta ao consumidor

Consagra o n. 4 do artigo 5º-B a obrigação de o fornecedor de bens ou prestador de serviços “responder ao consumidor ou utente no prazo máximo de 15 dias úteis a contar da data da reclamação, salvo se for estabelecido prazo inferior em lei especial, para o endereço de correio eletrónico indicado no formulário, informando-o, quando aplicável, sobre as medidas adotadas na sequência da mesma”. Tratando este artigo das obrigações do fornecedor de bens e do prestador de serviços relativas ao formato eletrônico do livro de reclamações, bem se compreende que esta obrigação não abrange as reclamações materializadas em papel. Exceção feita, por imperativo do disposto no n. 5 do artigo 3º, às reclamações apresentadas no âmbito dos serviços públicos essenciais que merecem, em todos os casos, direito de resposta, conforme preceitua este dispositivo: “o prestador de serviço público essencial, a que se refere a Lei n. 23/96, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro, é obrigado a responder ao consumidor e utente no prazo máximo de 15 dias úteis a contar da data da reclamação lavrada no livro de reclamações”.

Ao contrário do que resulta do preâmbulo do Decreto-Lei 74/2017, que dá a entender que esta diferença de tratamento representa uma

discriminação positiva porquanto pretende incentivar ao uso das tecnologias na apresentação de reclamações, entendemos que se perdeu uma excelente oportunidade para tornar o livro de reclamações um instrumento mais eficiente na garantia dos direitos do consumidor. Com efeito, infelizmente, as consequências práticas advenientes da apresentação das reclamações são, não raras vezes, insignificâncias que deixam o fornecedor de bens ou prestador de serviços satisfeito e o consumidor ou utente profundamente desagradado. A obrigação de responder à reclamação apresentada será, para o consumidor ou utente, a forma de ver a sua reclamação analisada e, se possível, solucionada (já que se faz referência às medidas tomadas pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços por ocasião da queixa apresentada). Por ser assim, não nos parece razoável que apenas as queixas apresentadas eletronicamente sejam merecedoras de resposta. Trata-se, em nossa opinião, de uma falha grave do diploma que deveria ser corrigida a breve trecho⁹.

Esta obrigação de resposta por parte do fornecedor de bens ou prestador de serviços não se confunde com os procedimentos que a entidade de controlo de mercado competente e a entidade reguladora têm de adotar e que constam do artigo 6º¹⁰. De fato, o n. 3 desse dispositivo, na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei 371/2007, de 6 de novembro, dispõe que a autoridade administrativa pode – no sentido de um poder-dever – “através de comunicação escrita, informar o reclamante sobre o procedimento ou sobre as medidas que tenham sido ou que venham a ser adotadas na sequência da reclamação formulada”, devendo fazê-lo no prazo supletivo de 10 dias, em conformidade com o disposto no artigo 86º do Código de Procedimento Administrativo. Deste modo, a obrigação de resposta ao reclamante por parte da autoridade administrativa já se encontrava, no nosso entender, prevista no diploma e manteve-se incólume às novas alterações.

5. Do regime contraordenacional

Nos termos do n. 1 do artigo 9º do Decreto-Lei 156/2005, na redação dada pelo Decreto-Lei 74/2017, “constituem contraordenações puníveis com a aplicação das seguintes coimas: a) De (euro) 250 a

(euro) 3500 e de (euro) 1500 a (euro) 15 000, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva, a violação do disposto nas alíneas *a*), *b*) e *e*) do n. 1 do artigo 3º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5º, no n. 3 do artigo 5º-A, nos n.ºs 1 a 3 do artigo 5º-B e nos n.ºs 1 e 3 do artigo 8º; b) De (euro) 150 a (euro) 2500 e de (euro) 500 a (euro) 5000, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva, a violação do disposto no n. 3 do artigo 1º, nas alíneas *c*) e *d*) do n. 1 e nos n.ºs 2, 3 e 5 do artigo 3º, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 4º, nos n.ºs 4 e 5 do artigo 5º, no n. 4 do artigo 5º-B, no n. 6 do artigo 6º e nos n.ºs 2 e 5 do artigo 8º”. A importância da norma para este estudo reside sobretudo no fato de, em 2017, os montantes aplicáveis terem sofrido uma diminuição significativa¹¹.

A bondade da alteração legislativa apenas poderá ser apurada nos tempos vindouros. Diríamos, porventura, que se alguns montantes eram efetivamente exagerados, face à violação legal cometida, agora são praticamente insignificantes e podem não ter o efeito dissuasor que se pretendia.

O n. 3 do artigo 9º prescreve que “em caso de violação do disposto na alínea *b*) do n. 1 do artigo 3º, acrescida da ocorrência da situação prevista no n. 4 do mesmo artigo, o montante da coima a aplicar não pode ser inferior a metade do montante máximo da coima prevista”. A redação segue igual, mas agora com valores relativamente inferiores pelo fato de o valor máximo ter sido reduzido para metade. Talvez isto seja suficiente para acalmar a questão que se chegou a colocar sobre a eventual inconstitucionalidade deste preceito com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade consagrado no n. 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa¹².

6. Da rede telemática de informação comum e da plataforma digital

A rede telemática de informação comum (RTIC), que já havia sido criada pelo Decreto-Lei 118/2009, de 19 de maio, e que se destinava ao registo e tratamento das reclamações dos consumidores, permitindo inclusivamente o acompanhamento da tramitação da reclamação, mantém-se regulada no artigo 12º e vem agora integrar-se na plataforma digital mencionada no artigo 12º-A, aditado pelo Decreto-Lei 74/2017¹³.

A RTIC tinha e tem como principal objetivo “garantir a comunicação e o intercâmbio de informação estatística em matéria de conflitualidade de consumo decorrente das reclamações e assegura o seu armazenamento e gestão por parte das entidades reguladoras e de controlo de mercado competentes, proporcionando aos reclamantes e reclamados o acesso à informação sobre a sua reclamação”. Para tanto, obriga as entidades reguladoras e de controlo de mercado competentes “a registar e a tratar diretamente as reclamações recebidas através do formato físico do livro de reclamações na RTIC ou a providenciar ligações entre esta rede e a sua própria rede que permitam a comunicação de dados entre ambas”. A principal vantagem da RTIC, para o consumidor ou utente, reside no fato de através desta plataforma poder consultar a fase em que se encontra a sua reclamação. Note-se que esta faculdade é igualmente concedida ao profissional reclamado.

IV. Conclusões

O livro de reclamações tem sido entendido como uma fundamental ferramenta ao serviço dos consumidores, permitindo que estes exerçam o seu direito de reclamação face ao incumprimento ou cumprimento defeituoso da relação contratual que encetaram e, por outra via, possibilitando a denúncia de práticas ilícitas por parte dos agentes económicos.

Ora, o formato do livro de reclamações foi uniformizado em 2005, por via do Decreto-Lei 156/2005, e tem sido, desde então, o único formato obrigatoriamente disponível para efeitos de apresentação de reclamações por parte dos consumidores ou utentes, num elevadíssimo número de atividades económicas materializadas num estabelecimento.

O atual estado da técnica, no que às tecnologias da informação e da comunicação respeita, exigia, desde há muito, a desmaterialização do livro de reclamações, à semelhança, aliás, do que se verifica além-fronteiras.

O Decreto-Lei 74/2017 veio, imbuído do espírito geral de modernização da administração e com o fito de transpor as novas tecnologias para este âmbito, prever a obrigação de os agentes

económicos disponibilizarem em simultâneo ambos os formatos do livro de reclamações. No entanto, o formato eletrónico do livro de reclamações aplica-se, numa primeira fase, iniciada a 1º de julho de 2017, apenas aos serviços públicos essenciais, diferindo, para um momento posterior, para 1º de julho de 2018, a sua aplicação às restantes atividades. Todas as atividades devem, assim, a partir de 1º de julho de 2018, disponibilizar os dois formatos. Assinale-se, porém, que serão todas as atividades, exceto as desenvolvidas por meios digitais que, atendendo à sua natureza, apenas estão obrigadas a disponibilizar o formato eletrónico do livro de reclamações. Surge, aqui, a primeira crítica ao regime: o comércio eletrónico continua incompreensivelmente, mais um ano, isento desta obrigação, e os respectivos consumidores seguem, um ano mais, sem poder fazer uso desta ferramenta, numa relação contratual particularmente arriscada e caracterizada por uma acentuada debilidade do consumidor.

Instituiu-se, em 2017, a obrigação de os agentes económicos demandados responderem às queixas apresentadas. Aplaudimos a previsão da medida, mas não concordamos inteiramente com a forma como foi implementada. Com efeito, apenas as reclamações eletrónicas merecem resposta por parte da entidade reclamada, salvo na hipótese de se tratar de uma reclamação apresentada no âmbito de serviços públicos essenciais. Compreendemos que o objetivo seja criar confiança no mundo digital e incentivar o uso das novas tecnologias, mas, para estes efeitos e almejando a tutela dos interesses dos consumidores, reiteramos o nosso desacordo quanto a esta dualidade, pois entendemos que o direito de resposta é merecido independentemente da forma que assuma a reclamação realizada. Aliás, na ótica do consumidor, muitas vezes, a mera resposta satisfará os seus interesses e a reclamação ficará sanada, pelo que criticamos veementemente esta dualidade de direitos/deveres conforme o formato em que se verte a reclamação.

Por fim, merece igualmente referência a significativa redução sobre os montantes definidos para as sanções em caso de contraordenação introduzida pela reforma de 2017, eventualmente com o objetivo de esbater, como referimos, a discussão que ainda se gerava jurisprudencialmente sobre a eventual inconstitucionalidade do n. 3

do artigo 9º com fundamento em desproporcionalidade. Afastado que estará quiçá o espectro da inconstitucionalidade, questionamo-nos agora se a alteração não peca por excesso e se os montantes fixados terão efetivamente o efeito dissuasor que se pretende.

Em face do exposto, cremos que o Decreto-Lei 74/2017, de 21 de junho, implementou, tal como prometido no seu preâmbulo, o formato eletrónico do livro de reclamações, cumprindo, assim, uma das medidas anunciadas no programa “Simplex+ 2016”. Não obstante, julgamos que o legislador não aproveitou o ensejo para transformar, de forma real e efetiva, o livro de reclamações numa ferramenta mais eficaz ao serviço da proteção do consumidor, na medida em que poderia ter intensificado a tutela já concedida agora com recurso às múltiplas vantagens das novas tecnologias e sem as referidas distinções quanto ao âmbito de aplicação imediato ou quanto à concessão de direitos distintos conforme o formato da reclamação. Cremos mesmo que se trata de uma reforma “cosmética” e não substancial, que introduz e atribui *nomen iuris* à reclamação em formato eletrónico, mas que não resolve problemas antigos e acarreta novas questões merecedoras de reflexão. Certo é que, independentemente da forma assumida e das novas previsões legais, a reclamação merece o devido tratamento e o consumidor deve, pelo menos, sentir que é ouvido, pelo que encorajamos as autoridades administrativas a repelirem a inércia e a cumprirem e fazerem cumprir adequadamente o atual regime jurídico do Livro de Reclamações.

Notas

1. Doutora em Direito (Universidade de Salamanca). Mestre em Direito (Universidade de Coimbra). Professora-Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Investigadora do **CIEJ** – Centro de Investigação em Estudos Jurídicos. Dirigente da sociedade científica **apDC** – associação portuguesa de Direito do Consumo /Delegação de Leiria.
2. Doutora em Direito (Universidade de Salamanca). Mestre em Direito (Universidade de Coimbra). Professora-Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Investigadora do **CIEJ** – Centro de Investigação em Estudos Jurídicos. Dirigente da sociedade científica **apDC** – associação portuguesa de Direito do Consumo /Delegação de Leiria.
3. A este propósito valerá a pena analisar alguns dos dizeres do artigo 38º do Decreto-Lei 135/99, de 22 de abril. Assim, o n. 1 refere que, “nos termos

do disposto no artigo 35º-A, os serviços e organismos da Administração Pública devem divulgar aos utentes de forma visível a existência da respectiva plataforma prevista no artigo 35º-A e do livro de reclamações”. O n. 2 trata da autenticação do livro de reclamações referindo que a mesma “compete ao dirigente máximo do serviço ou organismo em exercício de funções à data da abertura do livro, competência que pode ser delegada, nos casos de serviços desconcentrados, nos respetivos responsáveis”. No n. 5 fixa-se o importante direito de resposta (nunca replicado – em nosso entendimento mal – para as atividades fora da administração pública até à entrada em vigor do Decreto-Lei 74/2017 que o impõe, nas reclamações apresentadas por via eletrónica e, independentemente da forma, nas reclamações apresentadas junto dos serviços públicos essenciais – como melhor ceremos e criticaremos adiante), referindo que “compete a cada serviço reclamado: a) dar resposta ao reclamante, acompanhada da devida justificação, bem como das medidas tomadas ou a tomar, se for caso disso, no prazo máximo de 15 dias; b) tomar as medidas corretivas necessárias, se for caso disso; c) registar a reclamação apresentada e a resposta na plataforma aplicável, referida no artigo 35º-A, removendo-se os dados pessoais dos reclamantes”. No n. 6 pode ler-se que “se para além da resposta dada pelo serviço, a reclamação for objeto de decisão final superior, esta é comunicada ao reclamante, preferencialmente por via eletrónica, pelo serviço ou gabinete do membro do Governo responsável”. No n. 7 prevê-se a possibilidade da realização de auditorias ao serviço. Importa ainda destacar que, desde 2014 (Decreto-Lei 73/2014, de 13 de maio) já se faz referência à utilização das plataformas eletrónicas. Neste sentido, chamamos à colação o n. 10 do artigo 38º e o o artigo 35º-A. O primeiro refere que “as reclamações apresentadas em relação aos serviços públicos online são feitas exclusivamente nas plataformas previstas no artigo 35º-A, aplicando-se-lhes, com as devidas adaptações, o disposto no presente artigo”. O segundo, recentemente alterado por via do Decreto-Lei 74/2017, de 21 de junho, sob a epígrafe “sistema de elogios, sugestões e reclamações dos utentes”, refere que: “1 – Os elogios, sugestões e reclamações dos utentes relativos aos serviços prestados por um serviço ou organismo da Administração Pública e às pessoas que o tenham prestado, bem como em relação a procedimentos administrativos, são feitos online em plataformas próprias disponibilizadas na Internet. 2 – A divulgação dos sítios na Internet onde são disponibilizadas as plataformas referidas no número anterior deve ser feita em todos os serviços públicos e em todos os serviços online, de forma bem visível para o utente. 3 – A AMA, I. P., disponibiliza uma plataforma na Internet destinada a acolher os elogios, sugestões e reclamações dos serviços e organismos da Administração Pública, sendo que podem ser disponibilizadas outras plataformas específicas para o efeito quando fundada razão de interesse público o justifique. 4 – Às plataformas previstas no presente artigo aplicam-se as garantias em matéria de proteção de dados pessoais previstas na Lei 67/98, de 26 de outubro. 5 – Sempre que possível, devem ser disponibilizados meios informáticos que permitam aos utentes, querendo, apresentar online, no

próprio local de atendimento, elogios, sugestões e reclamações. 6 – Nos locais de atendimento ao público são disponibilizados, como meios subsidiários de apresentação de elogios, sugestões e reclamações, a caixa de sugestões e elogios, bem como o livro de reclamações, devendo ser utilizados apenas quando seja impossível ou inconveniente a apresentação online dos mesmos.”

4. Sobre o regime jurídico anterior à recente reforma, ver Iva Carla Vieira, *Guia Prático de Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 381 e 382; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “As Reclamações no Direito do Consumo. Análise da Actual Legislação e Apreciação do Anteprojecto do Código do Consumidor”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1473-1486.
5. Estão, agora, fixadas, no anexo ao Decreto-Lei 156/2005, as entidades que, nos termos do artigo 2º daquele diploma, estão obrigadas a disponibilizar livro de reclamações. Assim, estão abrangidas pela obrigação de disponibilização do livro de reclamações: “1 – Estabelecimentos de venda ao público e de prestação de serviços de: a) Comércio a retalho e conjuntos comerciais, bem como estabelecimentos de comércio por grosso com revenda ao consumidor final; b) Comércio, manutenção e reparação de velocípedes, ciclomotores, motociclos e veículos automóveis novos e usados; c) Restauração ou bebidas; d) Lavandaria, limpeza a seco e engomadoria; e) Cabeleireiro, beleza ou outros de natureza similar; f) Tatuagens e colocação de piercings; g) Manutenção física, independentemente da designação adotada; h) Reparação de bens pessoais e domésticos; i) Estudos e de explicações; j) Funerários; k) Prestamistas; l) Aluguer de velocípedes, de motociclos e de veículos automóveis; m) Aluguer de videogramas; n) Notários privados. 2 – Estabelecimento de empresas na área da construção e do imobiliário: a) Construção civil; b) Promoção imobiliária; c) Administração de condomínios; d) Avaliação imobiliária; e) Arrendamento, compra e venda de bens imobiliários; f) Administração de imóveis por conta de outrem; g) Mediação imobiliária; h) Consultadoria e mediação de obras; i) Gestão, planeamento e fiscalização de obras. 3 – Estabelecimentos de prestação de serviços na área do turismo: a) Empreendimentos turísticos; b) Alojamento local; c) Agências de viagens e turismo; d) Empresas de animação turística; e) Recintos com diversões aquáticas; f) Campos de férias; g) Estabelecimentos termais; h) Marinas. 4 – Recintos de espetáculos de natureza artística. 5 – Parques de estacionamento subterrâneo ou de superfície. 6 – Centros de inspeção automóvel, escolas de condução e centros de exames de condução. 7 – Postos de abastecimento de combustíveis. 8 – Casinos, salas de máquinas, salas de jogo do bingo. 9 – Centros de Atendimento Médico-Veterinários. 10 – Estabelecimento de prestadores de serviços públicos essenciais: a) Fornecimento de água; b) Fornecimento de energia elétrica; c) Fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; d) Comunicações eletrónicas; e) Postais; f) Recolha e tratamento de águas residuais; g) Gestão de resíduos sólidos urbanos. 11 – Estabelecimento de prestadores de serviços de transporte: a) Rodoviário; b) Ferroviário; c) Marítimo; d) Fluvial; e) Aéreo,

designadamente, entidades gestoras dos aeroportos e aeródromos nacionais, entidades coordenadoras do processo de atribuição e de facilitação de faixas horárias nos aeroportos nacionais, prestadores de serviços de navegação aérea com exceção dos prestadores de serviços de meteorologia aeronáutica, operadores de transporte aéreo e operadores de trabalho aéreo, entidades prestadoras de serviços de apoio ao transporte aéreo e prestadores de serviços de assistência em escala. 12 – Estabelecimentos das Instituições Particulares de Segurança Social ou equiparadas, bem como estabelecimentos das Instituições em relação às quais existam acordos de cooperação ou protocolos celebrados com os Centros Distritais de Segurança Social, I. P.: a) No âmbito do apoio às crianças e jovens: creches, creche familiar, estabelecimento de educação pré-escolar, centros de atividades de tempos livres, centros de apoio familiar e aconselhamento parental, lares de infância e juventude e apartamentos de autonomização, casas de acolhimento temporário; b) No âmbito do apoio a pessoas idosas: centros de convívio, centros de dia, centros de noite, estruturas residenciais para pessoas idosas e acolhimento familiar para pessoas idosas; c) No âmbito do apoio a pessoas com deficiência: centros de atividades ocupacionais, lares residenciais, residências autónomas, centros de atendimento, acompanhamento e animação de pessoas com deficiência; d) No âmbito do apoio a pessoas com doenças do foro mental ou psiquiátrico: fóruns socio-ocupacionais, unidades de vida protegida, autónoma e apoiada; e) No âmbito do apoio a outros grupos: apartamentos de reinserção social, residências para pessoas com VIH/sida, centros de alojamento temporário e comunidades de inserção; f) No âmbito do apoio à família e comunidade: serviço de atendimento e acompanhamento social, centros comunitários, cantinas sociais, casas de abrigo, centro de apoio à vida e serviços de apoio domiciliário; g) No âmbito do apoio social: estabelecimentos em que sejam desenvolvidas atividades similares às referidas nas alíneas anteriores ainda que sob designação diferente. 13 – Instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento, instituições de moeda eletrónica e prestadores de serviços postais no que se refere à prestação de serviços de pagamento. 14 – Estabelecimentos das empresas de seguros, bem como os estabelecimentos de mediadores de seguros e de sociedades gestoras de fundos de pensões. 15 – Prestadores de serviços de Intermediação financeira em relação a instrumentos financeiros ou equiparados sob supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. 16 – Estabelecimentos particulares e cooperativos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário. 17 – Estabelecimentos do ensino superior particular e cooperativo. 18 – Estabelecimentos dos prestadores de cuidados na área da saúde: a) Unidades privadas de saúde com internamento ou sala de recobro; b) Unidades privadas de saúde com atividade específica, designadamente laboratórios; unidades com fins de diagnóstico, terapêutica e de prevenção de radiações ionizantes, ultrassons ou campos magnéticos; unidades privadas de diálise; clínicas e consultórios dentários e unidades de medicina física e de reabilitação; c) Outros operadores sujeitos à atividade reguladora da

- Entidade Reguladora da Saúde; d) Unidades privadas de prestação de cuidados de saúde na área da toxicodependência. 19 – Farmácias.”
6. Ressalte-se, não obstante, que antes desta previsão os consumidores não estariam totalmente desprotegidos, porquanto, nesta hipótese, sempre poderiam apresentar a sua reclamação ou denúncia eletrónica junto da Direção-Geral do Consumidor (www.consumidor.pt) ou, na hipótese de se tratar de serviços de telecomunicações, junto da ANACOM (www.anacom.pt).
 7. Veja-se o artigo 9º do Decreto-Lei 74/2017.
 8. Leiam-se as conclusões do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de abril de 2014, que apesar de mencionar a redação em vigor antes da redação resultante do Decreto-Lei 74/2017, continua, neste particular, perfeitamente atual: “a norma que prevê o referido tipo de ilícito refere o seguinte: ‘Art. 3º 1. O fornecedor de bens ou prestador de serviços é obrigado a: a) Possuir o livro de reclamações nos estabelecimentos a que respeita a actividade.’ A sentença recorrida, depois de indagar a intenção do legislador (na análise ao preâmbulo do citado diploma legal), invocou o n. 2 do mesmo artigo 3º, com o seguinte teor: ‘2. O fornecedor de bens ou serviços não pode, em caso algum, justificar a falta de livro de reclamações no estabelecimento onde o utente o solicita pelo fato de o mesmo se encontrar noutros estabelecimentos, dependências ou sucursais.’ Do texto desta norma inferiu o julgador que os livros de reclamações devem estar disponíveis em todos os locais de atendimento ao público e, portanto, cada uma das dependências da arguida (stand e escritório) devia ter um livro de reclamações. Julgamos todavia que não é assim. Se é verdade que o livro de reclamações deve ser apresentado ao utente quando (e sempre que) este o solicite, daí não se infere que cada estabelecimento ou sucursal deva ter um livro. Note-se que o art. 3º, n. 2, do Dec. Lei 156/05, de 15/9, se refere literalmente a livro e não livros (‘a falta de livro’ e ‘pelo fato de o mesmo’). A lei refere-se sempre aos casos em que só existe um livro de reclamações, apesar de existirem vários estabelecimentos ou sucursais, considerando contra-ordenação a falta de apresentação imediata e gratuita ao utente do livro de reclamações. Tal regime permite concluir que, mesmo naqueles casos em que a atividade se desdobra em locais geograficamente distintos, mas apesar disso permite a apresentação imediata do livro sempre que solicitado pelo utente, não existe qualquer contraordenação: não existe a contraordenação prevista na al. a) do art. 3º, porque existe um livro de reclamações; não existe a da al. b), porque existe a possibilidade de facultar o livro, imediata e gratuitamente ao utente, sempre que este o solicite. Não tem sentido exigir dois livros de reclamações, quando é possível que o mesmo livro – dada a proximidade física dos estabelecimentos – seja facultado imediata e gratuitamente ao utente sempre que este o solicite, em qualquer um dos locais geográficos onde se exerce a atividade. No caso dos autos, verifica-se tal hipótese: (i) proximidade física dos locais em questão (stand e escritório) – “cerca de 50 metros” (ponto 8 da matéria de fato) e (ii) conexão ou interdependência dos estabelecimentos (na ... (local referido em 1 e 2 dos fatos provados) expunham-

se os veículos e na rua ... concretizavam-se os negócios (fato n. 16), sendo que neste local existia um livro de reclamações. Verifica-se assim que a arguida tem razão quanto ao alegado erro de subsunção, pois os fatos dados como provados não integram a prática (negligente) do ilícito contraordenacional por que foi condenada (na coima de 1.750 euros) p. e p. pelo art. 3º, n. 1, al. a) do DL 156/2005, de 15/09, com as alterações introduzidas pelo DL 371/07, de 06/11”.

9. Refira-se que algumas leis autonómicas espanholas atinentes às “hojas de quejas y reclamaciones” apresentam, neste particular, contornos quicá mais *pro consumatore*. Com efeito, alguns regimes autonómicos homólogos preveem a obrigatoriedade de resposta pela entidade demandada, num prazo determinado (distinto conforme a Comunidade Autónoma em causa), quer a reclamação seja realizada em formato escrito, quer seja em formato eletrónico; a ausência de resposta constitui naturalmente contraordenação; mas o traço realmente distintivo reside no fato de somente na eventualidade de inexistir resposta da entidade reclamada, de a resposta não ser tempestiva ou não ser satisfatória é que o reclamante poderá enviar a reclamação para as entidades administrativas competentes. Consulte-se, a título de exemplo, o Decreto 72/2008, de 4 de março, que regula o livro de reclamações de consumidores e usuários na Andaluzia (artigos 12º e 13º) ou o Decreto 121/2013, de 26 de fevereiro, que regula as folhas oficiais de queixa, reclamação e denúncia nas relações de consumo da Catalunha (artigo 9º). Estes regimes apresentam a inegável vantagem de compelir os fornecedores de bens ou prestadores de serviços a sanar os incumprimentos ou cumprimentos defeituosos e, conseqüentemente, a assegurar o respeito pelos direitos do consumidor, já que sobre eles paira a forte possibilidade de incorrerem em infração contraordenacional. Em bom rigor, ao consumidor interessa a resolução do seu problema e não a aplicação de sanção contraordenacional à entidade reclamada. Por outra via, chegarão apenas às entidades administrativas as reclamações que não obtiveram resposta ou que não resolveram a desconformidade identificada e, nessa medida, terão estas entidades capacidade de resposta para resolução do menor número de reclamações apresentadas, pois a principal crítica dirigida pela generalidade dos consumidores ao regime do Livro de Reclamações é justamente a de que o consumidor não obtém qualquer resposta por parte das autoridades administrativas.
10. Leia-se a nova redação do artigo 6º, sob a epígrafe “Procedimento da entidade de controlo de mercado competente e da entidade reguladora do sector” dada pelo Decreto-Lei n. 74/2017. “1 – Para efeitos de aplicação do presente decreto-lei, cabe à entidade de controlo de mercado competente ou à entidade reguladora do setor: a) Receber as reclamações em formato físico ou eletrónico, acompanhadas da resposta já enviada ao consumidor ou utente, quando aplicável, e demais elementos adicionais que lhe sejam enviados pelo fornecedor de bens ou pelo prestador de serviços, designadamente os respectivos esclarecimentos e informação sobre os seguimentos que tenham sido dados às reclamações;

b) Solicitar a prestação de esclarecimentos sobre a situação objeto de reclamação, incluindo informação sobre o seguimento que tenha sido dado à mesma, quando considere necessário; c) Analisar as reclamações, a documentação apresentada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços e instaurar o procedimento adequado se os fatos resultantes da reclamação indiciarem a prática de contraordenação ao disposto no presente decreto-lei ou em norma específica aplicável à matéria objeto da reclamação. 2 – A entidade de controlo de mercado competente ou a entidade reguladora do setor deve ainda, em função do conteúdo da reclamação formulada pelo consumidor ou utente e dos esclarecimentos apresentados pelo fornecedor de bens ou pelo prestador de serviços, tomar as medidas que entenda adequadas, de acordo com as atribuições que lhe estão conferidas por lei. 3 – A entidade de controlo de mercado competente ou a entidade reguladora do setor, no âmbito das atribuições que lhe estão conferidas por lei, pode, através de comunicação escrita, informar o reclamante sobre o procedimento ou sobre as medidas que tenham sido ou que venham a ser adotadas na sequência da reclamação formulada. 4 – Sempre que da reclamação resultar uma situação de litígio, a entidade de controlo de mercado competente ou a entidade reguladora do setor, no âmbito das atribuições que lhe estão conferidas por lei, deve, através de comunicação escrita e após concluídas todas as diligências necessárias à reposição legal da situação, informar o reclamante sobre o procedimento ou as medidas que tenham sido ou venham a ser adotadas na sequência da reclamação formulada e, quando se trate de litígio de consumo não resolvido pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, informa, ainda, o consumidor ou utente sobre a possibilidade de recurso aos meios alternativos de resolução de litígios. 5 – Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, quando da folha de reclamação resultem apenas sugestões, elogios ou comentários que não configurem uma reclamação, deve a entidade reguladora do setor ou a entidade de controlo de mercado competente proceder ao arquivamento da reclamação. 6 – Para efeitos de aplicação do regime constante no presente diploma, o fornecedor de bens e o prestador de serviços devem prestar a colaboração requerida pela entidade de controlo de mercado competente ou entidade reguladora do setor, nomeadamente garantindo o acesso direto às informações e apresentando os documentos ou registos solicitados. 7 – Para efeitos do disposto no capítulo anterior, as entidades reguladoras e as entidades de controlo de mercado competentes disponibilizam e divulgam, em lugar de destaque, nos respetivos sítios na Internet, o acesso à plataforma digital que disponibiliza o formato eletrónico do livro de reclamações, doravante designada como Plataforma Digital.”

11. Ditava assim a anterior redação: “1 – Constituem contraordenações puníveis com a aplicação das seguintes coimas: a) De (euro) 250 a (euro) 3500 e de (euro) 3500 a (euro) 30 000, consoante o infractor seja pessoa singular ou pessoa colectiva, a violação do disposto nas alíneas a), b) e c) do n. 1 do artigo 3º, nos nºs 1, 2 e 4 do artigo 5º e no artigo 8º; b) De (euro) 250 a (euro) 2500

- e de (euro) 500 a (euro) 5000, consoante o infractor seja pessoa singular ou pessoa colectiva, a violação do disposto na alínea d) do n. 1 do artigo 3º, no n. 3 do artigo 4º e no n. 6 do artigo 5º. 2 – A negligência é punível sendo os limites mínimos e máximos das coimas aplicáveis reduzidos a metade. 3 – Em caso de violação do disposto na alínea b) do n. 1 do artigo 3º, acrescida da ocorrência da situação prevista no n. 4 do mesmo artigo, o montante da coima a aplicar não pode ser inferior a metade do montante máximo da coima prevista. 4 – A violação do disposto nas alíneas a) e b) do n. 1 do artigo 3º dá lugar, para além da aplicação da respectiva coima, à publicidade da condenação por contra-ordenação num jornal de expansão local ou nacional, a expensas do infractor.”
12. Veja-se, a este propósito, o acórdão da 3ª Secção do Tribunal Constitucional, de 2 de fevereiro de 2011, que refere que “na linha da jurisprudência consolidada neste Tribunal, a propósito da fixação dos montantes das coimas a aplicar (a título de exemplo, ver Acórdãos 304/94, 574/95 e 547/2000, todos disponíveis in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/), o Tribunal Constitucional deve coibir-se de interferir directamente esse espaço de livre conformação legislativa, apenas lhe cabendo – sempre que necessário – acautelar que tais opções legislativas não ferem, de modo flagrante e manifesto, o princípio da proporcionalidade. A este propósito, deve sempre ter-se presente que “Só um método interpretativo rigoroso e controlado limita a invasão pelos tribunais constitucionais da esfera legislativa e impede a actividade judicativa de se tornar um ‘contrapoder legislativo’” (Fernanda Palma, O legislador negativo e o intérprete da Constituição, in ‘O Direito’, 140º (2008), III, 523). Ora, a agravação do montante mínimo da coima a suportar pelas pessoas colectivas, em 11.500 €, não pode considerar-se manifestamente desproporcionada, visto que tem por finalidade promover o cumprimento voluntário de um dever legalmente imposto que, por sua vez, visa acautelar os direitos dos consumidores constitucionalmente consagrados (artigo 60º, n. 1, da CRP. Conforme já supra notado, tal cumprimento voluntário apenas é promovido mediante a aplicação de sanções “efectivas” e “dissuasoras”. Assim, a interpretação desaplicada pela decisão recorrida da norma extraída da conjugação entre os artigos 3º, n. 1, alínea b), 9º, n. 1, alínea a), e n. 3, todos do Decreto-Lei 156/2005, de 15 de setembro, no sentido de considerar ser aplicável a coima aí prevista, – cujo limite mínimo para as pessoas coletivas é de 15.000 euros – nos casos em que, requerida a presença da autoridade para remover a recusa referida no número anterior, essa recusa é removida sendo o livro de reclamações facultado ao utente não é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade (artigos 2º e 18º, n. 2, da CRP)”. A decisão impôs: “a) conceder provimento ao recurso; E, em consequência: b) Não julgar inconstitucional a norma extraída da conjugação entre os artigos 3º, n. 1, alínea b), 9º, n. 1, alínea a), e n. 3, todos do Decreto-Lei n. 156/2005, de 15 de Setembro, no sentido de considerar ser aplicável a coima aí prevista, – cujo limite mínimo para as pessoas colectivas é de 15.000 euros – nos casos em que, requerida a presença da autoridade para remover a recusa referida no número anterior, essa recusa é removida

sendo o livro de reclamações facultado ao utente; c) Determinar a remessa dos autos ao tribunal recorrido para que a decisão proferida seja reformada, em conformidade com o presente juízo de não inconstitucionalidade, nos termos previstos pelo n. 2 do artigo 80º da LTC.”

