

**REVISTA
LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO CONSUMO**

2025

D'PLÁCIDO

Conselho Editorial

Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco – Brasil

Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves
Professora da Universidade de Lisboa – Portugal

Doutor Georges Martyn
Professor da Universidade de Ghent – Flanders/Bélgica

Doutora Agata Cecilia Amato Mangiameli
Professora da Universidade de Roma II – Itália

Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Professora Titular da USP – Brasil

Doutor Stelio Mangiameli
Professor da Universidade de Teramo – Itália

Doutor José Geraldo de Sousa Junior
Professor Titular da Universidade de Brasília – Brasil

Doutor Joaquim Portes de Cerqueira César
Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP – Brasil

Doutor Thomas Law
Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP – Brasil

Doutor Marcelo Figueiredo
Professor da PUC/SP – Brasil

Doutor João Grandino Rodas
Professor Titular da USP – Brasil

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtora Editorial

Bárbara Rodrigues

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Copyright © 2025, D'Plácido Editora.

São Paulo

Avenida Paulista, 2073, Conjunto Nacional.
– São Paulo, SP – CEP 01311-940

SIGA NAS REDES SOCIAIS:



@editoradplacido

www.editoradplacido.com.br

R35 Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. —
Série II, n.º 3 / organização de Mario Frota. — Belo
Horizonte: Editora D'Plácido, 2025.

ISBN 978-65-5150-017-6

1. Direito do consumidor. 2. Proteção jurídica do
consumidor. 3. Relações de consumo — Brasil. 4. Re-
lações de consumo — Portugal. I. Frota, Mario (org.).
II. Editora D'Plácido.

CDD 343.73078

**REVISTA
LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO CONSUMO**

**SÉRIE II
N.º 3**

2025

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO

FICHA TÉCNICA

Fundadores:

Prof. Dr. Mário Frota – Coimbra – Portugal

Prof. Edson Ferreira Freitas – São Paulo – Brasil

Desembargador Joatan Marcos de Carvalho – Curitiba – Brasil

Conselho Diretor:

Presidentes:

Prof. Dr. Mário Frota – Portugal

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira – Brasil

Vice-Presidentes:

Prof.^a Dra. Susana Almeida – Portugal

Prof. Rafael Tomaz de Oliveira – Brasil

Editores Responsáveis:

Prof. Dr. Ricardo Reis da Silveira

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva

Comissão de Apoio Editorial:

Luiz Eugenio Scarpino Junior – Universidade de Ribeirão Preto

Luiz Felipe Machado Muraca – Universidade de Ribeirão Preto

Vitor Hugo da Trindade Silva – Universidade de Ribeirão Preto

Conselho Editorial Brasil:

Ana Maria Moreira Marchesan – Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Porto Alegre

Ana Teresa Silva de Freitas – Universidade Federal do Maranhão – São Luís do Maranhão

Antonio Gidi – Universidade de Syracuse – New York – USA

Clarissa Tassinari – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Daniel Aquino Neto – Universidade Estadual do Amazonas – Manaus

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Georges Abboud – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa no Distrito Federal – IDP – Brasília

Gregório Assagra de Almeida – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Jair Aparecido Cardoso – Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto

José Geraldo de Brito Filomeno – Escola Paulista de Direito – São Paulo

Juvêncio Borges Silva – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Lênio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Marcus da Costa Ferreira – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – Goiânia

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Paulo Valério Dal Pai Moraes – Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul – Porto Alegre

Rodrigo Monteiro Pessoa – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Rogério da Silva – Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau – Universidade Federal do Estado de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte

Conselho Editorial Portugal / Europa

Ana Filipa da Conceição – Politécnico de Leiria / apDC – Portugal

Ângela Frota – Ordem dos Advogados de Portugal / apDC – Portugal

Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota – Centro de Formação para o Consumo / apDC – Portugal

Cátia Cebola – Politécnico de Leiria / apDC – Portugal

Cristina Rodrigues de Freitas – apDC / Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo – Coimbra – Portugal

Fernando Gravato de Moraes – Universidade do Minho – Portugal

Francisco Rocha – IDC – Universidade de Lisboa – Portugal

Guillermo Orozco Pardo – Universidad de Granada – España

Henri Temple – Centre du Droit de la Consommation – Université de Montpellier – France

Hugo Ramos Alves – Universidade de Lisboa – Portugal

João Cardoso Alves – Procuradoria-Geral da República – Portugal

José Luis Perez Serrabona – Universidad de Granada – España

Margarita Orozco-González – Universidad de Murcia – España

Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana – Universidad de Castilla La Mancha – España

Marisa Dinis – Politécnico de Leiria / apDC – Portugal

M. Januário da Costa Gomes – Universidade de Lisboa – Portugal

Paulo Duarte - Ordem dos Advogados – antigo investigador do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra - Portugal

Paulo Ferreira da Cunha - Supremo Tribunal de Justiça de Portugal

Paulo de Moraes - Universidade Portucalense do Porto - Portugal

Paulo Teixeira - Politécnico de Bragança - Portugal

Rui Ataíde - Instituto de Direito do Consumo / Universidade de Lisboa - Portugal

Rute Couto - Politécnico de Bragança / apDC - Portugal

Susana Almeida - Politécnico de Leiria / apDC - Portugal

Susana Ferreira dos Santos - Politécnico de Bragança / apDC - Portugal

EDITORIAL

COOPERAÇÃO: UM INSTRUMENTO DE PAZ AO SERVIÇO DOS POVOS

A cooperação com os países de língua portuguesa sempre se inscreveu na matriz das instituições que servimos, da AIDC/IACL – Associação Internacional de Direito do Consumo – à apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo e do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo ao, com inteira propriedade, ademais, Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, que de número em número se celebra a sua aparição é disso eloquente testemunho e clara expressão de uma fecunda cooperação que é intuito, de uma nobreza sem par, aprofundar à exaustão.

Durante cerca de mês e meio (de inícios de Março a meados de Abril) en-cetámos um extenso programa por 1/3 dos Estados brasileiros; interviémos, em distintas instituições, em 15 cidades de norte a sul: Recife, João Pessoa, Parnaíba, Teresina, Brasília, Goiânia, São Paulo, Ribeirão Preto, Porto Alegre, Santa Maria, Soledade, Passo Fundo, Carazinho, Curitiba e Belém do Pará.

Inesgotável o rol de instituições que nos acolheram nesse lapso de tempo: Departamento de Proteção do Consumidor do Estado do Pernambuco (Recife), Faculdade Imaculada Conceição do Recife, Colégios de Advogados do Recife, Universidade São Miguel (Recife), Escola Superior da Advocacia (Recife), Comissão de Defesa do Consumidor /OAB (Recife), Escola Superior da Advocacia e Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/Paraíba (João Pessoa), Procuradoria-Geral de Justiça do Estado da Paraíba (João Pessoa), Universidade Federal do Delta do Parnaíba, Universidade Federal do Piauí (Teresina), Comissão Nacional dos Serviços Financeiros do Brasil (Brasília), Escola Superior da Magistratura de Goiás (EJUG, Goiânia), Colégio de Advogados (Goiânia), Escola Superior da Advocacia e Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/Goiás (Goiânia), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (conferências a cursos de graduação), Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Escola Paulista de Direito (São Paulo), Escola Superior de Advocacia de São Paulo e Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/São Paulo, Faculdades Integradas de Guarulhos/ Universidade Metropolitana de São Paulo (Guarulhos), Universidade de Ribeirão Preto, Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre, Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), Departamento Municipal de Proteção do Consumidor de Santa Maria (RS, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (RS), Universidade Franciscana de Santa Maria, Campus de Soledade da Universidade de Passo Fundo, Faculdade de Direito da Universidade de Passo

Fundo, Campus de Carazinho da Universidade de Passo Fundo, Escola Superior da Magistratura do Paraná (Curitiba), Universidade Internacional do Paraná (Curitiba), Escola da Magistratura Federal do Paraná (Curitiba), Escola Superior do Ministério Público do Estado do Pará (Centro de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público), Escola Superior de Advocacia e Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/Seccional do Pará, Tribunal de Justiça do Estado do Pará (Belém). Para além de inúmeras entrevistas a televisões, a rádios e a jornais em Estados como os de Pernambuco, Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul e Pará. E de uma entrevista concedida a Casimiro Simões, da Lusa, que se interessou pelo périplo que se lhe afigurou relevante em termos de cooperação, mas que não teve qualquer eco na comunicação social em Portugal.

Os temas suscitados à reflexão, do mais diverso teor: do Regime Europeu da Inteligência Artificial à Agenda Europeia do Consumidor, do Consumo e Sustentabilidade ao Novo Direito à Reparação, da Prevenção do Sobre-endividamento ao Regime dos Contratos de Crédito na Europa, do Comércio Electrónico à Protecção dos Serviços Financeiros na Europa, da Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital à Tutela do Consumidor na Sociedade Digital, das Comparações do Direito do Consumo em Portugal e do Direito do Consumidor no Brasil, das Garantias dos Contratos de Consumo à Obsolescência Programada, do Consumidor Digital às Práticas Fraudulentas em Meio Virtual... Enfim, um rol de temas de manifesto interesse no quotidiano que suscitaram interessantíssimos debates.

Tratou-se, com efeito, de uma missão que primou sobretudo pela fidalguia no acolhimento de banda de todos os que nos abriram os braços para as acções a seu nível desencadeadas.

Uma palavra de reconhecimento aos coordenadores de cada um dos Estados: Ricardo Borges, André Cabral, Giovanni Faraco, Daniel Aquino, Dante de Brito, Leandro Lages, Ilene Patrícia Najarian, Marcos Cezar Najarian, **Ossanna Chememian Tolmajian**, Ronaldo Noronha do Nascimento, Marcus da Costa Ferreira, Thallita Muriel Cardoso Rodrigues, Júlia da Costa Ferreira, Adriana Toledo, José Geraldo de Brito Filomeno, Edson Ferreira Freitas, António Carlos Morato, Gregório Assagra, Andréia Bugalho, Fernanda Nunes Barbosa, Clarissa Costa de Lima, Alcebíades Santini, Gil Kurtz, Márcia Moro, Rogério da Silva, Franco Scortegagna, Joatan Marcos de Carvalho, Rosana Andrighetti, Gilberto Giacóia, Manoel Santino do Nascimento Júnior, Luzia Nadja do Nascimento e António Nascimento.

E uma singela homenagem a um dos rostos do Direito do Consumidor do Brasil: o Glauberto Bezerra, o eterno promotor de Justiça do Consumidor da Paraíba.

Porfiados os esforços em ordem ao ressurgimento da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, que pela vez primeira surgiu nos escaparates pelo incontornável labor da Bonijuris, de Curitiba e seu patrono, o Dr. Luiz Fernando de Queiroz, há cerca de três quinquénios. E uma distinta dinâmica, na II série, em

que se afinam mecanismos outros em ordem a uma eficiente cooperação entre as duas margens do Atlântico.

A parceria com o Editora D'Plácido, de Belo Horizonte, é como que uma bênção que surge em momento crucial.

Ao prestígio da Editora se acolhe, se confia desveladamente o relançamento da Revista Luso-Brasileira, que é como que o traço de união, no peculiar domínio do ramo que se desenvolve no cerne das relações jurídicas de consumo e dos direitos dos consumidores, entre Portugal, pátria de pátrias, e o Brasil, o expoente do génio lusíada a que o ambiente dos trópicos emprestou e conferiu um cunho de singularidade no concerto das Nações, qual laboratório de miscigenações e simbioses, símbolo efervescente de Humanidade e de reencontro de Continentes.

Da edição que ora se oferece, um naipe de autores reconhecidos e outros em ascensão e de temas de tocante actualidade, que se revestem de singular interesse para os habituais leitores:

Do Direito à Saúde, direito fundamental, pela pena de Marlus Riani, ao Consumo Sustentável, de Luciane Klein Vieira e Carolina Jardim Rangel, e, ainda nessa esteira, o da Durabilidade de Produtos, José Geraldo de Brito Filomeno, que se destacou, aliás, como vice-coordenador da Comissão de Elaboração do Anteprojecto do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, à “Sostenibilidad y Derecho Mercantil. Recientes iniciativas en el Derecho español”, do decano da Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, José Luis Perez Serrabona.

Na panorâmica do consumo, de Ana Carolina Couto Matheus, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, o actualíssimo “Hiperconsumo Digital, e de Paulo Valério Dal Pai Moraes, o curiosíssimo “Smart telas e a vulnerabilidade neurobiológica dos hipervulneráveis – Geração y (millennials), Geração z e todos nós!”.

No que tange aos contratos e condições gerais que os enformam, contributos da América Latina, através de Sebastián Sergio Barocelli, no seu “Cláusulas abusivas en el derecho contractual argentino: impactos y resistencias ante el DNU 70/2023” e, de uma terra que nos é muito cara, a mestiça Benguela de outra, Angola, Ângelo Major Denho e João Cristiano Kolembi, no triângulo Angola, Brasil, Portugal, com o seu “A Protecção Jurídica do Consumidor no Contrato de Adesão Bancária em Angola”.

Já da capital do Estado de Goiás, Julia da Costa Ferreira e Nathália Moraes Welter brindam-nos com o seu “Práticas abusivas nos financiamentos habitacionais do Brasil: venda casada e supressão de garantias legais.

O catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, dilecto amigo de há longas décadas, M. Januário da Costa Gomes, remete-nos para um tema sensível, retomado por uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União, ainda não transposta para o ordenamento jurídico português, no seu ensaio “Sobre os direitos de desvinculação unilateral *ad nutum* na nova diretiva sobre contratos de crédito a consumidores (Diretiva 2023/2225)”

O director do Instituto de Direito do Consumo (adstrito à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), o ilustre professor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, obsequia-nos com o seu “Empreitada civil e de consumo”, um utilíssimo estudo em que se permite contrastar os regimes em vigor na ordem jurídico interna.

António Carlos Morato, com uma peculiar sensibilidade para as questões de consumo pela sua experiência de anos no IDEC, em São Paulo, prestigiado professor da Faculdade de Direito da São Francisco versa um peculiar domínio como o da “Responsabilidade do importador de brinquedos e a proteção da saúde e segurança da criança”.

A realidade da Comunidade de Povos de Língua Portuguesa avulta de novo pela pena de Fernanda Nunes Barbosa e Ângelo António Ferreira no seu “O direito de acesso à justiça dos consumidores nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (Palop): breve análise comparativa”.

Já Carlos Eduardo de Vasconcelos, com quem – pela mão de Ricardo Souto Maior Borges – nos foi dado entabular relações no Recife, em Março pretérito, e que anuiu ao convite para escrever sobre tema da sua especialidade (os meios alternativos de resolução de litígios), nos oferece o seu “Advocacia, consenso e estratégias catalizadoras do sistema brasileiro de justiça multiportas” e, bem assim, Fernando Viana, com a sua larga experiência no Tribunal de Consumo de Braga e no que opera supletivamente a nível nacional, em Portugal, que nos convida a visitar o seu “A resolução de conflitos de consumo em Portugal – breve ponto da situação em 2025”.

Já Ricardo Souto Maior Borges, em tema que lhe é sumamente caro, nos propõe se revise a “Mediação intercorrente no processo judicial para autocomposição do conflito de origem na relação de consumo”.

E António Eduardo Malheiro de Magalhães, da vetusta Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da concelebrada Lusa-Atenas, dá-nos, dos Gerais, uma panorâmica da “Resolução de litígios no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC): Problemas Actuais e Perspectivas Futuras”.

Tema particularmente em voga na Europa, e que do mesmo passo interessará ao Brasil, porque imbricado na intervenção, no mercado, entre outras, das instituições de consumidores – o da litigância retaliatória e seus remédios – também em destaque nesta edição. A União Europeia entendeu legislar nesse particular (aguardando-se tão só a transposição da denominada Directiva Anti-SLAPP): a Directiva (UE) 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Abril de 2024, cujo escopo é o de proteger as pessoas que participam em acções judiciais públicas contra reclamações manifestamente infundadas ou processos judiciais abusivos («Acções judiciais estratégicas contra a participação pública») – constitui objecto de análise de dois dos mais destacados elementos da denominada sociedade civil em Portugal, os presidente e vice-presidente da Frente Cívica (Portugal) que nos

prestigiam com uma especial participação: Paulo de Moraes e João Paulo Batalha honram-nos com a sua colaboração em ““SLAPP” e litigância retaliatória: quando o direito ao bom nome dá mau nome ao direito”.

No ensejo, uma palavra de louvor a Jónatas E. M. Machado, preclaro constitucionalista, director da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que anuiu a que se publicasse um seu “parecer” que de forma generosa e graciosa (*pro bono*) emitira para um pleito do jaez dos abusivos em que como arguido figurara Paulo de Moraes: “SLAPP: em tema de liberdade de expressão e de litigância retaliatória”.

Afigura-se-nos que esta singular oferta à comunidade jurídica dos dois lados do Atlântica é algo que nos enobrece de forma singular.

Praza a Deus que continuem a dispensar-nos o vosso melhor acolhimento.

Para nós tal constitui indeclinável factor de estímulo!