13. O artigo 12º-A estatui que “1 – A Plataforma Digital visa, com observância do disposto na Lei n. 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei n. 103/2015, de 24 de agosto, possibilitar a apresentação de reclamações em formato eletrónico, bem como a submissão de pedidos de informação relacionados com a defesa do consumidor ou utente. 2 – O funcionamento da Plataforma Digital é aprovado por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da modernização administrativa e da defesa do consumidor. 3 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o formulário eletrónico da reclamação deve cumprir as regras de acessibilidade digital, por forma a permitir a apresentação autónoma de reclamações por consumidores ou utentes com deficiência visual.”

PARECER EMITIDO PELO
CENTRO DE ESTUDOS DE
DIREITO DO CONSUMO
DE COIMBRA EM TEMA
DE PRESCRIÇÃO DE
DÍVIDAS, CADUCIDADE
DO DIREITO À
DIFERENÇA DO PREÇO
E DE CADUCIDADE DO
DIREITO DE ACÇÃO NO
DOMÍNIO DOS SERVIÇOS
PÚBLICOS ESSENCIAIS

MÁRIO FROTA¹

Presidente da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo
Diretor do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo

EXCERTOS

“Há no que aos factos tange, uma assinalável divergência entre os procedimentos tendentes à economia de consumo e as imputações ao Demandado de diferenças emergentes de uma pretensa viciação dos instrumentos de medida”

“São flagrantes as fragilidades da fundamentação de direito e as contradições em que incorre reforçam o quadro no desacerto das peças que mal encaixam na moldura escolhida”

“A caducidade consiste em um facto preclusivo, ainda que fundada em razões de direito substantivo”

“A caducidade é de conhecimento oficioso do tribunal e pode ser alegada a qualquer momento do processo, se estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes”

“Encontramo-nos perante uma situação de existência de violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica por fraude imputável ao consumidor”

CONSULTA

Presente consulta em ordem a saber se, tendo sido detectadas, em 16 de Maio de 2011, pretensas diferenças de preço em fornecimento de energia eléctrica titulado por contrato celebrado entre a EDP e o consulente, é tempestiva a acção proposta em 22 de Janeiro de 2015.

Disponíveis as principais peças dos autos, a saber, articulados iniciais, contestação e sentença.

PARECER

Cumpre emitir parecer, subordinado ao índice que segue:

1. Da factualidade relevante

1.1 Dos desníveis de consumo e seus reflexos na facturação

Do que provado fora, como consta da fundamentação de facto, emergem, para o que ora importa,

12. Do resultado da inspecção e da análise efectuada aos respectivos registos de consumo, constatou-se que a partir de 17/11/2005 ocorreu uma nítida e repetida quebra do consumo de energia (2/3), sendo que tais consumos se verificaram até 16/05/2011 – 18º PI.

21. No início do mês de Julho de 2012, a A. enviou-lhe a factura em causa da quantia de 93.198,89€, com data limite de pagamento até a 25.07.2012, como sendo devida pelo fornecimento de energia eléctrica fornecida, reportada ao período de 17.11.2005 a 16.05.2011, tendo sido advertido de que a falta de pagamento implicaria o corte no fornecimento da energia eléctrica ao estabelecimento – 33º e 34º contestação.

22. O R. contactou a autora, por carta de 04.07.2012, acompanhada de documento que a esta anexou, com o intuito de justificar e provar, documentalmente, não ser devedor daquela quantia facturada – 36º e 37º contestação.

23. Na dita missiva, referia que “... a baixa de consumo de energia eléctrica detectada pela EDP, no estabelecimento, não

corresponde avaria do vosso equipamento de leitura, mas isso sim a uma consequência das nossas decisões, de mudarmos de forno e de fonte energética, bem como o deixar de produzir pastelaria no estabelecimento”. – 39º contestação.

24. Mandou o réu instalar um forno industrial, usado, de marca Modulgás, com queimador a gasóleo, em Outubro do referido ano 2005, o qual adquiriu a ««« – 40º contestação.

25. Este forno, alimentado a gasóleo, permaneceu em laboração durante o período de exploração da sociedade «««, Lda. – 43º contestação.

26. No mês de Abril de 2011, decidiu o réu adquirir para o estabelecimento aquele novo forno, alimentado a energia eléctrica, que é sua propriedade, o qual mantém actualmente, em funcionamento, no âmbito da cedência da exploração à sociedade «««, Lda., forno este que adquiriu, naquele ano de 2011, a «««, S.A. – 44º a 46º contestação.

27. De resto, ainda que, por hipótese, o que só como tal aqui concebe e aceita devesse à autora tão elevado montante, a título de diferencial do preço, o direito ao recebimento do mesmo de há muito prescreveu, o que alega para os legais efeitos.

Há uma coincidência temporal entre as transformações operadas e o período dentro do qual as quebras de consumos se registaram. A relação causa – efeito parece estar suficientemente estabelecida.

Mas disso não terá cuidado a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo*.

a. Da imputação da pretensa discrepância ao usuário

Há no que aos factos tange, uma assinalável divergência entre os procedimentos tendentes à economia de consumo e as imputações ao Demandado de diferenças emergentes de uma pretensa viciação dos instrumentos de medida.

Como titular do contrato, conquanto desde muito cedo ausente, a responsabilidade que se lhe assaca não pode decorrer nem de acto próprio nem de instruções que haja transmitido a autores indeterminados e quiçá desconhecidos. Como, aliás, emerge dos autos.

Mas disso cuidará decerto o ora Recorrente nas suas alegações.

b. Marcos cronológicos relevantes

Registe-se neste passo o precipitado cronológico na génese de uma desmarcada DIMENSÃO TEMPORAL susceptível de inquinar qualquer decisão que de todo a ignore:

- 17 de Novembro de 2005 – data que parece indiciar o *terminus a quo* das quebras de consumo

- 17 de Maio de 2011 – *terminus ad quem*, subsequente à vistoria técnica cumprida na véspera (data a que corresponde, ante a noção técnico-jurídica, o “fornecimento”).

- 25 de Junho de 2012 [emissão da factura com o débito decorrente da “rectificação e do recálculo da energia”, mas a remessa só se processou “nos primeiros dias de Julho” (mais de um ano depois do pretensu fornecimento, na acepção que do facto se retém)].

- 22 de Janeiro de 2015 – data da propositura da acção

Do fornecimento (data em que o “recálculo” da diferença deveria ter sido efectuado, a saber, o dia 16 de Maio de 2011) à instauração da acção (22 de Janeiro de 2015) distam *em rigor* 3 anos, 8 meses e 6 dias...

Nada mais, nada menos que 3 anos, 8 meses e 6 dias...

O Demandante, recapitulando, levou mais de um ano a emitir a factura com o “recálculo” dos pretensos consumos [de 16 de Maio de 2011 a 25 de Junho de 2012 (sendo que a factura seguiu “nos primeiros dias de Julho de 2012”)].

E, a despeito da recusa de pagamento da pretensa diferença dos montantes que lhe são imputados, só em começos de 2015 (*rectius*, a 22 de Janeiro de 2015) se propôs o Demandante instaurar a acção no competente tribunal de primeira instância: 3 anos, 8 meses e 6 dias depois...

Intempestivamente!

E tal parece não surpreender ninguém!

Até em termos de uma criteriosa gestão empresarial, de que não cumpre curar neste passo, se imporia distinta diligência!

Mas não interrompeu, não suspendeu o fornecimento nem exerceu qualquer dos poderes que como antigo monopólio e actual proto-monopólio de facto detém com o beneplácito do Estado concedente da exploração.

E nem sequer o terão impressionado os prazos que a LSPE, no seu artigo 10º, aparelhou para o efeito...

Três anos, oito meses e seis dias depois...

2. Da decisão e sua base construtiva na fragilidade dos institutos de suporte: pressupostos

Os pressupostos de que arranca a decisão da M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* poder-se-ão, em síntese, condensar em proposições que segue:

a. A existência de um contrato entre os litigantes, de resto, ainda vigente

b. A viciação fraudulenta dos instrumentos de medição, imputando-a ao Demandado

c. A não elisão da presunção [que o recorrente ante os elementos carreados para os autos e anteriormente facultados (em fase preliminar de discussão ao fornecedor) entende haver logrado e que deles transluz, aliás.]

d. A convicção de que o Demandado deixara na Autora de que poderia propor um acordo de pagamento

e. A inexistência de uma qualquer prescrição (é de caducidade do direito de acção que se trata que não de prescrição liberatória, nos termos do n. 4 do artigo 10º da LSPE, que o ora recorrente arguira).

f. Nem sequer se pronunciando sobre a caducidade do direito à diferença do preço, a justo título invocado pelo Demandado, e que corroboraria – ante os dilatados prazos vencidos – a preclusão do direito de que se arrogara a Demandante

g. A subsunção da factualidade ao instituto da responsabilidade civil extracontratual (*et pour cause...*), após haver afirmado categoricamente a existência de um contrato entre os litigantes, numa clamorosa contradição nos termos, para fazer assentar “que nem uma luva” a controvertida situação na doutrina de um acórdão da Relação de Lisboa (de 1 de Fevereiro de 2011) que é, aliás, pedra angular da decisão

h. e que de nenhum modo se ajusta na economia dos seus termos à factualidade assente.

i. E, consequentemente, o recurso à figura da prescrição emergente da responsabilidade civil por actos ilícitos (a responsabilidade

extracontratual que dá o mote à decisão: “*na realidade, encontramos perante um caso de responsabilidade civil extracontratual, a que são aplicáveis os prazos de prescrição previstos no artº 498 do Código Civil – prazo esse que se encontra cumprido pela autora, que intentou a presente acção quer dentro do prazo de 3 anos contados da emissão da factura (data em que tem conhecimento da extensão integral dos danos, nos termos do n. 1 do artº 498 do CC)*”...

j. Arredando desde logo a caducidade do direito de acção (que pretende seja prescrição), como, aliás, cumpriria fazê-lo.

São flagrantes as fragilidades da fundamentação de direito e as contradições em que incorre reforçam o quadro no desacerto das peças que mal encaixam na moldura escolhida.

E este excerto que antecede a própria decisão é disso exuberante manifestação:

“Conforme refere o Ac. da RL de 1.2.2011, já citado, “*estando provado que a ré... **utilizou ilicitamente energia eléctrica não contratada**, pretendendo furtar-se ao respectivo pagamento, é, no mínimo, um abuso de direito, pretender esgrimir com recurso à contagem de prazos aplicáveis a situações de ilícito contratual para furtar-se ao pagamento devido pelo consumo dessa mesma energia, obtida de forma ilícita e culposa*”, e, assim, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.”

O sumário do mencionado aresto, da responsabilidade da Exm.^a Relatora, Des.^a Dina Monteiro, é explícito nos seus termos: “estando provado que a [Demandada] **utilizou ilicitamente energia eléctrica**, com o desconhecimento da EDP **e à margem de qualquer contrato**, o prazo prescricional a atender é o de três anos, contados desde a data em que a empresa teve conhecimento desse facto, nos termos do artigo 498º, n. 1, do Código Civil.”

O que altera radicalmente os termos da questão: numa das concretas hipóteses de facto, a existência de um contrato e, noutra, a sua inexistência.

Num dos casos, a justificação, provada à saciedade, de que as quebras se ficaram devendo a alterações operacionais promovidas pelo Demandado (a adopção de um forno a gasóleo em 2005 e o retorno a um forno eléctrico em 2011). Noutro, a fraude patente, o recurso ilícito a expedientes (os célebres “gatos”) para lograr sem encargos o recurso à

energia eléctrica, como se detectou. Conquanto se persista em considerar não haver sido ilidida a presunção que pesara sobre o Demandado. Quando os elementos patentes nos autos e documentalmente provados pendem inequivocamente em tal sentido.

Não há pontos de contacto entre uma e outra das hipóteses em presença.

O que revela a fragilidade da pretensa similitude factual e a consequente aplicação das normas de direito para o efeito eleitas.

De que há que retirar as consequências devidas.

3. Institutos relevantes no quadro da LEI DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

A LSPE – Lei dos Serviços Públicos Essenciais² – prevê no seu artigo 10º três institutos de nuclear importância na economia d “o tempo e suas repercussões no âmbito dos serviços públicos essenciais”.

Razões de segurança jurídica subjazem à disciplina neste particular consubstanciada em termos de:

- **caducidade do direito de acção**
- **prescrição de dívidas**
- **caducidade do direito à diferença do preço**

Neste particular só as figuras da **caducidade do direito de acção** e da **caducidade do direito à diferença do preço** importam. Daí que delas nos ocupemos de forma sintética.

4. A caducidade do direito à acção

O n. 4 do artigo 10 da LSPE prescreve imperativamente que

“O prazo para a propositura da acção ou da injunção pelo prestador de serviços é de seis meses, contados após a prestação do serviço ou do pagamento inicial, consoante os casos.”

A figura neste passo consubstanciada é a da **CADUCIDADE DO DIREITO DE ACÇÃO**.

A toda a acção corresponde um direito (artigo 2º do Código de Processo Civil).

Determinantes razões de segurança jurídica impõem, por vezes, um lapso no decurso do qual as acções hajam de ser propostas sob pena de preclusão do direito que pressupõem e lhes subjaz.

E é o que ocorre *in casu*.

A LSPE definiu o lapso de 6 meses para a propositura da acção.

A caducidade do direito de acção reveste, por conseguinte, natureza substantiva (n. 4 do artigo 10º da LSPE).

E, em termos adjectivos, subsume-se na categoria das excepções peremptórias.

As excepções peremptórias consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo demandante (n. 3 do artigo 576 do Código de Processo Civil).

4.1 Natureza

A caducidade consiste em um facto preclusivo, ainda que fundada em razões de direito substantivo, “cujo efeito é o de precluir toda a indagação sobre a situação jurídica controvertida, dispensando de averiguar da sua existência (posto que) invada a caducidade o direito a tal sujeito não pode mais ser exercido, o que torna inútil a sua anterior existência (Lebre de Freitas, Código de Processo Civil, anotado, volume II, 2ª edição, Coimbra Editora, página 333).

A caducidade, como figura de direito substantivo, consiste na extinção da vigência e eficácia de um acto, em virtude da superveniência de facto com força bastante para tal.

Como facto extintivo de direitos, a caducidade paralisa os efeitos do direito enquanto e se este não for exercido dentro do prazo estabelecido por lei ou convenção.

A caducidade é de conhecimento oficioso do tribunal e pode ser alegada a qualquer momento do processo, se estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes.

No âmbito do direito adjectivo a caducidade verifica-se pelo decurso do respectivo prazo sem que haja sido pelo titular instaurada a acção destinada a fazê-lo valer.

A caducidade extingue, por conseguinte, o direito de acção.

4.2 Regime

O tribunal conhece de ofício as excepções peremptórias cuja invocação a lei não torne dependente do arbítrio do demandado: artigo 579 do Código de Processo Civil.

A regra é a do conhecimento oficioso. A excepção, a do conhecimento provocado, na dependência do titular do direito ou seu representante.

Definição legal de que se parte para indagar da natureza da excepção da caducidade do direito de acção.

A caducidade do direito de acção, por obstar à ponderação do efeito jurídico a que tende a pretensão deduzida pelo demandante, constitui excepção peremptória.

Na verdade, a **caducidade do direito de acção** configura causa a que a lei substantiva atribui a cessação do direito de que se arroga o seu titular como validamente constituído e, desta perspectiva, integra o domínio das excepções peremptórias susceptíveis de propiciar a improcedência (total ou parcial) da acção.

O demandado não nega os factos de onde o demandante pretende haver derivado o seu direito, mas opõe-lhe contra-factos que excluem ou paralisam *desde logo* a potencialidade jurídica ou alteram ou suprimem *a posteriori* os efeitos que se tiverem chegado a produzir (Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979, págs. 130 e ss).

Ou seja, verificada após a fase liminar a extemporaneidade da pretensão do demandante, impõe-se a absolvição do demandado do pedido (decisão correspondente à improcedência da acção) que não da instância.

4.3 Conhecimento

A caducidade do direito de acção deve ser conhecida *ex officio*.

Determinantes as razões de ordem pública que lhe subjazem. Indissociavelmente ligadas ao princípio da protecção dos interesses económicos do consumidor, que neste passo aproveita aos demais utentes.

5. A caducidade do direito à diferença do preço

Para além da prescrição com as especificidades que postula, a LSPE prevê, aliás, na esteira dos artigos 887 e ss do Código Civil, a figura da CADUCIDADE DO DIREITO À DIFERENÇA DO PREÇO (n. 2 do artigo 10º da LSPE).

5.1 Natureza

A caducidade, como tal enunciada, extingue o efeito jurídico do direito invocado pelo demandante.

No plano substantivo, é de um direito que tende à extinção das eventuais diferenças em dívida.

No plano adjectivo, de análogo modo, de uma excepção peremptória.

Só impede a caducidade, como tal qualificada pela LSPE, a prática, dentro do prazo legal ou convencionado, do acto a que a lei atribua efeito impeditivo (n. 1 do artigo 331 do Código Civil).

5.2 Regime

Valem neste passo as considerações expendidas em 4.2.

5.3 Conhecimento

A caducidade é apreciada de ofício e pode ser alegada em qualquer fase do processo se estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes (n. 1 do artigo 333 do Código Civil).

Na esteira do que prescreve o artigo 16 da LDC, sob a epígrafe “nulidade”

“1 – Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula.

2 – A nulidade referida no número anterior apenas pode ser invocada pelo consumidor ou seus representantes.

3 – O consumidor pode optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas forem nulas nos termos do n. 1.º, estabelece o artigo 13 sob a consigna “carácter injuntivo dos direitos” que “é nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes na presente lei”.

Conquanto se conclua que face a uma invalidade mista ou atípica em que um só dos contraentes pode invocá-la, sendo, por conseguinte, de conhecimento provocado (que não oficioso) (Lei dos Serviços Públicos Essenciais – anotada e comentada – Fernando Dias Simões, Mariana Pinheiro Almeida, Almeida, 2012, págs. 219 e s), o certo é que o Supremo Tribunal de Justiça, pelo punho do Cons^o Paulo Sá, decretara já – de modo convincente e bem fundado – que

“I – A interpretação conjugada dos art^{os} 10º e 13º da Lei n. 23/96, de 26 de Julho, aponta no sentido de que a caducidade é, aqui, de conhecimento oficioso.

II – A caducidade extingue os efeitos jurídicos do direito em virtude de um facto jurídico stricto sensu, independentemente de qualquer manifestação de vontade”,

não sem, no corpo do acórdão, estabelecer que

“Está, como se disse, em discussão, a caducidade do direito de acção, tudo se centrando na interpretação do disposto no artº 10º da Lei n. 23/96, de 26 de Julho.

Primeiro, dir-se-á, com as instâncias, que a caducidade foi invocada.

O facto de se terem referido normas que se consideraram inaplicáveis, não impede o conhecimento dessa caducidade.

Com efeito, foi invocado o decurso do prazo de seis meses sobre a data das respectivas facturas e suscitada a questão da caducidade.

Ora, como é sabido, nos termos do artigo 664º do Código de Processo Civil, o tribunal não está sujeito às alegações das partes no que toca à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

Isto é, independentemente de se entrar na discussão sobre se a caducidade é, neste caso, excluída da disponibilidade das partes, entendemos que bem se decidiu ao conhecer-se da mesma.

Mas comungamos do entendimento de que a interpretação conjugada do disposto nos artigos 10º e 13º da Lei n. 23/96, apontam no sentido de que a caducidade é, aqui, de conhecimento oficioso.

Porém, ainda que assim se não devesse entender, nada obstará ao conhecimento da caducidade, por efeito do n. 2 do artigo 333º do Código Civil. que remete para o artigo 303º do mesmo diploma, o qual impõe a invocação da caducidade pelo interessado, para que o tribunal dela possa conhecer.

Como a ré BB invocou a caducidade, não há fundamento para se entender que, de tal exceção, não podiam as instâncias conhecer.

Abordemos agora a questão da interpretação do artigo 10º da Lei n. 23/96.

Dispõe o citado normativo:

“Prescrição e caducidade

1 – O direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.

2 – Se, por erro do prestador do serviço, foi paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectuado, o direito ao recebimento da diferença de preço caduca dentro de seis meses após aquele pagamento.

3 – O disposto no presente artigo não se aplica ao fornecimento de energia eléctrica em alta tensão.”

Só nos interessa a específica questão da caducidade.

Com a caducidade extinguem-se os efeitos jurídicos do direito em virtude de um facto jurídico stricto sensu, independentemente de qualquer manifestação de vontade. No caso, a verificar-se, será pelo decurso do referido prazo legal de seis meses a contar de cada pagamento efectuado, em função de cada factura emitida.”

Conceder se pode, no entanto, que a **nulidade atípica** (no regime que lhe quadra) se tem como distintiva da **caducidade** quando estabelecida em matéria como tal classificada como imperativa ou injuntiva, sendo que o consumidor não pode dispor em princípio da relação em si configurada.

Um regime para a nulidade atípica, outro – e bem distinto – adequado à caducidade do direito à diferença do preço (que, não fora a força com que o direito se acha blindado, poderia propender-se a considerar como disposição meramente supletiva e, nessa medida, de direito disponível se trataria.)

Não é patentemente o caso.

Porque as eminentes razões que presidem ao estabelecimento de breves lapsos para a instauração das correspondentes acções se acham

Com a caducidade
extinguem-se
os efeitos
jurídicos do
direito em virtude
de um facto
jurídico
stricto sensu

indissoluvelmente conectadas com os equilíbrios dos orçamentos domésticos (os dos consumidores) e os de empresas de um certo talhe (os dos demais utentes) ante os monopólios e oligopólios de facto que exploram serviços da índole dos que neste passo se incluem.

Tratando-se de direitos cuja natureza é injuntiva, como da epígrafe ressalta, aplicável é o regime plasmado no n. 1 do artigo 333 do Código Civil, a saber,

(Apreciação oficiosa da caducidade)

“1. A caducidade é apreciada oficiosamente pelo tribunal e pode ser alegada em qualquer fase do processo, se for estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes.”

Logo, o conhecimento é oficioso, que não provocado.

6. Aplicabilidade dos institutos à factualidade

6.1 Caducidade do direito de acção

Retome-se neste passo o quadro cronológico traçado e emergente da factualidade assente

a. 17 de Maio de 2011 – aí se “deu de barato” (em decorrência da vistoria técnica) que haveria desde 17.Nov.2005 “nítida e repetida quebra de consumo de energia” até 16 de Maio de 2011.

b. O “débito referente à rectificação e ao recálculo da energia só ocorreu em 26 de Maio de 2012, mais de um ano depois (de 16 de Maio de 2011, data confirmada da vistoria técnica, a 26 de Maio de 2012, data da emissão da factura).

c. A acção só se instaurou, porém, a 22 de Janeiro de 2015.

d. Ante o encadeado de datas afigura-se-nos patente a negligência da Demandante.

A saber,

Há que computar o prazo do fornecimento, da prestação (da detecção das diferenças), que não da facturação, como resulta do n. 1 do artigo 10º.

Ora, a data que importa reter é a de 17 de Maio de 2011 como base do cômputo dos seis meses prescritos na LSPE – n. 2 do artigo 10º.

Os seis meses perfar-se-iam em 17 de Novembro de 2011.

A data de 17 de Maio de 2011 constitui, pois, um marco como limite inferior do período em que a acção deveria ser proposta.

E a 17 de Novembro esgotar-se-ia o prazo para a instauração da acção.

Independentemente de a factura só haver sido emitida, entretantes, a 26 de Maio de 2012, mais de seis meses após haver expirado o prazo para a propositura da acção.

Sibi imputet...

A Demandante não pode ignorar as linhas mestras do regime que emergem da LSPE. E terá de colher daí as inerentes desvantagens.

O haver movido a acção só em 22 de Janeiro de 2015, com óbvia inobservância quer dos limites temporais como da exigência dos montantes pretensamente devidos pelas diferenças detectadas no lapso que decorreu entre 2005 e 2011 reflecte manifesta ausência de diligência, de que não pode o Demandado vir a sofrer as consequências.

Cumprе assinalar: *grosso modo* mais de 3 anos após, dir-se-ia até, cerca de 4 anos após... com precisão, porém: 3 anos, 8 meses e 6 dias separam o começo do prazo de caducidade do momento da propositura da acção de cobrança da pretensa dívida.

Em patente processo de esgotamento dos prazos excepcionais para que remete a LSPE.

Nada pareceria justificar tamanha dilação.

Constitui manifesto abuso de direito (autêntica litigância de má-fé) vir fazê-lo a destempo, volvido tão dilatado lapso após a pretensa detecção das diferenças fundadas num alegado “recálculo” de consumos e fazendo-se “vista grossa” das alterações introduzidas pelo utente para lograr economias de consumo com investimento em equipamentos outros para se eximir aos exorbitantes preços da energia e dos mais componentes da factura energética.

O fornecedor jamais interrompeu ou suspendeu o fornecimento.

E não diligenciou porque o direito à diferença do preço fosse, como se significou, tempestivamente cobrado.

A negligência destarte evidenciada só admite a sanção ínsita nos textos: o decretamento da caducidade quer por haver sido invocada quer por caber ao tribunal o seu conhecimento *ex officio*.

Manuel de Andrade sustentava que “o fundamento específico [do instituto paralelo] da prescrição reside na negligência do titular do direito em exercitá-lo durante o período de tempo indicado na lei. Negligência que faz presumir ter ele querido renunciar ao direito, ou pelo menos o torna (o titular) indigno de protecção jurídica (*dormientibus non succurrit ius*). Tal o fundamento específico da prescrição, no sentido de ser de acordo com ele que a lei organiza e modela a respectiva disciplina” (Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 445 e s).

O recurso às vias jurisdicionais, de banda do fornecedor, nestas circunstâncias, é susceptível de configurar até, como noutro passo se assinalou, **litigância de má-fé** (Código de Processo Civil: n. 2 do artigo 542) por não ser curial admitir-se que ignore achar-se, à data, já precludido o seu direito pela caducidade e, a despeito, haver sobranceiramente interposto a acção.

6.2 Caducidade do direito à diferença do preço

A caducidade do direito à diferença do preço consta, aliás, do n. 2 do artigo 10º da LPSE:

“Se, por qualquer motivo, incluindo o erro do prestador do serviço, tiver sido paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectuado, o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento.”

Análogas considerações cabe tecer a tal propósito.

Valem, pois, na circunstância, as observações ínsitas no passo precedente.

No momento em que o Demandante entende mover a acção contra o ora Recorrente os prazos para reclamar a diferença do preço já estavam de todo estourados.

Sucedee, porém, que – tendo invocado uma tal excepção –, de resto, de conhecimento oficioso, como se sustenta no passo respectivo, com suporte no aresto do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 2009 (Consº Paulo de Sá), que sufraga doutrina com que ora nos identificamos, a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* dela não toma conhecimento.

De que resulta a nulidade da sentença *ex vi* alínea d) do n. 1 do artigo 615 do Código Civil.

7. Apreciação dos fundamentos de direito da decisão em análise

Noutro passo já se aludiu à fragilidade – e às contradições íntimas – dos elementos estruturantes da decisão

Eis os fundamentos de direito em que se baseia a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* para verter a sua decisão:

“Em síntese, podemos afirmar que entre Autora e Réu **foram estabelecidas relações comerciais**, no desenvolvimento das quais aquele prestou serviços a este, contra o pagamento do respectivo preço.

O contrato celebrado é **um contrato de fornecimento de energia eléctrica**, conforme aceite pelas partes.

Estabelece o artº 1º, n. 1, do Decreto-Lei n. 328/90, de 22.10, que *“Constitui violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica qualquer procedimento fraudulento susceptível de falsear a medição da energia eléctrica consumida ou da potência tomada, designadamente a captação de energia a montante do equipamento de medida, a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos aparelhos de medida, a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos aparelhos de medida ou de controlo de potência, bem como a alteração dos dispositivos de segurança, levada a cabo através da quebra de selos ou por violação dos fechos ou fechaduras”*.

No caso dos autos, foi provada a viciação fraudulenta do equipamento de medição da energia eléctrica consumida, e, não tendo o réu logrado ilidir a presunção estatuída no n. 2 do preceito citado, os danos sofridos pela Autora são-lhe imputáveis – estando assim a seu cargo o respectivo ressarcimento.

Foram cumpridas as formalidades exigidas pelo artº 2º do referido Decreto-Lei, tendo sido elaborado o respectivo auto e do mesmo dado conhecimento e entregue cópia a quem declarou representar o consumidor, e deixada cópia destinada ao mesmo.

Assim, encontramos-nos perante uma situação de existência de **violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica** por fraude imputável ao consumidor, gozando o distribuidor dos direitos previstos no artº 3º do Decreto-Lei 328/90 – interrupção do fornecimento de energia eléctrica (o que não fez), e ressarcimento do valor do consumo

irregularmente feito e das despesas inerentes à verificação e eliminação da fraude, bem como os juros estabelecidos para as dívidas activas do distribuidor.

Os critérios para a determinação do valor do consumo irregularmente feito estão previstos no artº 6º do mesmo diploma, resultando dos autos que foi com base nos mesmos que a A. procedeu ao cálculo da quantia a que tem direito – conforme acima referido. Não concordando o consumidor com o valor calculado pelo distribuidor, e sem prejuízo de recurso aos tribunais, assiste-lhe o direito de requerer a arbitragem das quantias que tenha pago em consequência do ato fraudulento praticado, quando as considere exageradas, nos termos do artº 8º do mesmo diploma. Sucede que o réu não recorrer a arbitragem, nem forneceu nos autos dados minimamente fundamentados para que se possa concluir que as quantias cobradas são exageradas – limitando-se a defender, *in limine*, não serem devidas.

...

– Prescrição:

Invoca o réu a prescrição do direito pretendido exercer pela autora, com fundamento no disposto no artº 10º, n. 4, da Lei n. 23/96, de 26.7 (Lei de Defesa do Consumidor), que estabelece um prazo de prescrição de 6 meses para o prestador de serviços públicos essenciais, contados após a prestação do serviço ou do pagamento inicial, consoante os casos.

Tal norma, salvo o devido respeito, não é aplicável ao caso dos autos. Na realidade, encontramos-nos perante um caso de responsabilidade civil extracontratual, a que são aplicáveis os prazos de prescrição previstos no artº 498º do Código Civil – prazo esse que se encontra cumprido pela autora, que intentou a presente acção quer dentro do prazo de 3 anos contados da emissão da factura (data em que tem conhecimento da extensão integral dos danos, nos termos do n. 1 do artº 498º do CC), quer, caso assim se não entendesse, no prazo mais largo (5 anos) de prescrição previsto para o ilícito criminal correspondente, nos termos invocados pela autora na sua resposta – com os quais concordamos.

Conforme refere o Acórdão da Relação de Lisboa de 1.2.2011, já citado, “*estando provado que a ré... utilizou ilicitamente energia eléctrica não contratada, pretendendo furtar-se ao respectivo pagamento, é, no*

mínimo, um abuso de direito, pretender esgrimir com recurso à contagem de prazos aplicáveis a situações de ilícito contratual para furtar-se ao pagamento devido pelo consumo dessa mesma energia, obtida de forma ilícita e culposa”, e, assim, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

Improcede, em consequência, a invocada excepção de prescrição.”

Apreciando:

7.1 A qualificação do acto

i) Reconhece a M.m^a Juiz *a quo* que **entre os contraentes se celebrara um contrato de fornecimento de energia eléctrica**, que se mantinha e mantém, aliás, em nossos dias, em vigor.

ii) Ainda que se dê de barato (o que o recorrente não aceita por haver ilidido a presunção da utilização ilícita da energia) que tais diferenças de consumo se hajam registado, o que daí resulta é um mero acerto de diferenças de preço, no âmbito do contrato e não fora dele.

7.2 Há dissimilitudes manifestas entre a concreta hipótese de facto *sub judice* e a que serviu de base ao invocado acórdão de 01 de Fevereiro de 2011, emanado do Tribunal da Relação de Lisboa, cujo sumário, escrito pelo punho da Exm.^a Relatora (a Des.^a Dina Monteiro) reza o seguinte:

“Estando provado que (a Demandada) utilizou ilicitamente energia eléctrica, com o desconhecimento da EDP e ***à margem de qualquer contrato*** (sublinhado nosso), o prazo ***prescricional*** a atender é o de 3 anos, contados da data em que a empresa teve conhecimento desse facto, nos termos do artigo 498 n. 1 do Código Civil.”

7.3 O consulente fez prova bastante de que a quebra terá sido imputável à substituição operada entre 2005 e 2011 (***rectius*** de 17 de Novembro de 2005 a 16 de Maio de 2011) das fontes de energia.

7.4 A “utilização... não se processou “à margem de qualquer contrato...” quando na vertente hipótese subjazia um contrato de fornecimento celebrado entre Demandante e Demandado, como se vem de repetir.

7.5 A responsabilidade contratual saldar-se-ia pela imputação das diferenças, como em verdade ocorreu, e não a emergente responsabilidade extracontratual por factos ilícitos (art^{os} 483 e seguintes do Código Civil)

7.6 A prescrição jamais seria, *in casu*, aferida em função do n. 1 do artigo 498 do Código Civil, tanto mais que aplicável seria, na circunstância – sempre e tão só –, a LSPE, mormente o seu artigo 10º, sob a epígrafe “prescrição e caducidade”

7.7 Donde, se apartar de todo a doutrina plasmada na hipótese de facto apreciada e julgada na Relação de Lisboa a 01 de Fevereiro de 2011.

7.8 Ademais,

A caducidade do direito de acção invocou-a o Demandado (artigo 61 da contestação). Em vão, porém.

E ao tribunal *a quo* cumpriria conhecer de ofício uma tal excepção.

O que é susceptível de configurar uma concreta hipótese de nulidade de sentença *ex vi* alínea *d*) do n. 1 do artigo 615 do Código de Processo Civil.

7.9 De análogo modo, a caducidade do direito à diferença do preço, cujo conhecimento parece ser também, de acordo com a doutrina mais bem fundada, de conhecimento oficioso.

Em um tal sentido o acórdão de 3 de Novembro de 2009 do Supremo Tribunal de Justiça (relatado pelo Exmº Consº Paulo Sá) segundo o qual

“1. A interpretação conjugada dos artigos 10º e 13º da Lei 23/96, de 26 de Julho, aponta no sentido de que a caducidade é, aqui, de conhecimento oficioso”.

Ademais, o ora Recorrente também invocou uma tal excepção (artigo 65 da contestação), sem que o tribunal *a quo* a houvesse atendido. E cumpriria fazê-lo, como se afiguraria curial e até por dever de ofício.

Donde, a nulidade da sentença, em conformidade com o que estipula a alínea *d*) do n. 1 artigo 615 do Código de Processo Civil.

8. Conclusões

1. Demandante e demandado celebraram, antes de 2005, um contrato de fornecimento de energia eléctrica

2. A subsistir (ante os mais elementos dos autos e a elisão da presunção reclamada, a justo título, pelo demandado), a emergente responsabilidade é meramente contratual.

3. Que não, como emerge da sentença de fls., extracontratual,

4. De molde a beneficiar da prescrição hipotizada no n. 1 do artigo 498 do Código Civil

5. Que logra apoio num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01 de Fevereiro de 2011, cuja doutrina é inaplicável à lide ora *em apreço* por não haver subjacente um qualquer contrato

6. Há divergências insanáveis entre as espécies de facto destarte configuradas: de um lado uma relação de facto (a espelhada no acórdão enunciado), do outro, na vertente hipótese, uma relação jurídica titulada por um contrato, como cumpria;

7. O demandado aduziu prova susceptível de convencimento de que a quebra de consumos teria sido imputável à substituição das fontes energéticas operada entre 2005 e 2011 (*rectius* de 17 de Novembro de 2005 a 16 de Maio de 2011)

8. Ainda que assim se não entenda, as diferenças de preço “recalculadas” no período que medeia entre 17 de Novembro de 2005 e 16 de Maio de 2011 (lapso de 5 anos e meio) haviam sido objecto de consumpção tanto pela caducidade do direito de acção que é de seis meses (n. 4 do artigo 10 da LSPE)

9. Como pela caducidade do direito à diferença de preço de análoga dimensão temporal (n. 2 do artigo 10º da LSPE)

10. Com efeito, qualquer dos institutos é de conhecimento oficioso, como se mostrou no lugar próprio.

11. Mas ainda que o não fossem, o Apelante arguiu tempestivamente qualquer das excepções – tanto a da caducidade do direito de acção como a do direito à diferença do preço –, sem que delas a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* houvesse tomado conhecimento,

12. Mormente a da **caducidade do direito à diferença do preço**, já que deu de barato que a concreta hipótese de facto beneficiaria de um prazo amplo de prescrição como o que radica no n. 1 do artigo 498 do Código Civil.

13. O não conhecimento dos factos extintivos invocados configura uma caso típico de **nulidade da sentença**, *ex vi* alínea d) do n. 1 do artigo 615 do Código de Processo Civil

14. Na realidade, a pretensa detecção de quebras de consumo terá ocorrido a 16 de Maio de 2011 e a acção só foi instaurada a 22 de Janeiro de 2015, isto é, 3 anos, 8 meses e 6 dias após o fornecimento

15. A factura só foi emitida a 25 de Junho e remetida nos primeiros dias de Julho de 2012 (mais de um ano após a pretensa detecção dos factos), e já depois de estourado o direito de acção, que é de seis meses (n. 4 do artigo 10º da LSPE);

16. Emitida a factura mais de um ano após a pretensa detecção dos factos, a acção só foi instaurada a 22 de Janeiro de 2015, quando deveria tê-lo sido nos seis meses subsequentes a 17 de Maio de 2011.

17. De 25 de Junho de 2012 a 22 de Janeiro de 2015, inércia total do ora Recorrido.

18. De 17 de Maio de 2011 a 22 de Janeiro de 2015 distam três anos, 8 meses e 6 dias,

19. Pelo que deveria ter sido decretada primacialmente a caducidade do direito de acção, pela precípua aplicação do normativo idóneo para o efeito – a LSPE –, nos termos do n. 4 do artigo 10º da Lei 23/96, de 26 de Julho (modificada por dispositivos noutro passo evidenciados).

20. Que não o da responsabilidade civil extracontratual (por actos ilícitos), *maxime* da prescrição (artigo 498 do Código Civil), que premiaria o Demandante pela sua inércia, pela declarada negligência de que deu exuberantemente mostras na circunstância.

E que é de todo inaplicável na vertente hipótese, recoberta pela disciplina da LSPE.

Tal é, salvo melhor juízo, o nosso parecer.

Coimbra e Villa Cortez, Centro de Estudos de Direito do Consumo, aos 14 de Novembro de 2016

Mário Frota
director

Notas

1. Mário Frota. Presidente da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo.
2. Lei 23/96, de 26 de Julho, que se destinaria a regular a LDC – a Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho (artigo 9º n. 8) e que por manifesto equívoco da INCM veio a lume 5 dias antes da Lei-Quadro).

PARECER
DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU SOBRE

A “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)

COM(2012) 11 FINAL – 2012/011 (COD)
(2012/C 229/17)

RELATOR-GERAL: JORGE PEGADO LIZ

EXCERITOS

“O CESE saúda a orientação geral da Comissão, manifesta o seu acordo quanto à escolha da base de habilitação proposta, e aprova, em princípio, os objetivos da proposta, que seguem de perto um parecer do Comité”

“O Comité considera também que devem ser incluídos certos elementos que a Comissão não ponderou, nomeadamente o alargamento do âmbito de aplicação, o tratamento de dados sensíveis ou as ações coletivas”

“As pessoas singulares têm o direito de exercer um controlo efetivo sobre os seus dados pessoais”

“Todos os cidadãos ou residentes da União dispõem, enquanto tal, de direitos fundamentais inscritos na Carta e nos tratados. Esses direitos são também reconhecidos no direito dos Estados-Membros, por vezes mesmo a nível constitucional”

“O CESE gostaria que a Comissão tivesse adotado uma abordagem mais adaptada às necessidades e aspirações dos cidadãos e mais sistematizada de acordo com a natureza de certos domínios da atividade económica e social”

“A retirada do consentimento impede qualquer tratamento posterior dos dados e que só compromete a licitude do tratamento efetuado a partir do momento em que o consentimento foi retirado”

O Parlamento Europeu, em 16 de fevereiro de 2012, e o Conselho, em 1 de março de 2012, decidiram, nos termos do artigo 304º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consultar o Comité Económico e Social Europeu sobre a

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)

COM(2012) 11 final – 2012/011 (COD).

Em 21 de fevereiro de 2012, a Mesa do Comité decidiu incumbir da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada de Emprego, Assuntos Sociais e Cidadania.

Dada a urgência dos trabalhos, o Comité Económico e Social Europeu, na 481ª reunião plenária de 23 e 24 de maio de 2012 (sessão de 23 de maio) designou relator-geral Jorge PEGADO LIZ e adotou, por 165 votos a favor, 34 votos contra e 12 abstenções, o seguinte parecer.

1. Conclusão e recomendações

1.1 O CESE saúda a orientação geral da Comissão, manifesta o seu acordo quanto à escolha da base de habilitação proposta, e aprova, em princípio, os objetivos da proposta, que seguem de perto um parecer do Comité. No atinente ao estatuto jurídico da proteção de dados, entende que o tratamento e transferência de dados no âmbito do mercado único devem ser limitados pelo direito à proteção de dados pessoais decorrente do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais e do artigo 16º, n. 2, do TFUE.

1.2 O CESE está dividido quanto à escolha de um regulamento como o instrumento jurídico mais adequado face aos objetivos em vista e solicita à Comissão que demonstre melhor e justifique por que motivos este instrumento é preferível a uma diretiva, ou é indispensável.

1.3 O Comité lamenta as exceções e restrições, demasiado numerosas, que afetam os princípios afirmados do direito à proteção dos dados pessoais.

1.4 No novo contexto da economia digital, o Comité partilha a opinião da Comissão de que “as pessoas singulares têm o direito de exercer um controlo efetivo sobre os seus dados pessoais” e solicita que esse direito se alargue também às diversas utilizações para as quais são criados perfis individuais a partir dos dados recolhidos por uma vasta quantidade de meios (legais e, por vezes, ilegais), bem como ao tratamento dos dados obtidos.

1.5 No que toca aos direitos fundamentais, a harmonização, através de um regulamento, em domínios específicos deveria, no entanto, permitir que os Estados-Membros adotem, no seu direito nacional, disposições

não incluídas no regulamento em análise, ou mais favoráveis do que as aí previstas.

1.6 Além disso, o Comité não pode aceitar as referências quase sistemáticas a atos delegados que não decorrem expressamente do artigo 290º do TFUE.

1.7 O Comité saúda, todavia, a preocupação de criar um quadro institucional eficaz para garantir o funcionamento efetivo das disposições legais, tanto ao nível das empresas (delegados para a proteção de dados) como ao nível das administrações públicas dos Estados-Membros (autoridades de controlo independentes). Teria, no entanto, apreciado que a Comissão tivesse escolhido uma abordagem mais adaptada às necessidades e aspirações reais dos cidadãos, e mais sistematizada segundo a natureza de certos domínios da atividade económica e social.

1.8 O CESE entende que há várias melhorias e precisões a fazer ao texto proposto e dá exemplos concretos em relação a vários artigos, no sentido de promover uma melhor definição dos direitos, reforçar a proteção dos cidadãos em geral e dos trabalhadores em particular, esclarecer a natureza do consentimento, a licitude do tratamento e, em particular, as funções dos delegados de proteção dos dados e o tratamento dos dados em matéria de emprego.

1.9 O Comité considera também que devem ser incluídos certos elementos que a Comissão não ponderou, nomeadamente o alargamento do âmbito de aplicação, o tratamento de dados sensíveis ou as ações coletivas.

1.10 Assim, o CESE é de opinião de que os motores de pesquisa cujas receitas provêm, na sua maioria, de publicidade dirigida especificamente ao seu público graças à recolha de dados pessoais sobre os visitantes ou à definição de perfis devem ser abrangidos *expressis verbis* pelo regulamento. O mesmo deve ser válido para os sítios de servidores que oferecem espaço para armazenamento de dados, bem como para certos criadores de *software* (computação em nuvem, ou *cloud computing*), que recolhem dados sobre os seus utilizadores para fins comerciais.

1.11 As mesmas disposições devem valer ainda para as informações pessoais publicadas nas redes sociais, que deveriam permitir que, ao abrigo do direito a ser esquecido, a pessoa em causa modifique ou elimine as informações ou, a seu pedido, suprima a sua página pessoal e as ligações que remetam para outros sítios Web muito frequentados onde essas informações são reproduzidas e comentadas. O artigo 9º deveria ser alterado nesse sentido.

1.12 Por fim, o CESE solicita à Comissão que reconsidere certos aspetos da proposta que, na sua opinião, são inaceitáveis para matérias sensíveis como a proteção das crianças, o direito de oposição, a definição de perfis, certos limites aos direitos, o limite de 250 trabalhadores para designar um delegado para a proteção de dados ou a forma como está regulamentado o “balcão único”.

2. Introdução

2.1 O CESE foi agora consultado a respeito da “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) (1)”.

2.2 Todavia, assinala que esta proposta faz parte de um “pacote” que inclui uma comunicação introdutória (2), um proposta de diretiva (3) e um “Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões com base no artigo 29º, n. 2, da Decisão-Quadro do Conselho, de 27 de novembro de 2008 (4)”. O CESE não foi consultado sobre o conjunto das ações legislativas, mas apenas sobre o projeto de regulamento, embora devesse ter sido consultado também a respeito do projeto de diretiva.

2.3 A proposta sobre a qual o CESE foi consultado situa-se, segundo a Comissão, na intersecção de duas das mais importantes orientações jurídico-políticas e político-económicas da UE.

2.3.1 Por um lado, o artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o artigo 16º, n. 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) consagram a proteção dos dados como um direito fundamental que deve ser protegido como tal. As comunicações da Comissão Europeia sobre o programa de Estocolmo e o plano de ação para a sua aplicação baseiam-se neste princípio (5).

2.3.2 Por outro lado, a estratégia digital para a Europa e, de forma mais geral, a Estratégia Europa 2020, promovem a consolidação da dimensão “mercado único” da proteção dos dados, bem como a redução dos encargos administrativos que pesam sobre as empresas.

2.4 A intenção da Comissão é atualizar e modernizar os princípios inscritos na Diretiva 95/46/CE consolidada relativa à proteção dos dados, com vista a garantir, no futuro, os direitos das pessoas no que toca ao respeito da vida privada na sociedade digital e nas suas redes. O objetivo é reforçar os direitos dos cidadãos, consolidar o mercado interno da UE, assegurar um nível elevado de proteção de dados pessoais em todas as áreas (incluindo no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal), garantir uma correta aplicação das regras definidas para esse efeito, facilitar o tratamento transfronteiriço de dados e estabelecer normas universais para a proteção de dados.

3. Observações na generalidade

3.1 No novo contexto da economia digital, o Comité partilha a opinião da Comissão de que “as pessoas singulares têm o direito de exercer um controlo efetivo sobre os seus dados pessoais” e preconiza que esse direito

se alargue também às diversas utilizações para as quais são criados perfis individuais a partir dos dados recolhidos por uma vasta quantidade de meios (legais e, por vezes, ilegais), bem como ao tratamento dos dados obtidos. O CESE considera também que o tratamento e transferência de dados no âmbito do mercado único devem ser limitados pelo direito à proteção decorrente do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais. Este é um direito fundamental inscrito no direito institucional da União e na maioria dos direitos nacionais dos Estados-Membros.

3.2 Todos os cidadãos ou residentes da União dispõem, enquanto tal, de direitos fundamentais inscritos na Carta e nos tratados. Esses direitos são também reconhecidos no direito dos Estados-Membros, por vezes mesmo a nível constitucional. Outros direitos, como o direito à imagem ou o direito à proteção da vida privada, completam e reforçam o direito à proteção de dados. É importante que seja possível assegurar o respeito destes direitos solicitando a um sítio Web que modifique ou retire do servidor um perfil pessoal ou um ficheiro e, em caso de incumprimento, obter em tribunal uma injunção para tal.

3.3 A conservação de ficheiros que contêm dados individuais é indispensável à administração pública (6), à gestão dos recursos humanos nas empresas, aos serviços comerciais, às associações e sindicatos, aos partidos políticos ou aos sítios Web sociais ou motores de pesquisa da Internet. No entanto, para proteger a vida privada das pessoas legalmente inscritas nos ficheiros, convém que estes, que se destinam a diversos fins, contenham apenas os dados essenciais aos seus objetivos e que não estejam interligados, graças às TIC, sem que tal interligação seja necessária ou objeto de uma proteção legal. A existência de uma autoridade que tenha acesso ilimitado a todos os dados constituiria um risco para as liberdades cívicas e para a vida privada.

3.4 As pessoas afetadas devem ter direito a aceder, corrigir ou mesmo retirar os ficheiros detidos por pessoas de direito privado, quando se trata de ficheiros de prospeção comercial ou dos sítios Web sociais.

3.5 Quanto aos ficheiros detidos por entidades administrativas públicas ou privadas e que respondem a obrigações legais, as pessoas devem dispor do direito a aceder e a corrigir os dados em caso de erro, ou a retirá-los caso a inscrição da pessoa no ficheiro se tenha tornado inútil, por exemplo, em caso de uma amnistia num ficheiro judicial ou no caso de termo de um contrato de trabalho, expirado o prazo legal de conservação dos dados.

3.6 O CESE saúda a orientação geral adotada pela Comissão, reconhecendo que os objetivos da Diretiva 95/46/CE consolidada continuam a ser atuais, ainda que, após 17 anos e com todas as transformações tecnológicas e sociais que se verificaram no domínio do ambiente digital, se revele indispensável

proceder a uma revisão profunda. Por exemplo, a Diretiva 95/46/CE não abrangia determinados aspetos das trocas transfronteiras de informações e de dados entre administrações encarregadas da repressão da delitos penais e da execução de sentenças no quadro da cooperação policial e judiciária. Esta questão é tratada no projeto de diretiva incluído no pacote “proteção de dados” a respeito do qual o Comité não foi consultado.

3.7 O CESE aprova, em princípio, os objetivos da proposta, que se inscrevem na proteção dos direitos fundamentais e seguem de perto um anterior parecer do comité (7), nomeadamente nos seguintes domínios:

- criação de um único “corpus” de regras relativas à proteção dos dados, válidas em toda a União e que garantem o mais elevado nível de proteção possível;
- reafirmação explícita da liberdade de circulação de dados pessoais na União Europeia;
- supressão de diversas obrigações administrativas inúteis, o que, segundo a Comissão, representará uma poupança anual de cerca de 2300 milhões de euros para as empresas;
- obrigação de as empresas e organizações comunicarem à autoridade nacional de controlo as violações graves dos dados pessoais, com a maior brevidade (se possível, no espaço de 24 horas);
- possibilidade de os cidadãos recorrerem à autoridade encarregada da proteção dos dados do seu país, mesmo que os seus dados sejam tratados por uma empresa sediada fora do território da UE;
- facilitação do acesso das pessoas aos seus dados, bem como da transferência de dados pessoais de um prestador de serviços a outro (direito à portabilidade dos dados);
- “direito a ser esquecido”, para garantir aos cidadãos a melhor gestão possível dos riscos associados à proteção dos dados em linha, com a possibilidade de cada pessoa solicitar a eliminação dos dados que lhe dizem respeito, caso a conservação desses dados não tenha justificação legítima;
- reforço, relativamente à situação atual, do papel das autoridades nacionais independentes encarregadas da proteção dos dados, para que possam fazer cumprir e respeitar melhor as regras da UE no território do seu Estado-Membro, em particular mediante a concessão do direito de aplicar multas às empresas que violem as regras, multas essas que podem ascender a um milhão de euros ou a 2 % do volume de negócios anual da empresa;
- neutralidade tecnológica e sua aplicação a todo o tratamento de dados, quer seja automatizado ou manual;
- obrigação de proceder a avaliações de impacto sobre a proteção de dados.

3.8 O CESE saúda a ênfase dada à proteção dos direitos fundamentais e manifesta o seu total acordo com a escolha da base jurídica proposta,

utilizada pela primeira vez na legislação. Salienta igualmente a grande importância desta proposta para a realização do mercado único, bem como os seus efeitos positivos no âmbito da Estratégia Europa 2020. No que toca à escolha de um regulamento, uma parte dos membros do CESE, independentemente do grupo a que pertencem, está de acordo com a Comissão e entende que este é o instrumento jurídico mais adequado para garantir uma aplicação uniforme e um nível igual de proteção de dados em todos os Estados-Membros. Outra parte dos membros considera que uma diretiva seria o melhor instrumento para salvaguardar o princípio da subsidiariedade e para melhorar a proteção dos dados, especialmente nos Estados-Membros que já garantem um nível de proteção mais elevado do que o definido na proposta da Comissão. O CESE está ciente de que os Estados-Membros estão também divididos a este respeito. Assim, solicita que a Comissão fundamente melhor a sua proposta, clarificando a sua compatibilidade com o princípio da subsidiariedade e esclarecendo por que motivo a escolha de um regulamento é indispensável para alcançar os objetivos visados.

3.8.1 Uma vez que se trata de um regulamento aplicável imediatamente e na sua totalidade em todos os Estados-Membros, sem carecer de transposição, o CESE chama a atenção da Comissão para a necessidade de zelar pela coerência das traduções em todas as línguas – o que não acontece com a proposta.

3.9 O Comité entende, por um lado, que a proposta poderia ter ido mais longe na proteção de certos direitos, que são praticamente esvaziados do seu conteúdo pelas inúmeras exceções e restrições e, por outro lado, que a proposta deveria equilibrar melhor os direitos das várias partes. Assim, arrisca-se a existir um desequilíbrio entre os objetivos do direito fundamental à proteção dos dados e os objetivos do mercado único, em detrimento dos primeiros. O CESE partilha, essencialmente, a opinião da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (8).

3.10 O CESE gostaria que a Comissão tivesse adotado uma abordagem mais adaptada às necessidades e aspirações dos cidadãos e mais sistematizada de acordo com a natureza de certos domínios da atividade económica e social, como, por exemplo, o comércio em linha, o marketing direto, as relações laborais, os órgãos de poder público, a vigilância e a segurança, o ADN, etc., distinguindo o regime jurídico consoante estes aspetos muito diferentes do tratamento de dados.

3.11 No que diz respeito às diversas disposições incluídas na proposta (e que estão referidas no artigo 86º), certos aspetos cruciais do instrumento jurídico e do funcionamento do sistema ficam dependentes de futuros atos delegados (26 delegações de poder por um período indeterminado). O CESE entende que estas delegações ultrapassam largamente os limites

estabelecidos no artigo 290º do Tratado e definidos na Comunicação da Comissão Europeia relativa à aplicação do artigo 290º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (9), o que tem consequências para a segurança e certeza jurídicas do dispositivo. O CESE é de opinião que o legislador europeu poderia regular diretamente um número determinado de delegações de poder. Outras delegações poderiam competir às autoridades nacionais de supervisão ou às suas associações ao nível europeu (10). Isto reforçaria a aplicação do princípio da subsidiariedade e contribuiria para maior segurança e certeza jurídicas.

3.12 O CESE compreende que as razões que levaram a Comissão, nesta proposta, a debruçar-se exclusivamente sobre os direitos das pessoas singulares, dada a sua natureza jurídica específica, mas solicita que os dados relativos às pessoas coletivas, especialmente as dotadas de personalidade jurídica, sejam também objeto da atenção da Comissão.

4. Observações na especialidade

Aspetos positivos

4.1 A proposta está conforme com o objeto e os objetivos da Diretiva 95/46/CE, especialmente no que diz respeito a certas definições, a aspetos essenciais dos princípios relativos à qualidade dos dados e à legitimidade do seu tratamento, ao tratamento de dados relativos a certas categorias específicas e a certos direitos de informação e de acesso aos dados.

4.2 A proposta é até inovadora em aspetos fundamentais relativos a novas definições, a uma maior precisão das condições de consentimento, especialmente quando se trata de crianças, e à categorização de novos direitos, como o direito de retificar e eliminar dados, o direito a ser esquecido, o direito de oposição e a definição de perfis. A proposta estabelece ainda obrigações muito pormenorizadas para os responsáveis pelo tratamento de dados e os seus subcontratantes, para além de medidas relativas à segurança dos dados e ao quadro geral de sanções, que são, essencialmente, de natureza administrativa.

4.3 O Comité saúda também a preocupação da proposta de criar um quadro institucional eficaz para garantir o funcionamento efetivo das disposições jurídicas, tanto ao nível das empresas (delegados para a proteção de dados) como ao nível das entidades administrativas públicas dos Estados-Membros (autoridades de controlo independentes), para além do reforço da cooperação entre estas entidades, por um lado, e entre estas e a Comissão, por outro (criação do Comité Europeu para a Proteção de Dados). Assinala, no entanto, a necessidade de respeitar as competências dos delegados nacionais e, em certos casos, regionais para a proteção de dados existentes nos Estados Membros.

4.4 Por fim, considera positivo o incentivo à elaboração de códigos de conduta, bem como o papel da certificação e dos selos e marcas de proteção de dados.

Aspetos que podem ser melhorados

4.5 Artigo 3º – Âmbito de aplicação territorial

4.5.1 As condições de aplicação previstas no n. 2 são demasiado restritivas. Convém lembrar o caso das empresas farmacêuticas sedeadas fora da Europa que pretendem, para ensaios clínicos, aceder a dados clínicos de pessoas residentes na UE.

4.6 Artigo 4º – Definições

4.6.1 A definição de “consentimento”, que está, essencialmente, na base de todo o sistema de proteção de dados, deveria ser mais precisa nos elementos que a compõem e, sobretudo, na sua caracterização de “ato positivo inequívoco” (nomeadamente na versão francesa).

4.6.2 A noção de “transferência de dados”, que não está definida em lado algum na proposta, deveria ser objeto de uma definição no artigo 4º.

4.6.3 A noção de “lealdade”, referida no artigo 5º, alínea a), deveria ser objeto de definição.

4.6.4 A noção de dados “manifestamente tornados públicos” (artigo 9º, n. 2, alínea e), deveria também ser objeto de definição precisa.

4.6.5 A noção de “definição de perfis”, utilizada ao longo de todo o documento, deve igualmente ser definida.

4.7 Artigo 6º – Licitude do tratamento

4.7.1 Na alínea f), a noção de “interesses legítimos do responsável pelo tratamento” não abrangidos por todas as alíneas precedentes parece vaga e subjetiva e deveria ser definida de forma mais precisa no próprio texto, em vez de ser confiada a um ato delegado (n. 5), especialmente porque o n. 4 não refere a alínea f) (isto é importante, por exemplo, para os serviços postais e de marketing direto (11)).

4.8 Artigo 7º – Consentimento

Importa indicar, no n. 3, que a retirada do consentimento impede qualquer tratamento posterior dos dados e que só compromete a licitude do tratamento efetuado a partir do momento em que o consentimento foi retirado.

4.9 Artigo 14º – Informações

4.9.1 No n. 4, alínea b), importa fixar um prazo máximo.

4.10 Artigo 31º – Notificação da violação de dados pessoais à autoridade de controlo

4.10.1 A notificação de toda e qualquer violação arrisca-se a comprometer o funcionamento do sistema e, no fim de contas, a entravar a responsabilização efetiva dos culpados.

4.11 Artigo 35º – Delegados para a proteção de dados

4.11.1 Importa esclarecer as condições relativas à função do delegado para a proteção de dados, nomeadamente a proteção contra despedimento, que deve estar claramente definida e alargar-se para além do período durante o qual a pessoa em causa assume esta função; as condições de base e os requisitos claros necessários ao exercício desta atividade; a exoneração do delegado para a proteção de dados de quaisquer responsabilidades caso assinalasse irregularidades ao empregador ou às autoridades nacionais de proteção de dados; o direito à participação direta de representantes do pessoal no processo de designação do delegado; e o direito destes representantes a serem periodicamente informados (12) sobre os problemas verificados e sua resolução. Convém também esclarecer a questão dos recursos afetados a esta função.

4.12 Artigo 39º – Certificação

4.12.1 A certificação deve ser uma das tarefas da Comissão.

4.13 Artigo s 82º e 33º – Tratamento de dados em matéria de emprego

4.13.1 Falta uma referência explícita, no artigo 82º, à avaliação do desempenho (que também não é referida no artigo 20º relativo à “definição de perfis”). Além disso, também não se esclarece se este poder dos Estados-Membros se aplica também à formulação das disposições relativas ao delegado para a proteção de dados. Também a proibição da “definição de perfis” em matéria de emprego deveria ser esclarecida no que diz respeito à avaliação de impacto sobre a proteção de dados (artigo 33º).

4.14 Artigo s 8 1º, 8 2º, 8 3º e 8 4º

4.14.1 Onde se afirma “Nos limites do presente regulamento” deveria afirmar-se “Nos termos do presente regulamento”.

Aspetos que deveriam ser incluídos

4.15 Âmbito de aplicação

4.15.1 No que toca aos direitos fundamentais, a harmonização em domínios específicos deveria permitir que os Estados-Membros adotem, no seu direito nacional, disposições não incluídas no regulamento em análise, ou mais favoráveis do que as aí previstas, à semelhança do que se prevê para os domínios abrangidos pelos artigos 80º a 85º.

4.15.2 Os endereços IP individuais deveriam ser expressamente incluídos no corpo do regulamento, e não apenas nos considerandos, como um dos dados pessoais a proteger.

4.15.3 Os motores de pesquisa cujas receitas provêm, na sua maioria, da publicidade e que recolhem dados pessoais sobre os seus utilizadores e lhes dão uma utilização comercial devem ser incluídos no âmbito de aplicação do regulamento, em vez de figurarem apenas nos considerandos.

4.15.4 Importa especificar que as redes sociais se incluem no âmbito de aplicação, e não apenas nos casos em que praticam a definição de perfis para fins comerciais.

4.15.5 Certos métodos de controlo e de filtragem da Internet que pretendem combater a contrafação e têm como efeito a definição de perfis de certos utilizadores da rede, a elaboração de ficheiros a seu respeito e a vigilância de todos os seus movimentos, na ausência de uma autorização judicial específica, devem também ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do regulamento.

4.15.6 Seria igualmente desejável que as instituições e órgãos da União fossem abrangidos pelas obrigações fixadas no regulamento.

4.16 Artigo 9º – Categorias especiais de dados pessoais

4.16.1 A melhor forma de proceder seria definir regimes especiais em função das circunstâncias, das situações e da finalidade do tratamento dos dados. Importa aditar uma proibição da definição de perfis nestes domínios.

4.16.2 Convém também introduzir o princípio da não discriminação no tratamento dos dados sensíveis para fins estatísticos.

4.17 Deveria incluir-s e possibilidades (não exploradas) nos seguintes domínios:

- participação de representantes do pessoal a todos os níveis nacionais e europeus na elaboração de “regras vinculativas para empresas” que deveriam, a partir de agora, ser aceites como condição para a transferência internacional de dados (artigo 43º);

- informação e consulta do Conselho de Empresa Europeu por ocasião de transferências internacionais de dados dos trabalhadores, especialmente para países terceiros;

- informação e participação dos parceiros sociais europeus e das ONG europeias de consumidores e de defesa dos direitos humanos na designação dos membros do Comité Europeu para a Proteção de Dados, que deverá substituir o “Grupo de Trabalho do artigo 29º”;

- informação e participação destes parceiros e ONG a nível nacional na designação dos membros das autoridades nacionais de proteção de dados, disposição essa que também não está prevista na proposta de regulamento.

4.18 Artigo s 74º a 77º – Ações coletivas em matéria de ficheiros ilegais e de indemnizações por perdas e danos

4.18.1 A maioria das violações dos direitos à proteção de dados tem um carácter coletivo. Quando tal acontece, não há apenas uma pessoa afetada por uma infração mas sim um grupo de pessoas, senão mesmo todas as pessoas inscritas no ficheiro. As vias tradicionais para ações judiciais individuais não são adequadas para reagir a este género de violação. O artigo 76º autoriza qualquer organismo, organização ou associação encarregada da proteção dos direitos das pessoas afetadas a dar início, em nome de uma ou várias pessoas afetadas, aos procedimentos referidos nos artigos 74º e 75º. No entanto, tal não é o caso quando se trata de pedir uma indemnização

ou reparação por danos sofridos, já que, nesse caso, o artigo 77º só prevê essa possibilidade para pessoas individuais e não admite que se aplique um processo de representação coletiva ou de ação coletiva.

4.18.2 A este propósito, o CESE reafirma o que vem dizendo há anos em vários pareceres quanto à necessidade e à premência de a UE se dotar de um instrumento judicial harmonizado de ação coletiva a nível europeu, que é necessário em muitos domínios do direito da UE e que seria semelhante aos instrumentos já existentes em vários Estados-Membros.

Aspetos inaceitáveis

4.19 Artigo 8º – Crianças

4.19.1 Visto que por criança se entende qualquer pessoa com menos de 18 anos (artigo 4º, n. 18), em conformidade com a convenção de Nova Iorque, não é aceitável que, no n. 1 do artigo 8º, se preveja a possibilidade de crianças de 13 anos darem o seu “consentimento” ao tratamento dos seus dados pessoais.

4.19.2 Apesar de o CESE compreender a necessidade de definir regras específicas para as PME, não é aceitável que a Comissão possa, através de um ato delegado, pura e simplesmente isentar as PME da obrigação de respeitar os direitos das crianças.

4.20 Artigo 9º – Categorias especiais

4.20.1 Também não se justifica que, nos termos do artigo 9º, n. 2, alínea a), crianças possam dar o seu “consentimento” ao tratamento de dados que digam respeito à sua nacionalidade, opiniões políticas, religião, saúde, vida sexual ou condenações penais.

4.20.2 Os dados fornecidos voluntariamente pelas próprias pessoas, como por exemplo, no Facebook, não devem ser excluídos das regras de proteção, como se infere da alínea e) do n. 2 do artigo 9º. Estes dados devem, no mínimo, beneficiar do direito a ser esquecido.

4.21 Artigo 13º – Direitos relativos aos destinatários

4.21.1 A exceção prevista no fim do artigo (“salvo se tal comunicação se revelar impossível ou implicar um esforço desproporcionado”) não é aceitável nem justificável.

4.22 Artigo 14º – Informações

4.22.1 A exceção, idêntica, prevista no n. 5, alínea b) é igualmente inaceitável.

4.23 Artigo 19º, n. 1 – Direito de oposição

4.23.1 A formulação vaga utilizada para referir a exceção (“razões imperiosas e legítimas”) não é aceitável e torna o direito de oposição vazio de sentido.

4.24 Artigo 20º – Definição de perfis

4.24.1 A proibição da definição de perfis não deveria cingir-se apenas ao tratamento “automatizado” de dados (13).

4.24.2 No n. 2, alínea a), a expressão “se tiverem sido apresentadas medidas” deve ser substituída por “se tiverem sido aplicadas medidas”.

4.25 Artigo 21º – Limitações

4.25.1 A redação da alínea c) do n. 1 é totalmente inaceitável por conter expressões vagas e indefinidas como “interesse económico e financeiro”, “domínios monetário, orçamental ou fiscal” e até “estabilidade e integridade dos mercados”, expressão que foi aditada à Diretiva 95/46.

4.26 Artigos 25º, 28º e 35º – Limite de 250 trabalhadores

4.26.1 O número limite de 250 trabalhadores, que determina a aplicabilidade de certas disposições de proteção, como por exemplo a nomeação de um delegado para a proteção de dados, levaria a que apenas pouco menos de 40 % dos trabalhadores beneficiassem dessa disposição. O mesmo limite aplicado à obrigação de documentação levaria a que a grande maioria dos trabalhadores não teria a possibilidade de vigiar a utilização dos seus dados pessoais, pelo que deixaria de haver qualquer controlo. O Comité sugere que se preveja a possibilidade de fixar um limiar mais baixo, por exemplo, o número de trabalhadores necessários, na maioria dos Estados-Membros, para criar uma representação dos interesses dos trabalhadores na empresa. Também se poderia adotar uma outra abordagem, baseada em critérios objetivos, que assentasse, por exemplo, no número de ficheiros sujeitos às regras de proteção de dados tratados durante um período de tempo a determinar, independentemente da dimensão da empresa ou do serviço em causa.