Coimbra, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, Junho de 2025

Mário Frota

Presidente do Conselho de Direcção da
Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo (Portugal)

SUMÁRIO

EDITORIAL

COOPERAÇÃO: UM DOS ESTEIOS DE ACÇÃO, UM CANTEIRO DE SEMENTEIRAS IMORREDOIRAS.....	9

Mário Frota

A PRESTAÇÃO AOS CUIDADOS DE SAÚDE REALIZADA PELO SNS PODE SER CONSIDERADA UMA RELAÇÃO DE CONSUMO?.....	19

Marlus Riani

INICIATIVAS LEGAIS PARA A PROMOÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL NO BRASIL, À LUZ DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR.....	35

Luciane Klein Vieira

Carolina Jardim Rangel

DURABILIDADE DE PRODUTOS E PRAZOS DE GARANTIA.....	59

José Geraldo Brito Filomeno

<i>SOSTENIBILIDAD</i>: UNO DE LOS OBJETIVOS DEL MILENIO. REFERENCIA A DOS RECIENTES EJEMPLOS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD.....	75

Dr. José Luis Pérez-Serrabona González

Catedrático de Derecho mercantil

Universidad de Granada

HIPERCONSUMO DIGITAL: A INFLUÊNCIA DO MARKETING E DAS REDES SOCIAIS NA INTENSIFICAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	93

Ana Carolina Couto Matheus

SMART TELAS E A VULNERABILIDADE NEUROBIOLÓGICA DOS HIPERVULNERÁVEIS – GERAÇÃO Y (MILLENNIALS), GERAÇÃO Z E TODOS NÓS!.....	111

Paulo Valério Dal Pai Moraes

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO CONTRACTUAL ARGENTINO: IMPACTOS Y RESISTENCIAS ANTE EL DNU 70/2023.....	153

Sergio Sebastián Barocelli

A PROTECÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NO CONTRATO DE ADESÃO BANCÁRIA EM ANGOLA.....	179

Ángelo Major Denho

João Cristiano Kolembi

PRÁTICAS ABUSIVAS NOS FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS DO BRASIL: VENDA CASADA E SUPRESSÃO DE GARANTIAS LEGAIS.....	193

Julia da Costa Ferreira

Nathália Moraes Welter

SOBRE OS DIREITOS DE DESVINCULAÇÃO UNILATERAL <i>AD NUTUM</i> NA NOVA DIRETIVA SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO A CONSUMIDORES (DIRETIVA 2023/2225).....	211

M. Januário da Costa Gomes

EMPREITADA CIVIL E DE CONSUMO. ALGUMAS DIFERENÇAS DE REGIME JURÍDICO.....	225

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO IMPORTADOR NO FORNECIMENTO DE BRINQUEDOS E A PROTEÇÃO DA SAÚDE E SEGURANÇA DA CRIANÇA.....	239

Antonio Carlos Morato

O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA DOS CONSUMIDORES NOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA OFICIAL PORTUGUESA (PALOP): BREVE ANÁLISE COMPARATIVA.....	255
<i>Ángelo António Ferreira</i>	
<i>Fernanda Nunes Barbosa</i>	
ADVOCACIA, CONSENSO E ESTRATÉGIAS CATALIZADORAS DO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS.....	275
<i>Carlos Eduardo de Vasconcelos</i>	
A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO EM PORTUGAL - BREVE PONTO DA SITUAÇÃO EM 2025.....	295
<i>Fernando Manuel Martins Viana</i>	
MEDIAÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO JUDICIAL PARA AUTOCOMPOSIÇÃO DO CONFLITO DE ORIGEM NA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	323
<i>Ricardo José Souto Maior Borges</i>	
RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO (OMC): PROBLEMAS ACTUAIS E PERSPECTIVAS FUTURAS.....	345
<i>António Malheiro de Magalhães</i>	
“SLAPP” E LITIGÂNCIA RETALIATÓRIA: QUANDO O DIREITO AO BOM NOME DÁ MAU NOME AO DIREITO.....	361
<i>João Paulo Batalha</i>	
<i>Paulo de Moraes</i>	
SLAPP: EM TEMA DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE LITIGÂNCIA RETALIATÓRIA.....	375
<i>Jónatas E.M. Machado</i>	
II PARTE	
JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA.....	381
1. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 17 DE SETEMBRO DE 2024.....	382
2. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 03 DE ABRIL DE 2025 (ACÇÃO POPULAR,	

CONTRATO DE ADESÃO, CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BENS DE CONSUMO E CONFORMIDADE).....	406
3. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA DE 26 DE SETEMBRO DE 2024 (CONCEITO DE PREÇO ANTERIORMENTE PRATICADO).....	508
4. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA DE 23 DE JANEIRO DE 2025 (CONTRATO DE CRÉDITO AOS CONSUMIDORES E DEVER DE INFORMAÇÃO).....	517
5. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL.....	530
6. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL.....	534

A PRESTAÇÃO AOS CUIDADOS DE SAÚDE REALIZADA PELO SNS PODE SER CONSIDERADA UMA RELAÇÃO DE CONSUMO?

*Marlus Riani**

Resumo: O presente artigo tem por objeto, a partir da análise do texto em vigor da Lei nº 24/96, identificar se configura uma relação de consumo a prestação positiva aos cuidados de saúde quando realizada pelo Serviço Nacional de Saúde (SNS) aos utentes. Não há dúvida da aplicação do regime legal à defesa dos consumidores quando os cuidados são realizados pelos estabelecimentos de saúde contratualizados de um segurador que comercializa seguro de saúde, haja vista a existência da formalização expressa entre as partes da contratação privada de prestação de serviços de cuidados de saúde. A investigação se propôs a compreender o enquadramento jurídico do sujeito de direito denominado consumidor, bem como traçar breves linhas sobre a estrutura e organização do SNS, para, ao final, emitir a conclusão à identificação do problema posto.

Abstracto: El presente artículo, a partir del análisis del texto vigente de la Ley nº 24/96, tiene por objeto identificar si la prestación positiva de asistencia sanitaria cuando la presta el Servicio Nacional de Salud (SNS) a los usuarios constituye una relación de consumo. No existen dudas sobre la aplicación del régimen jurídico a la protección del consumidor cuando la atención es brindada por establecimientos de salud contratados con una aseguradora que comercializa seguros de salud, dada la existencia de una formalización expresa entre las partes de la contratación privada para la prestación de servicios de atención de salud. La investigación tuvo como objetivo comprender el marco jurídico del sujeto de derecho denominado consumidor, así como trazar breves líneas sobre la estructura y organización del SNS, para al final emitir una conclusión identificando el problema planteado.

Palavras-chaves: Consumidor – Serviço Público de Saúde – Relação de Consumo.

Palabras-llave: Consumidor – Servicio de Salud Publica – Relación de Consumo.

INTRODUÇÃO

O direito aos cuidados de saúde está inserido na Constituição da República como integrante dos direitos fundamentais. Trata-se de tema de elevado apelo social, desafiando os intérpretes da lei na consecução para sua devida realização material – dever de prestação positiva, de forma racional e eficiente, inclusive em relação socialização dos custos.

Consta, ainda, do texto constitucional português que um sujeito específico, o consumidor, tem, dentre outros, o direito “à proteção da saúde”.

O busílis da questão está em saber: se o utente que é atendido pelo SNS pode ser considerado como consumidor?

Recorde-se que realização aos cuidados de saúde pelo SNS é “tendencialmente gratuito”, portanto, há situações da cobrança de taxas moderadoras do utente. Além disso, pontua-se que os cuidados de saúde não estão inseridos na relação dos serviços públicos essenciais da Lei n° 23/96.

Ademais, o regime legal aplicável à defesa dos consumidores estabelece no artigo 2° que: “2 – Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.”.

Para a devida compreensão, faz-se necessário revelar quem é considerado o sujeito de direito fundamental denominado de consumidor.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO SUJEITO DE DIREITO: CONSUMIDOR

A Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, foi a primeira¹ no país a incluir no texto constitucional o sujeito de direitos denominado *consumidor*. Inicialmente, constou na Parte II – Organização económica – Título I – Princípios Gerais, especialmente no artigo 81°, *al. m*), como incumbência prioritária do Estado: “Proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores”.

Alguns poucos anos depois, entrou em vigor a Lei n.º 29/81 – Lei Quadro de Defesa do Consumidor –, constando no seu art. 2º o conceito de consumidor: “(...), considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica.”.

Após um ano de vigência da Lei de Defesa do Consumidor, a Assembleia da República aprovou e publicou a primeira revisão da Constituição de 1976, por meio da Lei Constitucional n° 1/82, que alterou a alínea *m*) do artigo 81.º, a qual passou a constituir a nova alínea *j*) do mesmo artigo, sendo o seu texto substituído e reduzido para: “*j*) Proteger o consumidor”. Além disso, alterou a epígrafe do Título VI da Parte II da Constituição passando a ser denominada “Comércio e protecção do consumidor”. Para tanto, aditou um novo artigo 110.º, com a seguinte redacção: “Artigo 110. (Protecção do consumidor) 1. Os consumidores têm direito à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo

1 As seis Constituições portuguesas (de 1822, 1826, 1838, 1911, 1933 e 1976). MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. *As Constituições Portuguesas*. 6ª ed. Cascais: Princípiã, 2013.

proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa. 3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores.”. Tratou-se de especificar, com mais detalhes, o campo de aplicação da proteção do consumidor.

Posteriormente, com advento da Lei Constitucional n.º 1/89, os dispositivos da proteção do consumidor foram novamente alterados. Manteve-se a alínea *j* do artigo 81.º e eliminou-se a epígrafe do Título VI da Parte II e o artigo 110.º. Aditou-se um novo artigo 60.º com a epígrafe “Direito dos Consumidores”, contendo a seguinte redação: “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa. 3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores.”.

Chama-se à atenção para o novo posicionamento constitucional da proteção do consumidor, tornando-se parte integrante dos direitos fundamentais do cidadão português², especificamente no Título III – Direitos e deveres económicos, sociais e culturais, Capítulo I – Direitos e deveres económicos.

A Lei Constitucional n.º 1/97, alterou a redação do n.º 3 do artigo 60.º passando a vigorar com o seguinte texto: “3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.”. Além disso, procedeu a alteração da alínea *j*) passa a alínea *h*), substituindo-se «Proteger o consumidor» por «Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores»³.

Antes da edição da Lei Constitucional n.º 1/97, ocorreu a revogação da Lei n.º 29/81 pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho de 1996, passando o conceito de consumidor⁴ padrão previsto no artigo 2.º para: “1 – Considera-se consumidor todo aquele a

2 A realização do direito fundamental do consumidor português foi efetivada perante o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 153/90, de 3 de maio, sendo que vários vales de correio se extraviaram, o que causou prejuízo ao destinatário que só os recebeu 6 meses mais tarde. Este pretendeu então receber uma indemnização por parte dos Correios de Portugal. Só que o Tribunal de Relação decidiu que os Correios não eram responsáveis porque uma cláusula dos estatutos destes dispunha que nas suas relações com os clientes, a responsabilidade dos correios não abrangia o *lucrum cessans*. Foi então que o lesado recorreu ao Tribunal Constitucional que declarou a norma dos Estatutos dos correios inconstitucional por esta violar o imperativo constitucional de proteção dos consumidores.

3 Atual alínea *h*), por força da Lei Constitucional n.º 1/2004, com a mesma redação anterior.

4 Teresa Almeida aponta os trabalhos preparatórios para moldar esse conceito “a) Na nota justificativa do Projecto de Lei n.º 581/VI (D.A.R. I Série-A, n.º 47, de 6 de Junho de 1995, pág. 755 e ss.), apresentado

quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.”.

Pontua-se que nos dizeres do dispositivo da lei anterior quanto da atual é permitido entender que “todo aquele” pode ser representado tanto por pessoa natural ou física, quanto por “pessoa colectiva” ou jurídica⁵. Entretanto, o texto legal português não é enfático, como por exemplo, na legislação da Espanha⁶ e na lei brasileira⁷, nas quais estabelecem o consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica”, porém, a doutrina desses três países considera sua participação como sujeito especial de direitos de forma excepcional⁸.

pelo P.S., é afirmado acolher-se ‘uma noção de consumidor mais próxima da noção estabilizada nos textos comunitários’. b) O artigo 2º, do Projecto de Lei n.º 581/VI, propunha a seguinte definição de consumidor: “...a pessoa singular a quem sejam fornecidos produtos ou serviços destinados ao seu uso privado por quem exerça, com caráter profissional, uma actividade económica”. c) No debate na generalidade (D.A.R. I Série-A, n.º 84, de 7 de Junho de 1995, pág. 2683 e ss.), a noção de consumidor foi objecto da intervenção do Deputado Luís Sá (P.C.P): “Na Lei n.º 26/84, de 19 de Julho (espanhola), para a defesa dos consumidores, aparecem, por exemplo, expressamente incluídas na definição de consumidor, as pessoas colectivas, já que elas também são consumidores. De algum modo, na Lei n.º 29/81 também é utilizada uma fórmula que inclui as pessoas colectivas, através da expressão – todo aquele que – mas não encontramos neste projecto aquela definição que procura aproximar-se da definição comunitária, contemplando, igualmente, de forma autónoma, as pessoas jurídicas colectivas enquanto consumidores, pelo que não vemos vantagem nesta alteração. d) Ainda no percurso legislativo que conduziu à aprovação da nova Lei de Defesa do Consumidor, havia sido aprovada, em 13 de Agosto, a Lei n.º 60/91, que concedia autorização (entretanto caduca) ao Governo para alterar a Lei n.º 29/81. Um dos propósitos dessa lei traduzia-se em estabelecer uma definição de consumidor a partir do critério do destino “não profissional” dos bens e serviços adquiridos, possuídos ou utilizados (art. 2º, alínea a)”. ALMEIDA, Teresa. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*. 2ª ed. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001, p. 25-26.

- 5 LAURENTINO, Sandrina. Os destinatários da legislação do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2. p. 415-434. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000. Para Fernando Baptista de Oliveira “É pelo menos legítimo pensar – e, mesmo concluir –, que se o legislador tivesse a intenção de adoptar a aludida noção restritiva de consumidor, tê-lo-ia feito, não deixando tudo em aberto com a abstracta expressão “todo aquele”. Pretendeu o legislador, sem dúvida para nós, deixar ao cuidado da doutrina e dos “aplicadores do direito” (a jurisprudência) a tomada de posição perante as mais diversas situações (concretas) que se deparem. [...] Não é o correcto dizer-se que a debilidade contratual é apanágio apenas das pessoas singulares.” OLIVEIRA, Fernando Baptista de. *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69.
- 6 Real Decreto Legislativo 1/2007, 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, diz: “Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o **jurídicas** que actúan en un ámbito **ajeno** a una actividad empresarial o profesional.”.
- 7 Lei n.º 8.078/90 “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica (...)”.
- 8 O legislador português, ao transpor a Diretiva n.º 2008/48/CE, que versa sobre crédito ao consumo, por meio do Decreto-Lei n.º 133/2009, restringiu o conceito de consumidor somente às pessoas físicas. No ano de 1982, Carlos Ferreira de Almeida já assinalava que “É agora lógico concluir que não são consumidores aquelas pessoas colectivas que exerçam uma actividade empresarial, como é o caso (que a alguns tem parecido menos claro) dos hotéis e das empresas que explorem cantinas. Numa e noutra das hipóteses, consumidores são as pessoas físicas, hóspedes ou trabalhadores; as empresas respectivas são fornecedores destes, de acordo com o seu objecto, principal ou acessório. Em relação aos seus próprios fornecedores há uma relação de consumo intermediário, que não é consumo em sentido jurídico.” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos*

A finalidade do uso do bem ou do serviço, de forma não profissional, auxilia o interprete a *mens legislatoris* tendo o legislador se preocupado em não alargar o conceito que pudesse comprometer sua função de proteção, portanto, não basta a simples retirada do bem ou do serviço do mercado de consumo, a sua destinação⁹ é condição primordial para a correta identificação da figura do consumidor¹¹.

Particularidade conhecida por todos, mas necessário ressaltar, diz respeito a menção ao sujeito consumidor trazido pelas legislações¹² portuguesas esparsas que, direta ou indiretamente, resguardam a sua proteção em determinados assuntos, *v.g.*, às disposições constantes do Decreto-Lei n.º 446/85, que versam sobre as cláusulas contratuais gerais, e do Decreto-Lei n.º 57/2008, que institui o regime das práticas comerciais desleais¹³, desencadeado pela transposição das normas do Direito Europeu com a pretensão de *harmonização legislativa*¹⁴.

dos Consumidores. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 216.

- 9 Para Sandra Laurentino “o profissional poderá ser considerado consumidor desde que faça do bem ou serviço um uso não profissional. Assim, por exemplo, um advogado que compra um computador para a sua casa, para os seus filhos ou sem se servir dele para fins profissionais, será um consumidor.” LAURENTINO, Sandra. Os destinatários da legislação do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000, p. 425. Atualmente, pode-se concluir, com respaldo no Supremo Tribunal de Justiça Português, processo n.º 03B1015, de 15 de maio de 2003, quem é admitido como consumidor: “I – Abrangidos pela Lei de Defesa do Consumidor são apenas os contratos celebrados entre quem exerça com carácter profissional uma actividade económica, que vise a obtenção de benefícios, e os consumidores. II – Consumidor, para efeitos de aplicabilidade do regime proteccionista estabelecido naquela Lei, é o adquirente de bens de consumo para uso pessoal, familiar ou doméstico, estranho à sua actividade profissional. (...) Está assente que o A. adquiriu na loja filial da Empresa-A, de Lamego, o mencionado retroprojector, única e exclusivamente para ser utilizado no seu estabelecimento de café, a fim de rentabilizar a sua exploração. Deste modo, tendo o A. adquirido o retroprojector para única e exclusivamente ser utilizado na sua actividade comercial, como meio de rentabilização do seu estabelecimento de café, não pode ele ser considerado “consumidor” para efeitos de aplicabilidade do regime previsto na Lei n.º 24/96.” Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954ff0ce6ad9dd8b980256b5ff03fa814/6e6070e1baf6bc40802571df0033253c?OpenDocument>. Acesso em: 25 fev. 2025.
- 10 O Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, no processo n.º 580/2020, não considerou como consumidor uma pessoa que adquiriu “rampas zincadas” para manutenção em veículo tipo furgão, em que pese alegou, mas não provou que o veículo não era utilizado para transporte de bagagens e encomendas, não ocorrendo o “preenchimento do elemento teleológico.”
- 11 Paulo Duarte afirma que “é inescapável reconhecer que a uma qualquer pessoa colectiva cujo fim se esgote no desempenho de uma qualquer actividade económica jamais poderá deferir-se a qualidade de consumidor. DUARTE, Paulo. O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2.º/1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 75. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1999, p. 662-663.
- 12 Jorge Morais relata todas as legislações que conceituam o consumidor, dentro das suas especificidades, afirmando que “não existe um conceito único, quer a nível nacional quer a nível internacional”. CARVALHO, Jorge Morais. O conceito de consumidor no direito português. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 14. p. 185-219. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2018. O Decreto-Lei n.º 84/2021, com entrada em vigor em janeiro de 2022, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, estabeleceu no artigo 2.º, al. “g) «Consumidor», uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;”.
- 13 MILANEZ, Felipe Comarela. *Interesses económicos e as práticas comerciais desleais: uma abordagem a partir do Direito Português e do Direito Europeu*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.
- 14 MONTEIRO, António Pinto. *Harmonização legislativa e proteção do consumidor* (a propósito do anteprojecto do

Nesse sentido, imperioso adentrar nos ditames do Decreto-Lei nº 72/2008, com alterações da Lei nº 147/2015, que dispõe sobre o Regime jurídico do contrato de seguro (RJCS), em particular, o denominado “seguro de saúde”, inserido entre os artigos 213º a 217º do Anexo do diploma legal.

Na leitura geral dos dispositivos do RJCS, a palavra consumidor aparece por seis vezes, duas no seu preâmbulo, e as demais no Anexo, sendo uma no artigo 3º (remissão para legislação de defesa do consumidor), outra no artigo 9º (norma de aplicação imediata) e duas no artigo 19º (também para remissão), constando outras denominações, “tomador do seguro”, “segurado”, “pessoa segura” e “beneficiário”¹⁵. Nos artigos relacionados com o seguro de saúde consta somente a expressão “pessoa segura”.

Merece destaque o termo “proteção da parte débil”¹⁶ utilizado na introdução, reconhecendo a necessidade de sua proteção, todavia, realça que a “maior proteção” acarreta acréscimo no prêmio e que os seguros são ofertados além das fronteiras dos países da União Europeia, portanto, sem deslocamento para firmar o contrato, cabendo à legislação garantir ônus proporcionais e concorrência entre os seguradores.¹⁷

O legislador pátrio entendeu pela complementariedade das normas, ao invés de estabelecer um conceito do sujeito consumidor, reportando-se para a legislação geral, inclusive isso é perceptível pela leitura do artigo 19º, que está inserido na subseção dos deveres de informação do segurador, impondo a conformação do tomador como consumidor, para receber as informações conforme determina o regime de defesa do consumidor. Caberá ao intérprete estar atento para compreender em qual momento o consumidor é reportado com as outras denominações legais.

código do consumidor português). In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. p. 115-136. São Paulo. Atlas, 2008.