4.27 Artigo 51º – Balcão único

4.27.1 Apesar de se conceber um balcão único para facilitar a vida das empresas e tornar mais eficazes os mecanismos de proteção de dados, este conceito é, todavia, suscetível de provocar uma considerável deterioração da proteção dos dados relativos aos cidadãos em geral, em particular os dados pessoais dos trabalhadores, uma vez que anula a obrigação atual de as transferências de dados pessoais serem objeto de um acordo de empresa e de serem aprovadas por uma comissão nacional para a proteção de dados (14).

4.27.2 Além disso, esse sistema parece contrário à preocupação de uma gestão de proximidade e arrisca-se a privar o cidadão da possibilidade de ver o seu pedido tratado pela autoridade de controlo que lhe é mais próxima e mais acessível.

4.27.3 Existem, portanto, motivos para defender que a autoridade do Estado-Membro de residência do queixoso continue a ser a entidade competente.

Bruxelas, 23 de maio de 2012

O Presidente do Comité Económico e Social Europeu

Staffan NILSSON

ANEXO

ao Parecer do Comité Económico e Social Europeu

A seguinte proposta de alteração foi rejeitada em reunião plenária, tendo recolhido, contudo, pelo menos um quarto dos sufrágios expressos (artigo 54º, n. 3, do Regimento):

Suprimir os pontos 4.25 e 4.25.1

“4.25 Artigos 25º, 28º e 35º – Limite de 250 trabalhadores

4.25.1 O número limite de 250 trabalhadores, que determina a aplicabilidade de certas disposições de proteção, como por exemplo a nomeação de um delegado para a proteção de dados, levaria a que apenas pouco menos de 40 % dos trabalhadores beneficiassem dessa disposição. O mesmo limite aplicado à obrigação de documentação levaria a que a grande maioria dos trabalhadores não teria a possibilidade de vigiar a utilização dos seus dados pessoais, pelo que deixaria de haver qualquer controlo. O Comité sugere que se preveja a possibilidade de fixar um limiar mais baixo, por exemplo, o número de trabalhadores necessário, na maioria dos Estados-Membros, para criar um comité de empresa, uma comissão de trabalhadores ou um conselho de fiscalização. Também se poderia adotar uma outra abordagem, baseada em critérios objetivos, que assentasse, por exemplo, no número de ficheiros sujeitos às regras de proteção de dados tratados durante um período de tempo a determinar, independentemente da dimensão da empresa ou do serviço em causa.”

Votação:

A favor: 87

Contra: 89

Abstenções: 26

(1) COM(2012) 11 final.

(2) COM(2012) 9 final.

(3) COM(2012) 10 final.

(4) COM(2012) 12 final.

(5) Estes documentos insistem na necessidade de a União “[se] dotar de um regime completo de proteção dos dados pessoais que abranja o conjunto das competências da União” e “assegurar que o direito fundamental à proteção de dados é aplicado de forma sistemática”, para que as pessoas singulares tenham o direito de exercer um controlo efetivo sobre os dados que lhe dizem respeito.

(6) Ver parecer do CESE sobre a “Reutilização de informações do setor público” JO C 191 de 29.6.2012, p. 129.

(7) Ver parecer do CESE, JO C 248 de 25.8.2011, p. 123.

(8) Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre o “Pacote para a proteção de dados”, 7 de março de 2012.

(9) COM(2009) 673 final de 9.12.2009.

(10) Ver a objeção por não conformidade com o princípio da subsidiariedade formulada pelo Senado francês.

(11) Importa esclarecer melhor a questão da prospeção através de cartas endereçadas a pessoas específicas, uma vez que a aplicação do regulamento, na sua forma atual, levaria à interdição desta prática que, não obstante, constitui um método pouco intrusivo e bem direcionado de prospeção de novos clientes.

(12) Por exemplo, envio de um relatório periódico sobre as atividades do delegado para a proteção de dados aos representantes do pessoal ou aos representantes dos trabalhadores eleitos para o conselho de administração ou para o conselho de fiscalização nacional e/ou europeu, sempre que existam tais representantes.

(13) Ver recomendação CM/Rec(2010)13 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 23 de novembro de 2010.

(14) Em particular, as autoridades administrativas independentes encarregadas de autorizar e controlar a criação de ficheiros de nome individual. Pelo contrário, as suas competências deveriam ser alargadas de forma a abrangerem a sociedade digital e as redes sociais, especialmente dado o valor das trocas comerciais de perfis individuais para fins de prospeção comercial.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Relatora: **Mariangela Meyer**

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Relatora: **Mariangela Meyer**

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (16.06.2017)

“A controvérsia posta em discussão consiste em verificar se a inscrição do nome da agravante em órgão restritivo de crédito deve ou não prevalecer”

“É certo que a questão relativa à ilegitimidade ativa é de ordem pública, podendo, inclusive, ser apreciada de ofício pelo Tribunal”

“Em caso de inadimplência do devedor, é possível a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, sem que tal conduta possa ser considerada abusiva”

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (16.06.2017)

“Saliento que a relação entabulada nos autos é de consumo, estando autor e réu enquadrados no conceito de consumidor e fornecedor”

“Pelos influxos da legislação consumerista, caberia à parte requerida demonstrar alguma hipótese excludente do dever reparatório, eis que sua responsabilidade é objetiva, todavia, não o fez, em razão de sua revelia”

“Para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos e tenha os seus sentimentos violados”

“O devedor que possui outro apontamento nos castrados restritivos de crédito, não faz jus à indenização por danos morais”

**INCLUSÃO DE NOME DE
DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE
PROTEÇÃO AO CRÉDITO
CONSTITUI EXERCÍCIO
REGULAR DE DIREITO DO
CREADOR**

Período de divulgação: **2º Trimestre de 2017**

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **10a. Câm. Cív.**

Relator: **Mariangela Meyer**

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO – TUTELA ANTECIPADA – ABSTENÇÃO DE INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DE NOME NOS ÓRGÃOS E RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA – EXISTÊNCIA DE DÉBITO – EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. – Não obstante a questão relativa à ilegitimidade passiva seja de ordem pública, podendo, inclusive, ser apreciada de ofício pelo Tribunal, mostra-se necessário que a questão seja primeiramente submetida e apreciada pelo juiz de primeiro grau, sob pena de supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição. – Para concessão da antecipação da tutela, o Código de Processo Civil, em seu art. 300, determina seja demonstrada a prova inequívoca, que conduza à verossi-

milhança das alegações e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito do requerente. – Havendo elementos a indicar a existência do débito, não há que se falar em abstenção de inclusão ou em exclusão de nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, porquanto se trata de exercício regular de direito do credor. – Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. – Decisão mantida. – Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV N. 1.0515.16.003251-9/001 – COMARCA DE PIUMHI – AGRAVANTE(S): (...) – AGRAVADO(A)(S): SUPERMERCADO DELTA MAX LTDA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela parte agravada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

DES. MARIANGELA MEYER
RELATORA.

DES. MARIANGELA MEYER
(RELATORA)

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por (...) contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Piumhi (fls. 26/27-TJ) que, nos autos da “Ação Declaratória de Inexis-

tência de Débito c/c Danos Morais” ajuizada em face do SUPERMERCADO DELTA MAX LTDA, indeferiu a tutela de urgência postulada na inicial, a fim de que o réu, ora agravado, fosse compelido a retirar a restrição do nome da autora/recorrente dos cadastros da SICOOB Credialto.

A agravante alega que a decisão não merece subsistir porque suscetível de lhe causar dano grave e de difícil reparação. Sustenta que a inscrição de seu nome no banco de dados do Sicoob Credialto é indevida porque oriunda de dívida que não contraiu.

Diz que sequer foi notificada sobre referida restrição, tomando conhecimento de tal fato somente quando se dirigiu à aludida instituição financeira. Afirma que nunca entrou ou adquiriu produtos do estabelecimento agravado.

Por fim, defende que o fato da restrição constar em local diverso do SPC e SERASA, não retira da recorrente o direito de ter seu “nome limpo” e de ser indenizada pelos danos que eventualmente lhe foram causados, o que autoriza a aplicação da súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que lhe seja concedida a antecipação da tutela recursal, para que seu nome seja retirado do banco de dados da aludida instituição financeira (fls. 2/8-TJ).

Em decisão fundamentada, indeferi a antecipação da tutela pretendida pela agravante (fls. 34/35-TJ).

O douto Magistrado *a quo* prestou informações, noticiando a manutenção de sua decisão e o cumprimento do disposto no art. 1.018 do CPC (fl. 41-TJ).

Contraminuta foi apresentada, pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento da ilegitimidade do agravado para figurar na demanda. No mérito, pelo desprovimento do presente agravo (fls. 44/50-TJ).

Determinei a intimação da parte agravante para se manifestar sobre a preliminar suscitada pelo recorrido (fl. 63-TJ).

Não houve manifestação da recorrente, posto que devidamente intimada (fl. 65-TJ).

Vieram-me conclusos (fl. 65v-TJ).

Este é o relatório necessário. Decido.

DA PRELIMINAR

Da ilegitimidade da parte agravada para figurar no pólo passivo da lide.

O agravado suscitou preliminar, alegando sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação.

Diz que a agravante se engana ao afirmar que a alegada restrição em seu nome adveio de dívida perante a “filial da cidade de Oliveira-MG”, uma vez que o agravado sequer possui filial naquela Comarca. Afirma que jamais efetuou qualquer cobrança à recorrente, tampouco possui vinculação com o Sicoob Credialto e, portanto, não tem qualquer relação com os fatos noticiados nos autos.

Todavia, observa-se que a referida preliminar deve ser inicialmente submetida ao juízo na origem. É certo que a questão relativa à ilegitimidade ativa é de ordem pública, podendo, inclusive, ser apreciada de ofício pelo Tribunal. No entanto, no presente caso, entendo necessário que esta questão seja primeiramente submetida e dirimida pelo juiz de primeiro grau, sob pena de supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Portanto, rejeito a preliminar.

Assim, superada a questão acima, ausentes outras preliminares a serem examinadas ou nulidades a declarar, conheço do recurso porque presentes os pressupostos de admissibilidade, e passo ao seu exame.

DO MÉRITO

A controvérsia posta em discussão consiste em verificar se a inscrição do nome da agravante em órgão restritivo de crédito deve ou não prevalecer.

Em que pesem as alegações da recorrente, razão não lhe assiste.

Para concessão da antecipação da tutela, o Código de Processo Civil, em seu art. 300, determina seja demonstrada a prova inequívoca, que conduza à verossimilhança das alegações e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Em análise atenta dos autos, não vislumbro haver verossimilhança nas alegações da agravante, uma vez que há indicativos da existência do débito que originou a inscrição do seu nome no banco de

dados da instituição financeira em questão.

Importante observar que, em caso de inadimplência do devedor, é possível a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, sem que tal conduta possa ser considerada abusiva. Nesse caso, tal medida configura-se exercício regular de um direito por parte do credor, o que afasta, a princípio, a incidência da súmula 385 do STJ.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça, no Incidente de Processo Repetitivo, RESP 106 1530 / RS, se posicionou nos seguintes termos:

“ORIENTAÇÃO 4 – INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: I) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; II) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; III) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção”.

Assim sendo, ausente a verossimilhança nas alegações dos agra-

vantes, deve ser indeferida a liminar requerida, como fê-lo o MM. Juiz de primeiro grau.

Mercê de tais considerações, sem mais delongas, REJEITO A PRELIMINAR SUSCITADA PELA PARTE AGRAVADA E, NO MÉRITO, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO e, em consequência, mantenho a decisão vergastada.

Custas recursais pelo agravante. É como voto.

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: “REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA PARTE AGRAVADA E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.”

NOVA INSCRIÇÃO DE CONSUMIDOR QUE JÁ ESTÁ COM O NOME NEGATIVADO, EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, NÃO GERA A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR POR DANO MORAL

Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: 10a. Câ. Cív.

Relator: Mariangela Meyer

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – INDENIZAÇÃO – OUTRAS INSCRIÇÕES ANTERIORES NÃO DISCUTIDAS EM JUÍZO – DANO MORAL – INOCORRÊNCIA.

– Havendo inscrição anterior em nome do devedor, inexistem danos morais a serem indenizados,

porquanto uma inscrição a mais em seu prontuário não aumenta seu descrédito perante terceiros, bem como não lhe ofende a honra que já está comprometida, conforme entendimento sedimentado na súmula 385 do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0290.15.000622-6/001 – COMARCA DE VESPASIANO – APELANTE(S): (...) – APELADO(A)(S): TELEFÔNICA BRASIL S/A NOVA DENOMINAÇÃO DE VIVO S/A

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

DESA. MARIÂNGELA MEYER
RELATORA.

DESA. MARIÂNGELA MEYER
(RELATORA)

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por (...) contra a sentença de fls. 79/81 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Vespasiano que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face de TELEFÔNICA BRASIL S/A julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar a inexigibilidade do débito relativo ao contrato de n. 0209977354, determinando exclusão definitiva dos dados da parte autora dos cadastros restritivos ao crédito. Condenou a ré a arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Inconformado com a sentença o recorrente, interpõe o apelo, aduzindo, em síntese, que restou caracterizado o dano moral na espécie, ressaltando que a simples negativação indevida é suficiente para reconhecer o direito à indenização.

Aduz que as demais inclusões existentes em seu nome, estão sendo discutidas em juízo, razão pela qual não há se falar na aplicação da Súmula 385 do STJ.

Pugna pelo provimento do recurso, julgando-se integralmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Contrarrazões apresentadas às fls. 94/100, em que a parte requerida pugnou pela manutenção da sentença.

Relatado, examino e ao final, decido.

Conheço do recurso visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Registro que a parte se insurge contra a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais requerida.

Inicialmente, saliento que a relação entabulada nos autos é de consumo, estando autor e réu enquadrados no conceito de consumidor e fornecedor, respectivamente, insculpido nos arts. 2º e 3º, do CDC.

Também é de se registrar que não resta a menor dúvida de que a responsabilidade contratual da empresa requerida é objetiva, respondendo, independentemente de culpa, nos termos do art. 14, do CDC, pela reparação de danos causados pelo defeito do produto ou má prestação do serviço.

Vejamos a redação do mencionado dispositivo legal:

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

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Cumprе salientar que, nestes casos, o dever de reparar somente será afastado caso o prestador do serviço comprove a existência de uma das excludentes previstas no § 3º do aludido diploma normativo, a saber, inexistência do defeito, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, há de se ponderar que, pelos influxos da legislação consumerista, caberia à parte requerida demonstrar alguma hipótese excludente do dever reparatório, eis que sua responsabilidade é objetiva, todavia, não o fez, em razão de sua revelia.

No tocante aos danos morais, o art. 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, desta forma tratou:

“Art. 5º. (...)

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A propósito do tema, SÉRGIO CAVALIERI FILHO in Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, pg. 74/75, leciona que:

“Enquanto o dano material importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade física e psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”

A indenização por dano moral visa a compensação da vítima pelos dissabores experimentados em decorrência da ação do ofensor e, por outro lado, serve de medida educativa de forma a alertar ao agente causador do dano quanto às consequências da reiteração da prática.

O referido dano caracteriza-se pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como a dor, a intimidade, a vida privada e a honra, entre outros.

Assim ensina YUSSEF SAID CAHALI:

“Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; (...)” (in Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1998, p. 20)

Para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos e tenha os seus sentimentos violados.

Os simples aborrecimentos e chateações do dia-a-dia não podem ensejar indenização por dano moral, visto que fazem parte da vida cotidiana e não trazem maiores consequências ao indivíduo.

Portanto, não é qualquer dissabor vivido pelo ser humano que lhe dá direito ao recebimento de indenização.

In casu, discute-se se a existência de inscrição prévia nos órgãos de proteção ao crédito afastaria o direito à compensação por danos morais em decorrência de inscrição indevida.

É preciso esclarecer que em determinadas hipóteses o simples cometimento do fato ilícito enseja o direito à indenização por dano moral, denominado *in re ipsa*, tornando-se dispensável, nestes casos, a comprovação do dano.

A inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito, conforme sedimentado na jurisprudência pátria insere-se dentre estas situações, considerando-se, pois, o dano presumido.

Isso porque é indiscutível que a inscrição do nome do consumidor em lista desabonadora de crédito, traz inúmeras consequências negativas a sua vida, principalmente, a dificuldade de obter crédito no mercado, decorrente da má-reputação atribuída a esta pessoa, que é vista como “mau-pagadora” perante a sociedade.

É por isso que se considera desnecessária, nestes casos, a prova do dano à moral.

Contudo, entendo que, ainda que indevida a negativação, havendo prévia inscrição legítima, não se deve falar em compensação por danos morais, salvo no caso de se demonstrar a ocorrência de danos

provocados especificamente pela inscrição indevida.

Ora, a inscrição indevida não tem o condão de provocar danos diferentes ou maiores do que aqueles já trazidos pela prévia inscrição legítima.

A existência de anterior inscrição lícita traz consigo todos os efeitos danosos da negativação, quais sejam, a dificuldade de obter crédito e a má reputação perante a sociedade.

Em análise atenta ao acervo probatório constante dos autos, observo que existem outros apontamentos lançados em momentos anteriores ao débito decorrente da discussão *sub judice* e sobre as quais não foram produzidas provas oportunamente de que seriam indevidas e que estavam sendo discutidos.

Registro que o autor em sua exordial não faz qualquer menção às demais inscrições.

Portanto, devem subsistir os fundamentos da sentença primeva, pois não há que se falar em dano indenizável quando o acesso ao crédito já estava impedido por outras avenças inadimplidas.

Frise-se, que a parte autora não comprovou que as demais inscrições existentes em seu nome estariam sendo questionadas judicialmente. Ao contrário, manteve-se inerte durante toda a tramitação processual e somente após a sentença de improcedência do pedido de danos morais, o recorrente, em sede de recurso, apenas alega estar discutindo as demais inscrições.

Ora, no meu entender, não se pode admitir a juntada de documentos ou alegações novas em fase recursal, salvo quando se tratar de fato novo posterior à sentença ou documento que a parte não tinha conhecimento ou condições de produzir, a teor do disposto no artigo 397 do Código de Processo Civil.

Caberia ao recorrente comprovar no momento oportuno que as demais inscrições estavam sendo questionadas, incidindo, pois, os efeitos da preclusão em relação a tais provas.

Este tem sido o entendimento deste Tribunal sobre a matéria em casos semelhantes:

APELAÇÃO. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. FALSÁRIO. CANCELAMENTO. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÕES PRETÉRITAS. SÚMULA N. 385/STJ. IMPUGNAÇÃO. COMPROVAÇÃO TARDIA A RESPEITO. PRECLUSÃO.

– De acordo com a dicção da súmula n. 385/STJ, a existência de anotações pretéritas não impugnadas afasta o direito à percepção de indenização por danos morais, devendo o reputado credor providenciar apenas a retirada do nome junto aos organismos de controle.

– A prova tendente a demonstrar a ilegitimidade da negativação (como a informação sobre o ajuizamento de demandas impugnatórias) recai sobre o suposto devedor,

que detém os meios materiais para comprovação do alegado.

– O sistema processual admite a juntada extemporânea de provas em apenas duas ocasiões: documento que ateste fato velho de ciência nova e documento eminentemente novo (art. 397 do CPC). Vedada, assim, a juntada aos autos de prova velha de ciência anterior, visto que obstada pelo instituto da preclusão (art. 396 do CPC). (Apelação Cível 1.0024.12.070148-7/001, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/07/2014, publicação da súmula em 01/08/2014)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA INEXISTENTE – DEVEDOR CONTUMAZ – EXISTÊNCIA DE DIVERSAS INSCRIÇÕES ANTERIORES E POSTERIORES – REGISTRO DE OUTROS PROCESSOS APRESENTADOS SOMENTE COM O RECURSO DE APELAÇÃO – DEVER DE INDENIZAR AFASTADO.

– Existindo outras anotações negativas em nome da parte autora em órgãos de proteção ao crédito, não resta configurado o dano. Diante deste contexto, não se mostra viável admitir que aquela tenha experimentado, com a manutenção indevida da inscrição, qualquer sentimento vexatório ou humilhante anormal, mormente

porque tal situação não lhe é incomum.

– O art. 397 do Código de Processo Civil permite à parte juntar, em qualquer tempo, apenas documento novo, e não sendo dessa natureza, não há que se considerá-los para modificação do julgamento. (Apelação Cível 1.0702.10.022943-5/001, Relator(a): Des.(a) Valdez Leite Machado, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/02/2014, publicação da súmula em 12/03/2014)

Assim, entendo que no caso dos autos a indenização deve mesmo ser afastada, pois o apelante não se contrapôs aos outros débitos existentes em seu cadastro negativo no momento oportuno, sendo que alguns são anteriores ao ora discutido.

Em casos como o dos autos, o Superior Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de indenização, pacificando o entendimento de que a inscrição, mesmo indevida, não causa dano moral ao devedor contumaz inscrito no cadastro de inadimplentes, eis que uma inscrição a mais em seu prontuário não aumenta seu descrédito perante terceiros, bem como não lhe ofende a honra já manchada.

Nesses termos é o verbete sumular n. 385, daquele Sodalício: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.”

No mesmo sentido é a jurisprudência deste egrégio TJMG:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. EXISTÊNCIA DE NEGATIVAÇÕES ANTERIORES. DEVEDOR CONTUMAZ. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO.

1 – A pretensão reparatória de dano moral, por parte de pessoa que não se peja de figurar por outra vez em cadastro de inadimplentes, impossibilita a configuração de qualquer prejuízo de ordem extrapatrimonial, afastado o dever indenizatório.

2 – Apelo improvido.” (Apelação Cível 1.0672.10.015696-3/002, Relator (a): Des.(a) José Marcos Vieira, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/07/2013, publicação da súmula em 19/07/2013)

“DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NO SPC. DEVEDOR CONTUMAZ. INEXISTÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita, que venha a causar sentimento negativo em qualquer pessoa de comportamento e senso comuns, como vexame, constrangimento, humilhação, dor, etc. 2. O devedor que possui outro apontamento nos castrados restritivos de crédito, não faz jus à indenização por danos morais.” (Apelação Cível 1.0433.10.010982-9/001, Relator (a): Des.(a) Wagner Wilson, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento

em 03/07/2013, publicação da súmula em 12/07/2013)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – VERIFICAÇÃO – CANCELAMENTO – CABIMENTO – DEVEDOR CONTUMAZ – DANO MORAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – INDENIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 385, DO STJ – APLICAÇÃO – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

– A teor do art. 14, do CPC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

– Não havendo prova do débito, é indevida a negatificação do nome do autor, devendo ser cancelada.

– A simples negatificação indevida enseja dano moral e direito à indenização, em tese, independente de qualquer outra prova, porque neste caso é presumida a ofensa à honra e ao bom nome do cidadão.

– Lado outro, não há falar em indenização por danos morais se o devedor, mesmo que caracterizada a ilegalidade da negatificação e

a prática de ato ilícito do fornecedor de serviços, tiver outros aponsamentos anteriores em seu nome, nos termos da Súmula 385 do STJ, e não fizer prova de que os anteriores sejam indevidos ou estejam em discussão judicial.

– Recursos conhecidos e não providos.” (Apelação Cível 1.0024.11.119236-5/001, Relator (a): Des.(a) Márcia De Paoli Balbino, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/06/2013, publicação da súmula em 02/07/2013)

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO e manteve o bem lançada sentença.

Custas recursais pela apelante, suspensa a exigibilidade em virtude da gratuidade judiciária.

Tendo em vista o disposto nos § 11 do artigo 85 do NCPC, os honorários advocatícios devidos deverão ser majorados para 12% (doze por cento) a serem custeados na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada litigante, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei n. 1060/50.

É como voto.

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO”

EMENTÁRIO

Acordo judicial descumprido pela empresa de telefonia acarreta ônus indenizatório

Tribunal: **Turmas Recursais/RS**

Órgão Julgador: **2a. T.**

Relator: **Vivian Cristina Angonese Spengler**

Consumidor. Telefonia. Ação de indenização por dano moral. Descumprimento de acordo intermediado pelo PROCON. Isenções de cobranças como forma de devolução de valores. Bloqueio indevido dos serviços de telefonia. Danos morais caracterizados. *Quantum* indenizatório reduzido. O autor é usuário de telefonia móvel da requerida, dependendo da linha para contatos profissionais e pessoais. Ocorre que, no mês de junho de 2013, se viu impossibilitado de usufruir dos serviços em virtude de seu bloqueio por parte da empresa. Efetuou um acordo extrajudicial com a requerida por intermédio do PROCON, onde ficou acertado que o autor teria de comprar aparelho telefônico e chip virgem, o qual seria cadastrado, uma vez que o serviço utilizado até então, por meio de antena externa, não mais era disponibilizado pela empresa. Feito isso, e apresentadas as notas fiscais à ré comprovando as despesas da consumidora, os valores seriam devolvidos através de isenções de pagamentos de suas faturas até o mês de abril de 2014 (fls. 12/23). Entretanto,

mesmo diante do acordado, foi novamente realizado o bloqueio da linha telefônica. Requer o autor a indenização a título de danos morais, bem como a concessão de tutela antecipada para que a ré restabeleça os serviços, se abstenha de efetuar cobranças relativas à linha e de incluir o seu nome no cadastro de inadimplentes. A requerida alega que o novo bloqueio se deu em virtude do não pagamento das faturas de outubro a dezembro/2013. A conduta, todavia, é abusiva. O Relatório do PROCON, informando a isenção, confere verossimilhança a versão autoral. Logo, as faturas alegadas pela ré são indevidas, não justificando o bloqueio da linha, tendo em vista o acordo feito com a empresa de telefonia, o qual foi intermediado pelo PROCON (fls. 18/23). O agir da empresa ré configura ato ilícito passível de indenização por danos morais, porquanto ultrapassado o mero dissabor, incômodo e contratempo. O recurso da ré comporta parcial provimento no tocante ao *quantum* indenizatório fixado na sentença, de R\$ 3.000,00, o qual deve ser minorado, pois fixado acima dos parâmetros usualmente adotados pelas Turmas Recursais Cíveis para casos análogos a este. Indenização que vai minorada para R\$ 2.000,00, mantidos os consectários fixados na sentença. Recurso parcialmente provido somente para reduzir o *quantum* indenizatório. (Turmas Recursais/RS - Rec. Cível n. 71004963070 -

2a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Desa. Vivian Cristina Angonese Spengler - j. em 16.07.2014 - Fonte: DJ, 18.07.2014).

Contrato de seguro deve ser interpretado restritivamente a fim de dar maior segurança contratual para seguradora

Tribunal: TJ/SC
Órgão Julgador: 3a. Câ. Dir. Cív.
Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Ação de cobrança de seguro. Danos materiais em imóvel. Tese defensiva de que a apólice contratada não cobre os danos narrados na inicial. Sentença de improcedência. Recurso do autor. Teses apresentadas na inicial e repetidas na via recursal. Pleito que não merece acolhimento. Laudo pericial que concluiu pela existência de desmoronamento. Evento não coberto pela apólice contratada. Inocorrência de litigância de má-fé. Sentença reformada em parte. Recurso provido parcialmente. 1. Aos contratos de seguro aplica-se a interpretação restritiva de suas cláusulas, de modo a conferir maior segurança jurídica na relação comercial. 2. Recurso conhecido e provido parcialmente. (TJ/SC - Ap. Cível n. 0026756-67.2009.8.24.0008 - 3a. Câ. Dir. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta - Fonte: DJ, 15.02.2017).

Descuido da mãe da criança no momento do acidente não afasta a responsabilidade do shopping

Tribunal: TJ/DFT
Órgão Julgador: 7a. T.
Relator: Romeu Gonzaga Neiva

Apelação Cível. CDC. Acidente de consumo. Menor que teve parte do dedo decepada por escada rolante de shopping. Responsabilidade objetiva. Culpa concorrente da genitora. Dano moral e dano estético. Cumulação. Manutenção do valor da indenização. Honorários advocatícios. Sentença mantida. 1. Restou incontroversa nos autos a ocorrência do acidente, quando o autor, que então contava com dois anos de idade, ao se abaixar para pegar um brinquedo, teve parte do terceiro e do quarto dedos atingidos por escada rolante do Shopping réu. 2. Como consequência da incidência da legislação consumerista, é objetiva a responsabilidade do fornecedor de reparar os danos eventualmente sofridos pelo consumidor (artigo 14 do CDC), por possuir o dever de atuar com diligência, prevenindo a ocorrência de danos (artigo 6º, incisos I e VI, da Lei n. 8.078/90). 3. As provas coligidas aos autos demonstram que a escada rolante estava em perfeitas condições de uso e que foram fixados avisos para alertar os usuários quanto aos riscos. Todavia, a vítima possuía dois anos

no momento dos fatos, de forma que os avisos de segurança não tinham o condão de evitar o infortúnio narrado. Para evitar o acidente, seria necessária a pronta intervenção de um preposto do shopping para desligar o aparelho, o que não se verificou no caso em tela. 4. O descuido por parte da mãe da vítima não tem o condão de afastar a responsabilidade do shopping réu, apenas influi na fixação do valor da condenação. 5. A perda de uma falange do 4º dedo da mão direita do autor acarreta indiscutível dano estético, por constituir lesão permanente, e aparente, que acarretou 3% de perda da capacidade laborativa da vítima. 6. Os danos moral e estético decorrem do mesmo evento danoso, mas não se confundem, pois o primeiro decorre de violação à integridade moral e psíquica da vítima, ao passo que o segundo decorre da deformidade e do sentimento de repulsa que esta possa causar à vítima e a terceiros. 7. A jurisprudência pátria admite a cumulação da reparação por dano estético e moral, conforme Súmula 387/STJ. 8. Considerando-se as peculiaridades do caso concreto, não se justifica alteração dos valores arbitrados na r. sentença a título de reparação por danos morais e estéticos. 9. O valor dos honorários advocatícios deve ser mantido se fixado conforme os ditames do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da prolação da sentença. 10.

Recursos de apelação do shopping réu, da seguradora e do Ministério Público conhecidos e desprovidos. Unânime. (TJ/DFT - Ap. Cível n. 20110710352446APC - 7a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Romeu Gonzaga Neiva - Fonte: DJ, 24.01.2017).

Falta de comida em festa de casamento gera indenização

Tribunal: TJ/RS
Órgão Julgador: 4a. T. Rec. Cív.
Relator: **Gisele Anne Vieira de Azambuja**

Recurso inominado. Ação de reparação de danos materiais e morais. Contratação de serviço de buffet para festa de casamento dos autores. Falta de comida suficiente para os convidados. Evidenciada falha na prestação do serviço. Inviável a devolução da integridade do montante despendido, já que parte do serviço foi devidamente prestado. Ressarcimento que deve se limitar a 30% do valor pago pelos autores. Dano moral ocorrente. *Quantum* majorado para R\$ 8.000,00. Sentença modificada. Recurso parcialmente provido. (TJ/RS - Rec. Inominado n. 71006583538 - 4a. T. Rec. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Gisele Anne Vieira de Azambuja - Fonte: DJ, 09.02.2017).

Mau procedimento de escova progressiva em cliente gera acidente de consumo e dever de indenizar

Tribunal: **Turmas Recursais/RS**
 Órgão Julgador: **2a. T. Rec.**
 Relator: **Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe**

Recurso inominado. Ação de indenização por danos materiais e morais. Acidente de consumo. Fato do produto. Art. 12, do CDC. Procedimento de escova progressiva. Ressecamento do cabelo, queda e processo alérgico. Sentença de procedência. Danos morais e materiais configurados. Danos morais fixados em R\$ 3.000,00. Danos materiais reduzidos, a fim de adequar ao quantum efetivamente gasto e comprovado. Narrou a autora que efetuou escova progressiva no salão de beleza do réu, com profissional diverso do que havia contratado. Fez o procedimento, que resultou em ressecamento no cabelo e reação alérgica em decorrência dos produtos utilizados. Necessitou cortar o cabelo e aplicar “mega-hair”. Sofreu reação alérgica. Requereu a indenização material pelos gastos em razão do prejuízo causado e indenização por danos morais. O réu impugnou os fatos e apresentou contrapedido, querendo

a restituição dos valores não cobrados pelos serviços prestados e produtos aplicados, com o fito de minimizar os danos sofridos. A sentença de procedência condenou o réu ao pagamento a título de danos extrapatrimoniais no valor de R\$ 3.000,00 e danos materiais no valor de R\$ 432,61. Julgou improcedente o contrapedido do requerido. Danos morais configurados, pois comprovada a responsabilidade objetiva da requerida, nos moldes do art. 12, CDC, já que não houve excludente de culpa, art. 12, parágrafo 3º do CDC. Frustração com a imagem e danos físicos. *Quantum* indenizatório fixado em R\$ 3.000,00 que não comporta redução, pois de acordo com o parâmetro das Turmas Recursais. Autora faz jus, a título de danos materiais, ao ressarcimento das despesas reconhecidas e devidamente comprovadas por notas fiscais. Recurso que vai provido, apenas para afastar a devolução dos valores gastos, mas comprovados por via de cartão de crédito, sem menção à natureza da despesa. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido. (Turmas Recursais/RS - Rec. Cível n. 71004970687 - 2a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Desa. Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe - j. em 16.07.2014 - Fonte: DJ, 21.07.2014).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Relator: António Piçarra

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Relator: Alexandre Reis

EXCERTOS

Do Supremo Tribunal de Justiça (04.05.2017)

“Sendo o contrato de seguro de renovação periódica, o regime instituído pelo Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de Abril, em vigor desde 01 de Janeiro de 2009, passou a ser-lhe aplicável”

“A ré recusa-se, no entanto, a ressarcir-lo pelo valor dos prejuízos realmente sofridos, invocando deficiência do capital seguro relativamente ao valor da reconstrução do imóvel”

“A determinação do capital seguro é sempre da responsabilidade do tomador de seguro, tanto à data da celebração do contrato como a cada momento da sua vigência, tendo em atenção o dispos-to nos números seguintes”

Do Supremo Tribunal de Justiça (27.04.2017)

“A admissibilidade da apreciação de cada uma das cláusulas estará sujeita a verificação dos requisitos com que vem balizada a pretensão recursiva”

“No âmbito da acção inibitória, compete ao juiz pronunciar-se e decidir sobre a validade ou não das cláusulas, não uma actividade conservadora da sua validade parcial ou de reajustamento dos respectivos termos, no sentido de lhes restituir validade”

“Como tem sido entendimento pacífico na nossa Doutrina e Jurisprudência, o regime previsto no artigo 1044º do Código Civil (CC) não é aplicável à locação financeira, sendo afastado pelo regime especial previsto no artigo 15º do DL 149/95”

“Os riscos de perda, deterioração, defeito de funcionamento e imobilização do bem correm por conta do locatário, o qual será responsável por tais factos perante o locador, caso este não venha a ser ressarcido por terceiro dos danos verificados no bem”

“O locatário deverá pagar ao locador todas as despesas em que este venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos de que seja titular”

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 1566/15.6T8OAZ.