15 No preâmbulo do Decreto-Lei nº 72/2008, consta: “Pretendeu-se, nomeadamente, que os conceitos de tomador do seguro, segurado, pessoa segura e beneficiário fossem utilizados de modo uniforme e adequado aos diferentes problemas jurídicos da relação contratual de seguro.”

16 “No âmbito da protecção da parte débil na relação de seguro, importa realçar dois aspectos. Em primeiro lugar, muito frequentemente, a maior protecção conferida ao segurado pode implicar aumento do prémio de seguro. Por outro lado, a actividade seguradora cada vez menos se encontra circunscrita às fronteiras do Estado Português, sendo facilmente ajustado um contrato de seguro por um tomador do seguro português em qualquer Estado da União Europeia, sem necessidade de se deslocar para a celebração do contrato. Ora, a indústria de seguros portuguesa não pode ficar em situação jurídica diversa daquela a que se sujeita a indústria seguradora de outros Estados da União Europeia. (...). Em suma, em especial nos seguros de riscos de massa, importa alterar o paradigma liberal da legislação oitocentista, passando a reconhecer explicitamente a necessidade de protecção da parte contratual mais débil. Não obstante se assentar na tutela da parte contratual mais débil, como resulta do que se indicou, cabe atender ao papel da indústria de seguros em Portugal. Pretende-se, por isso, evitar ônus desproporcionados e não competitivos para os seguradores, ponderando as soluções à luz do direito comparado próximo, mormente de países comunitários.”

17 BASEDOW, Jürgen. Em direção a uma Lei Contratual Securitária Europeia? (trad. Thiago Villela Junqueira). *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. ano. 25. p. 55-76. São Paulo: Ed., RT, mar./abr., 2015.

Para melhor compreensão e delimitação do objeto deste item, tem-se quase 3 milhões de pessoas estão inscritas no seguro de saúde, ou seja, cidadãos portugueses que não querem dependência do Serviço Nacional de Saúde (SNS), buscando alternativa¹⁸ na iniciativa privada para manter, recuperar ou melhorar sua condição de saúde.

Não resta dúvida que todas as pessoas seguradas são consumidores, na estreita observância da Lei nº 24/96, para qual remeteu o Decreto-Lei nº 72/2008, cabendo ao segurador garantir os direitos previstos não somente em ambas, mas também, nas demais legislações que são compatíveis com a proteção e defesa do sujeito denominado consumidor, como exemplo, a lei das cláusulas contratuais gerais.

Ressalte-se que, o tomador de seguro, quando individualmente adere ao contrato de seguro de saúde, torna-se também uma pessoa segurada, ou seja, em eventual reclamação ou ação judicial as duas denominações legais passam a ser entendidas como única, o consumidor.

Ponto para reflexão é a possibilidade da pessoa “colectiva” ou jurídica, denominada como “tomador do seguro”, responsável atualmente pelo agrupamento da maioria das pessoas seguradas inscritas neste ramo de seguro, poder reivindicar, por exemplo, a insuficiência de informações prestadas pelo segurador no momento da contratação, que demandavam o conhecimento de cálculos aritméticos e fórmulas unilaterais, que culminaram pelos insuficientes esclarecimentos para os empregados sobre valores reembolsáveis.

A discussão judicial de abusividade de eventual cláusula limitativa de responsabilidade que conste no clausulado firmado pela pessoa “colectiva”, como tomador de seguro, teria cabimento com base na seção III, das relações com consumidores finais, ou somente caberia na seção II, das relações entre empresários, ambas previstas no regime das cláusulas contratuais gerais?

A rigor, a destinação dos cuidados de saúde atinge diretamente os empregados, mas o contrato firmado não visa benefício direto para o tomador, como profissional, razão pela qual se poderia cogitar, para essa situação específica, a sua caracterização como consumidor. A não ser que se alegue que ao possibilitar adesão ao grupo estaria sendo favorecido porque o empregado teria um atendimento mais ágil e retornaria ao trabalho em menos tempo, impactando positivamente na produção. O eventual litígio pela pessoa “colectiva” poderia resolver a questão para todos os empregados, ao ser julgada a cláusula abusiva e nula. São questões que demandam reflexões para a célere e eficaz proteção do consumidor, mas que não estão no escopo desta investigação.

Para a continuação da investigação pertinente traçar algumas breves linhas sobre a natureza jurídica do SNS, sua estrutura e fontes de recursos.

18 Antonio Penteadó Mendonça citando José Renato Nalini que disse “a opção pelo contrato de seguro é a alternativa ética à inviável fuga das desgraças” MENDONÇA, Antônio Penteadó. Temas de seguro. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 9.

SNS: BREVES LINHAS

De igual modo, o ponto de partida¹⁹ é a Constituição da República portuguesa de 1976, na sua versão original, que contemplava no artigo 64º, n.º 2, a criação do Serviço Nacional de Saúde^{20 21}, de forma universal, geral e gratuito. Em 1978, por meio do “Despacho Arnaut”²², institucionalizou-se o SNS, que mais tarde foi legalmente²³ criado, na medida em que permitiu o acesso²⁴ aos “Serviços Médico-Sociais” a todos os cidadãos, independentemente da sua capacidade contributiva²⁵. Foi garantida assim, pela primeira vez, a universalidade, generalidade e gratuidade dos cuidados de saúde e a comparticipação medicamentosa.

Posteriormente, adveio a Lei de Bases da Saúde²⁶, editada em 1990, estabelecendo os princípios, a política, os direitos e deveres do cidadão, responsabilidades, a organização do território, enfim, diversos aspectos para nortear a implementação do direito à proteção da saúde, e, em 1993, a aprovação do Estatuto do SNS.²⁷ Registre-se, que a

19 Para maiores detalhes sobre a história das políticas de saúde pública, recomenda-se a leitura de SIMÕES, Jorge; DIAS, Ana. Políticas e governação em saúde. p. 175-194. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010.

20 Veja: CRP (1976 -1ª versão), art. 64º, n.º 2. “O direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.” Disponível em: www.pgdisboa.pt.

21 Nuno Cunha Rodrigues demonstra que o SNS “reflecte, de alguma forma, o chamado modelo beveridgiano, assim designado por ter surgido na sequência do relatório Beveridge que, em 1942, definiu, no Reino Unido, os serviços de saúde como uma das condições necessárias para o sistema de segurança nacional. Este modelo assentava na prestação de serviços de saúde pelo Estado, financiados essencialmente através dos impostos.” E, continua afirmando que “Ao modelo beveridgiano é normalmente contraposto o modelo de Bismark, adoptado na Alemanha durante o século XIX (1883), baseado na obrigação de contribuição das empresas e trabalhadores para um esquema obrigatório de seguro de saúde gerido em torno de uma profissão ou área geográfica, sendo os prestadores de saúde entidades públicas ou privadas.” RODRIGUES, Nuno Cunha. Regulação da Saúde. In FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil. *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 615.

22 Publicado em Diário da República, 2.ª série, de 29 de Julho de 1978.

23 A Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, cria o Serviço Nacional de Saúde, no âmbito do Ministério dos Assuntos Sociais, enquanto instrumento do Estado para assegurar o direito à protecção da saúde, nos termos da Constituição da República portuguesa.

24 Interessante histórico trazido por João Carlos Loureiro sobre o acesso “às prestações de saúde”, reforçando a revolução do acesso a partir de Beveridge. LOUREIRO, João Carlos. São Cosme e São Damião, saúde(s) e responsabilidade(s) algumas notas em registo de posfácio. In: *Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. p. 603-662. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021.

25 Sobre a história do Serviço Nacional de Saúde – Disponível em: <http://www.portaldasauade.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/servico+nacional+de+saude/historia+do+sns/historiadosns.htm>. Acesso: 25 fev. 2025.

26 Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, sendo alterada pela Lei n.º 27/2002, de 08 de novembro.

27 Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro (com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 177/2009, de 4 de Agosto; 28/2008, de 22 de Fevereiro; 276-A/2007, de 31 de Julho; 222/2007, de 29 de Maio; 223/2004, de 3 de Dezembro; 185/2002, de 20 de Agosto; 68/2000, de 26 de Abril; 157/99, de 10 de Maio; 156/99, de 10 de

Lei nº 95/2019 é o novo diploma legal sobre a Lei de Bases da Saúde, tendo revogado a Lei nº 48/90, mantendo a estrutura anterior, com os devidos aperfeiçoamentos em decorrência do tempo, da evolução tecnológica, clareando e disciplinando os meios e as formas e como os prestadores de saúde devem agir ao receberem os utentes²⁸.

Na atual Lei de Bases da Saúde, o SNS está denominado como “o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério²⁹ responsável pela área da saúde, que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde.”³⁰.

Não há dúvida que a principal obrigação imposta pela Constituição para realizar o “direito aos cuidados de saúde” aos cidadãos³¹ se deve à criação do SNS, o qual, de acordo com as características contidas no próprio texto constitucional, deverá ser universal³², apontado à generalidade dos cidadãos, geral, garantindo o acesso a todos aos cuidados necessários disponíveis, e tendencialmente gratuito. Na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira o SNS “deve considerar-se como *serviço público obrigatório de ativação necessária e de existência irreversível*”³³.

Imperioso que forneça³⁴, através do SNS, dos Serviços Regionais de Saúde e de outras instituições públicas, centrais, regionais e locais, o melhor atendimento nos cuidados de saúde³⁵, com qualidade³⁶ e segurança, no tempo clinicamente aceitável, de

Maio; 401/98, de 17 de Dezembro; 97/98, de 18 de Abril; 53/98, de 11 de Março; e 77/96, de 18 de Junho).

28 Direito de escolha (art. 2º); Consentimento ou recusa (art. 3º); Adequação da prestação dos cuidados de saúde (art. 4º); Atendimento prioritário para pessoa com deficiência ou incapacidade (art. 4º-A – aditado pelo Decreto-Lei nº 44/2017); Dados pessoais e proteção da vida privada (art. 5º); Sigilo (art. 6º); Direito à informação (art. 7º); Assistência espiritual e religiosa (art. 8º); Queixas e reclamações (art. 9º); Questionário de satisfação serviços de saúde materna e obstetra (art. 9º-A – aditado pelo Decreto-Lei nº 110/2019); Direito de associação (art. 10º) e Menores e incapazes (art. 11º), dentre outros.

29 Atualmente, está vinculado no Ministério da Saúde, conforme Lei Orgânica, nº 124/2011.

30 Veja na Base 20, da Lei nº 95/2019. Importante reportar-se, também, a Base 1 que define: “O direito à proteção da saúde é o direito de todas as pessoas gozarem do melhor estado de saúde físico, mental e social, pressupondo a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam níveis suficientes e saudáveis de vida, de trabalho e de lazer.”.

31 Na Base 21 estão descritos os critérios de elegibilidade para a pessoa que pode utilizar do SNS.

32 Veja a Base 20, nº, a), b) e c), da Lei nº 95/2019.

33 CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 826.

34 Veja os direitos dos utentes na Base 2, da Lei nº 95/2019.

35 Para compreensão da delimitação dos cuidados de saúde, cite-se o artigo 14º da Lei 56/79: “Os utentes do SNS têm direito, em termos a regulamentar, às seguintes prestações: a) Cuidados de promoção e vigilância da saúde e de prevenção da doença; b) Cuidados médicos de clínica geral e de especialidades; c) Cuidados de enfermagem; d) Internamento hospitalar; e) Transporte de doentes quando medicamente indicado; f) Elementos complementares de diagnóstico e tratamento especializados; g) Suplementos alimentares dietéticos; h) Medicamentos e produtos medicamentosos; i) Próteses, ortóteses e outros aparelhos complementares terapêuticos; j) Apoio social, em articulação com os serviços de segurança social.”. Importante a leitura do artigo 16º, do referido diploma legal, que contextualiza os cuidados primários e diferenciados, sendo que o artigo 17º diz: “O acesso aos cuidados diferenciados está condicionado a prévia observação e decisão dos serviços de cuidados primários, salvo nos casos de urgência.”.

36 Veja Base 20, nº 2, f), da Lei nº 95/2019.

forma digna, respeitando a melhor evidência científica disponível³⁷, porém, nos limites de recursos humanos, técnicos e financeiros³⁸. Na Base 4, n.º 2, da Lei n.º 95/2019, que rege os fundamentos da política de saúde depara-se com a garantia da equidade na distribuição de recursos e na utilização dos serviços, adotando medidas de diferenciação positiva de pessoas e grupos em situação de maior vulnerabilidade. Na Base 17, sobre tecnologias da saúde, enfatiza a necessidade de sua utilização de forma humanizada, eficaz e eficiente, mas que permita a sustentabilidade financeira³⁹ dos serviços de saúde.

O financiamento do SNS, conforme estipulado na Base 23, é assegurado, em regra geral, pelo orçamento do Estado, sem prejuízos de outras receitas que porventura possam surgir, implicando na socialização dos custos. Além disso, resta previsto a cobrança de taxas moderadoras⁴⁰ que foi constituída como fonte de recurso próprio dos serviços prestados pelo SNS.

Para além da vertente da prestação positiva (dos cuidados de saúde), a Constituição da República portuguesa, ao permitir ao particular desenvolver atividade econômica na área da saúde, ou seja, não sendo um monopólio do Estado⁴¹, impõe a ele “Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade.”⁴² Como advertem Gomes Canotilho e Vital Moreira, trata-se de uma “limitação legal da liberdade de empresa nos sectores da medicina”⁴³, eis que, independentemente da busca do lucro, condição *sine qua non* de quem explora uma atividade econômica,

37 A Base 4 (Lei n.º 95/2019) impõe uma política de saúde dinâmica e evolutiva ao progresso científico e as necessidades dos cidadãos, bem como a Base 17, especifica sobre tecnologias da saúde. Sobre o assunto: ANTUNES, João Lobo. Medicina – Tecnologia e Inovação. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. p. 487-500. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010.

38 Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro: “Artigo 6.º – A garantia consagrada no art. 4.º compreende o acesso a todas as prestações abrangidas pelo SNS e não sofre restrições, salvo as impostas pelo limite de recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis”.

39 Cf. Base 20, n.º 2, h), da Lei n.º 95/2019.

40 Cf. Base 24, da Lei n.º 95/2019. Registre-se que a existência desta cobrança advém da reforma constitucional, por meio da Lei Constitucional n.º 1/89, que alterou a redação do artigo 64.º, n.º 2, passando de gratuito para “tendencialmente gratuito”. Impôs, para determinados casos específicos, a obrigatoriedade do pagamento pelo utente quando da utilização do SNS. Consulte o Decreto-Lei n.º 113/2011 (publicado no Diário da República n.º 229/2011, Série I de 2011-11-29). Para sanar dúvidas frequentes, acesse: <https://www.ers.pt/pt/utentes/perguntas-frequentes/faq/taxas-moderadoras-do-sns/>. Acesso em: 25 fev. 2025.

41 “A Constituição não estabelece um monopólio público na área da saúde, nem proíbe a medicina privada (AcTC n.º 731/95), mesmo a que assume carácter empresarial, cumprindo, todavia, ao Estado discipliná-la, fiscalizá-la e articulá-la com o serviço nacional de saúde.” CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 829.

42 Veja artigo 64.º, item 3, al. d) da Constituição da República. O Acórdão do Tribunal Constitucional, processo n.º 731/95, enfatizou: “não perfilhou um modelo de monopólio do sector público de prestação de cuidados de saúde – tendencialmente coincidente com o serviço nacional de saúde –, antes admite a existência de um sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementariedade e até de concorrência com o sector público com a consequente liberdade de escolha entre o sistema público e sistema privados de saúde”

43 Idem, p. 829.

essas empresas desempenham uma função pública e social. As entidades reguladoras, ERS e ASF, desempenham essa imposição constitucional.

Outro viés importante é a existência da contratação pelo Estado do setor empresarial, setor social e profissionais em regime de trabalho independente, para auxiliá-lo na obrigação das prestações positivas. Essa situação é reforçada na Base 25, da Lei nº 95/2019. Como exemplo, cite-se os “contratos-programa”⁴⁴, que por meio de cláusulas contratuais gerais estabelecidas pelo Ministério da Saúde, possibilitam o pagamento de contrapartidas financeiras dos atos e atividades realizadas e dos resultados obtidos, exigindo eficiência e qualidade.

De suma relevância, insta dizer que à proteção da saúde está consignada na alínea e), n. 3, do art. 64º da CRP, a qual determina ao Estado disciplinar e também controlar todas as fases comerciais dos produtos químicos, biológicos, farmacêuticos, meios de tratamentos e diagnóstico. Não se permite que a empresa se utilize de insumos inadequados ao consumo ou desenvolva técnicas que possam agravar a situação da saúde, assunto relevantes, que sempre estão em pauta para toda União Europeia. A busca milagrosa pelo emagrecimento instantâneo, pílulas de rejuvenescimento, até curas para doenças crônicas, fazem crescer um mercado de ilusões que deve ser coibido em prol do direito à proteção da saúde. A medicina baseada em evidências, ainda, é o percurso principal a ser trilhado, evitando que os utentes e consumidores se transformem em “cobaias sociais”⁴⁵.

Cabe anotar que a estrutura orgânica do SNS é responsável por prestar os cuidados de saúde transfronteiriços ou reembolsar os beneficiários sobre os custos gerados nesse tipo de atendimento em outro Estado-Membro, dentro dos limites estabelecidos pela Lei nº 52/2014, que transpôs a Diretiva 2011/24/EU.⁴⁶

Enfim, não paira dúvida que o ideal para todo cidadão era poder usufruir dos serviços públicos com agilidade e eficiência, sem necessitar contratar outra forma de prestação de assistência à saúde, porém, não sendo essa a realidade atual, aqueles

44 Despacho nº 721/2006, do Secretário de Estado da Saúde, aprovando as cláusulas contratuais gerais. Publicado no Diário da República, nº 8, II Série, de 11 de janeiro de 2006. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/12/Despacho-n-721_2006.pdf. Acesso: 25 fev. 2025. Outro exemplo, consulte o Decreto-Lei nº 139/2013 que estabeleceu um modelo especial de contratação pelo Estado com os operadores privados para a prestação de cuidados de saúde, assente na figura do contrato de adesão, ao qual as pessoas singulares ou coletivas privadas, apenas têm de aderir e preencher os requisitos constantes no clausulado tipo.

45 Vera Lúcia Raposo nos traz vários exemplos sobre pesquisas relacionadas com o corpo humano, em que pese, em alguns casos exista o consentimento informado, são experimentos que interessam mais as empresas que propriamente ao doente. RAPOSO, Vera Lúcia. O corpo humano, a nova “galinha dos ovos de ouro”. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 15. ano. 8. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 47-64.

46 Toda legislação sobre o tema está disponível em: <https://diretiva.min-saude.pt/direitos/>. Acesso em 25 fev. 2025. Destaca-se, entre outros, o considerando 4 da Diretiva 2011/24/UE que expõe: “Não obstante a possibilidade de os doentes receberem cuidados de saúde transfronteiriços nos termos da presente diretiva, os Estados-Membros continuam a ser responsáveis pela prestação de cuidados de saúde seguros, de elevada qualidade, eficazes e em quantidade suficiente aos cidadãos no respectivo território. Além disso, a transposição da presente diretiva para as legislações nacionais e a sua aplicação não deverão constituir um incentivo para que os doentes efectuem tratamentos fora do respectivo Estado-Membro de afiliação.”

que possuem condições financeiras acabam por contratar seguro de saúde, aliviando, em parte, a socialização dos custos do serviço público.

IDENTIFICAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Para adequada utilização do regime jurídico de defesa do consumidor imperioso estarem presentes os pressupostos de validade instituídos pela norma jurídica, dentre eles, o consumidor, o profissional que presta serviços, o próprio serviço prestado, a destinação e a obtenção de benefícios, direta ou indiretamente.

Com a revogação da Lei nº 29/81 pela atual Lei nº 24/96 (regime legal aplicável à defesa dos consumidores), adveio a redação constante no artigo 2º, número 2, que define a figura da pessoa profissional que fornece bens ou presta serviços aos consumidores, eis que incluiu, taxativamente, os organismos da Administração Pública, as pessoas coletivas públicas, as empresas de capitais público, as regiões autónomas, as autarquias e as empresas concessionárias de serviços públicos, todas subordinadas ao âmbito da referida legislação⁴⁷.

Imperioso destacar que a Lei nº 23/96 não trata como consumidor aquele que se relaciona juridicamente com as concessionárias de serviços públicos essenciais, é chamado de utente, inclusive no texto legal é expresso a determinação da “pessoa colectiva” ser considerada como utente, independente da destinação final dos serviços que lhe são disponibilizados. No referido diploma também resta claro que o serviço de assistência à saúde não se enquadra como concessão, afastando-se assim, a incidência dessa lei para o nosso estudo⁴⁸.

Ao abordar sobre o SNS, não restou dúvida que pertence à Administração Pública, inclusive com previsão na Lei de Bases da Saúde o dever do Estado de prestar, diretamente ou por outros entes públicos ou por entidades privadas, cuidados de saúde ao sujeito de direitos denominado de utente⁴⁹.

Entretanto, o número 1 do artigo 2º prescreve que “por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. O SNS presta serviço com carácter profissional, caracterizada como atividade econômica para obtenção de benefícios?

47 Observe-se a tendência legislativa para inclusão da Administração Pública, eis que na alteração do Decreto-Lei nº 446/85, promovido pelo Decreto-Lei nº 220/95, especificamente sobre a eliminação da exceção prevista na alínea c) do nº 1 do artigo 3º sobre “cláusulas impostas ou expressamente aprovados por entidades públicas”, constou como justificativa no preâmbulo o seguinte: “Na verdade, assiste-se, não só à equiparação tendencial da Administração Pública, enquanto fornecedora de prestações e produtora de bens, aos profissionais da esfera privada, mas também à progressiva desregulamentação dos mercados”.

48 MONTEIRO, António Pinto. *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in “AJURIS- “Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul”, Edição especial sobre o 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, tomo I, Março 1998, pp. 220-238 e também em: Estudos de Direito do Consumidor, vol. 2, p. 333-350. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000.

49 Para Nuno Cunha Rodrigues “A noção de utente é mais ampla que a de consumidor.”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *Regulação da Saúde. Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. FERREIRA, Eduardo Paz [at all]. Coimbra: Almedina, 2009, p. 621 (nota rodapé 8).

A análise partiu do ano de 2002, em virtude da reforma do sistema público de saúde, haja vista a criação das parcerias público-privadas⁵⁰ e a *empresarialização* dos hospitais⁵¹, inclusive, autorizando ao Serviço Nacional de Saúde, quando houver impossibilidade de prestação de cuidados por ele próprio, contratar serviços de entidades privadas.

A *empresarialização*⁵², modelo inspirado no “*New public management*”⁵³, foi implementado para obter qualidade na gestão hospitalar e eficiência do SNS, que culminou com a aprovação do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, através da edição da Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, atualmente, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 18/2017. O Estado português ao transformar⁵⁴ os hospitais em entidades privadas empresariais, reconheceu o desenvolvimento de uma atividade econômica típica, tendo como principal objetivo prestar cuidados de saúde a todos os cidadãos em geral, especialmente, aos utentes do SNS, aos beneficiários das “entidades externas” contratualizadas e aos cidadãos estrangeiros não residentes⁵⁵.

50 Decreto-Lei n.º 185/2002, autoriza a gestão e o financiamento ao setor privado, ampliando o acesso e agilizando o atendimento aos utentes.

51 Iniciou-se com a publicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, de 7 de março. Das 34, ora existentes, 31 unidades públicas hospitalares foram transformadas em hospitais S/A, com capitais exclusivamente públicos, após três anos, em virtude do trabalho realizado pela Unidade de Missão dos Hospitais S/A, instituída pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/2003, editou-se o Decreto-Lei n.º 233/2005, sendo que as mesmas 31 sociedades anónimas passaram a ser entidades públicas empresariais (EPE). O normativo foi alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 12/2015, de 26 de janeiro, posteriormente, alterado pelo Decreto-Lei n.º 183/2015, de 31 de agosto, revogados pelo Decreto-Lei n.º 18/2017. Veja na doutrina: J. M. Coutinho de Abreu, “Sobre as novas empresas públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)” BFD, vol. comemorativo, 2003, pp. 555, ss.

52 Na palavras de Bianca Santana: “os hospitais públicos de alguns países europeus, prestadores principais do serviço da saúde, foram vestidos com a roupagem da pessoa jurídica de direito privado, inclusive na modalidade da sociedade anónima, protótipo da grande empresa capitalista, criada originariamente para empreendimentos vultuosos, destinada ao sucesso, ao menos em tese.” Adiante a Autora alerta sobre o modelo jurídico: “a alteração jurídica operada nos hospitais transformados, que, como se viu, deixam de pertencer ao setor público administrativo, no qual eram pessoas coletivas de direito público, e passam a integrar o setor empresarial do Estado, na modalidade de empresas públicas sob a forma societária, assim, sociedades anónimas de capitais públicos e, portanto, pessoas coletivas de direito privado.” SANTANA, Bianca. A reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da *empresarialização* dos hospitais públicos portugueses. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 2. ano 1. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2004, p. 71 e 75. Sobre o modelo jurídico dos hospitais públicos, consulte: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sociedade Anónima, a sedutora (Hospitais S.A, Portugal, S.A.). Coimbra: Almedina (IDET – Instituto do Direito das Empresas, e do Trabalho), 2003.

53 Importante a análise realizada por Maria João Major e Andreia Magalhães sobre o impacto da introdução do “managerialismo”, após a *empresarialização* dos hospitais públicos portugueses entre 2002 e 2005. MAJOR, Maria João; MAGALHÃES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da *empresarialização* dos hospitais públicos portugueses. *Revista de Administração* (São Paulo). vol. 49. ano. 3. São Paulo: Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, jul./set. 2014.

54 Ressalte-se que ainda permanece alguns hospitais classificados como “Sector Público Administrativo” – hospitais SPA. Relação contida no Mapa III, do Anexo I, do Decreto-Lei n.º 18/2017.

55 Veja crítica, em 2004, de Eugénio Rosa, com relação a mercantilização da saúde, eis que Hospitais S/A estavam negociando a contratação com companhias de seguro “oferecendo um atendimento mais atempado,

Para Vital Moreira “os hospitais públicos empresarializados passam a ser também fornecedores de cuidados de saúde mediante um preço, tal como os hospitais privados. O facto de o pagador não ser o consumidor mas antes uma agência do Estado, não altera essa ‘mercadorização’ dos cuidados da saúde.”⁵⁶. Diante dessa assertiva, reporta-se ao elemento finalístico da “obtenção de benefícios”, pois é cediço que a principal fonte de financiamento das EPE’s são oriundas dos recursos públicos⁵⁷, porém, existe a prestação de serviços a título oneroso para não beneficiários⁵⁸ do seu sistema, sendo outra fonte de recurso. Registre-se, ainda, outra fonte de recurso advinda do copagamento⁵⁹ cobrado de alguns utentes. Todavia, deve-se entender se os valores recebidos, dessas fontes de recursos, configuram a “obtenção de benefícios”.

Antes, chama-se à reflexão sobre o fato que em momento algum o legislador reportou o alargamento contido no n° 2 ao contexto do n°1 do diploma legal, podendo o intérprete entender pela desnecessidade dos preenchimentos dos elementos finalísticos atribuídos aos fornecedores de bens e prestadores de serviços para configurar a pessoa profissional a ser subordinada ao regime legal à defesa dos consumidores, pois sua menção diz diretamente ao elemento objeto (bens, serviços ou direitos)⁶⁰.

célere e personalizado”, privilegiando os particulares ao invés dos beneficiários do SNS. Disponível em: http://resistir.info/portugal/hospitais_mercantilizacao.html. Acesso: 25 fev. 2025.

- 56 MOREIRA, Vital. A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 5. Belo Horizonte: Editora Fórum, jan./mar. 2004, p. 113.
- 57 Decreto-Lei n° 18/2017: “Art. 25. Financiamento. 1 – As E. P. E., integradas no SNS são financiadas nos termos da base XXXIII da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, devendo o financiamento refletir as necessidades de saúde da população abrangida e permitir um adequado planeamento da oferta de cuidados de saúde.”.
- 58 De acordo com o Despacho n° 721/2006, que institui as cláusulas contratuais gerais dos contratos-programa a celebrar entre o Ministério da Saúde e as unidades de saúde integradas no sector empresarial do Estado, são considerados beneficiários do SNS: “a) Os cidadãos portugueses; b) Os cidadãos nacionais de Estados membros da União Europeia, nos termos das normas comunitárias aplicáveis; c) Os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade; d) Os cidadãos apátridas residentes em Portugal; e) Os cidadãos estrangeiros menores em situação ilegal registados nos termos da Portaria n° 995/2004, de 9 de Agosto, e do Decreto-Lei n° 67/2004, de 25 de Março. Veja em: http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/12/Despacho-n_721_2006.pdf. Acessado: 25 fev. 2025.
- 59 Nesse sentido, a Ana Sofia Ferreira “Estes utentes não são, como nas *utilities*, <<clientes>> das entidades prestadoras, e não são nunca em sistemas do tipo SNS o seu principal financiador directo, mesmo quando se preveem co-pagamentos. Financiam, indirectamente, o Estado enquanto contribuintes, mas não existe qualquer relação directa entre contribuição e benefício dos serviços de saúde.” FERREIRA, Ana Sofia. Regulação em saúde e regulação das <<utilities>>: que diferenças? *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, vol. 3, n.º 1. Lisboa: INDEG/ISCTE; Rio de Janeiro: F.G.V, jan./mar. 2004, p. 48.
- 60 C.f.: ALMEIDA, Teresa. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*. 2ª Edição. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001. Importante dizer que o comentário da Autora foi publicizado em momento anterior a empresarialização dos hospitais. Posição contrária é percebida no texto de Paulo Duarte ao afirmar “O acento finalístico da letra da lei (actividade que visse obtenção de benefícios) parece sugerir a ideia do escopo de obtenção de lucro. Trata-se, contudo, de hipótese interpretativa que é pouco consentânea com a natureza da actividade dos sujeitos jurídicos-públicos elencados no n° 2 do art. 2° da LDC.” DUARTE, Paulo. O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2°/1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 75. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1999, p. 670.

Paralelamente, cumpre dizer que no Brasil, por não possuir uma forte *empresarialização* dos hospitais públicos, a situação foi traçada com base na remuneração *uti singuli*, particular e mensurável, ou *uti universi*, indivisível e universal, não se aplicando⁶¹ o CDC em relação aos atendimentos de assistência à saúde realizados pelo SUS aos cidadãos⁶², mas sim, quando fornecidos pelas concessionárias dos serviços públicos (energia elétrica, água, rodovia)⁶³.

Retornando sobre a incidência da <<obtenção de benefícios>>, registre-se que antes da *empresarialização* o SNS, por meio de dotação orçamentária anual, repassava aos hospitais os recursos para proverem os cuidados de saúde, atualmente, são financiados em função de sua produção, não mais pela simples geração das despesas, tendo que aperfeiçoar sua gestão para garantir a eficiência. Essa alteração de financiamento para as EPE's e para os hospitais SPA que prestam serviços de cuidados à saúde aos cidadãos portugueses não caracteriza a “obtenção de benefícios” prevista na Lei n° 24/96, haja vista que na sua quase totalidade trata-se de financiamento público, advindos do recolhimento de impostos pelo Estado, pagos pelos próprios cidadãos, que depois são repassados mediante os contratos-programas celebrados com o Ministério da Saúde.

Coutinho de Abreu adverte que o regime das empresas públicas empresariais *não impõe em lado algum o escopo lucrativo*⁶⁴, todavia, quando realizam serviços públicos de interesse geral sua característica é de atuação sem finalidades lucrativa⁶⁵.

61 Em sentido contrário: SANTIN, Janaína Rigo; SANTOS, Katiane Scharlesi Gehlen dos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no serviço público de saúde: limites e possibilidades. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. ano. 23. p. 199-222. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2015.

62 “o serviço está a sua disposição pela relação de justiça distributiva que o apanha na condição de contribuinte, no sentido fiscal, da pessoa que é cadastrada e/ou lançada a pagar impostos.” NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167. MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55. ano.13. p. 106-121. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2005.

63 Em 2017, foi publicada a Lei n° 13.460/71, dispondo sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, após 30 anos de omissão pelo legislador, haja vista que o artigo 37, §3º da CR/88 determinou a elaboração de lei. Ressalte-se que nela consta o não afastamento do CDC, quando caracterizada uma relação de consumo. Em relação aos serviços prestados por concessão, referida legislação deve também se ater à Lei n° 8.975/95. Para maiores detalhes: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MAFFINI, Rafael. Nota sobre a defesa do consumidor e os serviços públicos: inovações da Lei 13.460/2017 e seu diálogo com o CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 114. ano 26. p. 419-437. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2017.

64 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. As Novíssimas Empresas Públicas (Segundo o DL 133/2013). *Boletim de Ciências Econômicas*, LVII / 1 (2014), p. 64.

65 “la Administración Pública no tiene, en ningún caso, la condición de acreedor respecto al beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria, ni siquiera en los supuestos de urgencia (...). La relación jurídica que existe entre el beneficiario y el Sistema Nacional de Salud Pública (o la Seguridad Social) es completamente independiente de la que se establece entre el asegurado y la entidad aseguradora, de forma que por el hecho de que el asegurado solicite la prestación de asistencia sanitaria de alguno de los sujetos que tienen obligación de cumplirla no nace acción alguna del pagador frente al otro obligado. El Sistema Nacional de Salud Pública y la compañía de seguros no son deudores solidarios, porque sus respectivas obligaciones

Para o deslinde da questão, torna-se imperioso desmembrar em duas situações: (i) os utentes do SNS, com ou sem taxa moderadora, atendidos na EPE, hospitais SPA ou entidade privada em regime de PPP não são caracterizados como consumidores, por não constituir no seu atendimento a “obtenção de benefícios” e (ii) os utentes não pertencentes ao SNS atendidos na EPE devem ser considerados consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação teve como objetivo evidenciar se o utente que recebe cuidados de saúde no estabelecimento próprio ou contratualizado pelo SNS pode ser classificado como consumidor.

Diante dos apontamentos acima, conclui-se que:

- (i) os utentes do SNS, atendidos nas entidades públicas empresariais (EPE), com ou sem taxa moderadora, nos hospitais serviços públicos administrativos (SPA) ou na entidade privada em regime de PPP não são caracterizados como consumidores, por não constituir no seu atendimento a “obtenção de benefícios”; e
- (ii) os utentes não pertencentes ao SNS, atendidos nas entidades públicas empresariais (EPE), devem ser considerados consumidores.

As conclusões expostas acima, foram obtidas após investigação em várias normas jurídicas, porém, são fruto do acanhado conhecimento do autor, sendo que não tem a pretensão do esgotamento da temática neste trabalho.

nacen de relaciones jurídicas diferentes, y su contenido también es distinto”. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, nº 282, 2011, p. 38-39. Posição contrária de Joaquín Cayón de Las Cuevas: “En todo caso, y con independencia de la jurisdicción competente, si asumimos que la Administración pública puede actuar como sujeto frente al que opera la tutela diseñada por el Derecho de Consumo, como esperamos haber demostrado, este ordenamiento debiera servir como elemento de unificación material de regímenes jurídicos en la medida en que su aplicación procedería tanto en los casos de prestación pública como de prestación privada, con independencia del cauce jurisdiccional por el que se desarrollara la demanda.” LAS CUEVAS, Joaquín Cayón de. *La prestación de servicios sanitarios como relación de consumo*. TESIS DOCTORAL. Universidad de Cantabria, em 2016. Disponível em: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8412/TJCC.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 fev. 2025.

INICIATIVAS LEGAIS PARA A PROMOÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL NO BRASIL, À LUZ DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR¹

Luciane Klein Vieira²

Carolina Jardim Rangel³

Resumo: Considerando a cultura do consumismo exacerbado e a urgente necessidade de se promover a proteção do meio ambiente, é de extrema importância que se promova o consumo sustentável para que os consumidores sejam induzidos a modificar, de forma consciente, o seu modo de consumir, reduzindo, assim, os impactos ambientais, sobretudo na etapa pós-consumo. Para essa promoção, é necessário que se estabeleçam dispositivos legais e políticas públicas voltados à informação ao consumidor. À luz do disposto, o artigo trabalha com o seguinte problema de pesquisa: Quais são as iniciativas existentes na legislação brasileira de fonte interna que, sobre a base do direito à informação do consumidor, promovem o consumo sustentável? Utilizando-se dos métodos de abordagem qualitativo e exploratório, com o emprego dos métodos de procedimento normativo-descritivo, a pesquisa apresentará as normas de maior destaque contidas na legislação brasileira que têm por finalidade o fomento do consumo sustentável no país, a partir da efetivação do direito à informação ao consumidor.

Palavras-chave: Consumo Sustentável; Direito do Consumidor; Direito brasileiro; Meio ambiente; Proteção ao Consumidor.

Abstract: Considering the culture of excessive consumerism and the urgent need to promote environmental protection, it is extremely important to promote

1 Este texto contempla resultados parciais obtidos no Projeto “A informação ao consumidor como ferramenta para a implementação de práticas de consumo e produção sustentáveis de alimentos, no Rio Grande do Sul”, Termo de Outorga nº 24/2551-0001523-0, Edital nº 09/2023 - Programa Pesquisador Gaúcho - PQg, coordenado pela Prof. Dra. Luciane Klein Vieira, em execução no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

2 Luciane Klein Vieira. Doutora em Direito Internacional e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires – UBA. Mestre em Direito da Integração Econômica, pela Universidad del Salvador e Université Paris I – Panthéon/Sorbonne. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires (UBA). Diretora para o MERCOSUL do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Ex-consultora internacional da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), contratada pela UNESCO e pelo PNUD. Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPq “Direito e Integração Regional”. Coordenadora do Módulo Jean Monnet FREECEU, financiado pelo Programa Erasmus + da Comissão Europeia. E-mail: lucianevieira@unisinos.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6376329705906021>

3 Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Integração Regional, coordenado pela Prof. Dra. Luciane Klein Vieira. E-mail: carol7ran@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/41900218185012149>

sustainable consumption so that consumers are encouraged to consciously change their consumption habits, thereby reducing environmental impacts, especially in the post-consumption phase. To promote this, it is necessary to establish legal provisions and public policies aimed at informing consumers. In light of the above, the article addresses the following research problem: What are the existing initiatives in Brazilian legislation from domestic sources that, based on the consumer's right to information, promote sustainable consumption? Using qualitative and exploratory approach methods, with the use of normative-descriptive procedure methods, the research will present the most prominent standards contained in Brazilian legislation that aim to promote sustainable consumption in the country, based on the implementation of the consumer's right to information.