P1.S1

N. Convencional: 7ª SECÇÃO

Relator: ANTÓNIO

PIÇARRA

Descritores:

CONTRATO DE SEGURO
DEVER DE INFORMAÇÃO
SEGURADORA

APLICAÇÃO DA LEI NO
TEMPO

CLÁUSULA DE EXCLUSÃO
REGRA PROPORCIONAL
CONTRATO DE ADESÃO
CLÁUSULA CONTRATUAL
GERAL

RENOVAÇÃO DO
NEGÓCIO

SEGURADO

CESSÃO DE POSIÇÃO
CONTRATUAL

NULIDADE DE ACÓRDÃO
OPOSIÇÃO ENTRE OS
FUNDAMENTOS E A
DECISÃO

Data do Acórdão: 04-05-2017

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A
REVISTA

Área Temática:

DIREITO DOS SEGUROS –
SEGURO DE DANOS.

DIREITO DO CONSUMO
– CLÁUSULAS CONTRATUAIS
GERAIS.

Legislação Nacional:

DECRETO-LEI N. 446/85, DE
25 DE OUTUBRO: – ARTIGOS 5º,
6º, 8º.

DECRETO-LEI N. 72/2008,
DE 16 DE ABRIL: – ARTIGOS 3º,
N. 1, 135º, N. S 1 E 2.

Jurisprudência Nacional:

ACÓRDÃOS DO SUPREMO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

– DE 26/03/2015, PRO-
CESSO N. 738/12.0TBCVL.
C1.S1, DE 15/04/2015, PROCES-
SO N. 385/12.6TBBERG.G1.S1,
DE 15/02/2017, PROCESSO N.
1776/11.5TVLSB.L1.S1, ACESSÍ-
VEIS EM WWW.DGSI.PT.

Sumário:

I – Sendo o contrato de segu-
ro de 1991, à sua formação não é
aplicável, no tocante ao dever de
informação, o regime posterior-
mente instituído pelo Decreto-Lei
N. 72/2008, de 16 de Abril.

II – Tal contrato está abrangi-
do, na sua génese, pelo regime das
cláusulas contratuais gerais, defini-
do pelo Decreto-Lei n. 446/85, de
25 de Outubro, que impõe à parte
que submete à outra as cláusulas
não negociadas, os deveres de co-
municação adequada e de informa-
ção suficiente das referidas cláusu-
las (arts 5º e 6º), sob pena de se ha-
verem como excluídas do contrato
concretamente celebrado (artº 8º).

III – Sendo o contrato de seguro de renovação periódica, o regime instituído pelo Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de Abril, em vigor desde 01 de Janeiro de 2009, passou a ser-lhe aplicável (com as ressalvas previstas no artigo 3º) desde a primeira renovação, posterior a essa data, incluindo o dever que recai sobre o tomador do seguro de informar os segurados sobre as coberturas e exclusões contratadas (artigo 135º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de Abril).

IV – Não tendo a seguradora comprovado ter observado esse dever, quer quanto ao pai do autor (segurado inicial), quer em relação ao autor, que lhe sucedeu, nessa posição, não pode prevalecer-se das atinentes cláusulas contratuais referentes à não actualização automática do objecto do seguro e à aplicação da regra da proporcionalidade, eximindo-se, com base nas mesmas, ao pagamento da totalidade do valor do seguro (€49 879,79), deduzido da franquia acordada (10%).

Decisão Texto Integral: Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

Relatório

I – AA instaurou acção declarativa, sob a forma de processo comum, contra Companhia de Seguros BB, S.A., alegando, em síntese, que:

No dia 15.02.2014 deparou com uma inundação na sua casa, originada pela ruptura de um cano

de abastecimento de água à habitação, ao nível do piso superior, e que provocou diversas avarias e estragos orçamentados em €38 065,00, acrescidos de IVA.

Participou o sinistro à ré, com quem mantém um contrato de seguro multirriscos, tendo sido fixado, por comum acordo, o custo da reparação em €35 565,00.

Posteriormente, houve um agravamento dos danos no tecto, para cuja reparação são necessários mais €14 625,00.

A ré recusa-se, no entanto, a ressarcir-lo pelo valor dos prejuízos realmente sofridos, invocando deficiência do capital seguro relativamente ao valor da reconstrução do imóvel, que levaria a uma redução proporcional do valor da sua responsabilidade, aceitando pagar apenas a quantia de €5 154,00.

A ré não lhe explicou ou comunicou, nem ao seu pai, anterior segurado e dono da casa, qualquer cláusula a determinar, em razão do desfasamento do valor seguro, uma diminuição da responsabilidade da ré, nem que havia a necessidade de actualização do capital seguro.

A não actualização do capital seguro ficou a dever-se a conduta culposa da ré, que não cumpriu conforme os art.s 18º a 21º e 135º do DL 72/2008, de 16.04.

O capital contratado para danos por água é de €49 879,00, independentemente do valor da reconstrução da habitação, e tendo sido sempre pago o correspondente prémio pelos segurados, a ré

deve pagar a reparação dos danos até esse valor.

Com tais fundamentos, concluiu por pedir que se considere *“excluída do contrato toda e qualquer cláusula que impute ao segurado a responsabilidade de aumentar o capital de acordo com o valor de reconstrução do imóvel seguro com a consequente diminuição proporcional da responsabilidade da ré e, ou, considerar-se o incumprimento culposo pela ré do estipulado no artigo 135º do DL 73/2008 de 16 de Abril, condenando-se a ré a pagar-lhe a quantia de €49 879,79, valor já deduzido da franquia contratual a seu cargo, acrescida de juros moratórios, à taxa legal, desde a citação”*.

A ré apresentou contestação em que, depois de confirmar o contrato de seguro, sustentou ter observado o seu dever de informação relativamente ao pai do autor a quem comunicou não ser automática a actualização de capital, advertindo-o de que a falta de correspondência entre o valor seguro e o dos bens segurados para menos o faria suportar a sua quota parte proporcional do dano. Acrescentou ainda que o autor, quando pediu a alteração do tomador do seguro, em 28.01.2005, declarou que o local do risco e restantes condições se mantinham sem alterações, declarando aceitar as condições gerais da apólice que contemplam a regra da proporcionalidade, nos termos da qual a sua responsabilidade se encontra reduzida para €4

839,68, concluindo, desse modo, pela improcedência da acção.

Foi proferido despacho a fixar o valor da causa em €49 879,79, seguido da identificação do objecto do litígio e enunciação dos temas da prova.

Realizada a audiência final, foi proferida sentença que, na parcial procedência da acção, decidiu «condenar a ré a pagar ao autor a quantia de € 6 829,85 (seis mil oitocentos e vinte e nove euros e oitenta e cinco cêntimos), acrescida de IVA à taxa legal e ainda acrescida de juros de mora à taxa legal, eventualmente devidos, calculados a partir da data de trânsito em julgado da presente sentença até efectivo e integral pagamento, absolvendo-a dos restantes pedidos».

Inconformado, apelou o autor, com parcial êxito, tendo a Relação do Porto «alterado a sentença e condenado a ré a pagar-lhe a quantia de €49 381,00, acrescida de juros moratórios desde a citação até efectivo pagamento»

Agora inconformada, interpôs a ré recurso de revista, finalizando a sua alegação, com as seguintes conclusões:

a) *no âmbito dos presentes autos, veio o Autor peticionar “considerar-se excluída do contrato toda e qualquer cláusula que imputasse ao segurado a responsabilidade de aumentar o capital de acordo com o valor de reconstrução do imóvel seguro com a consequente diminuição proporcional da responsabilidade da ré e, ou, considerar-se o incum-*

primento culposo pela ré do estipulado no artigo 135º do DL 73/2008 de 16 de Abril, condenando a Ré no pagamento ao Autor da quantia € 49.879,79, valor já deduzido da franquia contratual a seu cargo.

b) Definindo-se, assim, como objecto do presente litígio: i) o ressarcimento dos prejuízos causados em habitação, por danos de água, ao abrigo da responsabilidade contratual; ii) a exclusão de uma cláusula contratual ao abrigo das normas das cláusulas contratuais gerais.

c) Sendo as seguintes questões a solucionar: i) a existência do agravamento dos danos em casa do autor; ii) a quantificação de tais danos; iii) saber se a ré informou o autor das cláusulas constantes do contrato de seguro, em especial, a cláusula relativa à actualização do valor da coisa segura; iv) respectivas consequências jurídicas.

d) Não obstante o pedido formulado pelo Autor, ali Recorrente, quanto à alteração da matéria de facto, decidiram os Senhores juízes Desembargadores não apreciar tal impugnação, porquanto, no seu entendimento, o presente recurso deve ser decidido “... quanto ao ónus da prova.”

e) Mantêm-se, assim, inalterados os factos provados e não provados, constantes da sentença proferida pela 1ª instância.

f) Não obstante, salvo o devido respeito por opinião diversa, subsiste no acórdão em crise contradição insanável, que conduziu, inexoravelmente, à condenação da Recor-

rente, nos termos peticionados pelo Recorrido.

g) Efectivamente, pode ler-se nos parágrafos 21 a 23 (inclusive) do acórdão em análise que: “... de acordo com o que se entende da douda sentença, o juízo incide mais sobre o A. e, nem tanto sobre o seu pai. Como se disse e parece poder concluir-se da douda sentença, entendeu o tribunal que o A. tinha conhecimento das condições do seguro mormente das condições particulares.”

“Essa conclusão, salvo melhor entendimento, resultará única e exclusivamente da proposta de alteração do contrato de fls...”. “Em suma, entendeu o tribunal que o A. sabia da imutabilidade do capital seguro e que por isso tinha também conhecimento que a actualização não era automática donde conclui pela não violação do dever de informação por parte da R. seguradora” – cfr. págs. 8 do acórdão recorrido.

h) Refere-se, ainda, no acórdão recorrido que, “... o documento retratando as condições particulares que o tribunal entendeu, erradamente a nosso ver, serem do conhecimento do A., jamais foi presente ao pai do A.. Não foi cláusula transmitida e muito menos explicada.”

i) Acrescentando que, “é certo que o A. se deslocou ao balcão da R. para aí solicitar a transmissão do contrato para si e que, nesse mesmo contexto assinou a proposta constante de fls... Também é certo que declarou aceitar as condições da apólice mas, essa declaração consti-

tui uma mera formalidade a que o A. não se podia opor. O seu objetivo era alterar a titularidade do seguro e, como a maior parte das pessoas, para não dizer a quase totalidade (mais esclarecidos e, menos esclarecidos), assinou o formulário que pura e simplesmente lhe colocaram à frente.”

j) Explanando-se, por fim, que “[e]m momento algum a R., informou o pai do A., ou o A., de que era seu encargo a actualização do capital assim como não advertiu para necessidade de actualizar esse mesmo capital de acordo com o valor de reconstrução. Mais grave ainda, não advertiu nem esclareceu o pai do A. e, muito menos o A. da consequência dessa falta de actualização, ou seja, da consequência em caso de subseguro, como era sua obrigação. E, é precisamente esta a informação mais relevante para além da pura incumbência da actualização.”

k) Ora, atenta a factualidade provada, e não provada, constante da sentença proferida pela primeira instância, não poderia, salvo o máximo respeito, o Venerando Tribunal da Relação do Porto ter considerando, como acima se referiu, não ter a Ré, aqui Recorrente, logrado demonstrar: i) ter informado o Autor de que era seu encargo a actualização do capital; ii) ter esclarecido o Autor para a necessidade de actualização desse capital e iii) ter advertido o Autor para a consequência dessa falta de actualização.

l) Assim, mantendo o argumento da sentença proferida pela pri-

meira instância, sopesando todos os meios de prova produzidos em audiência – nomeadamente, a apólice do seguro, as declarações do autor, o pedido de alteração e o recibo de pagamento do prémio anual –, entende a Recorrente ter ficado demonstrado “... que o autor tinha pleno conhecimento das condições do contrato, nomeadamente, da não actualização do capital seguro e do valor do capital seguro em causa nos autos.”

m) Tendo, também, ficado demonstrado que “... a não actualização automática do valor consta expressamente das condições particulares, e o valor do capital seguro consta dessa apólice e também dos recibos que anualmente eram enviados ao autor.”

n) Concluindo-se, com cristalinha lógica, que “... o autor, tendo conhecimento desses mesmos recibos, não podia deixar de conhecer que o valor do capital seguro não estava a ser actualizado.”

o) Aliás, pode ler-se a este respeito no acórdão em análise que, “da mesma forma que o A. tinha conhecimento da imutabilidade do valor do capital seguro, a R. também tinha conhecimento do mesmo.”

p) Resumindo, se o Autor tinha conhecimento: i) da imutabilidade do capital seguro, ou seja, da não actualização automática do seu valor e ii) das condições do contrato (apólice), mormente, no que se refere à disposição constante da cláusula 26.a, na qual pode ler-se que, “... se o capital seguro pelo presente contrato for, na data do sinistro,

inferior ao determinado nos termos do artigo 23º, o segurado responderá pela parte proporcional dos prejuízos, como se fosse segurador do excedente, não poderá sustentar-se, como o fez o acórdão recorrido, pela ausência de informação ao Autor, por parte da Ré, da necessidade de actualização do capital e consequência da sua não efectivação.

q) O conteúdo do contrato relativo ao montante do capital seguro bem como ao próprio objecto seguro, foi negociado entre as partes (isso mesmo foi confirmado em audiência pelo autor).

r) Sendo que, no que respeita à segunda fase do negócio (entre o autor e a ré), a cláusula aposta no pedido de alteração, através da qual o autor declarou que desejava manter o conteúdo do anterior contrato, também foi acordada entre as partes. Ou seja, o autor declarou expressamente que desejava manter as condições contratuais anteriormente existentes (também isso foi confirmado em audiência pelo autor).

s) Por último, considerando que, “... por um lado, provou-se que desde o início do contrato sempre esteve acordado entre as partes que o capital seguro não era actualizável automaticamente ...”, resultando, também, dos factos provados “... que, no momento em que o autor solicitou o pedido de alteração da titularidade do contrato, declarou expressamente ser conhecedor das condições em vigor relativamente ao contrato em causa e, mais impor-

tante, declarou que concordava com as mesmas.

t) Assim, “não nos parece defensável afirmar que uma pessoa que pretende a alteração da titularidade de um contrato de seguro multirriscos para habitação e que declara em tal pedido que é conhecedor das condições anteriormente acordadas entre as partes e que concorda com as mesmas, afirmar, dizíamos, que essa pessoa não tinha obrigação de se inteirar de quais são essas condições.

u) Tudo reforçado com o facto de a alteração/continuação do contrato ter sido da iniciativa do “... próprio autor, que se deslocou a uma agência da ré e formalizou tal vontade.

v) Finalmente, deu-se como demonstrado que o autor sempre pagou o mesmo prémio anual (com uma variação mínima), que sempre recebeu os recibos anuais e que sempre soube que o valor do capital seguro não se tinha alterado.

w) Sopesando todos estes elementos, pensamos que o dever de informação da ré foi amplamente cumprido e que o autor estava perfeitamente ciente, ou pelo menos tinha a obrigação de estar, do valor do capital seguro e de que esse capital se tinha mantido inalterado durante mais de 20 anos.

x) Em suma, enfatizou-se na sentença em apreço que, de acordo com “... as declarações de parte do autor, resultou claramente que o que está em causa neste caso não é a violação do dever de informação

por parte da ré mas a interpretação que o autor dá ao conteúdo do contrato. Concretizando: o autor sempre manifestou perante o tribunal o seu conhecimento da inalterabilidade do capital seguro e do respectivo prémio anual. Conformou-se com essas condições e delas estava bem ciente. Simplesmente, estava convencido de que o valor do capital seguro servia para abranger todo e qualquer dano ocorrido na habitação sem a aplicabilidade da chamada “regra proporcional.

y) Finalizando, seguindo, uma vez mais, o que ficou plasmado na sentença, “no caso concreto, era obrigação do autor inteirar-se do valor do capital seguro tanto mais que foi o autor, de sua livre iniciativa, quem se deslocou à loja da ré para fazer a alteração do contrato e que anualmente pagou o prémio, sendo certo que no respectivo recibo constava o valor do capital seguro.

z) Face ao exposto, deverá manter-se no decidido pela primeira instância, declarando-se não ter existido “... qualquer violação do dever de informação por parte da companhia de seguros uma vez que o autor tinha pleno conhecimento do capital seguro e tomou a opção de não o aumentar, sendo beneficiado anualmente com o pagamento de um prémio muito reduzido, € 64,20.

O autor ofereceu contra-alegação a pugnar pelo insucesso da revista.

Colhidos os vistos, cumpre, agora, apreciar e decidir.

II – Fundamentação de facto

A factualidade dada como provada, nas instâncias, é a seguinte:

1. O direito de propriedade relativo à casa de quatro andares, pátio e quintal a que corresponde o artigo matricial 9... da freguesia de ..., concelho de Oliveira de Azeméis, encontra-se registado a favor do autor na Conservatória de Registo Predial sob N. 48.../... da freguesia de

2. Antes do autor, o direito de propriedade sobre a casa supra identificada encontrava-se inscrito a favor do pai do autor, já falecido.

3. Há mais de 25 anos, entre o pai do autor e a Companhia de Seguros CC, foi acordado que a segunda assumia, mediante o pagamento de um prémio anual, vários riscos inerentes à referida habitação, através de documento escrito a que corresponde a apólice N. 99..., intitulada “seguro multirriscos habitação”.

4. Consta dos autos, fls. 24, um documento intitulado, “condições particulares seguro multi-habitação CC”, com o seguinte teor:

“Segurado – DD.

Morada – F..., ..., 3720, Oliveira de Azeméis.

Nos termos das condições gerais e especiais aplicáveis, o presente contrato garante as coberturas seguintes:

Coberturas

Edifício – Capital 10.000\$00.

Franquia – 5000\$00. Prémio 9500\$00.

Responsabilidade civil – Capital 10.000\$00.

(...)

Observações

Não se aplica ao presente seguro o disposto no artigo 7º das C. G. Apólice – “Actualização Automática de Capital”.

O segurado efectua o contrato na qualidade de dono.”

5. Encontra-se junto aos autos, fls. 28, um documento intitulado, “Condições Particulares da Apólice” com o seguinte teor:

“Linha de negócio: Multirriscos Habitação.

São aplicáveis as seguintes cláusulas particulares:

Com efeitos a contar do dia 1 de Julho de 2004, o presente contrato inicialmente celebrado com a CC, Companhia de Seguros, SA., foi, de acordo com a transferência de carteira aprovada e publicitada pelo Instituto de Seguros de Portugal, adquirido pela Companhia de Seguros BB, SA.

Capital Seguro:

A responsabilidade da BB fica assim sempre limitada às importâncias máximas fixadas por objecto seguro. Assim, o capital do objecto seguro é considerado o valor máximo de indemnização para o conjunto dos riscos subscritos, por sinistro e anuidade.

Capital: €49.879,79.

Aumento custo reconstrução – capital – €4987,97.

Danos por água

Franquia: 10,0000% percentagem do valor do sinistro – capital: €49.879,79.

Valor mínimo: €125,00.

Inundações

Franquia: €50,00 – capital €49.879,79.”

6. Encontra-se junto aos autos, fls. 34 e seguintes, um documento intitulado “Apólice de seguro de Multi-Habitação CC, Condições Gerais”, com o seguinte teor (para o que aqui interessa):

“Artigo 1º, n. 2 – Responsabilidade Civil: A seguradora igualmente se obriga, nos termos e condições deste contrato e até ao limite da importância para esse fim indicada nas condições particulares, a responder pelas perdas e danos involuntariamente causados a terceiros em consequência de um acontecimento acidental (...).

Artigo 23º – Determinação dos valores seguros.

1. A determinação do capital seguro é sempre da responsabilidade do tomador de seguro, tanto à data da celebração do contrato como a cada momento da sua vigência, tendo em atenção o disposto nos números seguintes.

2. Danos Materiais

Seguro de imóveis:

a) O valor do capital seguro, para edifícios, deverá corresponder ao custo de mercado da respectiva construção, tendo em conta o tipo de construção ou outros factores que possam influenciar esse custo, ou ao valor matricial, no caso de edifícios para expropriação ou demolição.

b) À excepção do valor dos terrenos, todos os elementos constituintes ou incorporados pelo pro-

prietário, incluindo o valor proporcional das partes comuns, quando se trata de imóvel em propriedade horizontal, devem ser tomados em consideração para a determinação do capital seguro referido na alínea anterior.

Artigo 24º Actualização automática de Capital

Mediante convenção expressa nas condições particulares, poderá ser garantida uma actualização anual do capital seguro para danos materiais, indexada ou convencionada, nos termos da condição especial contratada.

Artigo 26º

1. Salvo convenção em contrário, expressa nas condições particulares, se o capital seguro pelo presente contrato for, na data do sinistro, inferior ao determinado nos termos do artigo 23º, o segurado responderá pela parte proporcional dos prejuízos, como se fosse segurador do excedente (...).

Artigo 43º Venda ou transmissão de bens e direitos

1 – No caso de venda ou transmissão de propriedade dos bens seguros ou de interesses do segurado nos mesmos, é indispensável para que a seguradora fique obrigada para com o novo proprietário ou interessado, que essa transferência lhe seja previamente comunicada pelo tomador de seguro, segurado ou pelos seus legais representantes e que a segurador concorde com a manutenção do contrato e emita a respectiva acta adicional.

2 – Se a transmissão da propriedade dos bens se verificar por falecimento do segurado a responsabilidade da seguradora subsistirá para com os herdeiros enquanto forem pagos os respectivos prémios.”

7. Consta dos autos, fls. 26-verso, um documento intitulado “pedido de alteração”, com o seguinte teor:

“Data do início da alteração – 28.01.2005.

Tomador de Seguro:

AA.

(...)

O local de risco e restantes condições mantêm-se sem alteração.

Mais declara que a alteração prende-se ao facto do anterior segurado, pai do actual, ter falecido.

(...)

O tomador do seguro declara aceitar as condições gerais e especiais, se as houver, da apólice e garante a exactidão das declarações prestadas na presente proposta, sob pena de nulidade do contrato.

O tomador de seguro poderá ter acesso à informação que lhe diga directamente respeito, solicitando a sua correcção, aditamento ou eliminação, mediante contacto directo ou por escrito, junto das Delegações da Companhia de Seguros BB, SA.”

O mediador – Código 73...1”.

8. No dia 15 de Fevereiro de 2014, quando o A. chegou a casa ao final do dia, verificou que uma parte da habitação encontrava-se amplamente inundada.

9. Tal inundação teve origem na ruptura de um cano de abastecimento de água à habitação e, no seu interior, mais precisamente ao nível do piso superior.

10. A inundação afectou os vários pisos da habitação danificando, soalho, paredes, tectos, mobiliário, cortinados, tapeçarias, sistema eléctrico, entre outros.

11. O sistema eléctrico avariou, o soalho e madeiras dos tectos e mobiliário encharcaram e empenaram, o revestimento dos tectos ficou encharcado e manchado assim como os cortinados e, tapeçarias.

12. Facilitou a permeabilidade entre pisos o facto dos pisos da habitação do A. serem construídos em vigas e soalho de madeira.

13. O sinistro foi participado à R. sendo que, a solicitação da mesma foi apresentado orçamento para reparação no valor de 38.065,00€ a que acrescia IVA à taxa legal.

14. Após reunião dos técnicos da R. com o técnico indicado pelo A. e que apresentou o orçamento para reparação, entenderam os mesmos, de comum acordo em fixar o custo da reparação em 35.565,00€ (a que acresce IVA à taxa legal), assim discriminado:

Trabalhos de remoção de soalhos e tectos (incluindo a remoção para o vazadouro) – €1.200,00 (a que acresce IVA à taxa legal);

Serviço de carpinteiro e tapeceiro – €11.475,00 (a que acresce IVA à taxa legal);

Serviço de electricidade – €1.160,00 (a que acresce IVA à taxa legal);

Pintura de paredes e tectos interiores – €18.250,00 (a que acresce IVA à taxa legal);

Pintura de madeiras, portas e faixas – €2500,00 (a que acresce IVA à taxa legal);

Limpeza final – €980,00 (a que acresce IVA à taxa legal).

15. Posteriormente à visita dos técnicos da R. ao local do sinistro e, em consequência daquele mesmo episódio (inundação) registou-se um agravamento dos danos designadamente em virtude da queda de grande parte do estuque/revestimento do tecto trabalhado de uma das divisões da habitação do A..

16. Este agravamento foi participado à R. que não enviou qualquer técnico a casa do Autor.

17. O custo de reconstituição/reparação do tecto é de 14.625,00€ (a que acresce IVA à taxa legal).

18. A ré propôs pagar ao A. apenas a quantia de 5.124,00€ (5.726,00€ abatida da franquia de 10%).

19. Da caderneta predial urbana da habitação segurada consta que a mesma tem 520 m2 de área útil.

Factos instrumentais que resultaram da prova produzida em audiência (artigo 5º, n. 2, alínea a) do CPC):

20. Depois da entrada em vigor do acordo firmado entre o autor e a ré, titulado pelo documento

referido em 7., a ré enviou ao autor, anualmente, um documento intitulado “Aviso/Recibo” com o seguinte teor, para o que aqui interessa:

“Produto – MR Habitação.
Descrição local risco – F...
Capital – € 49879,79.
Total – € 64,20.”

21. O autor sempre pagou o prémio anual.

Factos considerados não provados:

– A R. recusa o pagamento do IVA devido pela reparação (art. 20 da p.i.);

– Em momento algum foi comunicada e muito menos explicada de forma clara, ao A. ou ao seu antecessor na qualidade de segurado, seja aquando da contratação, seja durante a vigência do contrato ou até quando se registou a cessão da posição do segurado no contrato, qualquer cláusula pela qual fosse imputada ao segurado uma tal obrigação (art. 21 da p.i.);

– Não foi comunicada e nem explicada qualquer cláusula contratual pela qual fosse determinado que, em razão daquele desfasamento, ocorreria uma diminuição da responsabilidade da R., designadamente, uma diminuição do capital a seu cargo por sinistro, quer ao pai do A. quer ao A. nem aquando da contratação, da transmissão da posição contratual para o A. e, nem aquando das renovações que se sucederam anualmente até à presente data (art. 22 da p.i.);

– As suas cláusulas não foram objecto de negociação pelo segurado (art. 23 da p.i.);

– Em momento algum foi comunicada a necessidade de actualização do capital seguro sendo certo que, caso assim ocorresse, teria o pai do A. e bem assim o A. solicitado se procedesse a actualizações automáticas (art. 24 da p.i.);

– O pai do A. e, o A. não foram informados e, muito menos de forma clara e esclarecedora, da necessidade de actualização automática do capital seguro em função da alteração do valor de reconstrução do imóvel e, ou da sua actualização por indicação do tomador do seguro, seja aquando da celebração do contrato seja aquando da sua transmissão para o A. seja aquando de qualquer uma das suas renovações ou prorrogações (art. 25 da p.i.);

– A R. era conhecedora das características da habitação do A. assim como era conhecedora da alteração dos valores de reconstrução dos edifícios até porque lida com tais questões todos os dias como seguradora que é (art. 28 da p.i.);

– A R., em momento algum procedeu a qualquer actualização do capital seguro e jamais solicitou tal alteração ao seu segurado ou o informou dessa necessidade ou situação seja aquando da celebração do contrato seja por altura da sua transmissão ao A. ou aquando de qualquer uma das prorrogações ou renovações (art. 29 da p.i.);

– Da mesma forma e, nas mesmas alturas não esclareceu e nem informou o A. e seu pai, dos efeitos previstos para a falta de actualização (art. 30 da p.i.);

– A R. em momento algum deu cumprimento às suas obrigações de informação e esclarecimento, designadamente as previstas nos artigos 18 a 21 do DL 72/2008 de 16/04 que aqui se dão por integralmente reproduzidos, assim como não deu cumprimento ao disposto no n. 2 do artigo 135º do DL 72/2008 de 16/04 que aqui se dá por integralmente reproduzido (art. 33 da p.i.);

– O pai do autor, DD, foi informado dos critérios para a atribuição do capital seguro e, bem assim, da sua actualização (art. 28º da contestação).

III – Fundamentação de direito

A apreciação e decisão do presente recurso, delimitado pelas conclusões da alegação da recorrente (artºs 635º, n. 4 e 639º, n. 1, do Cód. de Proc. Civil^[1]), passam pela análise e resolução da única questão jurídica por ela colocada e que consiste em determinar se observou o dever de informação/esclarecimento e comunicação adequadas sobre o regime e consequências da não actualização automática do valor objecto do seguro.

As instâncias divergiram frontalmente, nesse ponto, pois, enquanto a 1ª instância decidiu pela observância desse dever e aplicou a regra da proporcionalidade, a Relação entendeu, ao invés, que a

recorrente não observou tal dever e, nessa medida, responsabilizou-a pela totalidade do valor do seguro (€49 879,79), deduzido da franquia acordada (10%).

A recorrente pugna naturalmente para que fique a subsistir a 1ª decisão, em substituição da ditada pela Relação, relatando os termos do litígio – alíneas a) a e) das conclusões – e transcrevendo passagens dessas decisões (as restantes conclusões). Nesse labor, lobrigou encontrar na última uma contradição insanável, que não descortinamos, e lançou âncora à primeira, para fazer valer o seu ponto de vista.

No tocante à invocada contradição, importa sublinhar que existe óbvia e patente contradição entre as duas decisões (e entre a respectiva fundamentação), tanto que numa se concluiu pela observância do aludido dever por banda da recorrente, aplicando a regra da proporcionalidade e, na outra, entendeu-se que tal dever não fora observado, recusando a aplicação dessa regra (da proporcionalidade).

Não faz, porém, qualquer sentido cotejá-las, com transcrição cruzada de passagens, para daí concluir que uma (a da Relação) está eivada de contradição insanável. O que releva, para este efeito, é apenas o que consta dessa decisão e, analisando-a, não se detecta nela qualquer contradição. Pelo contrário, a lógica discursiva é clara e assenta no raciocínio de que não tendo a recorrente cumprido o referido dever terá de ser responsa-

bilizada pelo valor total do objecto do seguro, tudo a apontar, portanto, para um perfeito silogismo em que a conclusão está em sintonia com as premissas. Não se descortina, por isso, a contradição a que alude a recorrente.

Esclarecido este ponto, entremos, então, na questão central do recurso que se prende, como já dito, com a (in)observância do dever de informação e suas consequências, havendo que acentuar, desde já, que à formação do contrato de seguro em causa, ocorrida em 1991, não é aplicável, neste campo, o regime posteriormente instituído pelo Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de Abril (cfr. artigo 3º, n. 1, desse diploma legal).

Tal contrato está abrangido, na sua génese, pelo regime das cláusulas contratuais gerais, definido pelo Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, que impõe à parte que submete à outra as cláusulas não negociadas, os deveres de comunicação adequada e de informação suficiente das referidas cláusulas (artºs 5º e 6º), sob pena de se haverem como excluídas do contrato concretamente celebrado (artº 8º).

Trata-se de “dois deveres complementares”, pois que “o objectivo do consentimento esclarecido por parte do aderente só se alcança se as cláusulas lhe tiverem sido adequadamente comunicadas (quanto ao modo e ao tempo da comunicação, por confronto com a complexidade da concreta cláusula, como resulta do disposto no n. 2 do ar-

tigo 5º do Decreto-Lei n. 446/85) e acompanhados das informações exigidas pelas circunstâncias (artigos 6º e 8º, b)), solicitadas ou não pelo aderente”^[2].

Ora, não tendo a recorrente comprovado (cfr. facto último dos não provados, correspondente ao que alegara no artº 28º da contestação) que o pai do autor, o segurado inicial, foi informado dos critérios para atribuição do capital seguro e bem assim da sua actualização, ónus probatório que sobre ela recaía, temos como certo que, quanto a ele, não foi observado o aludido dever de informação/esclarecimento. E, como evidencia o acórdão recorrido, também não o foi relativamente ao autor, que lhe sucedeu na posição de segurado, em 2005, a quem a recorrente igualmente não comprovou (cfr. elenco factual não provado) ter dado, nessa altura, ou em qualquer das subsequentes renovações contratuais anuais, as necessárias e adequadas informações sobre esse aspecto do contrato de seguro, ou seja, sobre a necessidade de actualização do valor do imóvel seguro e os critérios de funcionamento e aplicação da regra da proporcionalidade nele insertos.