Keywords: Sustainable Consumption; Consumer Law; Brazilian Law; Environment; Consumer Protection.

INTRODUÇÃO

A proteção do meio ambiente tornou-se uma das pautas mais discutidas e valorosas da atualidade, visto que há urgência em se estabelecer legislação e políticas públicas nesse sentido. É de entendimento geral que o Planeta está sendo afetado pelas ações humanas e pode não resistir à contínua degradação dos ecossistemas.

Nesse contexto, adquire especial relevo a produção e o consumo, atividades essenciais para a vida em sociedade. No entanto, o consumo exacerbado, que tem se tornado regra em muitos casos, não é atividade essencial à manutenção da vida e tampouco se relaciona à preservação da saúde e do bem-estar do ser humano. Pelo contrário, a cultura de consumo excessivo – que assola a atual sociedade de consumidores, ávida pelo sentimento de pertencimento à uma determinada categoria social – apenas prejudica o meio ambiente, incentivando a produção em massa, criando mais resíduos do que o necessário, esgotando recursos naturais, fomentando a cultura do descarte, substituindo o durável pela novidade.⁴

Dessa forma, considerando a necessidade de se promover a proteção do meio ambiente, bem como o prejuízo causado pelo consumo exacerbado, é de extrema importância que se promova uma nova forma de consumo. Um consumo que leve em conta os impactos causados ao meio ambiente e que reconheça o papel da informação ao consumidor – o qual deve ser advertido das consequências de suas escolhas sobre o ecossistema. Isso deve ser feito por meio de legislação que regule a produção e consequentemente o consumo e por meio de políticas públicas que impulsionem a sustentabilidade. À luz do exposto, o presente artigo apresenta o seguinte problema de pesquisa: Quais são as iniciativas existentes na legislação brasileira de fonte interna que, sobre a base do direito à informação do consumidor, promovem o consumo sustentável?

4 BAUMAN, Zygmunt. **Vida de Consumo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011. (Tradução de Mirta Rosenberg e Jaime Arrambide). p. 119.

Para a construção dos resultados, propõe-se a utilização dos métodos de abordagem qualitativo e exploratório e dos métodos de procedimento normativo-descritivo, comparativo e monográfico. As técnicas de pesquisa utilizadas são a bibliográfica e documental.

A fim de cumprir com o proposto, o artigo, primeiramente, apresenta o conceito de consumo sustentável e, na sequência, analisa a legislação brasileira que dá sustento ao direito à informação ao consumidor com a finalidade de fomentar o consumo consciente e sustentável.

1. O RECONHECIMENTO DO CONCEITO DE CONSUMO SUSTENTÁVEL

O consumo sustentável, como conduta a ser adotada para a redução do impacto ambiental, tem ganhado destaque no âmbito global desde a realização da Rio 92:

Apesar das discussões sobre sustentabilidade terem emergido no cenário internacional em 1972, durante a realização da Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente – e o conceito de Desenvolvimento Sustentável ter sido reconhecido oficialmente no Relatório Brundtland, intitulado “Nosso Futuro Comum”, em 1987 –, o consumo sustentável só foi mencionado pela primeira vez na Agenda 21, elaborada durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento em 1992 (Rio 92). O Capítulo 4 dessa Agenda trata sobre “Mudanças nos padrões de consumo”, alertando para a necessidade de uma colaboração internacional para obter padrões de consumo sustentáveis, incluindo mudanças nos estilos de vida menos dependentes dos recursos naturais finitos.⁵⁵

A importância de se dar seguimento em dias atuais à discussão sobre o tema pode ser percebida em diversos instrumentos internacionais adotados pela ONU, sobretudo, pela inclusão do consumo consciente no objetivo nº 12 “*Produção e Consumo Responsáveis*”⁶ da Agenda 2030 sobre Desenvolvimento Sustentável, aprovada em 2015, pela Assembleia Geral da organização. Destaque-se que o documento anterior, denominado “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, aprovado no ano 2000, não incluía em seus 8 objetivos a serem alcançados até 2015, de forma expressa, a preocupação com a produção e com o consumo responsáveis, muito

5 ARAÚJO, Angélica C. M. OLIVEIRA, Verônica M. Correia, Suzanne E. N. Consumo sustentável: Evolução temática de 1999 a 2019. **Revista de Administração Mackenzie**. doi:10.1590/1678-6971/eRAMG210209. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ram/a/R3GkXJhjSFXS6JHMx3kDYXn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 maio 2025.

6 NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável: 12. Consumo e produção responsáveis**. [S. l.]: Nações Unidas, [2023?]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/12>. Acesso em: 09 maio 2023.

embora, em seu objetivo nº 7 tenha feito referência ao dever de se “garantir a sustentabilidade ambiental”.

Com relação à Agenda 2030, o ODS nº 12 busca “assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”⁷. Para tanto, a fim de orientar o agir dos Estados, organizações internacionais, fornecedores, consumidores e demais setores da sociedade civil, elenca onze metas a serem atingidas, tais como o alcance da gestão sustentável e do uso eficiente dos recursos naturais, a redução do desperdício de alimentos, a redução de resíduos, a promoção de práticas de compras públicas sustentáveis, entre outros.

Outro documento internacional aprovado pela ONU e que é responsável pelo reconhecimento da importância de se promover o consumo sustentável são as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor,⁸ cuja primeira revisão, operada no ano 1999, passou a incluir de forma expressa a preocupação com a temática.

Sobre as Diretrizes, cabe referir que a sua primeira versão foi aprovada em 1985. Não obstante, “ainda que muito simplória, se comparada com a sua versão atual, foi utilizada como base para a elaboração das legislações nacionais de diversos países, a exemplo do Brasil”⁹. O texto do documento, como referido, foi modificado e ampliado no ano de 1999 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), passando a incluir o consumo sustentável.

A última revisão das Diretrizes, aprovada no ano de 2015, pela Assembleia Geral da ONU, conceitua o consumo sustentável nos seguintes termos: “Sustainable consumption includes meeting the needs of present and future generations for goods and services in ways that are economically, socially and environmentally sustainable.”¹⁰ Sob esta perspectiva, tal como já foi adiantado em outra oportunidade,

o texto revisado em 2015, coloca a promoção do consumo sustentável como um dos objetivos a serem perseguidos pelos Estados (item I.1.h), sendo a promoção de modalidades de consumo sustentáveis (item III.5.i),

7 NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável**: 12. Consumo e produção responsáveis. [S. l.]: Nações Unidas, [2023?]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/12>. Acesso em: 09 maio 2023.

8 UN. General Assembly. **United Nations Guidelines for Consumer Protection**. NY: UN, 2015. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/449/10/PDF/N1544910.pdf?OpenElement>. Acesso em: 09 maio 2025.

9 VIEIRA, Luciane Klein. RANGEL, Carolina Jardim. O Mercosul e a Implementação das Orientações das Nações Unidas em Matéria de Consumo e Produção Sustentáveis. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 31, v. 137, p. 133 – 159, maio-junho, 2023.

10 “O consumo sustentável inclui atender às necessidades das gerações presentes e futuras por bens e serviços de maneiras que sejam economicamente, socialmente e ambientalmente sustentáveis.” (Tradução nossa) UN. General Assembly. **United Nations Guidelines for Consumer Protection**. NY: UN, 2015. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/449/10/PDF/N1544910.pdf?OpenElement>. Acesso em: 09 maio 2025.

o acesso do consumidor a uma informação adequada que lhe permita fazer escolhas bem fundadas (item III.5.e) e a educação do consumidor sobre as consequências ambientais derivadas de suas escolhas (item III.5.f), princípios gerais buscados pelo documento internacional em análise.¹¹

No âmbito interno, ganha destaque a Lei Federal nº 13.186, publicada em 2015 (mesmo ano de publicação da Agenda 2030 e da última atualização das Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor), que institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável no Brasil. No parágrafo único do art. 1º, a legislação traz o conceito de consumo sustentável, acolhendo às orientações constantes nos documentos internacionais referidos. Nesse sentido, conceitua a temática do seguinte modo: “Entende-se por consumo sustentável o uso dos recursos naturais de forma a proporcionar qualidade de vida para a geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras.”¹²

Nesse viés, valendo-se do conceito de consumo sustentável adotado nos documentos onusianos referidos, bem como na legislação brasileira *supra* destacada, a doutrina tem efetuado ponderações importantes, destacando os desdobramentos práticos derivados da preocupação com o alcance da sustentabilidade, desde a perspectiva do consumidor até a atuação governamental. Veja-se:¹³

O consumo sustentável, portanto, preocupa-se com a quantidade de produto que está sendo produzida e com a maneira como ele está sendo descartado. Ele não se resume a mudanças comportamentais do indivíduo, mas exige “um papel ativo do governo, uma responsabilidade socioambiental das empresas, bem como uma maior consciência individual.”

A partir do exposto, levando em consideração a influência das Nações Unidas na construção do direito brasileiro, e aqui, especialmente, no conceito de consumo sustentável adotado internamente, vejamos, a seguir, as principais iniciativas legais vinculadas à implementação de práticas de consumo sustentável, no país, tendo como diretriz norteadora o direito à informação do consumidor.

11 VIEIRA, Luciane Klein. As Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor e a sua implementação no MERCOSUL: o direito à informação como ferramenta para o fomento do consumo sustentável nos Estados Partes. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Nº 17. Blumenau: Dom Modesto, 2021. p. 253. Disponível em: https://www.dommodesto.com.br/wp-content/uploads/2023/11/CSSH_ANUARIO_N17_UNISSINOS_2021.pdf. Acesso em: 30 maio 2025.

12 BRASIL. **Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015**. Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13186.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

13 PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. SARTORI, Paola Mondardo. Consumo Sustentável: Limites e Possibilidades das Práticas de Consumo no Contexto Nacional. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 85. Jan/mar 2017. p. 191 – 216.

2. O CONSUMO SUSTENTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

A discussão referente ao consumo sustentável está presente em alguns dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, o Código de Defesa do Consumidor, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, a Política de Educação para o Consumo Sustentável e em normas relativas a compras públicas.

Apesar das previsões referidas, as discussões quanto ao tema ainda são primárias e carecem de aprofundamento. Como será demonstrado a seguir, poucas são as normas específicas que se destinam a fomentar o direito à informação ao consumidor como ferramenta para o alcance da sustentabilidade.

2.1 O Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação e o consumo sustentável

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi instituído pela Lei Federal nº 8.078, em setembro de 1990 e representou um grande avanço na proteção da parte vulnerável da relação de consumo, no direito brasileiro. Evidentemente, nos anos 90, a legislação consumerista recém aprovada, que se valeu das contribuições das Diretrizes das Nações Unidas e Proteção do Consumidor de 1985 e das diretivas provenientes da então Comunidade Econômica Europeia para a sua elaboração, foi considerada como uma das normas mais visionárias da época, e terminou servindo de fonte de referência para o direito de outros países que ainda careciam de normas protetivas ou que tratavam a relação de consumo no âmbito do direito das obrigações.

No entanto, com relação ao tema sob estudo, há de se referir que o CDC não fez nenhuma menção ao consumo sustentável. Até porque, como destacam Pileggi e Sodré, ele foi promulgado dois anos antes da Conferência Rio 92, que estabeleceu o “consenso de que os padrões de produção e consumo são as principais razões para a degradação ambiental”¹⁴. É por esse motivo que o Código sofreu algumas reformas, sendo que as poucas normas que foram nele inseridas, em matéria de consumo sustentável, não são suficientes para efetivamente transformar o consumidor em um agente ativo em matéria de sustentabilidade.

Sobre o tema, vale ressaltar os artigos 4º, inciso IV e 6º, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor, normativas que já presentes na redação original do CDC, preveem o direito do consumidor à informação e à educação, mas sem vinculá-los, inicialmente, ao consumo sustentável. O acesso à informação e à educação, sem dúvida, são direitos básicos de extrema importância para a conscientização do consumidor. Não obstante, a extensão destes direitos também deve abranger a conscientização do consumidor voltada à compreensão a respeito do impacto de suas

14 PILEGGI, Bruno Vinciprova. SODRÉ, Marcelo Gomes. A atualização do Código de Defesa do Consumidor e a Proteção do Meio Ambiente. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 130. Jul/ago 2020. p. 99 – 123.

escolhas no meio ambiente. Nesse sentido, torna-se salutar que “a conscientização do consumidor sobre o impacto ambiental dos produtos e serviços consumidos somente será possível por meio da educação e da informação clara”.¹⁵

Posteriormente, por meio da Lei nº 14.181, foi introduzido, em 2021, o inciso IX ao art. 4º do CDC, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo. Nesse sentido, previu-se finalmente, de forma expressa, como objetivo da Política Nacional das Relações de consumo o “fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores.”¹⁶ A respeito do tema, o CDC, em virtude da inserção operada em 2021, passou a reconhecer o consumo sustentável como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, frisando a necessidade de educar e informar o consumidor e o fornecedor a respeito da adoção de práticas éticas, legais e sustentáveis.¹⁷

Dessa forma, os dispositivos que promovem a informação e a educação do consumidor, passaram a promover, subsequentemente, o consumo sustentável, uma vez que:

(...) somente instruindo e informando os consumidores sobre seus direitos, especialmente sobre o direito de acesso à informação ambiental, a um ambiente seguro e sustentável, será possível mitigar os danos ambientais e tentar reduzir os efeitos causados pelo consumo desenfreado e sem critérios. Os consumidores devem ser informados para que possam conhecer o impacto ambiental de suas escolhas e tomar decisões informadas direcionadas à criação de novos hábitos e padrões de consumo, agora pautados na sustentabilidade.¹⁸

Como se verifica, a reforma operada passou a contemplar a previsão contida na meta 12.8 da Agenda 2030, conforme a qual é necessário: “Até 2030, garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza”¹⁹. Do mesmo modo, acolheu as orientações das Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor, previstas no item III.5, “e” e “f”, que colocam a informação e a educação ambiental como princípios que devem reger o sistema jurídico dos Estados. Dessa forma, resta evidente a importância de se brindar informação

15 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Promoção do Consumo Sustentável Através do Princípio da Informação Ambiental ao Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 104. Mar/abr 2016. p. 149 – 178.

16 BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

17 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Promoção do Consumo Sustentável Através do Princípio da Informação Ambiental ao Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 104. Mar/abr 2016. p. 149 – 178.

18 VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. A proteção ao consumidor e o desenvolvimento sustentável: as orientações das Nações Unidas para a implementação de práticas de consumo sustentáveis. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, vol. 100, p. 583–610, out./dez. 2020, p. 606.

19 NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável: 12. Consumo e produção responsáveis**. [S.l.]: Nações Unidas, [2023?]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/12>. Acesso em: 16 ago 2023.

clara, precisa, eficaz e correta para instruir e educar o consumidor para escolher produtos e serviços que agredam menos o meio ambiente, pensando sobretudo no descarte, na etapa pós-consumo.

Por outro lado, apesar de não fazer menção expressa ao consumo sustentável, merece destaque o dispositivo do CDC que proíbe a publicidade abusiva, o qual igualmente integra a redação original do Código. Trata-se do artigo 37, que em seu parágrafo 2º define como abusivas as práticas que desrespeitem valores ambientais, com potencial de induzir a erro ao consumidor. Veja-se:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

(...)

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, **desrespeita valores ambientais**, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.²⁰ (grifo nosso)

Na mesma toada, o inciso XIV do artigo 51 do CDC, que trata das cláusulas abusivas, determina que são proibidas cláusulas que promovam a violação de normas ambientais. Veja-se: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) XIV – infringem ou possibilitem a violação de normas ambientais.”²¹

Apesar de serem dispositivos que invariavelmente possuem vínculo com a proteção do meio ambiente, não fomentam de forma expressa a promoção do consumo sustentável, na medida em que são normas amplas e genéricas voltadas à proteção do consumidor contra práticas abusivas cometidas na etapa pré-contratual e contratual, mas que não se ocupam da conscientização ambiental.

De qualquer sorte, seria possível sustentar que os dispositivos *supra* citados demonstram, em alguma medida, uma tentativa de se proibir a prática do *greenwashing*. Com relação ao *greenwashing* ou “banho verde” cabe referir que o mesmo consiste “na atuação de alguns fornecedores direcionada à indução de consumidores a erro quanto às práticas ambientais das empresas ou, então, quanto aos benefícios ambientais dos produtos ou serviços por elas oferecidos.”²² Essa conduta do forne-

20 BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

21 BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

22 VIEIRA, Luciane Klein; BEN, Gustavo Vinícius. O *greenwashing* e a implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor e dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, no Brasil. In: CALGARO, Cleide (Org.) **Constitucionalismo e Meio Ambiente**. Tomo II – Consumo. Porto Alegre:

cedor se deve a que, hodiernamente, em virtude de campanhas e políticas públicas implementadas, o consumidor está mais consciente e tem buscado produtos que reduzam o seu impacto negativo no meio ambiente. Sabendo dessa nova exigência do mercado de consumo, alguns fornecedores tratam de oferecer mercadorias que supostamente atendem à essa nova exigência, quando, na verdade, estão desprovidas da preocupação ambiental. Sendo assim:

“(...) utilizando-se da vulnerabilidade informacional do consumidor, [...] as empresas veiculam expressões vagas, como “amigo do meio ambiente”, “produto verde”, “ecologicamente correto”, estratégias de marketing que visam capitanear a clientela cujo desejo é consumir produtos que estejam de acordo com a proteção ambiental. Todavia, o problema é esses informes apresentarem-se tão somente como táticas publicitárias, sem haver realmente um benefício ambiental efetivo da empresa ou do produto. Assim, tais expressões levam consumidores a erro estando passíveis de enquadramento no conceito de publicidade enganosa. Esse artifício de construção de uma imagem ambientalmente correta leva à desinformação do consumidor e denomina-se *greenwashing*, também conhecido como maquiagem/lavagem ambiental ou maquiagem/lavagem verde. O *greenwashing* não diz respeito tão somente às informações enganosas, mas também ao disfarce de uma fraca atuação pró-ambiente feita pela empresa. Ademais, pode-se manifestar de diversas formas, como imagens, cores, selos ou expressões, ou seja, toda e qualquer maneira hábil a provocar a confusão do consumidor quanto à real qualidade sustentável da empresa e de seu produto posto no mercado.”²³

Por fim, cabe ressaltar os artigos 8, 9 e 10 do CDC, que ao abordarem os riscos à saúde e à segurança do consumidor, promovem ainda que de forma indireta práticas de consumo sustentável, que devem estar voltadas à proteção das gerações presentes e futuras. Nesse sentido, o artigo 8º prevê, especificamente, a proibição de que os produtos e serviços oferecidos no mercado apresentem riscos à saúde e à segurança dos consumidores, bem como a importância da informação ao consumidor, nos seguintes termos:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar

Fi Editora, 2020. p. 328. Disponível em: <https://www.editorafi.org/780constitucionalismo>. Acesso em: 04 set. 2023.

23 FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do Fenômeno Greenwashing e sua Repercussão Perante a Cultura do Consumo Sustentável. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 118, p. 499-549, jul./ago. 2018, p. 513.

as informações necessárias e adequadas a seu respeito. §1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto. §2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.²⁴ (Grifo nosso)

No que tange ao artigo 9º, tem-se a previsão de que o consumidor seja informado sobre produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos, devendo o fornecedor deixar à disposição do consumidor, de maneira ostensiva e adequada, a informação a respeito da sua nocividade ou periculosidade, entre outras medidas. Ademais, o artigo 10 prevê a proibição da circulação de produto ou serviço que o fornecedor saiba apresentar risco à saúde ou segurança.

Fazendo a devida correlação entre a proteção da saúde e da segurança do consumidor com a preservação de um meio ambiente sadio, Garcia destaca que:

“Não por acaso é que os arts. 8.º, 9.º e 10 do CDC abordam a necessidade de informação adequada em relação aos riscos que produtos e serviços podem causar à saúde e à segurança dos consumidores. Se considerarmos que os produtos e serviços nocivos ao meio ambiente causam malefícios, ainda que tardiamente, à saúde e à qualidade de vida dos consumidores, constatamos que tais artigos podem ser utilizados para a prevenção dos também chamados riscos ambientais.”²⁵

Assim, os dispositivos que promovem a proteção da segurança e da saúde dos consumidores, fomentam em alguma medida o consumo sustentável ao impedir que produtos e serviços nocivos ou potencialmente nocivos continuem em circulação no mercado de consumo e ao garantir que o consumidor tenha acesso às informações necessárias antes de obtê-los ou usá-los.

Logo, pode-se perceber que, ainda que escassas, existem normas que já promoviam indiretamente o consumo sustentável no Código de Defesa do Consumidor, quando de sua edição, em 1990, muito embora o seu reconhecimento expresse tenha sido introduzido na legislação em apreço somente em 2021.

2.2 A Política Nacional de Educação para o Consumo Sustentável

Tal como já fora referido inicialmente, a Lei nº 13.686, instituiu, em novembro de 2015, a Política Nacional de Educação para o Consumo Sustentável, no Brasil,

24 BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

25 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Promoção do Consumo Sustentável Através do Princípio da Informação Ambiental ao Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 104. Mar/abr 2016. p. 149 – 178.

que tem como objetivo “estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção ecologicamente sustentáveis.”²⁶

O artigo 2º da mesma Lei determina os objetivos da Política Nacional de Educação para o Consumo Sustentável, entre os quais encontra-se: incentivar os consumidores para que escolham produtos de base ecologicamente sustentável; estimular a redução do consumo de recursos naturais; divulgar o ciclo de vida de produtos e formas de manejo de recursos naturais; incentivar o direito à informação ambiental, entre outros.

Especificamente, o artigo 3º determina práticas a serem adotadas pelo Poder Público, com o propósito de cumprir com os objetivos da Política Nacional de Educação para o Consumo Sustentável, sendo elas a promoção de campanhas (em espaço nobre) nos meios de comunicação de massa e a capacitação de professores e outros profissionais da Educação com o objetivo de incluir o consumo sustentável nos programas de educação ambiental do Ensino Médio e Fundamental.

Essas iniciativas são de extrema relevância para a promoção do consumo sustentável, no país. Quanto mais se divulgar e discutir os benefícios da adoção de práticas de consumo sustentável, mais os consumidores terão consciência da importância de suas escolhas ao consumirem um determinado produto ou serviço, estando cientes, portanto, do impacto de tais escolhas no meio ambiente. Dessa maneira:

Para que o consumidor possa exercer uma compra consciente e responsável, não somente visando atender a seus interesses individuais, mas também visando ao bem da coletividade, através da preservação ambiental, esclarece Manuela Prado Leitão que “dados de cunho ambiental devem ser compreendidos no conceito de características e qualidade do produto, na medida em que paulatinamente começam a ser elemento de ponderação, pelo consumidor, no momento da aquisição dos produtos. Tornam-se, pois, informação essencial e influenciam a decisão de compra do consumidor”. Exemplifica, assim, a autora que há cidadãos que optam pelo consumo de produtos orgânicos, recicláveis, que tenham consumo reduzido de energia e água, que emitam menores volumes de gás carbônico para a atmosfera etc., ainda que tenham de pagar um preço um pouco mais elevado.²⁷

Portanto, resta evidente a relevância da Política Nacional de Educação para o Consumo Sustentável, visto que promove não apenas a discussão do consumo sustentável em diferentes cenários da sociedade, partindo da Educação Básica, mas

26 BRASIL. **Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015**. Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13186.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

27 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Promoção do Consumo Sustentável Através do Princípio da Informação Ambiental ao Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 104, p. 149-178, mar./abr. 2016. p. 157.

também possibilita a conscientização da população como um todo acerca da necessária mudança nos hábitos de consumo.²⁸

Nesse sentido, por meio da implementação da Política Nacional referida, pode-se afirmar que o Direito Brasileiro segue na linha do cumprimento da determinação constante da Declaração de Berlim sobre Educação para o Desenvolvimento Sustentável (EDS), de 2021, gerada em virtude da Conferência Mundial realizada no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), conforme a qual a educação ambiental deve transformar-se em componente curricular básico nas unidades educacionais de todos os níveis de ensino do sistema de educação dos Estados Membros, até 2025.²⁹

Sobre o tema, cabe referir que a educação ambiental é uma ferramenta através da qual se faz possível introduzir e estimular o consumo sustentável, na medida em que “favorece a consciência e fomenta uma mudança de comportamento sustentável no consumidor.”³⁰ Desse modo, é definida como o processo por meio do qual “o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente”, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.795/1999, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental.

2.3 O Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN e a certificação de sustentabilidade

Como já é sabido, a educação e a informação ao consumidor constituem um pilar fundamental para a implementação do consumo sustentável. É através da informação que o consumidor terá a oportunidade de fazer a escolha que mais se alinha à proteção ambiental, rumo à efetivação de um processo “verde” de conscientização.

Nesse sentido, o consumo sustentável de alimentos adquire especial relevo, sobretudo porque os efeitos derivados do desperdício³¹ de alimentos afetam não só ao meio ambiente, mas também à população. Sobre o tema, a meta 12.3 da

28 Para mais detalhes sobre o tema, ver: VIEIRA, Luciane Klein; LUCENA, Valéria Santos de. A educação e a informação ao consumidor: medidas para o alcance da sustentabilidade. **Revista de Direito Ambiental**, v. 115, p. 167-193, Jul./Set. 2024.

29 UNESCO declara que a educação ambiental deve ser um componente curricular básico até 2025. [S. l.], 21 maio 2021. Disponível em: <https://www.unesco.org/pt/articles/unesco-declara-que-educacao-ambiental-deve-ser-um-componente-curricular-basico-ate-2025#:~:text=A%20UNESCO%20fez%20um%20pedido,campo%20para%20preservar%20o%20planeta>. Acesso em: 05 set. 2023.

30 ATZ, Ana Paula; HUPFFER, Haide Maria; NASCIMENTO, Marília Longo do. A educação ambiental como uma das Diretrizes das Nações Unidas para a promoção do consumo sustentável no Brasil. In: VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (Orgs.) **A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022. p. 236.

31 Sobre o tema, ver: VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria. Consumo Sustentável e Desperdício de Alimentos: uma proposta do MERCOSUL para o cumprimento da Agenda 2030. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 143, p. 95-120, Set./Out. 2022.

Agenda 2030 sobre o Desenvolvimento Sustentável pretende, “até 2030, reduzir pela metade o desperdício de alimentos per capita mundial, nos níveis de varejo e do consumidor, e reduzir as perdas de alimentos ao longo das cadeias de produção e abastecimento, incluindo as perdas pós-colheita”.³²

À luz do exposto, a Lei nº 11.346/2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional³³ (SISAN) resgata a importância da implementação de políticas públicas e estratégicas sustentáveis no consumo de alimentos, reconhecendo o direito a alimentos como um direito humano.

Especificamente, o art. 4º da norma em apreço determina que “A segurança alimentar e nutricional abrange: (...) VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.”³⁴ Assim, pode-se perceber a preocupação do Brasil com a adoção de iniciativas que promovam o consumo sustentável também na área trazida à colação, muito embora seja apontado como um dos 10 países que mais desperdiçam alimentos no mundo, conforme dados da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO).³⁵ O desperdício de alimentos, igualmente, é apontado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) como sendo o responsável por 8% a 10% das emissões globais de gases de efeito estufa,³⁶ o que sem lugar a dúvidas sobrecarrega o Planeta.

Igualmente, é importante destacar o papel desempenhado pelos selos responsáveis pela certificação de sustentabilidade para fins de promoção do consumo sustentável de alimentos. Apenas para ilustrar, em pesquisa realizada por Feyh, Lizana e Carvalho³⁷, “selos de certificação” e “nome e contato do produtor(a)” foram apontados como as duas informações que os consumidores de produtos orgânicos/agroecológicos mais procuram com relação aos produtos que pretendem consumir.

32 NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável: 12. Consumo e produção responsáveis.** [S.l.]: Nações Unidas, [2023?]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/12>. Acesso em: 09 maio 2023.

33 BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

34 BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

35 FIESP. **Saiba como ocorre a perda e o desperdício de alimentos ao longo da cadeia de produção.** Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/mobile/noticias/?id=291399>. Acesso em: 30 maio 2025.

36 NAÇÕES UNIDAS. **Perda e desperdício de alimentos geram até 10% das emissões globais, alerta ONU.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2024/09/1838346>. Acesso em: 30 maio 2025.

37 FEYH, Michele Hartmann. LIZANA, Giovana Rodrigues Soto. CARVALHO, Roberto Luís da Silva. Perfil do consumidor de produtos orgânicos e agroecológicos e sua relação com o consumo sustentável. **Revista Craibeiras de Agroecologia**, v. 7, n. 1, 2022.

Ainda sobre o tema, cabe destacar que em junho de 2024 entrou em vigor o Decreto nº 12.063 que institui o Programa Selo Verde Brasil que “tem por objetivo elaborar diretrizes nacionais para a normalização e a certificação de produtos e de serviços que comprovadamente atendam a requisitos de sustentabilidade pré-definidos.”³⁸ O desenvolvimento do selo está sendo coordenado pela Secretaria de Economia Verde, Descarbonização e Bioindústria do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (SEV/MDIC). Nesse âmbito, o Comitê Gestor decidiu que alguns produtos serão utilizados como projeto piloto para o selo, sendo eles: o café torrado e moído, chapas laminadas e sete produtos da indústria química. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) pretende desenvolver as normas da certificação até o final do ano de 2025, para que, dessa forma, esses produtos-pilotos estejam certificados até novembro de 2025³⁹.

A partir do exposto, corrobora-se a importância da informação ao consumidor, para conscientizá-lo a buscar produtos certificados, priorizando o consumo daqueles que utilizam práticas que se alinham à sustentabilidade. Dessa forma, a implementação do Selo Verde brasileiro trará contribuições não apenas para os consumidores que terão acesso a informações de forma mais clara e acessível, mas também para a cadeia de fornecedores que poderá adotar práticas voltadas à produção sustentável de alimentos.

2.4 A Política Nacional de Resíduos Sólidos

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) foi instituída pela Lei nº 12.305,⁴⁰ em agosto de 2010, e representa um grande avanço na implementação de medidas que visam alcançar o consumo sustentável.

Nesse sentido, no inciso V de seu artigo 6º, a legislação em referência estabeleceu a ecoeficiência como um de seus princípios fundamentais, nos seguintes termos:

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

(...)

V – a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as

38 BRASIL. **Decreto nº 12.063, de 17 de junho de 2024**. Institui o Programa Selo Verde Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-12.063-de-17-de-junho-de-2024-566218411>. Acesso em: 20 maio 2024.

39 SETORES alimentícios e de transformação serão produtos-pilotos do Selo Verde. In: Brasil. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. **Gov.br**. [S. l.], 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/noticias/2025/abril/setores-alimenticios-e-de-transformacao-serao-produtos-pilotos-do-selo-verde#:~:text=O%20Programa%20Selo%20Verde%20Brasil%20foi%20instituido%20pelo%20governo%20federal,requisitos%20de%20sustentabilidade%20pre%C3%A9%20definidos>. Acesso em: 20 maio 2025.

40 BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

necessidades humanas e tragam *qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta.*⁴¹ (Grifo nosso)

A fim de implementar a redução do impacto ambiental por meio do consumo consciente, que põe foco no consumidor como titular de obrigações e responsável pela consecução do objetivo proposto, o artigo 7º da legislação em comento põe ênfase no estímulo do consumo sustentável como um dos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

“Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

(...)

III – estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços;

(...)

XV – estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.”⁴²

Os dispositivos mencionados elevam o consumo sustentável ao patamar jurídico de princípio que passa a integrar o próprio microsistema de defesa e proteção do consumidor. Nesse sentido, conforme Ribeiro:

Pela Lei 12.305, foi criada a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), vinculando de uma vez por todas o consumo às suas crescentes pressões sobre o ambiente, quando expressamente o coloca entre as atividades geradoras de resíduos sólidos. Ademais, a citada lei eleva o consumo sustentável ao patamar de princípio jurídico explícito, ao incluir entre os objetivos da PNRS “o estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços”, assim considerados aqueles que atendam às necessidades das atuais gerações, permitindo-lhes melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras. Também foi positivado o princípio da “ecoeficiência” (art. 6º, V) de produtos e serviços, com redução dos impactos ambientais e da utilização recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta (BRASIL, 2010). Por força do “diálogo de fontes” viabilizado pelo art. 7º do CDC (LGL\1990\40) (MARQUES, 2012, p. 46-47), todas essas disposições da Lei de Resíduos Sólidos (LRS) passam a inte-

41 BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

42 BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

grar o microsistema jurídico protetivo consumerista, incorporando-se definitivamente ao direito do consumidor.⁴³

Igualmente, merece destaque o artigo 30 da PNRS, que institui a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida de um produto,⁴⁴ fortalecendo novamente o papel do consumidor como agente de transformação, colocando-o como responsável pelo impacto ambiental do que consome ao lado dos Poderes Públicos e do próprio fornecedor, quem deve, em última medida, zelar pela produção sustentável. Dessa forma, evidenciando a responsabilidade de todos os envolvidos na cadeia de produção e consumo, com o olhar posto “no nascimento até a morte do produto”, ocasionada pelo seu descarte, o dispositivo determina que:

Art. 30. É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nesta Seção.

Parágrafo único. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos tem por objetivo:

I – compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis;

II – promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas;

III – reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais;

IV – incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade;

V – estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis;

VI – propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade;

43 RIBEIRO, Alfredo Rangel. Do Consumismo à Sustentabilidade: Os Impactos do Consumo Sustentável sobre o Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 121, jan/fev 2019, p. 33 – 48.

44 Para parte da doutrina, a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto revela-se em norma de grande importância, “mas que não encontra ressonância no Código de Defesa do Consumidor, criando um sistema paralelo e de pouco diálogo. Além disso, ao se referir à responsabilidade compartilhada fica um pouco confuso a quem cabe o que. Por óbvio, as responsabilidades do setor produtivo devem ser distintas das responsabilidades dos consumidores. E mesmo a responsabilidade dos consumidores deve ser diferente, a depender de seu grau de conhecimento, educação etc. Toda essa fragilidade levou à necessidade de um debate público sobre a premência de atualizar a legislação em vigor.” (PILEGGI; Bruno Vinciprova; SODRÉ, Marcelo Gomes. A atualização do Código de Defesa do Consumidor e a Proteção do Meio Ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 130, p. 99-123, jul./ago. 2020. p. 107).

VII – incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental.⁴⁵

A partir dos objetivos da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, contemplados no parágrafo único do dispositivo referido, os quais fomentam o próprio reaproveitamento dos resíduos sólidos, o estabelecimento de políticas de reciclagem, o incentivo da eficiência do produto (a fim de evitar o seu descarte imediato), entre outras práticas, cabe ainda dar destaque aos deveres instituídos pelo artigo 31 da PNRS, conforme os quais deve ser implementado o *ecodesign* de produtos (inciso I), a informação ao consumidor (inciso II), a logística reversa (inciso III) e a participação nas ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos (inciso IV).

Sobre o tema, convém ainda referir que entre os deveres derivados da responsabilidade compartilhada, a logística reversa adquire especial destaque. Nesse sentido, entende-se que:

A logística reversa equivale à conjugação de duas obrigações legais: retorno e destinação final ambientalmente adequada de determinados produtos. Retorno significa a transferência do produto da esfera jurídica do consumidor após o uso para a esfera jurídica do setor empresarial que colocou o produto no mercado. Essa transferência pode ocorrer por meio de devolução – comportamento ativo do consumidor (ir levar) e passivo do setor empresarial (receber) – ou de coleta – comportamento ativo do setor empresarial (ir buscar) e passivo do consumidor (deixar levar). Já a destinação final consiste na submissão do produto retornado a uma operação de reaproveitamento do seu substrato material (reciclagem) ou energético ou de sua eliminação controlada no ambiente, caso típico da incineração e do aterramento.

Embora o dever de retorno se refira à transferência do produto entre esferas *jurídicas*, a ela subjaz uma movimentação física, correspondente ao percurso que o produto faz desde o descarte pelo consumidor-usuário até a destinação final ambientalmente adequada pelo setor empresarial.⁴⁶

Desse modo, a logística reversa, nos termos do definido pela PNRS, determina que deve haver este movimento físico obrigatório para produtos/resíduos perigosos (art. 33, *caput*), podendo igualmente ser empregada para qualquer produto, a depender

45 BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

46 CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. Mitos e verdades sobre a logística reversa no Brasil. In: VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (Org.) **A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022. p. 305.

da contribuição deste na “gravimetria dos resíduos sólidos urbanos”⁴⁷. Nesse sentido, a fim de cumprir com o referido, no Brasil, tem-se a determinação da entrega voluntária, pelo consumidor, em locais de recolhimento determinados pelo fornecedor, de pilhas, baterias, pneus, lubrificantes usados ou contaminados, lâmpadas fluorescentes, alumínio, produtos eletrônicos, agrotóxicos e suas respectivas embalagens.

Portanto, a logística reversa, que permite o retorno do resíduo sólido para o ciclo produtivo, fazendo com que o mesmo deixe de ser resíduo e se torne matéria prima para novos produtos, busca, igualmente, minimizar os impactos ambientais causados pelo consumo desenfreado, evidenciados pelo descarte irresponsável, sendo uma importante aliada da economia circular, em termos de promoção da sustentabilidade, rumo à implementação do ODS nº 12 e das orientações previstas nas Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor.