Aliás, cabe frisar que, não obstante não ser aplicável à formação do contrato o regime instituído pelo Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de Abril, sendo este de renovação periódica, tal regime, em vigor desde 01 de Janeiro de 2009, passou a ser-lhe aplicável (com as ressalvas previstas no artigo 3º) desde a pri-

meira renovação, posterior a essa data, incluindo o dever que recai sobre o tomador do seguro de informar os segurados sobre as coberturas e exclusões contratadas (artigo 135º, n. s 1 e 2, do Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de Abril).

Não o tendo feito, há que concluir, como bem equacionou e concluiu o acórdão recorrido, em moldes que inteiramente sufragamos, que a recorrente não poderá prevalecer-se das cláusulas contratuais referentes à não actualização automática do objecto do seguro e à aplicação da regra da proporcionalidade, com fundamento nas quais pretende eximir-se ao pagamento ao autor da totalidade do valor do seguro (€49 879,79), deduzido da franquia acordada (10%).

Acresce que o elenco factual não provado é bem claro e ilustrativo de que a recorrente não logrou demonstrar, embora o tenha alegado, que observou o aludido dever de informação, quer quanto ao segurado inicial, o pai do autor, quer quanto a este. Mais, não tendo sido dado como provado o alegado pela recorrente, a esse propósito, relativamente ao autor, não faz sentido considerar, depois, como sucedeu na sentença da 1ª instância, que esse dever foi observado, com base no teor do recibo de pagamento do prémio do seguro e nas declarações prestadas pelo autor na audiência (cfr. fls. 81 e verso). Se era essa a convicção do julgador de

1ª instância, deveria expressá-la e concretizá-la na definição da matéria de facto provada, o que incompreensivelmente não fez, sendo, nessa medida, inviável a pretensão da recorrente em ver ripristinada essa decisão, em substituição do acórdão recorrido.

Nesta conformidade, improcedem ou mostram-se deslocadas todas as conclusões da recorrente, a quem não assiste razão para se insurgir contra o decidido pela Relação, cujo veredicto deverá subsistir.

IV – Decisão

Nos termos expostos, decide-se negar a revista e confirmar o acórdão recorrido.

Custas pela recorrente.

Anexa-se sumário do acórdão (artºs 663º, n. 7, e 679º, ambos do CPC).

Lisboa, 04 de Maio de 2017

António Piçarra (relator)
Fernanda Isabel Pereira
Olindo Gerales

[1] Na versão aprovada pela Lei n. 41/2013, de 26 de Junho, uma vez que o processo foi instaurado depois de 01 de Setembro de 2013.

[2] Cfr., entre outros, os acórdãos do STJ de 26/03/2015, proferido no processo N. 738/12.0TBCVL. C1.S1, de 15/04/2015, proferido no processo N. 385/12.6TBBRG. G1.S1, de 15/02/2017, proferido no processo N. 1776/11.5TVLSB. L1.S1, acessíveis em www.dgsi.pt.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 300/14.2TBOER.

L2.S1

N. Convencional: 1ª SEC-
ÇÃO

Relator: ALEXANDRE REIS

Descritores:

ACÇÃO INIBITÓRIA

**CLÁUSULA CONTRATUAL
GERAL**

**CONTRATO DE LOCAÇÃO
FINANCEIRA**

**ALUGUER DE LONGA DU-
RAÇÃO**

DUPLA CONFORME

PODERES DO JUIZ

AÇÃO INIBITÓRIA

Data do Acórdão: 27-04-
2017

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A RE-
VISTA

Área Temática:

**DIREITO COMERCIAL -
CONTRATOS COMERCIAIS.**

**DIREITO DO CONSUMO
- CONTRATOS DE ADESAO -
CLÁUSULAS CONTRATUAIS
GERAIS / ACÇÃO INIBITÓRIA
(AÇÃO INIBITÓRIA).**

**DIREITO CIVIL - DIREITO
DAS OBRIGAÇÕES / CONTRA-
TOS EM ESPECIAL.**

**DIREITO PROCESSUAL CI-
VIL - PROCESSO DE DECLA-**

**RAÇÃO / RECURSOS / RECUR-
SO DE REVISTA / ADMISSIBI-
LIDADE DA REVISTA.**

Legislação Nacional:

**CÓDIGO CIVIL (CC): -
ARTIGOS 1022º, 1030º, 1036º,
1044º, 1046º, 1273º.**

**CÓDIGO DE PROCESSO CI-
VIL (CPC): - ARTIGO 671º, N. 3.
CONSTITUIÇÃO DA REPÚ-
BLICA PORTUGUESA (CRP): -
ARTIGO 52º.**

**D.L. N. 149/95, DE 24-06: -
ARTIGOS 1º, 9º, 10º, Nº1, AL. J),
14º, 15º.**

**LEI N. 24/96, DE 31-07: - AR-
TIGOS 2º, 10º.**

**REGIME JURÍDICO DAS
CLÁUSULAS CONTRATUAIS
GERAIS (LCCG), APROVADO
PELO D.L. N. 446/85, DE 25-10:
- ARTIGOS 1º, 15º, 16º, 18º, 19º,
21º, 22º, 25º.**

Jurisprudência Nacional:

**ACÓRDÃOS DO SUPREMO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA:**

**- DE 27-09-1994, P. N.
084991.**

**- DE 12-10-2010, P. N. 67/07.
OTCGMR.G1.S1.**

**- DE 01-02-2011, P. N.
884/09.7YXLSB.L1.S1.**

**- DE 13-09-2011, P. N.
651/09.8YXLSB.L1.S1.**

**- DE 05-10-2011, P. N.
1320/08.1YXLSB.L1.S1.**

**- DE 09-04-2013, P. N.
433682/09.2YIPRT.L1.S1.**

**- DE 24-03-2015, P. N.
3193/12.0TJLSB.S1.**

- DE 09-07-2015, P. N. 542/13.8T2AVR.C1.S1.
- DE 10-12-2015, P. N. 1497/08.6TVLSB.S1.
- DE 11-02-2016, P. N. 31/12.8TTVFR.P1.S1.
- DE 06-10-2016, P. N. 1946/09.6TJLSB.L1.S1.
- DE 29-11-2016, P. N. 7825/11.0TBCSC.L1.S1), REITERANDO O DE 09-04-2013, P. N. 433682/09.2YIPRT.L1.S1 (DO MESMO RELATOR), DE 11-02-2016, P. N. 31/12.8TTVFR.P1.S1, DE 29-10-2015, P. N. 258/09.0TBSCR.L1.S1, DE 10-04-2014, P. N. 2393/11.5TJLSB.L1.S1.

Sumário:

I – O exercício do direito de acção inibitória, genericamente consagrado no art. 52º da CRP, visa a defesa, geral e abstracta, dos interesses difusos – de ordem pública – dos consumidores/aderentes, mediante a proibição de cláusulas contratuais gerais – destinadas a serem incluídas em contratos a celebrar pelas rés com uma generalidade de potenciais destinatários e por elas elaboradas sem prévia negociação individual e com um conteúdo que aqueles não podem influenciar – que não se adequem às exigências decorrentes de valores fundamentais do direito, como são os princípios gerais da boa fé, da confiança, do equilíbrio das prestações e da proporcionalidade, aflorados, além do mais, nos arts. 15º, 16º, 18º, 19º, 21º e 22º da

LCCG (cf. art. 25º), bem como a prevenção, a correcção ou a cessação de práticas lesivas dos direitos consignados na lei do consumidor (cf. art. 10º da Lei n. 24/96, de 31-07).

II – Visa-se garantir a efectiva autonomia da vontade, na vertente da autêntica liberdade de celebração ou conclusão dos contratos, excluindo ou limitando a (mera-mente) formal liberdade negocial e, assim, salvaguardando a parte mais fraca, perante “*O desequilíbrio real de poder negocial entre as partes, que neste tipo de contrato de adesão desfavorece o consumidor, beneficiário de uma particular tutela constitucional que supra a “assimetria informativa” que o penaliza*”.

III – A admissibilidade da apreciação de cada uma das cláusulas estará sujeita a verificação dos requisitos com que vem balizada a pretensão recursiva, à luz do conceito de dupla conforme estipulado no art. 671º, n. 3, do CPC, já que a parte dispositiva das decisões de ambas as instâncias comporta segmentos decisórios distintos e autónomos, porquanto o direito exercido na acção consubstancia tantas pretensões quantas as cláusulas nela visadas, correspondendo a cada uma delas também uma distinta e autónoma causa de pedir e daí que as ora recorrentes tenham podido restringir o objecto do seu recurso a parte de tais cláusulas, tal como já fizera o autor na apelação.

IV – O contrato de locação financeira, regulado pelo DL n. 149/95, de 24-06, acrescenta aos elementos essenciais do contrato de locação, visto à luz do art. 1022º do CC [*“o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa mediante retribuição”*], as seguintes características (também definidoras do seu tipo): a) o objecto do contrato é adquirido ou construído por indicação do locatário; b) o locatário pode adquirir a coisa decorrido o prazo acordado; c) o preço deve ser determinado no contrato ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.

V – Desta distinção resulta que a locação financeira obtém um tratamento diverso do comum contrato de locação, atribuindo-lhe aquele DL 149/95 relevantes efeitos que o aproximam dos inerentes à transmissão da coisa própria da compra e venda: as obrigações do locador financeiro restringem-se a adquirir ou a construir o bem indicado pelo locatário e a conceder o seu gozo – mas já não a assegurá-lo – e a vendê-lo ao segundo, caso este exerça o direito (potestativo) de compra, findo o contrato (art. 9º, n. 1); o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário (art. 15º), diferentemente do que é imposto pelo art. 1044º do CC; o locatário financeiro tem direito a fazer suas, sem compensações, as benfeitorias (art. 9º).

VI – Todavia, o citado art. 15º do DL 149/95 deve ser interpretado restritivamente de modo a considerar-se que o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário em todas as situações, excetuadas as devidas a caso fortuito ou de força maior, porque, doutro modo, atendendo ao concreto conteúdo deste conceito, conceber que o âmbito do preceito abarcaria o sentido de que correria (apenas) pelo locatário financeiro também aquele risco, seria alcançar um resultado interpretativo absolutamente indiferente à boa fé e à proporcionalidade, mas também ao equilíbrio das prestações: a responsabilização, unicamente, do locatário financeiro (também) nos casos em que se prescinde de nexo de causalidade de espécie alguma entre o dano e uma qualquer conduta do mesmo seria iníqua ou, no mínimo, afrontaria o equitativo princípio do risco.

VII – Por sua vez, o denominado aluguer de longa duração (“ALD”) é um contrato atípico que o exercício da liberdade contratual pode configurar com uma pluralidade de tipos contratuais distintos – designadamente, para além do próprio aluguer de longa duração, um contrato de compra e venda a prestações e um contrato-promessa de compra e venda do bem alugado – todos interligados por uma relação de coligação funcional. Quando os contraentes lhe facultam uma tal configuração, o

mesmo revela afinidades com o contrato de locação financeira.

VIII – Mas os contratos denominados de “ALD” em que se não preveja o direito ou a obrigação de compra da coisa locada não são havidos como contratos de crédito e, assim, sendo, não têm essa afinidade com o contrato de locação financeira: *“Inexistindo no misto contratual o fim indirecto ou a pluralidade contratual em coligação, visando a aquisição, a final, do bem locado, pelo locatário, não sobra mais que um aluguer, por mais longa que seja a sua duração estipulada”*.

IX – No âmbito da acção inibitória, compete ao juiz pronunciar-se e decidir sobre a validade ou não das cláusulas, não uma actividade conservadora da sua validade parcial ou de reajustamento dos respectivos termos, no sentido de lhes restituir validade.

*Sumário elaborado pelo relator

Decisão Texto Integral: Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

O **Ministério Público** intentou a presente acção contra “**AA Lda**” e “**BB – Sucursal Portuguesa**”, pedindo a declaração de nulidade de várias cláusulas de contratos utilizados pelas RR.

As RR contestaram.

Foi proferida sentença julgando a acção:

– parcialmente improcedente, quanto às cláusulas: – 2º/5, 13º/2, 15º/2/5, 16º/4c) /5, e 17º/3 do ‘Se-

lect’; – 5ª/6, 16ª/9, 17º/2/3, 18ª/4c), e 20ª/2 do ‘Renting’; – 2º/5, 13º/2, 15º/2/5, 16º/4c), e 17º/3 do ‘ALD’; – **11º/4**, 14º/2, 15º/2/5, e 18º/1 da ‘Locação Financeira’; – 11º/2 e 12º/4 do ‘Crédito a Consumidor’; e – 10º/2 e 12º/4 do ‘Crédito’;

- e procedente na parte restante, sendo declarada a nulidade das cláusulas: – 3º/6, **5º/1**, 5º/3, **8º/1**, **9º/1**, **10º/4**, 11º, 15º/4, 16º/2, 17º/2, 23º/1, e 23º/2 do ‘Select’; – 6ª/3, **8ª/4**, 12ª/1, 14ª/6, 15ª/2, 17º/1, 18ª/3, 20ª/1, 24ª/1, e 24º/2 do ‘Renting’; – 3º/6, **5º/1**, 5º/3, **10º/4**, 11º, 15º/4, 16º/2, 17º/2, 23º/1, e 23º/2 do ‘ALD’; – 3º/6, 4º/2/3, **6º/1**, 6º/3, 12º, 15º/4, 17º/2, 24º/1, e 24º/2 da ‘Locação Financeira’; – 1º/2, **3º/1**, 3º/3, 5º/3, 6º/1, 8º/4, 9º, 11º/4, 12º/1, 19º/1, e 19º/2 do ‘Crédito a Consumidor’; e – 1º/2, **3º/5**, 5º/3, 6º/1, 8º/4, 9º, 11º/2, 12º/1, 13º, 14º, 17º/1, e 17º/2 do ‘Crédito’.

O A interpôs apelação dessa sentença, pretendendo que fosse declarada a nulidade, também, das cláusulas: – 2º/5, 15º/2/5, 16º/4c) /5, e 17º/3 do ‘Select’; – 5ª/6, 16ª/9, 17º/2/3, 18ª/4c), e 20ª/2 do ‘Renting’; – 2º/5, 15º/2/5, 16º/4c), e 17º/3 do ‘ALD’; – **11º/4**, 15º/2/5, e 18º/1 da ‘Locação Financeira’; – 11º/2 e 12º/4 do ‘Crédito a Consumidor’; – e 10º/2 e 12º/4 do ‘Crédito’.

Também as RR interpuseram apelação da parte da sentença em que se julgou procedente a acção e, nas contra-alegações que apresentaram em relação ao recurso do A, vieram suscitar a ampliação deste.

A Relação de Lisboa, julgando improcedente a apelação das RR e parcialmente procedente a do A, declarou a nulidade da cláusula **11ª, n. 4, al. a)** da ‘Locação Financeira’ e confirmou, no demais, a sentença de 1ª instância.

As RR interpuseram revista desse acórdão, cujo objecto delimitaram com as seguintes conclusões: 1. Vem o presente recurso interposto do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, na parte em que, julgando parcialmente procedente a apelação interposta pelo Ministério Público, declarou a nulidade da Cláusula **11ª, n. 4, al. a)** da **Locação Financeira**;

2. Vem igualmente o presente recurso interposto da decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, na parte em que, julgando improcedente a apelação das Rés, manteve a declaração de nulidade das seguintes cláusulas: – **8ª, n. 1 e 9ª, n. 1** do Contrato “**Select**”; – **10ª, n. 4** do Contrato “**Select**” e **10ª, n. 4** do Contrato de “**ALD**”; – **5ª, n. 1** do Contrato “**Select**”; **8ª, n. 4** do Contrato de “**Renting**”; **5ª, n. 1** do Contrato de “**ALD**”; **6ª, n. 1** do Contrato de “**Locação Financeira**”; **3ª, n. 1** do Contrato de “**Crédito a Consumidor**” e **3ª, n. 5** do Contrato de “**Crédito**”;

3. Como bem decidiu o Tribunal de 1ª Instância “(...) *no caso da locação financeira, a regra do artigo 15º do DL 149/95 estabelece que “Salvo estipulação em contrário, o risco de perda ou deterioração do*

bem corre por conta do locatário. (. . .) Assim, no caso da locação financeira, a cláusula em apreço não altera a distribuição do risco”;

4. Não podendo a Recorrente concordar com a decisão do Tribunal da Relação, a qual, aplicando o regime previsto na locação civil, mormente art. 1044º do Código Civil, é manifestamente contrária à Lei;

5. Como tem sido entendimento pacífico na nossa Doutrina e Jurisprudência, o regime previsto no artigo 1044º do Código Civil (CC) não é aplicável à locação financeira, sendo afastado pelo regime especial previsto no artigo 15º do DL 149/95;

6. O próprio artigo 9º, n. 2 DL 149/95 estabelece que “*Para além dos direitos e deveres gerais previstos no regime da locação que não se mostrem incompatíveis com o presente diploma (. . .)*”, de onde se infere que se deverá recusar a aplicação das normas que se revelem incompatíveis com a específica feição da locação financeira;

7. Por outro lado, refira-se que a locadora, contrariamente ao entendimento plasmado na decisão sob recurso, não irá receber o valor global do contrato, como se não tivesse havido nenhum “percalço” no decurso do mesmo;

8. Pelo contrário, a Recorrente apenas irá receber o valor atualizado das rendas vincendas com o valor residual, ou seja, o valor do capital em dívida, expurgado de juro remuneratório;

9. Resultando evidente que a Recorrente não auferiu as mesmas vantagens como se não se tivesse verificado a perda total do bem, porquanto a Recorrente vê-se privada do juro remuneratório, que corresponde à sua margem de lucro;

10. Não se pode exigir que a Recorrente não veja satisfeito o capital em dívida, quando a mesma despendeu no início do contrato o valor global de aquisição do veículo e nunca o deteve, pois cedeu o seu gozo ao locatário;

11. Fazer repercutir na Recorrente o prejuízo decorrente da perda total do bem, prejuízo que, no caso, corresponde ao eventual diferencial entre o valor da indemnização recebida da seguradora e o valor do capital em dívida, é verdadeiramente alterar as regras da distribuição do risco, em manifesta violação do disposto no artigo 15º do DL 149/95;

12. Sendo que, no que respeita à alegada desvalorização com impacto no valor da indemnização a receber da seguradora, refira-se que não só o valor das rendas sofre, igualmente, uma diminuição correspondente à parcela de juro remuneratório, como o valor da indemnização e a desvalorização se encontram-diretamente relacionadas com o tipo de seguro contratado pelo locatário, ao qual cabe acautelar que, o seguro que contrata lhe permitirá fazer face ao valor devido em face de uma eventual perda total do bem, designada-

mente contratando um seguro na modalidade de capital constante, ou seja, seguro sem desvalorização;

13. Dúvidas não existem de que cabe ao locatário suportar os riscos inerentes à qualidade de proprietário do bem de que usufrui o gozo;

14. Do exposto resulta o erro do Tribunal da Relação na determinação da norma aplicável – artigo 1044º do CC – violando a decisão sob recurso o disposto no artigo 15º do DL 149/95.

15. No que respeita às Cláusula 8ª, n. 1, e Cláusula 9ª, n. 1, das Condições Gerais do Contrato “Select”, entendeu o Tribunal a quo que as mesmas são contrárias à Lei, violando o regime regra da locação civil previsto no Código Civil, nos termos do qual o risco corre por conta do locador, proprietário do bem,

16. Não pode a Recorrente concordar com a decisão do douto Tribunal da Relação de Lisboa, a qual se encontra em contradição com o Acórdão proferido pelo STJ datado de 01.02.2011 e no qual veio a ser apreciada, à luz do regime das cláusulas contratuais gerais, uma cláusula idêntica à ora em causa, a qual faz repercutir o risco sobre o locatário do contrato de ALD com opção de compra do bem no termo do mesmo;

17. No âmbito do Acórdão-fundamento e apreciando a mesma questão fundamental de direito – regime jurídico aplicável ao

contrato de ALD e consequências ao nível da validade da cláusula contratual de distribuição do risco – decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que o contrato de ALD retrata uma pluralidade multilateral de contratos três tipos de contratos: contrato de aluguer de longa duração, contrato de compra e venda a prestações e contrato-promessa de compra e venda do bem alugado, sendo a referida coligação funcional subsumível à matriz do contrato de mandato sem representação;

18. Concluindo que: *“Embora no ALD, o efeito da transferência da propriedade só se produza com a celebração, em cumprimento do contrato-promessa que a operação comporta, de um futuro contrato prometido de compra e venda entre o locatário e o terceiro interposto pelo locador, este apenas adquire os bens que lhe são, especificamente, solicitados pelo locatário carecido, ao qual cabe suportar os riscos inerentes à qualidade de proprietário do bem de que usufrui o gozo, porquanto o locador age, por conta e risco do locatário”*;

19. Com efeito, neste tipo de contratos de aluguer o locador obriga-se a adquirir o bem a um terceiro, sob a indicação do locatário, a fim de lhe proporcionar o respetivo gozo; as prestações devidas não são o correspondente do valor de uso do bem locado, mas sim parcelas de execução da obrigação de reembolso dos fundos adiantados pelo locador na sua aquisição,

tendo o locatário a opção de aquisição do bem no final do período acordado para o aluguer, a qual consta expressamente do clausulado do contrato;

20. Realidade que nada tem de comum com o regime geral da locação previsto no Código Civil;

21. Dúvidas não existem de que o risco neste tipo de contratos corre pelo locatário, porquanto o locador apenas adquire os bens que lhe são especificamente solicitados pelo locatário, ao qual, como vimos, caberá suportar os riscos inerentes à qualidade de proprietário do bem de que exclusivamente usufrui, porquanto o locador age por conta e risco do locatário;

22. Por maioria de razão, e no que respeita ao disposto no Artigo 9º das Condições Gerais do Contrato em apreço – responsabilidade civil – são igualmente aplicáveis as considerações supra tecidas, correndo por conta do locatário os riscos decorrentes do gozo e fruição do veículo;

23. Atribuir ao locador a responsabilidade por prejuízos causados pelo bem, o qual não é por si detido, não tendo o locador qualquer domínio de facto sobre o mesmo, mais não seria do que atribuir uma responsabilidade objetiva ao locador, em clara violação da Lei;

24. Impondo-se, assim, a revogação da decisão proferida, a qual deverá ser substituída por douda decisão que declare válidas as cláusulas em apreço, as quais não vio-

lam o disposto nos artigos 15º, 16º alínea b) e 21º, alínea f) do RCCG;

25. No que respeita à decisão de nulidade das Cláusulas 10ª, n. 4 das Condições Gerais do Contrato “Select” e 10ª, n. 4 das Condições Gerais do Contrato “ALD” socorreu-se o Tribunal a quo, uma vez mais, do regime geral da locação civil, encontra-se a decisão sob recurso de igual modo em contradição com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça data-da de 01.02.2011;

26. Valendo *mutatis mutandis*, as considerações tecidas a respeito do enquadramento jurídico do Contrato de ALD e consequências ao nível da validade das cláusulas de distribuição do risco das quais resulta evidente que no âmbito dos contratos em análise, atentas as características dos mesmos, que não se assemelham à locação, o risco corre por conta do locatário, não sendo aplicável o regime geral da locação civil;

27. Salientando as Recorridas a similitude das cláusulas em análise nos autos objecto das decisões em contradição, as quais estipulam os valores a liquidar pelos respectivos locatários em caso de perda total do bem;

28. Reiterando, a este respeito, que o “valor atualizado dos alugueres *vincendos e do valor futuro*” corresponde ao valor do capital ainda em dívida, expurgado de juros;

29. Com base nos argumentos tecidos a propósito do risco,

os quais aqui se dão por integralmente reproduzidos, dúvidas não existem de que cabe ao locatário suportar os riscos inerentes à qualidade de proprietário do bem de que usufrui o gozo, porquanto o locador age no negócio por conta e risco do locatário;

30. Impondo-se, assim, a revogação da decisão proferida, a qual deverá ser substituída por douda decisão que declare válidas as cláusulas em apreço, as quais não violam o disposto nos artigos 15º, 16º alínea b) e 21º, alínea f) do RCCG;

31. No que respeita às Cláusulas 5ª, n. 1 do Contrato “Select”; 8ª, n. 4 do Contrato “Renting”; 5ª, n. 1 do Contrato de “ALD”; 6ª, n. 1 do Contrato de “Locação Financeira”; 3ª, n. 1 do Contrato de “Crédito a Consumidor”; 3ª, n. 5 do Contrato de “Crédito”, importa salientar, contrariamente ao que parece resultar da decisão recorrida, que as mesmas não fazem repercutir sobre os locatários/mutuários toda e qualquer despesa;

32. Com efeito, as cláusulas em apreço preveem a responsabilidade pelo pagamento das despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência e execução do contrato, as quais, como é pacificamente aceite, são da responsabilidade da parte que pretende contratar determinado serviço e, como tal, deverá suportar as despesas e encargos inerentes a essa contratação, sendo que as Recorridas não teriam qualquer

interesse em contratar se tivessem de assumir essas despesas;

33. Em face do exposto, mal andou o Tribunal Recorrido ao declarar integralmente nulas as cláusulas em apreço, decisão cuja revogação por parte deste Tribunal se impõe, devendo a mesma ser substituída por doura decisão que declare as cláusulas parcialmente nulas, nos segmentos que abrangem as despesas judiciais e os impostos.

Termos em que deverá ser dado provimento ao presente recurso, devendo, consequentemente:

a) Ser revogada a decisão do Tribunal da Relação, a qual julgou procedente o recurso do Ministério Público quanto à nulidade da cláusula 11ª, n. 4, do Contrato de Locação Financeira, mantendo-se a decisão proferida em 1ª Instância, a qual havia concluído pela validade da Cláusula em apreço.

b) Ser revogada a decisão que declarou nulas as cláusulas 8ª n. 1 e 9ª, n. 1, das Condições Gerais do Contrato “Select”; 10ª, n. 4 das Condições Gerais do Contrato “Select” e Cláusula 10ª, n. 4 das Condições Gerais do Contrato “ALD”, devendo a mesma ser substituída por decisão que declare válidas as referidas cláusulas;

c) Ser revogada a decisão que declarou nulas as cláusulas 5ª, n. 1 do Contrato “Select”; 8ª, n. 4 do Contrato “Renting”; 5ª, n. 1 do Contrato de “ALD”; 6ª, n. 1 do Contrato de “Locação Financeira”; 3ª, n. 1 do Contrato de “Crédito a

Consumidor”; 3ª n. 5 do Contrato de Crédito” devendo a mesma ser substituída por decisão que declare as mesmas parcialmente nulas no que respeita aos segmentos que abrangem as despesas judiciais e os impostos.

A Sra. Desembargadora Relatora admitiu o recurso de revista (normal), acrescentando que “*Quanto ao pretendido recurso de revista excepcional ... pertencerá ao STJ aferir da sua admissibilidade*”. Daí que, na sequência, os autos tenham sido apresentados à Formação deste Supremo Tribunal prevista no n. 3 do art. 672º do CPC que, constatando não se verificar dupla conformidade entre as decisões de ambas as instâncias, a que alude o art. 671º n. 3 daquele código, não admitiu a revista excepcional e determinou que os autos fossem distribuídos para virtual admissão do recurso de revista.

A Relação julgou provada a seguinte facticidade ^(III):

1 – A 1ª R. usa o documento denominado “Contrato de Aluguer Operacional a Consumidor (**Select**)” junto a fls. 55 a 56 (cujo teor se dá aqui por reproduzido) – onde se leem as seguintes “condições gerais”: “(...)

Artigo 2º – Início de vigência e prazo do aluguer

(...) 4 – O locatário poderá antecipar o termo do prazo de vigência do Contrato procedendo à entrega ao locador do bem objecto do mesmo, nos termos previstos no Artigo 13º.

5 – No caso de cessação do Contrato nos termos previstos no número precedente, o locatário ficará obrigado, a proceder ao imediato pagamento dos alugueres eventualmente vencidos e não pagos, acrescidos de juros de mora, bem como de um montante indemnizatório igual a 50% da soma dos alugueres vincendos, sem prejuízo do direito do locador de exigir a reparação integral dos seus prejuízos, podendo o locador optar, em alternativa ao pagamento da referida indemnização, pela indemnização prevista no n. 5 do Artigo 15º.

Artigo 3º – Entrega do bem

(...) 5 – Se o bem entregue não for conforme à encomenda ou apresentar defeitos de funcionamento, o locatário deve recusá-lo prontamente e informar o locador desse facto através de carta registada com aviso de recepção, fundamentando os motivos da recusa, e, logo após, resolver o Contrato.

6 – Caso resolva o Contrato nos termos do número anterior, o locatário fica obrigado a reembolsar de imediato o locador de todas as quantias despendidas ou devidas pelo Contrato, acrescidas de juros de mora à taxa contratualmente acordada, ficando o locador desobrigado de quaisquer obrigações perante o fornecedor e o locatário.

(...) Artigo 5º – Encargos

1 – Todas as despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência, execução,

cumprimento e incumprimento do presente Contrato e, bem assim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados, solicitadores e/ou prestadores de serviços em que o locador venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos emergentes do presente contrato, que desde já se fixam em 15% sobre os valores a cobrar, acrescidos dos impostos e demais encargos legais em vigor, são da responsabilidade do locatário. (...)

3 – O locador poderá alterar o montante dos encargos fixados, ou aplicar diferentes encargos, se as condições de mercado ou as alterações legislativas o impuserem, obrigando-se a comunicar as alterações ao locatário, em papel ou outro suporte duradouro, com a antecedência mínima de 15 dias a contar da data de produção de efeitos das mesmas. (...)

Artigo 8º – Responsabilidade pelo bem

1 – Os riscos de perda, deterioração, defeito de funcionamento e imobilização do bem correm por conta do locatário, o qual será responsável por tais factos perante o locador, caso este não venha a ser ressarcido por terceiro dos danos verificados no bem. (...)

Artigo 9º – Responsabilidade civil

1 – Enquanto o bem se mantiver em seu poder e não for devolvido ao locador, o locatário, na sua qualidade de fruidor e de defensor da integridade do bem locado, é o

único responsável pelos prejuízos causados pelo bem, qualquer que seja a sua causa. (...)

Artigo 10º – Seguros

(...) 4 – Em caso de sinistro implicando a perda total ou parcial do bem, por facto não imputável ao locatário, proceder-se-á da seguinte forma:

a) Em caso de perda total, o presente Contrato ter-se-á por caducado, considerando-se como data de caducidade aquela que constar do documento escrito emitido pela respectiva seguradora onde esta declare a perda total, tendo o locador o direito a exigir do locatário o montante correspondente à soma de todos os alugueres vencidos e não pagos e respectivos juros, do valor actualizado dos alugueres vincendos e do valor futuro previsto nas Condições Particulares, e de todas as quantias em dívida pelo locatário, devendo o locatário entregar ao locador a indemnização que venha a receber da seguradora, caso esta lhe seja directamente liquidada;

b) Em caso de perda parcial, o presente Contrato manter-se-á em vigor, tendo o locador o direito de optar entre mandar reparar o bem, fazendo seu o valor recebido da seguradora, ou entregar este mesmo valor ao locatário, o qual deverá, por sua conta e risco, mandar reparar o bem.

Artigo 11º – Cessão da posição contratual e cessão da utilização do bem: A cessão da posição de locatário no presente Contrato,

bem como a cessão a terceiro da utilização ou gozo do bem, a qualquer título e quando legalmente possível, dependem de prévia autorização escrita do locador. O locador poderá ceder a sua posição no presente Contrato mediante simples comunicação ao locatário, data em que se produzirão todos os efeitos respectivos.

(...) Artigo 13º – Termo do aluguer

1 – No final do presente Contrato e desde que nessa data não estejam por liquidar ao locador dívidas vencidas, o locatário poderá proceder à aquisição do bem mediante o pagamento do valor futuro previsto nas Condições Particulares, acrescido das despesas e encargos conexos, ficando a transferência da propriedade sobre o bem condicionada ao efectivo pagamento daquele valor futuro.

2 – Caso o locatário não pretenda exercer a opção de compra deverá comunicar tal facto ao locador através de carta registada enviada com a antecedência mínima de 30 (trinta) dias relativamente à data de vencimento do valor futuro, considerando-se, em caso de ausência de comunicação, que o locatário pretendeu exercer a opção de compra. (...).

(...) Artigo 15º – Mora

(...) 2 – O locatário só fará cessar a mora mediante a liquidação das quantias vencidas e não pagas, acrescidas de uma indemnização correspondente a 50% do que for devido.

3 – Verificada a situação previsto no número 1 deste Artigo, e sem prejuízo do direito à resolução do contrato nos termos do Artigo seguinte, o locador poderá desde logo executar qualquer das livranças entregues como garantia do pontual cumprimento das obrigações que para o locatário emergem do presente Contrato. Neste caso, o locatário reconhece que a utilização de qualquer das referidas livranças consubstancia uma diminuição das garantias prestadas, pelo que fica obrigado a entregar ao locador uma nova livrança em branco, avalizada pelos mesmos avalistas que outorgaram o presente Contrato, no prazo de 8 dias a contar da recepção de comunicação escrita remetida pelo locador para o efeito.

4 – O locatário confere força executiva ao presente Contrato, nos termos do artigo 46º, n. 1, alínea c) do Código de Processo Civil, confessando-se devedor ao locador dos alugueres devidos, juros, encargos, despesas e de quaisquer indemnizações ou compensações decorrentes do presente Contrato.

5 – Caso o locatário não exerça a opção de compra do bem e não devolva o mesmo no fim do prazo da locação ou, em caso de cessação do presente Contrato, qualquer que seja a causa, incluindo rescisão pelo locador ou revogação pelo locatário nos termos do Artigo 17º, caso o locatário não proceda à imediata devolução do bem, o locador terá direito, a título

de cláusula penal pela mora na devolução do bem, a receber uma quantia diária correspondente ao dobro daquela a que teria direito se o Contrato se mantivesse em vigor por um período de tempo igual ao da mora.