2.5 As Compras Públicas Sustentáveis

Como é de notório conhecimento, a Administração Pública, seja ela municipal, estadual ou federal, quando adquire produtos ou serviços, é obrigada a proceder ao processo licitatório, nos termos do disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o dever de licitar, no Direito brasileiro, foi regulamentado pela Lei nº 8.666/1993, a qual estabelece normas gerais sobre licitação e contratos administrativos referentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Dessa forma, no procedimento administrativo de licitação, a Administração Pública, por meio de edital ou carta convite, convoca empresas/fornecedores que estejam interessados na apresentação de propostas de ofertas de bens e serviços. Aquela proposta que for a mais vantajosa para a Administração, levando em consideração a capacidade técnica e econômico-financeira do licitante, a qualidade do produto e o valor da oferta (menor preço) e que, igualmente, atenda ao interesse público e às especificações constantes do edital ou da carta convite, será selecionada para fins de contratação.

Portanto, a Lei nº 8.666/1993, antes referida, no seu artigo 3º, traça as linhas gerais do processo licitatório, buscando o respeito aos princípios da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, entre outros, a fim de efetivar a seleção da proposta mais vantajosa em nome do interesse público. Em 2010, por meio da Lei nº 12.349, foi reformada a redação do dispositivo em comento, para inserir a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como objetivo da licitação, ficando o artigo mencionado com a seguinte redação:

47 CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. Mitos e verdades sobre a logística reversa no Brasil. In: VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (Org.) **A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022. p. 311.

Art. 3o. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.⁴⁸ (Grifo nosso)

Sendo assim, segundo o artigo 3º da Lei referida, as licitações, ademais da observância do critério econômico, representado pela busca do menor preço, também devem atender à exigência da sustentabilidade, preocupando-se, portanto, com o impacto ambiental gerado pela utilização de bens e serviços contratados pelo Poder Público.

Pese a que a regra esteja destinada a reger as compras realizadas por meio de licitação, de modo a que sejam sustentáveis, pode-se afirmar que o consumo sustentável também está sendo estimulado através das compras públicas que atendam ao critério do “desenvolvimento nacional sustentável”. Assim, para Guimarães e Xavier:

As compras sustentáveis já são uma realidade regulamentada no setor público no Brasil – Segundo Valente (2011) em função da interpretação dos arts. 23, VI, 37, XXI, 170, VI, e 225 da Constituição Federal, a Administração Pública deve procurar compatibilizar os bens e serviços a serem contratados com exigências relativas à proteção do meio ambiente. A interpretação desses dispositivos constitucionais, tendo em conta ainda o princípio da unidade da Constituição, conduz a um entendimento no sentido de que o Poder Público, por exemplo, quando da realização de processos licitatórios, deve considerar, em função de sua obrigação de defender e preservar o meio ambiente, a escolha de produtos, serviços e bens que atendam a critérios de sustentabilidade ambiental, sem, entretanto, estabelecer restrições que comprometam o tratamento igualitário nos processos competitivos.⁴⁹

Desta feita, o estímulo à observância da variável ambiental refletida na exigência de sustentabilidade nas compras públicas, é de extrema importância para o debate e a promoção da temática na sociedade, muito embora não esteja diretamente relacionada ao direito à informação ao consumidor. As exigências impostas ao Poder Público pos-

48 BRASIL. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1o do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm. Acesso em: 30 maio 2025.

49 GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Consumo Sustentável numa Abordagem Jurídica da Concepção de Desenvolvimento no Brasil e na China. **Revista Eletrônica Direito E-Nergia**. Natal, vol 6, ano 4, ago./dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufn.br/direitoenergia/article/view/5152>. Acesso em: 20 ago. 2023. p. 14.

suem aptidão para ensinar, na população (e aqui, especialmente, nos consumidores), um comportamento mais consciente e responsável relativo às próprias escolhas em termos de aquisição de produtos e serviços e o seu posterior impacto no meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consumo sustentável é uma das práticas e ações que devem ser fomentadas pelos Estados para a proteção do meio ambiente para a geração atual e para as futuras gerações, visto que, como já referido, é de consenso global que grande parte do prejuízo causado ao meio ambiente advém do consumo exacerbado de produtos e serviços, incrementado pelo posterior descarte irresponsável.

À luz do exposto, este artigo buscou responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais são as iniciativas existentes na legislação brasileira de fonte interna que, sobre a base do direito à informação do consumidor, promovem o consumo sustentável?

Como resposta ao problema formulado, verificou-se que existem algumas normas no Direito interno brasileiro que se preocupam em implementar o consumo sustentável e elevá-lo ao patamar de princípio do ordenamento jurídico nacional, estabelecendo objetivos, medidas e ações que devem ser implementadas para efetivar a preocupação com as dimensões social, econômica e ambiental do fenômeno do consumo, permitindo que o tema seja tratado sob uma perspectiva transversal.

Nesse sentido, merecem especial destaque as normas que pretendem promover a educação ambiental e o acesso à informação aos consumidores, buscando servir de ferramenta para que eles possam tomar decisões mais conscientes e bem-informadas, as quais estão contempladas, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei nº 8.078/1990. Igualmente, no diploma em referência, constam regras que proíbem a publicidade enganosa e as cláusulas abusivas que tentam mascarar como “verdes” ou “sustentáveis” a produtos e ou serviços que, na verdade, prejudicam o meio ambiente, servindo de alicerce para a aplicação de sanções, a fim de coibir que o fornecedor adote medidas e práticas que não representam a realidade, a exemplo do fenômeno conhecido como *greenwashing*.

Também na linha da educação e informação ao consumidor, em 2015, foi aprovada a Política Nacional de Educação para o Consumo Sustentável, pela Lei nº 13.186, conforme a qual se deve “estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção ecologicamente sustentáveis”, servindo de base para a inclusão do tema nos currículos das instituições de ensino brasileiras, atendendo, igualmente, ao previsto pela Política Nacional de Educação Ambiental, aprovada pela Lei nº 9.795/1999.

Na área do consumo sustentável de alimentos, em 2006, por meio da Lei nº 11.346, criou-se o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), que resgata a importância da implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis no consumo de alimentos, reconhecendo o direito a alimentos como um direito humano, bem como a importância da informação ao consumidor como ferramenta de conscientização.

Especificamente com relação à preocupação com o descarte, em 2010, foi aprovada a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, pela Lei nº 12.305, a qual elevou o consumo sustentável como objetivo nacional, estabelecendo, ademais, que o consumidor é corresponsável pelo ciclo de vida do produto, numa perspectiva de responsabilidade compartilhada com o fornecedor e o Poder Público. Nesse sentido, por exemplo, reforçou-se o dever de informação ambiental ao consumidor, bem como a prática da logística reversa, que representa o retorno do resíduo sólido para o ciclo produtivo, atendendo à noção de economia circular.

Por fim, inclusive no âmbito do Poder Público se fomenta o consumo sustentável, na medida em que, em virtude da reforma operada pela Lei nº 12.349/2010, que introduziu a exigência da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) é necessário observar o cumprimento do requisito da sustentabilidade nas compras públicas.

Pese ao exposto, é imprescindível que se amplie a gama de dispositivos e políticas públicas, no Brasil, que promovam a adoção de práticas e ações sustentáveis, para que cada vez mais seja possível a caminhada na direção de um padrão de consumo que permita a sobrevivência das gerações atual e futuras, em harmonia com a preservação do meio ambiente e da própria saúde humana, e que coloque o consumidor como agente de transformação, como agente da sustentabilidade.

Nesse sentido, por exemplo, seria essencial a aprovação do Projeto de Lei nº 3.514/2015,⁵⁰ em apreciação pela Câmara de Deputados, o qual prevê a inserção da proteção do meio ambiente como objetivo da Política Nacional de Defesa do Consumidor, bem como inclui como direito básico do consumidor o acesso à informação ambiental veraz e útil.

Por fim, também seria de especial relevo que o país adotasse uma legislação específica destinada a regular a obsolescência programada, a fim de implementar medidas destinadas a prevenir a substituição irresponsável de produtos sem o olhar posto nas consequências derivadas do seu descarte.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Angélica C. M. OLIVEIRA, Verônica M. Correia, Suzanne E. N. Consumo sustentável: Evolução temática de 1999 a 2019. **Revista de Administração Mackenzie**. doi:10.1590/1678-6971/eRAMG210209. São Paulo. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ram/a/R3GkXJhjSFXS6JHMx3kDYXn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 maio 2025.

50 BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.514, de 4 de novembro de 2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Brasília, DF: Câmara de Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408274. Acesso em: 05 set. 2023.

ATZ, Ana Paula; HUPFFER, Haide Maria; NASCIMENTO, Marília Longo do. A educação ambiental como uma das Diretrizes das Nações Unidas para a promoção do consumo sustentável no Brasil. In: VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (Orgs.) **A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022. p. 236.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida de Consumo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011. (Tradução de Mirta Rosenberg e Jaime Arrambide). p. 119.

BRASIL. **Decreto nº 12.063, de 17 de junho de 2024**. Institui o Programa Selo Verde Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-12.063-de-17-de-junho-de-2024-566218411>. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm. Acesso em: 30 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015**. Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13186.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 09 maio 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.514, de 4 de novembro de 2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Brasília, DF: Câmara

de Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408274. Acesso em: 05 set. 2023.

CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. Mitos e verdades sobre a logística reversa no Brasil. In: VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (Org.) **A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022. p. 305.

FEYH, Michele Hartmann. LIZANA, Giovana Rodrigues Soto. CARVALHO, Roberto Luís da Silva. Perfil do consumidor de produtos orgânicos e agroecológicos e sua relação com o consumo sustentável. **Revista Craibeiras de Agroecologia**, v. 7, n. 1, 2022.

FIESP. **Saiba como ocorre a perda e o desperdício de alimentos ao longo da cadeia de produção**. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/mobile/noticias/?id=291399>. Acesso em: 30 maio 2025.

FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do Fenômeno Greenwashing e sua Repercussão Perante a Cultura do Consumo Sustentável. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 118, p. 499-549, jul./ago. 2018. p. 513.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Promoção do Consumo Sustentável Através do Princípio da Informação Ambiental ao Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 104. Mar/abr 2016. p. 149 – 178.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Consumo Sustentável numa Abordagem Jurídica da Concepção de Desenvolvimento no Brasil e na China. **Revista Eletrônica Direito E-Nergia**. Natal, vol 6, ano 4, ago./dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrr.br/direitoenergia/article/view/5152>. Acesso em: 20 ago. 2023. p. 14.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável: 12. Consumo e produção responsáveis**. [S. l.]: Nações Unidas, [2023?]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/12>. Acesso em: 09 maio 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Perda e desperdício de alimentos geram até 10% das emissões globais, alerta ONU**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2024/09/1838346>. Acesso em: 30 maio 2025

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. SARTORI, Paola Mondardo. Consumo Sustentável: Limites e Possibilidades das Práticas de Consumo no Contexto Nacional. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 85. Jan/mar 2017. p. 191 – 216.

PILEGGI, Bruno Vinciprova. SODRÉ, Marcelo Gomes. A atualização do Código de Defesa do Consumidor e a Proteção do Meio Ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 130. Jul/ago 2020. p. 99 – 123.

RIBEIRO, Alfredo Rangel. Do Consumismo à Sustentabilidade: Os Impactos do Consumo Sustentável sobre o Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 121. jan/fev 2019. p. 33 – 48.

SETORES alimentícios e de transformação serão produtos-pilotos do Selo Verde. In: Brasil. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. **Gov.br**. [S. l.], 2025.

Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/noticias/2025/abril/setores-alimenticios-e-de-transformacao-serao-produtos-pilotos-do-selo-verde#:~:text=O%20Programa%20Selo%20Verde%20Brasil%20foi%20institu%C3%ADdo%20pelo%20governo%20federal,requisitos%20de%20sustentabilidade%20pr%C3%A9%2Ddefinidos>. Acesso em: 20 maio 2025.

UN. General Assembly. **United Nations Guidelines for Consumer Protection**. NY: UN, 2015. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/449/10/PDF/N1544910.pdf?OpenElement>. Acesso em: 09 maio 2025.

UNESCO declara que a educação ambiental deve ser um componente curricular básico até 2025. [S.l.], 21 maio 2021. Disponível em: <https://www.unesco.org/pt/articles/unesco-declara-que-educacao-ambiental-deve-ser-um-componente-curricular-basico-ate-2025#:~:text=A%20UNESCO%20fez%20um%20pedido,campo%20para%20preservar%20o%20planeta>. Acesso em: 05 set. 2023.

VIEIRA, Luciane Klein. As Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor e a sua implementação no MERCOSUL: o direito à informação como ferramenta para o fomento do consumo sustentável nos Estados Partes. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. N° 17. Blumenau: Dom Modesto, 2021. p. 253. Disponível em: https://www.dommodesto.com.br/wp-content/uploads/2023/11/CSSH_ANUA-RIO_N17_UNISSINOS_2021.pdf. Acesso em: 30 maio 2025.

VIEIRA, Luciane Klein. RANGEL, Carolina Jardim. O Mercosul e a Implementação das Orientações das Nações Unidas em Matéria de Consumo e Produção Sustentáveis. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 31, v. 137, p. 133 – 159, maio-junho, 2023.

VIEIRA, Luciane Klein; BEN, Gustavo Vinícius. O greenwashing e a implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor e dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, no Brasil. In: CALGARO, Cleide (Org.) **Constitucionalismo e Meio Ambiente**. Tomo II – Consumo. Porto Alegre: Fi Editora, 2020. p. 328. Disponível em: <https://www.editorafi.org/780constitucionalismo>. Acesso em: 04 set. 2023.

VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. A proteção ao consumidor e o desenvolvimento sustentável: as orientações das Nações Unidas para a implementação de práticas de consumo sustentáveis. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, vol. 100, p. 583-610, out./dez. 2020, p. 606.

VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria. Consumo Sustentável e Desperdício de Alimentos: uma proposta do MERCOSUL para o cumprimento da Agenda 2030. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 143, p. 95-120, Set./Out. 2022.

VIEIRA, Luciane Klein; LUCENA, Valéria Santos de. A educação e a informação ao consumidor: medidas para o alcance da sustentabilidade. **Revista de Direito Ambiental**, v. 115, p. 167-193, Jul./Set. 2024.

DURABILIDADE DE PRODUTOS E PRAZOS DE GARANTIA¹

José Geraldo Brito Filomeno²

“... Que não seja imortal, posto que é chama/ Mas que seja infinito enquanto dure”

(Vinicius de Moraes, no Soneto da Felicidade)

NOTAS INICIAIS

A citação do célebre poema do nosso imortal *Poetinha*, como era carinhosamente chamado, sobretudo, pelo também imortal parceiro Tom Jobim, dá uma dimensão da efemeridade das coisas e da própria vida.

Nosso avô paterno, alfaiate italiano habituado e exigente quanto à qualidade das roupas que fazia e das coisas, de modo geral, de certa feita, quando contávamos cerca de 12 anos de idade, nos apontou uma lâmpada incandescente que iluminava a cozinha de sua casa, dizendo que a havia comprado há mais de 30 anos. Aliás, na época em que sua própria residência fora construída.

Embasbacado, até colocamos em dúvida aquela afirmação. Entretanto, era o *nonno* quem estava a dizê-lo e certamente deveria haver um bom fundo de verdade nela.

Pois não é que --- ao menos àquela época, década de '60 do século XX ---, era a realidade vigente? Senão, vejamos.

DURABILIDADE: CONCEITO

Em sentido etimológico *durável* é a qualidade daquilo que subsiste, persiste no tempo ou por muito tempo. Mas não eternamente, por certo.

Tudo que existe tem certamente um tempo de existência e funcionalidade plena, obsolescência, decadência e fim.

Destarte, mesmo a lâmpada incandescente do nosso avô --- cujo modelo foi proscrito do mercado brasileiro, substituída que foi pelas lâmpadas fluorescentes e, principalmente, pelas de LED ---, teve certamente o seu fim.

Também nos lembramos de um refrigerador adquirido por nosso pai na década de '50 dos noventa, ainda importado dos Estados Unidos da América, que serviu nossa família durante mais de 40 anos e admiravelmente ainda funciona, até

1 Artigo publicado na *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Bonijuris, J.M. Editora, Curitiba, PR vol. VI, nº 24, dezembro de 2016, págs. 151-172. Revisto e atualizado em 8-5-2017. **Observação:** roga-se utilizar esta referência bibliográfica em caso de citações e de sua utilização.

2 Advogado, Consultor jurídico, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP (Área de Direito Comercial & Relações de Consumo) professor em graduação e pós-graduação em direito do consumidor. Foi procurador geral de justiça, vice-presidente e relator-geral da comissão especial que elaborou o anteprojeto do vigente código de defesa do consumidor

hoje, num bar de uma nossa antiga empregada doméstica, a quem foi doado há mais de 15 anos.

Admirável *mundo velho*? Sem dúvida.

Mister, todavia, analisarmos neste passo os conceitos também de *qualidade*, eis que indelevelmente ligado ao de *durabilidade*.

CONCEITOS DE QUALIDADE

Qualidade técnica. No sentido *técnico*, sobretudo, à luz do chamado SIN-METRO – Sistema Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia incumbido, em última análise, da regulação quanto às características, funcionalidade, segurança e durabilidade de produtos, significa a *adequação destes ou de serviços a uma determinada norma que disciplina a sua fabricação*.

Esse aspecto é de importância fundamental, principalmente se se tiver em conta uma determinada dúvida ou mesmo litígio envolvendo certo produto ou serviço que apresente alguma anomalia.

Tanto assim que, conforme enunciado pelo inciso VIII do art. 39 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, considera-se *prática abusiva*, dentre outras circunstâncias, a de se “colocar no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial³”.

Qualidade esperada, entretanto, do ponto de vista do *consumidor*, significa uma sua *expectativa relativamente a características prometidas pelos fornecedores, inclusive, quanto à durabilidade de produtos e serviços*.

Resta evidente, destarte, que para além de um produto ou serviço deverem ter uma *certificação de qualidade técnica* conforme a categoria a que pertençam, designadamente quando se tratar de segurança, desempenho e durabilidade, *devem satisfazer as expectativas do consumidor*, mormente com relação àquelas qualidades cantadas e decantadas pelas ofertas e publicidade.

Não é tampouco por acaso, por outro lado, que o Código de Defesa do Consumidor consagrou os princípios da *vinculação* e da *transparência* da oferta e da publicidade.

Ou seja, consoante dispõe o artigo 30 do estatuto consumerista brasileiro: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser assinado.

3 O CONMETRO passou a ter a denominação de *Conselho Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia*, por força da Lei Federal nº 12.545, de 14-12-2011.

Ou, em suma: se o fabricante ou prestador de serviços afirma, mediante ofertas públicas ou pelos variados meios publicitários tais e quais características e *qualidades* que seu produto tenha, *deve honrá-las* ao ensejo da formalização da compra pelo consumidor, sob pena de punições, inclusive, de caráter criminal.⁴ É o que se denominada o *princípio da vinculação da oferta ou da publicidade*.

Por outro lado, conforme previsto pelo parágrafo único do artigo 36 do Código do Consumidor, “o *fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem*”.

Nesse caso o que se configura é o chamado *princípio da transparência* da oferta e publicidade.