Artigo 16º – Rescisão do Contrato

(...) 2 – Constituirá igualmente fundamento de rescisão do presente Contrato pelo locador o incumprimento pelo locatário de outro Contrato celebrado com o locador ou com sociedades com as quais este esteja numa relação de coligação, contanto que esse incumprimento autorize a rescisão desse Contrato, bem como a ocorrência de qualquer facto indiciador de uma alteração anormal da situação económico-financeira do locatário, designadamente, penhor, penhora, arresto ou apreensão judicial ou extrajudicial de bens ou prestação de outras garantias sobre bens ou direitos.

(...) 4 – No caso de resolução do Contrato pelo locador nos termos previstos nos números precedentes, o locatário deverá:

(...) c) Proceder ao imediato pagamento de um montante indemnizatório igual a 50% da soma dos alugueres vincendos, sem prejuízo do direito do locador de exigir a reparação integral dos seus prejuízos.

5 – Na resolução do Contrato nos termos previstos nos números anteriores, o locador poderá optar, em alternativa à indemniza-

ção prevista na alínea c) do n. 4, pelo pagamento imediato de uma indemnização correspondente à diferença entre o valor futuro previsto nas Condições Particulares e o valor do capital amortizado pelo locatário através do pagamento dos alugueres vencidos. (...).

Artigo 17º – Garantias

(...) 2 – Em caso de rescisão do Contrato, bem como no caso de cessação do mesmo nos termos previstos no Artigo 2º, n. 3, o valor da caução reverterá integralmente a favor do locador.

3 – O locatário e os respectivos avalistas autorizam expressamente o locador, em caso de incumprimento do Contrato, a preencher as livranças em branco por aquele subscritas e por estes avalizadas nesta data, bem como as livranças que venham a ser subscritas nos termos do Artigo 14º, n. 3, designadamente no que se refere à data de vencimento, ao local de pagamento e o seu montante, até ao limite das responsabilidades assumidas pelo locatário e não pagas. (...).

(...) Artigo 23º – Foro

1 – As Partes acordam expressamente em submeter todos os litígios emergentes deste Contrato ao foro da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro, sendo a Parte vencida responsável por todas as despesas inerentes ao litígio, incluindo custas e outras despesas judiciais, nomeadamente honorários dos mandatários forenses.

2 – O locatário deverá pagar ao locador todas as despesas em que este venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos de que seja titular, bem como para a recuperação do bem que não seja pelo locatário voluntariamente restituído.”

2 – A 1ª R. usa o documento denominado “Contrato-Quadro de Aluguer Operacional (**Renting**) junto a fls. 57 a 59 (cujo teor se dá aqui por reproduzido) – onde se leem as seguintes “cláusulas”: “(...)

5ª (celebração e prazo de contratos individuais)

(...) 5 – O locatário poderá antecipar o termo do prazo de vigência de cada contrato individual procedendo à entrega ao locador do bem objecto do mesmo, nos termos previstos na cláusula 15ª, não sendo neste caso aplicável o disposto no n. 5 da referida cláusula.

6 – No caso de cessação do contrato individual nos termos previstos no número precedente, o locatário ficará obrigado, a proceder ao imediato pagamento dos alugueres eventualmente vencidos e não pagos, acrescidos de juros de mora, bem como de um montante indemnizatório igual a 50% da soma dos alugueres vincendos, sem prejuízo do direito do locador de exigir a reparação integral dos seus prejuízos. (...)

6ª (entrega dos veículos)

(...) 3 – O locador não responde por quaisquer eventuais vícios do veículo objecto do con-

trato individual de aluguer, nem pela sua inadequação aos fins do referido contrato, devendo o locatário exercer todos os seus direitos contra o fornecedor do veículo em causa.

(...) 8ª (alugueres, contraprestações por outros serviços e encargos)

(...) 4 – Todas as despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência, execução, cumprimento e incumprimento do presente Contrato e, bem assim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados, solicitadores e/ou prestadores de serviços em que o locador venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos emergentes do presente Contrato, que desde já se fixam em 15% sobre os valores a cobrar, acrescidos dos impostos e demais encargos legais em vigor, são da responsabilidade do locatário. (...).

(...) 12ª (responsabilidade pelos veículos)

1 – Os riscos de perda, deterioração, defeito de funcionamento e imobilização do veículo objecto do contrato individual de aluguer correm por conta do locatário, o qual será responsável por tais factos perante o locador, caso este não venha a ser ressarcido por terceiro dos danos verificados no veículo. (...).

(...) 14ª (seguros)

(...) 6 – Caso a seguradora não assuma a responsabilidade pela perda total do veículo, indepen-

dentemente do motivo, o locador terá direito a exigir do locatário o montante correspondente à soma de todos os alugueres vencidos e não pagos e respectivos juros, e do valor actualizado dos alugueres vincendos previstos no contrato individual de aluguer, bem como do valor comercial do veículo, e de todas as quantias em dívida pelo locatário.

15ª (cessão da posição contratual e cessão da utilização dos veículos)

(...) 2 – O locador poderá ceder a sua posição no contrato-quadro, que acarreta a cessão da posição de locador em todos os contratos individuais de aluguer, ou em qualquer contrato individual de aluguer, mediante simples comunicação ao locatário, data em que se produzirão todos os efeitos respectivos.

16ª (termo dos alugueres)

(...) 2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o locatário deverá contactar o locador, com uma antecedência de 8 (oito) dias relativamente ao termo do prazo de devolução do bem, com vista ao agendamento de peritagem ao bem a ser realizada por empresa contratada pelo locador especializada em avaliação de danos.

(...) 9 – Em caso de avaria do conta-quilómetros, que deverá ser comunicada ao locador imediatamente após a sua detecção, o número de quilómetros percorridos até que a avaria detectada seja

eliminada entender-se-á como o resultante da multiplicação do número de dias durante os quais a avaria tenha subsistido pela quilometragem média diária do veículo durante o período de vigência do respectivo contrato individual de aluguer até ao momento em que a avaria foi detectada ou, se o contrato individual de aluguer tiver tido início há menos de noventa dias, pela quilometragem total contratada, dividida pelo número de dias correspondente ao prazo de duração daquele contrato e multiplicado pelo número de dias durante os quais a avaria tenha subsistido.

Até 30 dias após a entrega do veículo, o locatário deverá pagar ao locador o montante correspondente às eventuais reparações necessárias a colocar o veículo nas condições prevista no n. 1 supra.

17ª (mora)

1 – Em caso de mora no pagamento pelo locatário de quaisquer quantias devidas ao locador por força do contrato-quadro ou do contrato individual de aluguer, aquele pagará ao locador juros de mora calculados à taxa supletiva legal, ou à taxa supletiva legal se superior àquela, agravada em qualquer caso da sobretaxa máxima permitida por lei, bem como os custos incorridos pelo locador com a falta de cobrança das quantias devidas.

2 – O locatário só fará cessar a mora mediante a liquidação das quantias vencidas e não pagas, acrescidas de uma indemnização

correspondente a 50% do que for devido.

3 – Caso o locatário não devolva o veículo no fim do prazo do respectivo contrato individual de aluguer ou, em caso de cessação de contrato individual de aluguer, qualquer que seja a causa, incluindo rescisão pelo locador, caso o locatário não proceda à imediata devolução do veículo dele objecto, o locador terá direito, a título de cláusula penal pela mora na devolução do veículo, a receber uma quantia equivalente ao dobro daquela a que teria direito se o contrato individual de aluguer se mantivesse em vigor por um período de tempo igual ao da mora.

18ª (resolução dos contratos individuais de aluguer)

(...) 3 – Constituirá igualmente fundamento de resolução do contrato individual de aluguer pelo locador, o incumprimento pelo locatário de outro contrato celebrado com o locador ou com sociedades com as quais este esteja numa relação de coligação, contanto que esse incumprimento autorize a rescisão desse contrato, bem como a ocorrência de qualquer facto indiciador de uma alteração anormal da situação económico-financeira do locatário, designadamente, apresentação a processo especial de recuperação de empresa ou falência, dissolução ou liquidação, constituição de hipoteca, penhor, penhora, arresto ou apreensão judicial ou extrajudicial de bens ou prestação de outras

garantias sobre bens ou direitos do locatário e, ainda, a cessação da actividade ou suspensão superior a três meses.

4 – No caso de resolução de contrato individual de aluguer pelo locador nos termos previstos nos nºs precedentes, o locatário deverá:

(...) c) Proceder ao imediato pagamento de um montante indemnizatório igual a 50% da soma dos alugueres vincendos, sem prejuízo do direito do locador de exigir a reparação integral dos seus prejuízos. (...)

(...) 20ª (garantias)

1 – Em caso de rescisão de contrato individual de aluguer, bem como no caso de cessação do mesmo nos termos previstos na cláusula 5ª, n. 5, o valor da caução nele previsto reverterá integralmente a favor do locador.

2 – O locatário autoriza expressamente o locador, em caso de incumprimento de contrato individual de aluguer, bem como no caso de cessação do mesmo nos termos previstos na cláusula 5ª, n. 5, a preencher a livrança em branco por si subscrita na data da celebração do mesmo, designadamente no que se refere à data de vencimento, ao local de pagamento e ao seu montante, até ao limite das responsabilidades assumidas pelo locatário e não pagas.

(...) 24ª (foro)

1 – As Partes acordam expressamente em submeter todos os litígios emergentes do contrato

quadro ao foro da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro, sendo a Parte vencida responsável por todas as despesas inerentes ao litígio, incluindo custas e outras despesas judiciais, nomeadamente honorários dos mandatários forenses.

2 – O locatário deverá pagar ao locador todas as despesas em que este venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos de que seja titular, bem como para a recuperação dos veículos que não sejam pelo locatário voluntariamente restituídos.

3 – A 2ª R. usa o documento denominado “Contrato de Aluguer de Longa Duração a Consumidor” junto a fls. 60v a 62 (cujo teor se dá aqui por reproduzido) – onde se leem as seguintes “Condições Gerais”: “ (...)

Artigo 2º – Início de vigência e prazo do aluguer

(...) 4 – O locatário poderá antecipar o termo do prazo de vigência do Contrato procedendo à entrega ao locador do bem objecto do mesmo, nos termos previstos no Artigo 13º.

5 – No caso de cessação do Contrato nos termos previstos no número precedente, o locatário ficará obrigado, a proceder ao imediato pagamento dos alugueres eventualmente vencidos e não pagos, acrescidos de juros de mora, bem como de um montante indemnizatório igual a 50% da soma dos alugueres vincendos, sem prejuízo do direito do locador

de exigir a reparação integral dos seus prejuízos, podendo o locador optar, em alternativa ao pagamento da referida indemnização, pela indemnização prevista no n. 5 do Artigo 15º.

Artigo 3º – Entrega do bem

(...) 6 – Caso resolva o Contrato nos termos do número anterior, o locatário fica obrigado a reembolsar de imediato o locador de todas as quantias despendidas ou devidas pelo Contrato, acrescidas de juros de mora à taxa contratualmente acordada, ficando o locador desobrigado de quaisquer obrigações perante o fornecedor e o locatário.

(...) Artigo 5º – Encargos

1 – Todas as despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência, execução, cumprimento e incumprimento do presente Contrato e, bem assim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados, solicitadores e/ou prestadores de serviços em que o locador venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos emergentes do presente Contrato, que desde já se fixam em 15% sobre os valores a cobrar, acrescidos dos impostos e demais encargos legais em vigor, são da responsabilidade do locatário. (...)

3 – O locador poderá alterar o montante dos encargos fixados, ou aplicar diferentes encargos, se as condições de mercado ou as alterações legislativas o impuserem, obrigando-se a comunicar as

alterações ao locatário, em papel ou outro suporte duradouro, com a antecedência mínima de 15 dias a contar da data de produção de efeitos das mesmas.

(...) Artigo 10º – Seguros

(...) 4 – Em caso de sinistro implicando a perda total ou parcial do bem, por facto não imputável ao locatário, proceder-se-á da seguinte forma:

a) Em caso de perda total, o presente Contrato ter-se-á por caducado, considerando-se como data de caducidade aquela que constar do documento escrito emitido pela respectiva seguradora onde esta declare a perda total, tendo o locador o direito a exigir do locatário o montante correspondente à soma de todos os alugueres vencidos e não pagos e respectivos juros, do valor actualizado dos alugueres vencidos e do valor futuro previsto nas Condições Particulares, e de todas as quantias em dívida pelo locatário, devendo o locatário entregar ao locador a indemnização que venha a receber da seguradora, caso esta lhe seja directamente liquidada;

b) Em caso de perda parcial, o presente Contrato manter-se-á em vigor, tendo o locador o direito de optar entre mandar reparar o bem, fazendo seu o valor recebido da seguradora, ou entregar este mesmo valor ao locatário, o qual deverá, por sua conta e risco, mandar reparar o bem.

Artigo 11º – Cessão da posição contratual e cessão de utiliza-

ção do bem: A cessão da posição de locatário no presente Contrato, bem como a cessão a terceiro da utilização ou gozo do bem, a qualquer título e quando legalmente possível, dependem de prévia autorização escrita do locador.

O locador poderá ceder a sua posição no presente Contrato mediante simples comunicação ao locatário, data em que se produzirão todos os efeitos respectivos.

(...) Artigo 13º – Termo do aluguer

(...) 2 – Caso o locatário não pretenda exercer a opção de compra deverá comunicar tal facto ao locador através de carta registada enviada com a antecedência mínima de 30 (trinta) dias relativamente à data de vencimento do valor futuro, considerando-se, em caso de ausência de comunicação, que o locatário pretendeu exercer a opção de compra. (...).

(...) Artigo 15º – Mora

(...) 2 – O locatário só fará cessar a mora mediante a liquidação das quantias vencidas e não pagas, acrescidas de uma indemnização correspondente a 50% do que for devido.

3 – Verificada a situação previsto no número 1 deste Artigo, e sem prejuízo do direito à resolução do contrato nos termos do Artigo seguinte, o locador poderá desde logo executar qualquer das livranças entregues como garantia do pontual cumprimento das obrigações que para o locatário emergem do presente Contrato. Neste caso,

o locatário reconhece que a utilização de qualquer das referidas livranças consubstancia uma diminuição das garantias prestadas, pelo que fica obrigado a entregar ao locador uma nova livrança em branco, avalizada pelos mesmos avalistas que outorgaram o presente Contrato, no prazo de 8 dias a contar da recepção de comunicação escrita remetida pelo locador para o efeito.

4 – O locatário confere força executiva ao presente Contrato, nos termos do artigo 46º, n. 1, alínea c) do Código de Processo Civil, confessando-se devedor ao locador dos alugueres devidos, juros, encargos, despesas e de quaisquer indemnizações ou compensações decorrentes do presente Contrato.

5 – Caso o locatário não exerça a opção de compra do bem e não devolva o mesmo no fim do prazo da locação ou, em caso de cessação do presente Contrato, qualquer que seja a causa, incluindo rescisão pelo locador ou revogação pelo locatário nos termos do Artigo 17º, caso o locatário não proceda à imediata devolução do bem, o locador terá direito, a título de cláusula penal pela mora na devolução do bem, a receber uma quantia diária correspondente ao dobro daquela a que teria direito se o Contrato se mantivesse em vigor por um período de tempo igual ao da mora.

Artigo 16º – Rescisão do contrato

(...) 2 – Constituirá igualmente fundamento de rescisão do

presente Contrato pelo locador o incumprimento pelo locatário de outro Contrato celebrado com o locador ou com sociedades com as quais este esteja numa relação de coligação, contanto que esse incumprimento autorize a rescisão desse Contrato, bem como a ocorrência de qualquer facto indiciador de uma alteração anormal da situação económico-financeira do locatário, designadamente, penhor, penhora, arresto ou apreensão judicial ou extrajudicial de bens ou prestação de outras garantias sobre bens ou direitos. (...)

4 – No caso de resolução do Contrato pelo locador nos termos previstos nos números precedentes, o locatário deverá:

(...) c) Proceder ao imediato pagamento de um montante indemnizatório igual a 50% da soma dos alugueres vincendos, sem prejuízo do direito do locador de exigir a reparação integral dos seus prejuízos. (...)

Artigo 17º – Garantias

(...) 2 – Em caso de rescisão do Contrato, bem como no caso de cessação do mesmo nos termos previstos no Artigo 2º, n. 3, o valor da caução reverterá integralmente a favor do locador.

3 – O locatário e os respectivos avalistas autorizam expressamente o locador, em caso de incumprimento do Contrato, a preencher as livranças em branco por aquele subscritas e por estes avalizadas nesta data, bem como as livranças que venham a ser subs-

critas nos termos do Artigo 14º, n. 3, designadamente no que se refere à data de vencimento, ao local de pagamento e o seu montante, até ao limite das responsabilidades assumidas pelo locatário e não pagas. (...).

(...) Artigo 23º – Foro

1 – As Partes acordam expressamente em submeter todos os litígios emergentes deste Contrato ao foro da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro, sendo a Parte vencida responsável por todas as despesas inerentes ao litígio, incluindo custas e outras despesas judiciais, nomeadamente honorários dos mandatários forenses.

2 – O locatário deverá pagar ao locador todas as despesas em que este venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos de que seja titular, bem como para a recuperação do bem que não seja pelo locatário voluntariamente restituído.”

4 – A 2ª R. usa o documento denominado “Contrato de Locação Financeira a Consumidor” junto a fls. 62v a 64 (cujo teor se dá aqui por reproduzido) – onde se lêem as seguintes “Condições Gerais”: “ (...)

Artigo 3º – Entrega do bem

(...) 6 – Caso resolva o Contrato nos termos do número anterior, o locatário fica obrigado a reembolsar de imediato o locador de todas as quantias despendidas ou devidas pelo Contrato, acrescidas de juros de mora à taxa con-

tratualmente acordada, ficando o locador desobrigado de quaisquer obrigações perante o fornecedor e o locatário.

Artigo 4º – Obrigações do locador

(...) 2 – O locador será única e exclusivamente responsável pelo pagamento do preço do bem ao fornecedor nos termos do presente Contrato, reconhecendo e aceitando o locatário não poder ser imputada ao locador qualquer responsabilidade em virtude de mora, cumprimento defeituoso ou incumprimento por parte do fornecedor, designadamente no tocante às obrigações relativas ao bem e sua entrega nas condições previstas, devendo o locatário reagir directamente contra o fornecedor, sendo caso disso, concedendo o locador autorização expressa ao locatário para o exercício por este dos direitos associados às garantias prestadas pelo fornecedor e fabricante.

3 – A mora, cumprimento defeituoso ou incumprimento do fornecedor (em especial relativamente à entrega do bem e da respectiva documentação) não prejudica o cumprimento pelo locatário das obrigações assumidas perante o locador nos termos do presente Contrato.

(...)

(...) Artigo 6º – Encargos

1 – Todas as despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência, execução, cumprimento e incumprimento

do presente Contrato e, bem assim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados, solicitadores e/ou prestadores de serviços em que o locador venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos emergentes do presente contrato, que desde já se fixam em 15% sobre os valores a cobrar, acrescidos dos impostos e demais encargos legais em vigor, são da responsabilidade do locatário. (...)

3 – O locador poderá alterar o montante dos encargos fixados, ou aplicar diferentes encargos, se as condições de mercado ou as alterações legislativas o impuserem, obrigando-se a comunicar as alterações ao locatário, em papel ou outro suporte duradouro, com a antecedência mínima de 15 dias a contar da data de produção de efeitos das mesmas. (...)

(...) Artigo 11º – Seguros

(...) 4 – Em caso de sinistro implicando a perda total ou parcial do bem, por facto não imputável ao locatário, proceder-se-á da seguinte forma:

a) Em caso de perda total, o presente Contrato ter-se-á por caducado, considerando-se como data de caducidade aquela que constar do documento escrito emitido pela respectiva seguradora onde esta declare a perda total, tendo o locador o direito a exigir do locatário o montante correspondente à soma de todos os alugueres vencidos e não pagos e respectivos juros, do valor actua-

lizado dos alugueres vincendos e do valor futuro previsto nas Condições Particulares, e de todas as quantias em dívida pelo locatário, devendo o locatário entregar ao locador a indemnização que venha a receber da seguradora, caso esta lhe seja directamente liquidada;

b) Em caso de perda parcial, o presente Contrato manter-se-á em vigor, tendo o locador o direito de optar entre mandar reparar o bem, fazendo seu o valor recebido da seguradora, ou entregar este mesmo valor ao locatário, o qual deverá, por sua conta e risco, mandar reparar o bem.

Artigo 12º – Cessão da posição contratual e cessão da utilização do bem: A cessão da posição de locatário no presente contrato, bem como a cessão a terceiro da utilização ou gozo do bem, a qualquer título e quando legalmente possível, dependem de prévia autorização escrita do locador. O locador poderá ceder a sua posição no presente contrato mediante simples comunicação ao locatário, data em que se produzirão todos os efeitos respectivos.

(...) Artigo 14º – Termo da locação

(...) 2 – Caso o locatário não pretenda exercer a opção de compra deverá comunicar tal facto ao locador através de carta registada enviada com a antecedência mínima de 30 (trinta) dias relativamente à data de vencimento do valor residual, considerando-se, em caso de ausência de comunicação, que o

locatário pretendeu exercer a opção de compra. (...).

Artigo 15º – Mora

(...) 2 – O locatário só fará cessar a mora mediante a liquidação das quantias vencidas e não pagas, acrescidas de uma indemnização correspondente a 50% do que for devido.

3 – Verificada a situação previsto no número 1 deste Artigo, e sem prejuízo do direito à resolução do contrato nos termos do Artigo seguinte, o locador poderá desde logo executar qualquer das livranças entregues como garantia do pontual cumprimento das obrigações que para o locatário emergem do presente Contrato. Neste caso, o locatário reconhece que a utilização de qualquer das referidas livranças consubstancia uma diminuição das garantias prestadas, pelo que fica obrigado a entregar ao locador uma nova livrança em branco, avalizada pelos mesmos avalistas que outorgaram o presente Contrato, no prazo de 8 dias a contar da recepção de comunicação escrita remetida pelo locador para o efeito.

4 – O locatário confere força executiva ao presente Contrato, nos termos do artigo 46º, n. 1, alínea c) do Código de Processo Civil, confessando-se devedor ao locador dos alugueres devidos, juros, encargos, despesas e de quaisquer indemnizações ou compensações decorrentes do presente Contrato.

5 – Caso o locatário não exerça a opção de compra do bem e

não devolva o mesmo no fim do prazo da locação ou, em caso de cessação do presente contrato, qualquer que seja a causa, incluindo rescisão pelo locador ou revogação pelo locatário nos termos do Artigo 18º, caso o locatário não proceda à imediata devolução do bem, o locador terá direito, a título de cláusula penal pela mora na devolução do bem, a receber uma quantia diária correspondente ao dobro daquela a que teria direito se o Contrato se mantivesse em vigor por um período de tempo igual ao da mora.

(...) Artigo 17º – Resolução do contrato

(...) 2 – Constituirá igualmente fundamento de rescisão do presente Contrato pelo locador o incumprimento pelo locatário de outro Contrato celebrado com o locador ou com sociedades com as quais este esteja numa relação de coligação, contanto que esse incumprimento autorize a rescisão desse Contrato, bem como a ocorrência de qualquer facto indiciador de uma alteração anormal da situação económico-financeira do locatário, designadamente, penhor, penhora, arresto ou apreensão judicial ou extrajudicial de bens ou prestação de outras garantias sobre bens ou direitos. (...)

Artigo 18º – Garantias

1 – O locatário e os respectivos avalistas autorizam expressamente o locador, em caso de incumprimento do contrato, a preencher as livranças em branco

por aquele subscritas e por estes avalizadas nesta data, bem como as livranças que venham a ser subscritas nos termos do Artigo 15º, n. 3, designadamente no que se refere à data de vencimento, ao local de pagamento e o seu montante, até ao limite das responsabilidades assumidas pelo locatário e não pagas. (...).

(...) Artigo 24º – Foro

1 – As Partes acordam expressamente em submeter todos os litígios emergentes deste Contrato ao foro da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro, sendo a Parte vencida responsável por todas as despesas inerentes ao litígio, incluindo custas e outras despesas judiciais, nomeadamente honorários dos mandatários forenses.

2 – O locatário deverá pagar ao locador todas as despesas em que este venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos de que seja titular, bem como para a recuperação do bem que não seja pelo locatário voluntariamente restituído.”

5 – A 2ª R. usa o documento denominado “Contrato de **Crédito a Consumidor**” junto a fls. 64v a 66 (cujo teor se dá aqui por reproduzido) – onde se lêem as seguintes “Condições Gerais”: “Artigo 1º – Objecto e início de vigência

(...) 2 – O mutuário confere força executiva ao presente Contrato, nos termos do artigo 46º, n. 1, alínea c) do Código de Processo Civil, confessando-se devedor

ao mutuante pelo montante total imputado ao consumidor indicado nas Condições Particulares, juros, despesas e por quaisquer indenizações ou compensações decorrentes do presente Contrato. (...)

(...) Artigo 3º – Encargos

1 – Todas as despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência, execução, cumprimento e incumprimento do presente Contrato e, bem assim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados, solicitadores e/ou prestadores de serviços em que o mutuante venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos emergentes do presente Contrato, que desde já se fixam em 15% sobre os valores a cobrar, acrescidos dos impostos e demais encargos legais em vigor, são da responsabilidade do mutuário. (...)

3 – O mutuante poderá alterar o montante dos encargos fixados, ou aplicar diferentes encargos, se as condições de mercado ou as alterações legislativas o impuserem, obrigando-se a comunicar as alterações ao mutuário, em papel ou outro suporte duradouro, com a antecedência mínima de 15 dias a contar da data de produção de efeitos das mesmas.

(...) Artigo 5º – Utilização e manutenção do bem

(...) 3 – O mutuário obriga-se a proceder à manutenção e conservação, ordinária e extraordinária, do bem, observando as regras definidas pelo fabricante e/ou impor-

tador, devendo, designadamente, submeter o bem a inspecções segundo os intervalos e instruções de manutenção preconizados pela marca, utilizando peças originais, líquidos, lubrificantes e óleos autorizados e homologados pela marca do bem, cabendo ao mutuário suportar todos os respectivos custos, encargos e despesas.

Artigo 6º – Responsabilidade pelo bem

1 – Os riscos de perda, deterioração, defeito de funcionamento e imobilização do bem correm por conta do mutuário, o qual será responsável por tais factos perante o mutuante, caso este não venha a ser ressarcido por terceiro dos danos verificados no bem. (...).

(...) Artigo 8º – Seguros

(...) 4 – Em caso de sinistro implicando a perda total ou parcial do bem proceder-se-á da seguinte forma:

a) Em caso de perda total, o mutuário perderá o benefício do prazo e o mutuante terá o direito de exigir do mutuário o imediato pagamento do montante correspondente à soma de todas as prestações vencidas e não pagas e respectivos juros, do valor atualizado das prestações vincendas, e de todas as quantias em dívida pelo mutuário, devendo o mutuário entregar ao mutuante a indemnização que venha a receber da seguradora, caso esta lhe seja directamente liquidada;

b) Em caso de perda parcial, o mutuante terá o direito de optar

entre mandar reparar o bem, fazendo seu o valor recebido da seguradora, ou entregar este mesmo valor ao mutuário, o qual deverá, por sua conta e risco, mandar reparar o bem. (...)

Artigo 9º – Cessão da posição contratual e cessão da utilização do bem: Até à data do integral pagamento de todas as prestações devidas, a locação, a oneração ou a cessão do bem encontram-se sujeitas à prévia autorização escrita do mutuante, bem como a cessão da posição contratual do mutuário no presente contrato. O mutuante poderá ceder a sua posição contratual, mediante simples comunicação ao mutuário, data em que se produzirão os efeitos respectivos.

(...) Artigo 11º – Incumprimento do Contrato

2 – O mutuário só fará cessar a mora mediante a liquidação das quantias vencidas e não pagas, acrescidas de uma indemnização correspondente a 50% do que for devido. (...)

4 – Constituirá igualmente fundamento de rescisão do presente Contrato e do contrato de compra e venda do bem pelo mutuante o incumprimento pelo mutuário de outro contrato celebrado com o mutuante ou com sociedades com as quais este esteja numa relação de coligação, contanto que esse incumprimento autorize a rescisão desse contrato, bem como a ocorrência de qualquer facto indiciador de uma alteração anormal da situação económico financeira do lo-

catário, designadamente, penhor, penhora, arresto ou apreensão judicial ou extrajudicial de bens ou prestação de outras garantias sobre bens ou direitos. (...)

Artigo 12º – Garantias

1 – Nos termos convencionados nas Condições Particulares, o mutuário declara conhecer e aceitar a sub-rogação pelo fornecedor a favor do mutuante do crédito que para aquele emerge do contrato de compra e venda que celebrou com o mutuário, sub-rogação efectuada ao abrigo do disposto no artigo 589º do Código Civil, reconhecendo o mutuário expressamente que essa sub-rogação, por força do disposto no artigo 582º, aplicável por remissão do artigo 594º, ambos do Código Civil, implica a transmissão pelo fornecedor a favor do mutuante da reserva de propriedade acordada entre o mutuário e o fornecedor, assim como a transmissão do direito de resolver o contrato de compra e venda do bem. (...)

4 – O mutuário e os respectivos avalistas autorizam expressamente o mutuante, em caso de incumprimento do contrato, a preencher a livrança em branco por aquele subscrita e por estes avaliada nesta data, designadamente no que se refere à data de vencimento, ao local de pagamento e ao seu montante, até ao limite das responsabilidades assumidas pelo mutuário e não pagas. (...).

(...) Artigo 19º – Foro

1 – As Partes acordam expressamente em submeter todos os lití-

gios emergentes deste contrato ao foro da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro, sendo a Parte vencida responsável por todas as despesas inerentes ao litígio, incluindo custas e outras despesas judiciais, nomeadamente honorários dos mandatários forenses.

2 – O mutuário deverá pagar ao mutuante todas as despesas em que este venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos de que seja titular, bem como para a recuperação do bem que não seja pelo mutuário voluntariamente restituído.”

6 – A 2ª R. usa o documento denominado “Contrato de **Crédito**” junto a fls. 66v a 67 (cujo teor se dá aqui por reproduzido) – onde se lêem as seguintes “Condições Gerais”:

“Artigo 1º – Objecto

(...) 2 – O mutuário confere força executiva ao presente Contrato, nos termos do artigo 46º, n. 1, alínea c) do Código de Processo Civil, confessando-se devedor ao mutuante pelo preço total de venda a crédito indicado nas Condições Particulares, juros, despesas e por quaisquer indemnizações ou compensações decorrentes do presente Contrato. (...)

(...) Artigo 3º – Prestações e encargos

(...) 5 – Todas as despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência, execução, cumprimento e incumprimento do presente Contrato e, bem as-

sim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados, solicitadores e/ou prestadores de serviços em que o mutuante venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos emergentes do presente Contrato, que desde já se fixam em 15% sobre os valores a cobrar, acrescidos dos impostos e demais encargos legais em vigor, são da responsabilidade do mutuário. (...)

(...) Artigo 5º – Utilização e manutenção do bem

(...) 3 – O mutuário obriga-se a proceder à manutenção e conservação, ordinária e extraordinária, do bem, observando as regras definidas pelo fabricante e/ou importador, devendo, designadamente, submeter o bem a inspecções segundo os intervalos e instruções de manutenção preconizados pela marca, utilizando peças originais, líquidos, lubrificantes e óleos autorizados e homologados pela marca do bem, cabendo ao mutuário suportar todos os respectivos custos, encargos e despesas.

Artigo 6º – Responsabilidade pelo bem

1 – Os riscos de perda, deterioração, defeito de funcionamento e imobilização do bem correm por conta do mutuário, o qual será responsável por tais factos perante o mutuante, caso este não venha a ser ressarcido por terceiro dos danos verificados no bem. (...).

(...) Artigo 8º – Seguros

(...) 4 – Em caso de sinistro implicando a perda total ou parcial

do bem proceder-se-á da seguinte forma:

a) Em caso de perda total, o mutuário perderá o benefício do prazo e o mutuante terá o direito de exigir do mutuário o imediato pagamento do montante correspondente à soma de todas as prestações vencidas e não pagas e respectivos juros, do valor actualizado das prestações vincendas, e de todas as quantias em dívida pelo mutuário, devendo o mutuário entregar ao mutuante a indemnização que venha a receber da seguradora; (...).

Artigo 9º – Cessão da posição contratual e cessão da utilização do bem: Até à data do integral pagamento de todas as prestações devidas, a locação, a oneração ou a cessão do bem encontram-se sujeitas à prévia autorização escrita do mutuante, bem como a cessão da posição contratual do mutuário no presente contrato. O mutuante poderá ceder a sua posição contratual, mediante simples comunicação ao mutuário, data em que se produzirão os efeitos respectivos.

Artigo 10º – Mora

(...) 2 – O mutuário só fará cessar a mora mediante a liquidação das quantias vencidas e não pagas, acrescidas de uma indemnização correspondente a 50% do que for devido. (...)

Artigo 11º – Rescisão

(...) 2 – Neste caso, constituirá igualmente fundamento de rescisão do presente contrato e do contrato de compra e venda do bem pelo mutuante, o incum-

primento pelo mutuário de outro contrato celebrado com o mutuante ou com sociedades com as quais este esteja numa relação de coligação, contanto que esse incumprimento autorize a rescisão desse contrato, bem como a ocorrência de qualquer facto indiciador de uma alteração anormal da situação económico financeira do locatário, designadamente apresentação a processo especial de recuperação de empresa ou falência, dissolução ou liquidação, constituição de hipoteca, penhor, penhora, arresto ou apreensão judicial ou extrajudicial de bens ou prestação de outras garantias sobre bens ou direitos, e cessação de actividade ou suspensão superior a três meses. (...)

Artigo 12º – Garantias

1 – Nos termos convencionados nas Condições Particulares, o mutuário declara conhecer e aceitar a sub-rogação pelo fornecedor a favor do mutuante do crédito que para aquele emerge do contrato de compra e venda que celebrou com o mutuário, sub-rogação efectuada ao abrigo do disposto no artigo 589º do Código Civil, reconhecendo o mutuário expressamente que essa sub-rogação, por força do disposto no artigo 582º, aplicável por remissão do artigo 594º, ambos do Código Civil, implica a transmissão pelo fornecedor a favor do mutuante da reserva de propriedade acordada entre o mutuário e o fornecedor, assim como a transmissão do direito de resolver o contrato de compra e venda do bem. (...)

4 – O mutuário e os respectivos avalistas autorizam expressamente o mutuante, em caso de incumprimento do contrato, a preencher a livrança em branco por aquele subscrita e por estes avaliada nesta data, designadamente no que se refere à data de vencimento, ao local de pagamento e ao seu montante, até ao limite das responsabilidades assumidas pelo mutuário e não pagas. (...).

Artigo 13º – Período de reflexão

Caso seja aplicável o regime consagrado no Decreto-lei n. 359/91 de 21 de Setembro, e, nessa medida o mutuário tenha direito ao período de reflexão previsto no artigo 8º do referido diploma, considerar-se-á que o mutuário renunciou ao exercício do direito de revogação, através da entrega ao mutuante de declaração separada e exclusiva para o efeito, nos termos previstos no n. 5 do referido artigo.

Artigo 14º – Cumprimento antecipado

1 – Caso seja aplicável o regime consagrado no diploma identificado no artigo anterior, o mutuário, nos termos previstos no artigo 9º do mesmo, tem o direito de cumprir antecipadamente, parcial ou totalmente, por uma só vez, o contrato de crédito, pagando um montante correspondente às prestações vincendas actualizado com base em taxa equivalente a 90% da taxa de juros em vigor. (...).

(...) Artigo 17º – Foro

1 – As Partes acordam expressamente em submeter todos os lití-

gios emergentes deste contrato ao foro da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro, sendo a Parte vencida responsável por todas as despesas inerentes ao litígio, incluindo custas e outras despesas judiciais, nomeadamente honorários dos mandatários forenses.

2 – O mutuário deverá pagar ao mutuante todas as despesas em que este venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos de que seja titular, bem como para a recuperação do bem que não seja pelo mutuário voluntariamente restituído.”

7 – Os veículos e fornecedores são escolhidos pelos (futuros) locatários, sem qualquer intervenção da locadora – que se limita a adquirir o veículo.

8 – A remissão (para a condição 15.5) constante da condição 2.5 do contrato 1 deve-se a lapso – pretendendo remeter-se para a condição 16.5.

9 – Caso a indemnização (recebida da seguradora) se revele superior ao montante global devido, as RR. procedem à devolução do remanescente ao locatário.

10 – A 1ª R. costuma imputar o valor da caução ao valor da dívida decorrente da cessação do contrato.

11 – As vantagens emergentes da actividade exercida pela 1ª R. só se verificam se os locatários cumprirem as suas obrigações.

12 – A Ré AA Lda. (doravante designada abreviadamente por

‘AA’ ou 1ª Ré) é uma sociedade por quotas, encontrando-se matriculada sob o n. 504838270 na C.R.C. de Cascais.

13 – A AA tem por objecto social ‘o aluguer e comércio de bens, nomeadamente de veículos sem condutor e motociclos, bem como a sua venda e o exercício de quaisquer outras actividades correlativas ou conexas.’

14 – No exercício de tal actividade, a 1ª Ré procede à celebração de contratos de aluguer, que designa de ‘operacional’, de bem com os clientes (incluindo consumidores) que lhos solicitem, designadamente de veículos automóveis e motociclos.

15 – A Ré BB – Sucursal Portuguesa (doravante designada abreviadamente por ‘BB Portugal’ ou 2ª Ré) é uma sucursal da empresa BB, sediada em Munique, Alemanha, operando em Portugal sob o NIPC 980191599.

16 – A BMW Bank Sucursal tem por objecto de actividade o desenvolvimento de operações bancárias nomeadamente a recepção de depósitos, a concessão de empréstimos em dinheiro ou outras operações de crédito, a aquisição de letras e cheques, a assunção da obrigação de adquirir direitos sobre empréstimos antes da sua data de vencimento, a assunção de garantias de terceiros e operações de pagamentos e de liquidação.

17 – No exercício de tal actividade, a 2ª Ré procede à celebração de contratos de crédito para aqui-

sição de bens (designadamente veículos automóveis e motociclos) e, bem assim, contratos que designa de ‘aluguer de longa duração a consumidor’ e de ‘locação financeira a consumidor’ (tendo igualmente por objecto automóveis e motociclos) com os clientes (incluindo consumidores) que lhos solicitem.

18 – A 1ª e 2ª Rés, muito embora não tenham qualquer relação jurídico-societária directa, pertencem ao mesmo grupo económico (‘...’), estando sediadas no mesmo local, actuando ambas no mercado nacional sob a designação ‘CC’ e sendo responsáveis pelas operações de financiamento automóvel em Portugal.

19 – No âmbito da sua actividade a 1ª Ré apresenta aos consumidores que com ela pretendem contratar, um contrato análogo ao que se junta como Documento n. 4 (‘Contrato de Aluguer Operacional a Consumidor Select’), que aqui se dá por integralmente reproduzido, cujo clausulado previamente elaborou, sem qualquer negociação individual com a contraparte, e que destina a um número indeterminado de clientes.

20 – Aos clientes (não consumidores) que, potencialmente, pretendam celebrar mais do que um contrato de “aluguer operacional” ou “renting” de bens, a Ré apresenta um contrato análogo ao que se junta como Documento n. 5 (“Contrato-Quadro de Aluguer Operacional (Renting)”), cujo teor se dá aqui por integralmen-

te reproduzido, cujo clausulado previamente elaborou, sem qualquer negociação individual com a contraparte, e que se destina a um número indeterminado de clientes, no qual se estabelecem as ‘condições gerais’ dos contratos individuais de ‘aluguer operacional’ que venham a ser celebrados entre as partes, com base no modelo de ‘contrato individual’ que se junta sob Documento n. 6.

21 – A 2ª Ré, por seu turno, no exercício da sua actividade, apresenta aos clientes que com ela os pretendam celebrar, consoante a modalidade pretendida, contratos análogos aos que se juntam com Documentos nºs 7, 8, 9 e 10 (respectivamente “Contrato de Aluguer de Longa Duração a Consumidor”, “Contrato de Locação Financeira a Consumidor”, “Contrato de Crédito a Consumidor”, e “Contrato de Crédito”), que aqui se dão por integralmente reproduzidos, cujos clausulados previamente elaborou, sem qualquer negociação individual com a contraparte, e que destina a um número indeterminado de clientes.

22 – No ‘site’ das RR. – “Perguntas frequentes” –, lia-se, em 26-XII-13 (fls. 68v), relativamente ao contrato “Select”, que “Enquanto num contrato convencional de ALD ou Leasing o cliente paga ao longo do contrato o valor total da viatura, num contrato de Renting paga apenas o período correspondente à utilização, ou seja, só a parte correspondente ao encargo

financeiro e à depreciação durante o período de utilização, entregando a viatura como pagamento final (Valor Futuro).”

23 – A referência à entrega do veículo como ‘pagamento final’ constante do ‘site’ das RR. (supra) deve-se a manifesto lapso.

24 – As RR. não admitem qualquer negociação que possa influenciar ou alterar os clausulados apresentados como ‘condições gerais’ ou ‘contrato quadro’ – que os clientes/interessados só poderão rejeitar ou aceitar com aposição da sua assinatura a final.

Importa apreciar as questões enunciadas nas conclusões e decidir.

As RR dedicam-se, com carácter profissional e intuito lucrativo à actividade de aluguer e comércio de veículos e à actividade de celebração de contratos de crédito para aquisição de bens, respectivamente.

Por conseguinte, as cláusulas contratuais submetidas à apreciação deste recurso, porque destinadas a serem incluídas em contratos a celebrar pelas RR com uma generalidade de potenciais destinatários e por elas elaboradas sem prévia negociação individual e com um conteúdo que aqueles não podem influenciar, estão sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (LCCG), aprovado pelo DL 446/85, de 25/10 (cf. art. 1º de tal diploma). Por outro lado, tais cláusulas estarão também sujeitas ao crivo do regime legal apli-

cável à defesa dos consumidores, na medida em que tais contratos possam ter por objecto o fornecimento de bens, prestação de serviços ou transmissão de quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, ou seja, os que tenham por destinatários consumidores, na acepção contida no art. 2º da Lei 24/96 de 31/7.

O exercício do direito de ação inibitória, genericamente consagrado no art. 52º da CRP, visa a defesa, geral e abstracta, dos interesses difusos – de ordem pública – dos consumidores/aderentes, mediante a proibição de tais cláusulas que não se adequem às exigências decorrentes de valores fundamentais do direito, como são os princípios gerais da boa-fé, da confiança, do equilíbrio das prestações e da proporcionalidade, aflorados, além do mais, nos arts. 15º, 16º, 18º, 19º, 21º e 22º da LCCG (cf. art. 25º), bem como a prevenção, a correcção ou a cessação de práticas lesivas dos direitos consignados na lei do consumidor (cf. art. 10º da referida Lei 24/96).

Do que aqui se trata, pois, é de garantir a efectiva autonomia da vontade, na vertente da autêntica liberdade de celebração ou conclusão dos contratos, excluindo ou limitando a (meramente) formal liberdade negocial e, assim, salvaguardando a parte mais fraca, perante “*O desequilíbrio real de poder negocial entre as partes, que neste tipo de contrato de adesão desfavorece o consumidor, beneficiário*

de uma particular tutela constitucional que supra a “assimetria informativa” que o penaliza”⁽¹²⁾. “*A LCCG – DL n. 446/85, de 25-10 – é um diploma que está imbuído do intuito de atenuar as desigualdades nos contratos de adesão celebrados entre as partes, nomeadamente quando uma delas, geralmente a proponente, difere da outra, a aderente, pela sua capacidade económica geradora de apoios logísticos e mobilizadores que aquela não possui. A acção inibitória insere-se numa das plúrimas facetas do intervencionismo estatal constituindo de certa forma um precipitado do princípio da publicização do direito privado.*”⁽¹³⁾. “*O objectivo da tutela exercida através da acção inibitória não é, directamente, o cliente singular do utilizador, mas o tráfico jurídico em si próprio, que se pretende ver expurgado de cláusulas tidas por iníquas*”⁽¹⁴⁾.

Posto isto, importa considerar que a admissibilidade da apreciação de cada uma das cláusulas estará sujeita a verificação dos requisitos com que as recorrentes balizam a sua pretensão, à luz do conceito de dupla conforme estipulado no art. 671º n. 3 do CPC, registando-se, desde já, que, em abstracto, o fizeram adequadamente:

Com efeito, a parte dispositiva das decisões de ambas as instâncias comporta segmentos decisórios distintos e autónomos, porquanto o direito exercido na acção consubstancia tantas pretensões quantas as cláusulas nela

visadas, correspondendo a cada uma delas também uma distinta e autónoma causa de pedir e daí que as ora recorrentes tenham podido restringir o objecto do seu recurso a parte de tais cláusulas, tal como já o fizera o A na apelação. Assim, sabendo-se que o decidido em 1ª instância apenas não foi confirmado no acórdão recorrido quanto à cláusula a que alude a 1ª conclusão do recurso [11ª, n. 4, al. a) da locação financeira], quanto às demais, com esse pressuposto, terá de se aferir, separadamente, relativamente a cada um delas, se se preenchem ou não os requisitos invocados ⁽¹⁵⁾.

1. A cláusula 11ª, n. 4, al. a) da locação financeira.

A Relação, revogando, neste segmento, a sentença de 1ª instância, declarou a nulidade da cláusula, invocando dois argumentos jurídicos que, embora diferentes, se conexionam. Na verdade, ponderou-se na decisão recorrida que, a materializar-se um sinistro não imputável ao locatário, adviria do acionamento dessa cláusula: 1º) uma alteração às regras sobre distribuição do risco (impostas pelo art. 1044º do CC), o que a al. f) do art. 21º da LCCG proibiria; 2º) essa alteração comportaria uma violação da igualdade, da confiança e da boa-fé negocial, na medida em que se verificaria um desequilíbrio das partes, ou seja, uma desproporção entre a posição do locatário e a do locador, já que este não sofreria qualquer risco enquanto

aquele manteria as suas responsabilidades.

As recorrentes insurgem-se contra essa argumentação concluindo que, na locação financeira, o regime previsto no art. 1044º do CC é afastado pela regra especial prevista no art. 15º do DL 149/95 e que, verificando-se a hipótese do risco de perda total do bem, cujo gozo o locatário usufrui, a locadora apenas recebe o capital em dívida expurgado de juro remuneratório, cabendo àquele acautelar tal risco com a modalidade de seguro que contrata.

Vejamos

O citado DL 149/95 de 24/6, que estatui o regime jurídico da locação financeira, oferece a seguinte definição de tal contrato: “*Locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados*” (art. 1º).

Assim, o contrato de locação financeira acrescenta aos elementos essenciais do contrato de locação, visto à luz do art. 1022º do CC (“o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa mediante retribuição”), as seguintes características (também definidoras do seu tipo): a) o objecto

do contrato é adquirido ou construído por indicação do locatário; b) o locatário pode adquirir a coisa decorrido o prazo acordado; c) o preço deve ser determinado no contrato ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.

Desta distinção, resulta que a locação financeira obtém naquele DL 149/95 um tratamento bem diverso do comum contrato de locação, atribuindo-lhe relevantes efeitos que o aproximam dos inerentes à transmissão da coisa própria da compra e venda:

– “*Salvo estipulação em contrário, o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário*” (art. 15º), diferentemente do previsto para a comum locação em que “*O locatário responde pela perda ou deteriorações da coisa, ... salvo se resultarem de causa que lhe não seja imputável nem a terceiro a quem tenha permitido a utilização dela*” (art. 1044º do CC);

– O locatário financeiro é obrigado a “*efectuar o seguro do bem locado, contra o risco da sua perda ou deterioração e dos danos por ela provocados*” (art. 10º, n. 1, j)

– “*Salvo estipulação em contrário, as despesas de transporte e respectivo seguro, montagem, instalação e reparação do bem locado, bem como as despesas necessárias para a sua devolução ao locador, incluindo as relativas aos seguros, se indispensáveis, ficam a cargo do locatário*” (art. 14º), ao contrário do previsto no art. 1030º do CC;

– O locador financeiro tem direito a “*Fazer suas, sem compensações, as peças ou outros elementos acessórios incorporados no bem pelo locatário*” (art. 9º), enquanto o comum locatário tem direito, para além do reembolso de reparações ou outras despesas urgentes, a ser indemnizados das benfeitorias necessárias que hajam feito, nos termos previstos nos arts. 1036º, 1046º e 1273º do CC.

Assim sendo, as obrigações do locador financeiro restringem-se a adquirir ou a construir o bem indicado pelo locatário e a conceder o seu gozo – mas já não a assegurá-lo – e a vendê-lo ao segundo, caso este exerça o direito (potestativo) de compra findo o contrato (art. 9º, n. 1).

Logo, também entendemos que haverá que ponderar a questão suscitada pela analisada cláusula à luz do citado art. 15º do DL 149/95 e, por isso, não acompanhamos a afirmação contida na decisão recorrida, nos seus exactos termos, i. é., no sentido de a mesma importar, em qualquer caso, uma proibida alteração às regras sobre distribuição do risco (impostas pelo art. 1044º do CC).

Todavia, tal como já foi sustentado no anterior acórdão desta Secção de 24/3/2015 (P. 3193/12.0TJL-SB.S1), entendemos que a citada norma deve ser interpretada restritivamente de modo a considerar-se que o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário em todas as situações,

exceptuadas as devidas a caso fortuito ou de força maior. A acuidade da referência ao aludido conceito de “causa de força maior”, uma causa exterior independente da utilização da coisa pelo locatário, emerge de o mesmo ser excludente da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, justamente, por ser idóneo a romper o nexo de causalidade adequada, sendo certo que, como tal, só se verifica se se tratar de um facto (necessário) que *“não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências”* ⁽¹⁶⁾. Logo, subjazendo-lhe a ideia de inevitabilidade e a de acontecimento natural fora do alcance do poder humano, também se exige que para essa “causa” não tenha concorrido qualquer acto ou omissão do devedor, ou seja que o facto também não proceda de culpa deste.

Doutro modo, atendendo ao concreto conteúdo deste conceito de caso fortuito ou de força maior, conceber que o âmbito do preceito abarcaria o sentido de que correria (apenas) pelo locatário financeiro também o risco ao mesmo relativo, seria alcançar um resultado interpretativo absolutamente indiferente à boa-fé e à proporcionalidade, mas também ao equilíbrio das prestações. O balanceamento da repartição das consequências desse risco, mesmo que se ponderasse a invocada perda dos juros remuneratórios – aliás, suficientemente justificada pelo imediato recebimento do capital – não ficaria adequadamente assegurado,

pois a empresa que continua a ser a proprietária do bem (veículo) e que colhe as (legítimas) “commoda” da sua actividade – globalmente considerada – e em cujo seio tal risco é gerado ficaria, no essencial, desonerada das “incommoda” ao mesmo correspondentes. A responsabilização, unicamente, do locatário financeiro (também) nos casos em que se prescinde de nexo de causalidade de espécie alguma entre o dano e uma qualquer conduta do mesmo seria iníqua ou, no mínimo, afrontaria o equitativo princípio do risco.

É claro que, como pertinentemente lembram as recorrentes, a locadora, não detendo o veículo, nada pode fazer para impedir a sua perda. Mas, se essa é uma afirmação incontestável, não o é menos que também o locatário financeiro nada pode fazer para obstar ao risco de perda do bem em razão de caso fortuito ou de força maior.

É, pois, desequilibrada, injusta e desajustada, ou desligada dos acima enunciados valores fundamentais, a cláusula que estabelece que o risco corre exclusivamente por conta do locatário, sem excluir, ou, pelo menos, sem cuidar de uma mais equilibrada repartição das consequências desse risco, nos casos de perda do bem em virtude de caso fortuito ou de força maior.

E, por esta razão, deve ser mantida a decisão recorrida.

2. As cláusulas 8ª n. 1 e 9ª n. 1 do “Select”, 10ª n. 4 do “Select” e 10ª n. 4 do “ALD”.

Quanto a estas cláusulas, argumentaram as recorrentes que o acórdão da Relação, confirmativo do decidido em 1ª instância, contradiz o acórdão proferido por esta Secção em 1-02-2011 ^([7]).

Mas não têm razão:

No acórdão invocado pelas recorrentes, este Tribunal fora confrontado com um concreto contrato denominado de “ALD”, que retratava *“uma pluralidade multi-lateral de contratos interligados por uma relação de coligação funcional de três tipos contratuais distintos que constituem o seu esqueleto estrutural, ou seja, de um contrato de aluguer de longa duração, de um contrato de compra e venda a prestações e de um contrato-promessa de compra e venda do bem alugado”*. E, considerados os particulares contornos do contrato “ALD” então em apreço, entendeu-se que a nele prevista transferência do direito de propriedade teria de assumir significado na resolução da questão do risco, à semelhança do estatuído para a locação financeira (cf. acima citado art. 15º do DL 149/95).

Todavia, nestes autos, não se evidencia na matéria de facto fixada – e que a este Tribunal se impõe – que qualquer dos contratos a que respeitam as questionadas cláusulas seja exclusivamente utilizado pelas RR na *“coligação funcional do triângulo contratual”* aludida no acórdão dito fundamento e que nele foi determinante para a decisão que foi obtida, como se viu ^([8]).

Assim, independentemente das ilações teóricas em abstracto extraíveis do raciocínio contido em tal acórdão, não se demonstra a concreta contradição a que as recorrentes apelam para o conhecimento do recurso. De todo o modo, perante os factos aqui atendíveis, sempre seriam válidos os argumentos já aduzidos no acórdão (também) desta Secção de 5-10-2011 ^([9]):

“O denominado “contrato de aluguer de longa duração (ALD)” configura um contrato atípico, integrado por estipulações dos contraentes no exercício da liberdade e autonomia contratual, que se caracteriza pela revelação de afinidades com o contrato de locação financeira, integrando-se sob os aspectos económico-financeiro e funcional no campo dos contratos de crédito ao consumo ou operações similares. Só os contratos denominados de “ALD” em que exista estipulação que preveja o direito ou a obrigação de compra da coisa locada são havidos como contratos de crédito. Na ausência dessa estipulação, não se está perante “contrato de aluguer de longa duração” similar ao de locação financeira. Inexistindo no misto contratual o fim indirecto ou a pluralidade contratual em coligação, visando a aquisição, a final, do bem locado, pelo locatário, não sobra mais que um aluguer, por mais longa que seja a sua duração estipulada.”

3. As cláusulas, 5ª n. 1 do “Select”, 8ª n. 4 do “Renting”, 5ª n. 1 do

“ALD”, 6ª n. 1 da “Locação Financeira”, 3ª n. 1 do “Crédito a Consumidor” e 3ª n. 5 do “Crédito”.

As recorrentes alegaram que a Relação confirmou com fundamentação essencialmente diferente o decidido em 1ª instância quanto a estas cláusulas (alusivas a “encargos” ⁽¹¹⁰⁾), pelo que a decisão recorrida deve ser revogada e substituída por outra que as declare parcialmente nulas, nos segmentos que abrangem as despesas judiciais e os impostos. Sendo a primeira vocação do STJ garantir a uniformização/estabilidade da jurisprudência, está vedado o recurso de revista *“quando a questão já foi julgada por duas instâncias e estas coincidiram em decisões sobreponíveis”* ⁽¹¹¹⁾. *“Ao instituto da dupla conforme – que determina a irrecorribilidade para o STJ das decisões da Relação que confirmem por unanimidade a decisão recorrida – subjaz a ideia de que a concordância de duas instâncias é factor indiciador do acerto da decisão”* ⁽¹¹²⁾. Com efeito, perfilando-se uma sobreposição alcançada por unanimidade, ou seja, a coincidência do segmento decisório perante o mesmo pedido e causa de pedir, só é admissível revista do acórdão da Relação se a fundamentação das duas decisões for essencialmente diferente, ainda que não necessariamente concordante ⁽¹¹³⁾. *“Para aferir da existência (ou não) de fundamentação essencialmente diferente apenas relevam as divergências das instâncias relativamen-*

te a questões essenciais, sendo insuficientes as que se apresentem com natureza meramente complementar ou secundária, sem carácter decisivo, ou seja, que não revelem um enquadramento jurídico alternativo” ⁽¹¹⁴⁾, não relevando, para esse efeito, o percurso argumentativo utilizado em cada decisão.

Contudo, pese embora o sublimado laconismo da fundamentação da 1ª instância, afigura-se-nos que, desconsiderando os trechos das cláusulas relativos a despesas judiciais e a impostos – que as próprias recorrentes não incluem na sua pretensão recursiva – não se alcança, nos demais aspectos, mais do que uma mera diversidade argumentativa em ambas as decisões, já que qualquer delas, ainda que com *nuances*, debateu a questão da (in)validade do estatuído em tais cláusulas à luz do enquadramento jurídico oferecido pelo princípio da proporcionalidade: a 1ª instância para afirmar que o processo não oferecia elementos para determinar se o respectivo alcance seria proporcionado em relação ao dano a ressarcir e a Relação para dizer que, sendo a celebração destes contratos do interesse de todas as partes envolvidas, não faz sentido que sejam integralmente imputados ao locatário ou ao mutuário todos os encargos com os contratos em questão, seja qual for a sua natureza, com uma grande vantagem dos locadores e mutuantes, por ficarem totalmente isentos de tal responsabilidade.

Assim, segundo nos parece, estamos perante duas fundamentações diversas mas não essencialmente diferentes. E, como este Tribunal tem afirmado, “*Não é qualquer alteração, inovação ou modificação dos fundamentos jurídicos do acórdão recorrido, relativamente aos seguidos na sentença apelada, qualquer nuance na argumentação jurídica por ele assumida para manter a decisão já tomada em 1.ª instância, que justifica a quebra do efeito inibitório quanto à recorribilidade, decorrente do preenchimento da figura da dupla conforme*” ⁽¹⁵⁾.

Ainda que se pudesse reconhecer a invocada diferença essencial, i.é., que mesma decisão das instâncias assentou em fundamentações essencialmente diferentes, o debate do tema da (in)validade das cláusulas que o recurso, neste particular ponto, nos imporia não poderia contornar a constatação de que não se extrai do exposto enquadramento jurídico, facultado, nomeadamente, pela LCCG, “*nem faria sentido que existisse, uma previsão de redução conservadora da validade parcial das cláusulas, competindo ao juiz, nos termos e no espírito da lei, pronunciar-se e decidir fundamentalmente sobre se as cláusulas a que a acção se refere são ou não válidas (indicando, caso as declare inválidas, quais os segmentos concretos do respectivo teor determinantes dessa invalidade, declaração que vale como verdadeira nulidade de protecção) e nunca, em*

nenhuma circunstância, proceder a um reajustamento dos termos das cláusulas no sentido e intenção de lhes restituir validade” ⁽¹⁶⁾.

Por conseguinte, mesmo que pudesse ser conhecida a pretensão recursiva à declaração da nulidade apenas parcial de tais cláusulas, sempre concluiríamos ser esta manifestamente inviável.

Tudo visto, improcede o recurso.

Síntese conclusiva.

1. O exercício do direito de acção inibitória, genericamente consagrado no art. 52º da CRP, visa a defesa, geral e abstracta, dos interesses difusos – de ordem pública – dos consumidores/aderentes, mediante a proibição de cláusulas contratuais gerais – destinadas a serem incluídas em contratos a celebrar pelas RR com uma generalidade de potenciais destinatários e por elas elaboradas sem prévia negociação individual e com um conteúdo que aqueles não podem influenciar – que não se adequem às exigências decorrentes de valores fundamentais do direito, como são os princípios gerais da boa-fé, da confiança, do equilíbrio das prestações e da proporcionalidade, aflorados, além do mais, nos arts. 15º, 16º, 18º, 19º, 21º e 22º da LCCG (cf. art. 25º), bem como a prevenção, a correcção ou a cessação de práticas lesivas dos direitos consignados na lei do consumidor (cf. art. 10º da referida Lei 24/96).

2. Visa-se garantir a efectiva autonomia da vontade, na vertente

da autêntica liberdade de celebração ou conclusão dos contratos, excluindo ou limitando a (mera-mente) formal liberdade negocial e, assim, salvaguardando a parte mais fraca, perante “*O desequilíbrio real de poder negocial entre as partes, que neste tipo de contrato de adesão desfavorece o consumidor, beneficiário de uma particular tutela constitucional que supra a “assimetria informativa” que o penaliza*”.

3. A admissibilidade da apreciação de cada uma das cláusulas estará sujeita a verificação dos requisitos com que vem balizada a pretensão recursiva, à luz do conceito de dupla conforme estipulado no art. 671º n. 3 do CPC, já que a parte dispositiva das decisões de ambas as instâncias comporta segmentos decisórios distintos e autónomos, porquanto o direito exercido na acção consubstancia tantas pretensões quantas as cláusulas nela visadas, correspondendo a cada uma delas também uma distinta e autónoma causa de pedir e daí que as ora recorrentes tenham podido restringir o objecto do seu recurso a parte de tais cláusulas, tal como já o fizera o A na apelação.

4. O contrato de locação financeira, regulado pelo DL 149/95, acrescenta aos elementos essenciais do contrato de locação, visto à luz do art. 1022º do CC [“*o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa me-*

diante retribuição”], as seguintes características (também definidoras do seu tipo): a) o objecto do contrato é adquirido ou construído por indicação do locatário; b) o locatário pode adquirir a coisa decorrido o prazo acordado; c) o preço deve ser determinado no contrato ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.

5. Desta distinção, resulta que a locação financeira obtém um tratamento diverso do comum contrato de locação, atribuindo-lhe aquele DL 149/95 relevantes efeitos que o aproximam dos inerentes à transmissão da coisa própria da compra e venda: as obrigações do locador financeiro restringem-se a adquirir ou a construir o bem indicado pelo locatário e a conceder o seu gozo – mas já não a assegurá-lo – e a vendê-lo ao segundo, caso este exerça o direito (potestativo) de compra findo o contrato (art. 9º, n. 1); o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário (art. 15º), diferentemente do que é imposto pelo art. 1044º do CC; o locatário financeiro é obrigado a efectuar o seguro do bem locado (art. 10º, n. 1, j); o locador financeiro tem direito a fazer suas, sem compensações, as benfeitorias (art. 9º).

6. Todavia, o citado art. 15º do DL 149/95 deve ser interpretado restritivamente de modo a considerar-se que o risco de perda ou deterioração do bem corre por

conta do locatário em todas as situações, exceptuadas as devidas a caso fortuito ou de força maior, porque, doutro modo, atendendo ao concreto conteúdo deste conceito, conceber que o âmbito do preceito abarcaria o sentido de que correria (apenas) pelo locatário financeiro também aquele risco, seria alcançar um resultado interpretativo absolutamente indiferente à boa-fé e à proporcionalidade, mas também ao equilíbrio das prestações: a responsabilização, unicamente, do locatário financeiro (também) nos casos em que se prescinde de nexo de causalidade de espécie alguma entre o dano e uma qualquer conduta do mesmo seria iníqua ou, no mínimo, afrontaria o equitativo princípio do risco.

7. Por sua vez, o denominado aluguer de longa duração (“ALD”) é um contrato atípico que o exercício da liberdade contratual pode configurar com uma pluralidade de tipos contratuais distintos – designadamente, para além do próprio aluguer de longa duração, um contrato de compra e venda a prestações e um contrato-promessa de compra e venda do bem alugado – todos interligados por uma relação de coligação funcional. Quando os contraentes lhe facultam uma tal configuração, o mesmo revela afinidades com o contrato de locação financeira.

8. Mas os contratos denominados de “ALD” em que se não preveja o direito ou a obrigação

de compra da coisa locada não são havidos como contratos de crédito e, assim sendo, não têm essa afinidade com o contrato de locação financeira: *“Inexistindo no misto contratual o fim indirecto ou a pluralidade contratual em coligação, visando a aquisição, a final, do bem locado, pelo locatário, não sobra mais que um aluguer, por mais longa que seja a sua duração estipulada”*.

9. No âmbito da acção inibitória, compete ao juiz pronunciar-se e decidir sobre a validade ou não das cláusulas, não uma actividade conservadora da sua validade parcial ou de reajustamento dos respectivos termos, no sentido de lhes restituir a validade.

Decisão

Pelo exposto, acorda-se em, negar revista interposta e, por consequência, em confirmar o acórdão recorrido.

Custas pelas recorrentes.

Lisboa, 27/4/2017

Alexandre Reis

Lima Gonçalves

Sebastião Póvoas

[1] Encontra-se sublinhado o teor das cláusulas mencionadas neste recurso.

[2] Acórdão desta Secção de 01-02-2011 (P. 884/09.7YXLSB.L1.S1 – Hélder Roque).

[3] Acórdão deste Tribunal de 6-10-2016 (P. 1946/09.6TJLSB.L1.S1 – Távora Victor).

[4] Acórdão desta Secção de 12-10-2010 (P. 67/07.OTCGMR.G1.S1 – Moreira Alves).

[5] Neste sentido, p. ex., os acórdãos deste Tribunal 29-11-2016 (P. 7825/11.0TBCSC.L1.S1 – Sebastião Póvoas), reiterando o de 9-04-2013 (P. 433682/09.2YIPRT.L1.S1, relatado pelo mesmo Sr. Conselheiro), de 11-02-2016 (P. 31/12.8TTVFR.P1.S1 – Gonçalves Rocha), de 29-10-2015 (P. 258/09.0TBSCR.L1.S1-Lopes do Rego), de 10-04-2014 (P. 2393/11.5TJLSB.L1.S1 – Granja da Fonseca).

[6] Acórdão do STJ de 27-09-1994 (084991 – Torres Paulo), também sustentando que o caso fortuito assenta na ideia de imprevisibilidade.

[7] P. 884/09.7YXLSB.L1.S1 – Hélder Roque.

[8] Quanto ao dito “Select” até houve pronúncia expressa da Relação, em sentido negativo.

[9] P. 1320/08.1YXLSB.L1.S1 – Alves Velho.

[10] “Todas as despesas ou encargos inerentes ou resultantes da assinatura, vigência, execução, cumprimento e incumprimento do presente Contrato e, bem assim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados, solicitadores e/ou prestadores de serviços em que o locador venha a incorrer para garantia e cobrança dos créditos emergentes do presente Contrato, que desde já se fixam em 15% sobre os valores a cobrar, acrescidos dos impostos e demais encargos legais em vigor, são da responsabilidade do locatário/mutuário”.

[11] Acórdão desta Secção de 29-11-2016 (P. 7825/11.0TBCSC.L1.S1 – Sebastião Póvoas).

[12] Ac. do STJ de 10-12-2015 (P. 1497/08.6TVLSB.S1 – Álvaro Rodrigues).

[13] Cfr. acórdão desta Secção de 9-04-2013 (P. 433682/09.2YIPRT.L1.S1 – Sebastião Póvoas).

[14] 11-02-2016 (P. 31/12.8TTVFR.P1.S1 – Gonçalves Rocha).

[15] Ac. do STJ de 9-07-2015 (P. 542/13.8T2AVR.C1.S1 – Lopes do Rego), em cujo sumário se acrescenta: “Só poderia considerar-se existente uma fundamentação essencialmente diferente quando a solução jurídica do pleito prevalecente na Relação tenha assentado, de modo radicalmente ou profundamente inovatório, em normas, interpretações normativas ou institutos jurídicos perfeitamente diversos e autónomos dos que haviam justificado e fundamentado a decisão proferida na sentença apelada – ou seja, quando tal acórdão se estribe decisivamente no inovatório apelo a um enquadramento jurídico perfeitamente diverso e radicalmente diferenciado daquele em que assentara a sentença proferida em 1ª instância – não preenchendo esse conceito normativo o mero esforço argumentativo levado a cabo pela Relação para fundamentar a mesma solução alcançada na sentença apelada”.

[16] 13-09-2011 (P. 651/09.8YXL-SB.L1.S1 – Mário Mendes).

Patrocínio



Apoio Institucional