Embora aqui tomado como exemplo uma hipótese exagerada, têm-se as peças publicitárias de sabões em pó, em que o anunciante faz mergulhar em verdadeiras piscinas contendo o seu produto, pesadas peças de roupas, em comparação com outro tanque com outro produto concorrente ou similar, emergindo depois o primeiro translúcido e limpíssimo, enquanto que no segundo caso, peças opacas e acinzentadas.

Relevante salientar que nesse caso, na hipótese de alguém vier a confrontar as afirmações hiperbólicas, no caso, de um fabricante com a realidade, este deverá ter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que comprovem aquelas qualidades veiculadas. Tudo também, como no caso anterior, sob pena de procedimentos de ordem administrativa, civil e até penal.

GARANTIA: SENTIDO ETIMOLÓGICO, ORIGENS DO INSTITUTO JURÍDICO, GARANTIAS LEGAL E CONTRATUAL

Conforme já salientamos em passo anterior, a questão da *garantia* de produtos e serviços está intimamente ligada à sua *qualidade* exigida por uma determinada norma de adequação ou segurança ou mesmo por manuais técnicos concebidos pelo próprio fornecedor, além da expectativa do consumidor. Incumbe-nos doravante, conceituarmos o que se deva entender por *garantia*, a origem desse instituto, bem como as chamadas *garantias legais* ao lado das *garantias contratuais*.

Sentido etimológico e origens do instituto jurídico. Etimologicamente *garantia* consiste num “*documento com que se assegura a autenticidade e/ou a boa qualidade de um produto ou serviço, e se assume, junto ao comprador ou usuário, o compromisso de ressarcir-lo em caso de ineficiência ou fraude comprovadas*”⁵.

LEIZER LERNER⁶ revela que o célebre CÍCERO sempre chamava a atenção nas causas que defendia, para que se assegurasse sempre ao adquirente de

4 Cf. artigos 56, XII, 66 e 67 do Código de Defesa do Consumidor.

5 Cf. *Dicionário Novo Aurélio “O Dicionário da Língua Portuguesa” Século XXI*, Editora Nova Fronteira, R.J., 1999.

6 Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Grupo GEN/Atlas, S.P., 14ª edição, 2016, págs. 3-4.

bens de consumo duráveis, a garantia de que as deficiências ocultas nas operações de compra e venda seriam sanadas ou então, em caso de impossibilidade, haveria a resilição contratual. E clamava, com eloquente advertência: *caveat emptor* (que se acautele o comprador).

Chamava a atenção para a não mais nem menos que a famosa cláusula *ex empto*, que pressupõe a *garantia implícita*, ainda que *non scripta*, que é outorgada por qualquer vendedor ou prestador de serviços⁷.

Daí porque o artigo 24 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que: “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração de responsabilidade”.

4.2 Garantia contratual. Conforme dispõe o artigo 50 do Código do Consumidor: “A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. Parágrafo único - O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso de produtos em linguagem didática, com ilustrações”.

A razão para o enunciado de tais dispositivos deveu-se à existência, à luz do então vigente Código Civil de 1916, de prazo prescricional extremamente curto, ou seja, de apenas 15 dias para a discussão dos vícios redibitórios e ajuizamento da competente ação redibitória.

Esses dispositivos, na verdade, deveram-se a uma conquista jurisprudencial incorporada ao estatuto consumerista.

Com efeito, lembramo-nos de quando ainda no curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nosso pai, advogado, ingressou em juízo em prol de um médico de nossa cidade no interior desse estado que se havia acidentado com o veículo novo, *dentro do prazo de garantia* oferecido pelo fabricante, mas quando os 15 dias já se haviam escoado.

Apurou-se que o acidente --- de que resultaram a perda total do veículo, além de sérios ferimentos no condutor ---, conforme perícia levada a cabo pelo prestigiado IPT – Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo ---, fora causado pelo *travamento* do eixo traseiro do carro, em decorrência de fadiga do material e sua *soldadura à roda*, fazendo com que ele girasse sobre esse eixo por duas vezes, capotasse e se imobilizasse numa ribanceira que abrigava ao fundo a linha ferroviária.

Atendendo a uma preliminar levantada pela empresa fabricante do veículo e pela concessionária-vendedora, em litisconsórcio passivo de que a ação redibitória

7 JORGE TORRES DE MELLO ROLLEMBERG, in *Proteção ao Consumidor: Seus Problemas e Dificuldades*, Iniciativas na Área Privada Oficializada do Movimento pelo Governo, Escola Superior de Guerra, Trabalho Especial – TE87, Tema 21, 1987.

estava prescrita pelo transcurso dos 15 dias, o juízo de primeiro grau julgou a vítima carecedora da ação.

Acabou ela vencendo a demanda no final, todavia, eis que o Tribunal de Justiça do Estado, em sede de apelação --- já que, como se sabe, questão de prescrição é de mérito ---, entendendo-se que, como o prazo é bastante curto, e os defeitos ou vícios costumam aparecer dentro de um prazo razoável dentro das expectativas de durabilidade dos produtos, *para efeitos, inclusive prescricionais, somam-se o prazo de 15 dias (legal) ao prazo dado como garantia (1 ano, nesse caso)*.

Cumpra salientar, outrossim, que as *garantias* são outorgadas em razão de os próprios fornecedores, de modo geral, estatisticamente calcularem a probabilidade da ocorrência de vícios ou defeitos em determinados produtos de uma linha fabricados em série durante num determinado lapso temporal, procurando, por outro lado, zelar pelo seu nome comercial.

A chamada *garantia estendida* por outro, que tem sido insistente e irritantemente oferecida pelos solertes vendedores de lojas de eletrodomésticos, não passa de um seguro em benefício das próprias lojas e pagamento de comissões àqueles funcionários, em última análise, e não propriamente do consumidor

Relevantes medidas saneadoras com vistas a apurar e coibir os abusos daí decorrentes foram adotadas pelo operoso Promotor de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, AMAURI ÁRTIMOS DA MATTA.⁸

Ou seja, além da garantia oferecida pelo próprio fabricante, além da chamada *garantia legal* que será analisada no subitem seguinte, os varejistas ainda querem vender um seguro garantia. Em princípio, e em última análise, nada contra. Entretanto, os consumidores têm de ser devidamente informados a respeito, como é curial, e não podem ser pressionados a aceita-la, o que constitui manifesta prática abusiva.

4.3 Garantia legal. Na verdade, como visto no subitem anterior, essa garantia confunde-se com os prazos previstos em lei, durante os quais se confere aos consumidores um determinado tempo para que, utilizando os produtos adquiridos, possam reclamar contra vícios ou defeitos neles constatados.

Com efeito, o artigo 26, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

“O direito de reclamar pelos vícios aparentes e de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1º - Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º - Obstam a decadência: I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca (...) III – a instauração de inquérito civil,

⁸ Cf. artigo PROCON Vinculado ao Ministério Público: estrutura e atuação prática, in Tutela Administrativa do Consumidor: atuação dos PROCON's, legislação, doutrina jurisprudência, obra coletiva por nós organizada, Ed. Atlas, S.P., 2014, 1ª edição, págs. 171 a 230.

até seu encerramento. § 3º - “Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”.

5. COTEJO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Conforme asseverado linhas atrás, o Código de Defesa do Consumidor, em matéria de vícios redibitórios, além de outros aspectos como, por exemplo, a questão da *responsabilidade civil objetiva por danos, interpretação mais favorável das cláusulas contratuais e possibilidade de sua revisão* etc., operou uma verdadeira *revolução* nos princípios tradicionais do privatista Código Napoleônico de 1804 que claramente inspirou o Código Civil Brasileiro de 1916.

Assim é que, no tocante às possibilidades de rescisão contratual em decorrência de vícios e defeitos, inovou no que concerne aos prazos para redimir (*i.e.*, não mais os 15 dias do vetusto código de 1916, nem muito menos de 10 dias do código comercial imperial de 1850).

5.1 Código civil de 2002. O Código do Consumidor, portanto, foi certamente o inspirador do próprio *aggiornamento* do Código Civil vigente, de 2002, só que ficou aquém do esperado. Isto porque o prazo da *garantia legal*, enquanto que em outros países é de dois anos, os prazos ali previstos são de 90 dias, para bens de consumo duráveis, e 30 para os não duráveis. E, agora, apenas 30 dias para coisas móveis e um ano para imóveis, de acordo com o Código Civil. Se não, vejamos.

Seu artigo 445 dispõe que “o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade”.

E o § 1º complementa essa ordem de ideias, asseverando que, “quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele se tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis”.

5.2 Entendimentos jurisprudenciais. Conforme alguns arestos dos tribunais brasileiros, entretanto, a questão da prescrição ou decadência quanto a *vícios ocultos* tem sido interpretada conforme seu termo inicial ligada à *garantia*, daí a sua importância e conexão à chamada *vida útil* dos produtos e a *obsolescência programada*.

Com efeito:

“Vício oculto – prazo para reclamação (artigo 26, parágrafo 3º CDC)

PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – VÍCIO REDIBITÓRIO –
Lapso temporal que só se inicia após o conhecimento inequívoco do vício do produto – Prazo de garantia que visa proteger o adquirente – Inexistindo meios de se verificar a presença do defeito no prazo legal não pode aquele que não deu causa suportar o prejuízo – Interpretação do art. 178, § 5º, IV, do CPC. TJ/SP, RT 806/165”.

“CONSUMIDOR – PRODUTO DURÁVEL – VEÍCULO AUTOMOTOR – VÍCIO OCULTO – DECADÊNCIA – Prazo decadencial de 90 dias para reclamação, contados a partir da data em que evidenciado o defeito – Inteligência do art. 26, II, e § 3º, da Lei 8.078/90. TJ/RR. RT 785/382”⁹.

“DIREITO DO CONSUMIDOR – AÇÃO ORDINÁRIA – DECADÊNCIA. Se o vício é oculto, isto é, aquele capaz de só se manifestar com o uso, o termo inicial da garantia fica em aberto, de tal sorte que somente após constatado o vício é que inicia a contagem do prazo decadencial. Inteligência do art. 26, § 3º, do CDC. Garantia. Vício oculto ou de inadequação. A teor do art. 24 da Lei 8.078/90, ‘a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso’. Assim, o dever de proceder à substituição do aparelho por outro semelhante se mostra inarredável na hipótese dos autos, em que, remetido o aparelho para conserto, não se mostrou adequado ao uso. Apelo improvido.”¹⁰.

“DIREITO DO CONSUMIDOR – AÇÃO REDIBITÓRIA – DECADÊNCIA. Se o vício é oculto, isto é, só se manifesta com o uso, o termo inicial da garantia fica em aberto, de tal sorte que somente depois de constatado o vício inicia a contagem do prazo decadencial. Inteligência do art. 26, § 3º, do CDC. Vício oculto. O dever de proceder à restituição do valor pago pelo bem se mostra inarredável há hipótese dos autos, em que remetido o mesmo para conserto, não se mostrou adequado ao uso. Responsabilidade civil. Indenização por prejuízos da lavoura. Ausência de prova dos prejuízos sofridos. Incumbe ao autor fazer prova de que os danos sofridos se devem a fato do produto vendido pela outra parte. Prova insuficiente. Danos materiais. O dever de reparar cinge-se aos danos efetivamente demonstrados. Sobre o que não puder ao menos existir uma presunção concreta de existência, deve ser afastado. Apelo provido em parte. Sucumbência redimensionada.”¹¹

“CONSUMIDOR – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS DURÁVEIS – REPAROS EM PEÇAS INTERNAS DE TECNOLOGIA QUE NÃO DE CONHECIMENTO COMUM – CONSTATAÇÃO DA PERMANÊNCIA DO DEFEITO APÓS O PRAZO DE GARANTIA DE TRÊS MESES – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ACARRETA DECADÊNCIA DO DIREITO DE RECLAMAR PELA MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, POISTRATASE DE VÍCIO OCULTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 26, § 3º, DA LEI 8.78/90. Ementa da Redação: Na prestação de serviços de manutenção de equipamentos duráveis, em que foram realizados reparos em peças internas,

9 *Apud Código de Defesa do Consumidor Comentado: interpretação doutrinária, jurisprudência comentada, legislação referenciada e prática processual*, GISELE DE LOURDES FRISO, Editora Primeira Impressão, S.P., 2007, com nosso prefácio.

10 TJRS – 16ª Câmara – ApCiv 70002393593 – rel. Des. Genacéia da Silva Alberton – j. 05.12.2001.

11 TJRS – 9ª Câmara – ApCiv 59707750 – rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins – j. 11.09.2002.

de tecnologia que não de conhecimento comum, a constatação da permanência do defeito após o prazo de garantia de três meses não acarreta em decadência do direito do consumidor em reclamar pela má prestação do serviço, pois trata-se de vício oculto, conforme inteligência do art. 26, § 3º, do CDC.¹²

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 984.106, tendo como relator o ministro Luiz Felipe Salomão, entendeu-se que o “consumidor tem direito a reparação de falha oculta até o fim da vida útil do produto e não só durante a garantia¹³”.

Na hipótese sob análise tratava-se de uma ação de cobrança pela vendedora de um trator pelos reparos de um defeito (na verdade um vício) nele constatado, mas 3 anos após sua venda.

A ação fora julgada improcedente em primeira e segunda instâncias, mediante a qual se pedia uma indenização pelo tempo em que a máquina ficou inoperante, sendo certo que o prazo de garantia era de 6 meses ou 1.000 horas de uso, tendo a empresa alegado desgaste natural.

Com o devido respeito, embora a tese esposada no caso acima referido seja correta, ou seja, no sentido de que o prazo prescricional ou decadencial para a ação redibitória somente passa a fluir do momento em que constatado o defeito ou vício oculto, o qual fica, por assim dizer, *hibernando até o término da vida útil do produto*, certo se nos afigura que a mesma é exagerada. Além disso, o exemplo não é etiológicamente correto, já que não se trata de *bem de consumo destinado a suprir a necessidades de um consumidor, mas sim um bem de capital, utilizado para lidas na agricultura*.

Parece-nos, contudo, relevante, para o aspecto que iremos a seguir analisar. Qual seja, o da *durabilidade* dos produtos e sua *garantia* para fins de redibição.

6. DURABILIDADE DE PRODUTOS, OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E GARANTIAS

Ainda nos referindo ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça colacionado, sem embargo das ressalvas que lhe fizemos, sua contribuição foi no sentido de levantar a seguinte questão: se os prazos de decadência ou prescrição, ao menos em termos do chamado *vício ou defeito ocultos*, começam a fluir somente quando da constatação deles, **persistindo a garantia durante toda a vida útil do produto para esses efeitos, qual seria o tempo de sua durabilidade?** Certamente nada é eterno.

Vejam-se as argumentações do citado acórdão:

“O Judiciário deve combater práticas abusivas como a obsolescência programada de produtos duráveis. Para o relator essa prática consiste na redução artificial da durabilidade de produtos e componentes de modo a forçar sua recompra prematura.

12 1º TACiv SP – 7ª Câm. – ApCiv 1.025.451-1 – rel. Juiz Sebastião Alves Junqueira – j. 27.11.2001).

13 Cf. Resp. nº 984106, 4ª turma, relator o ministro Luiz Felipe Salomão.

Independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam elas de consumo, sejam elas regidas pelo direito comum (...) constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo”.

Entendeu-se, como se vê que, por se tratar de vício oculto, o prazo decadencial deveria ser contado a partir do momento em que o defeito fosse evidenciado, com base no art. 26 do CDC.

Esse artigo, conforme já mencionado, estabelece prazo de 90 dias para bens duráveis e de 30 dias para produto não durável, para que o consumidor apresente reclamação quando o vício é aparente.

O ministro Luiz Felipe Salomão afirmou, porém, que *o fornecedor não será eternamente responsável pelos produtos colocados em circulação*, mas também não se pode limitar a responsabilidade ao prazo contratual de garantia puro e simples, que é estipulado unilateralmente pelo próprio fornecedor.

Com efeito, assevera que:

“A doutrina consumerista tem entendido que o CDC, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelos vícios em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual”.

6.1 Durabilidade de produtos. Questão das mais polêmicas em termos de garantia e durabilidade de produtos, consiste na chamada *obsolescência programada*.

Com efeito, em 1878, o inventor norte-americano Thomas Alva Edson, finalmente, após ingentes esforços, conforme reconheceu -- *“a genialidade é 1% de inspiração e 99% de transpiração”* ---, logrou acionar sua famosa lâmpada de filamentos metálicos, mais conhecida como *lâmpada incandescente*, por meio de energia elétrica. Na ocasião, segundo suas próprias previsões, a sua lâmpada duraria cerca de 2.500 horas.

E, pela experiência do nosso avô, conforme já relatado, era uma realidade comprovada.

Em 1920 o chamado *Cartel de Phoebus*, nos Estados Unidos da América, logrou firmar um pacto mediante o qual os fabricantes se propunham, de comum acordo, a elaborar lâmpadas incandescentes que obedeciam à mesma tecnologia de Edson, mas com 1.000 horas de duração.

Hoje, no Brasil, as mencionadas lâmpadas incandescentes, sob o pretexto de que geram mais calor do que luz e consomem muita energia, tiveram um fim decretado, em dezembro de 2015, sendo substituídas pelas lâmpadas LED, fluorescentes ou, ainda, pelas eletrônicas. Entretanto, e até o seu fim, têm uma duração máxima de 1 ano ou 700 horas.

No início das invenções dava-se muito importância à *durabilidade* dos produtos, embora hoje considerados *sem graça, duros, rústicos, pesados*, porém, eficientes e duradouros. Henry Ford, famoso empresário norte-americano no ramo automobilístico, introduziu no mercado o método então inovador de *produção em série e em massa*. Dizia que todo americano, mormente todo operário, tinha direito a ter um veículo para cuja manufatura havia materialmente colaborado. Dizia, ainda, que *todo cidadão tem direito a ter um veículo de qualquer cor, desde que seja a preta* (Ford Modelo T, padronizado e em série).

6.2 Obsolescência programada. Bernard London, no que diz respeito à *obsolescência programada*, escreveu, em 1932, em plena depressão econômica que assolou os Estados Unidos da América e, por *efeito dominó*, todo o mundo capitalista da época, iniciada em 1929, que o melhor remédio para combatê-la seria a fabricação de produtos que durassem pouco, com o fim de *oferecer emprego a todos*, ou ao *maior número possível de cidadãos*. Chegou mesmo a propor uma lei ao congresso americano, para que essa *obsolescência fosse tornada legal e efetiva*.

Em 1950, adveio uma tese, esposada por Brooks Stevens, chamada de *obsolescência programada induzida*, ou seja, no sentido de *induzir o consumidor, mediante meios publicitários maciços, a adquirir produtos novos, muito embora os já utilizados por ele ainda estivessem bons para o uso a que destinavam*.

Além disso, surgiu a categoria dos *produtos descartáveis*, os quais têm ocasionado um aumento significativo de resíduos sólidos, em ameaça ao meio ambiente.

Em 1981, na então República Democrática da Alemanha, se concebeu uma lâmpada elétrica que duraria mais de 25 anos. Apresentada à feira internacional de Hannover pela empresa estatal *Narva*, não obteve qualquer sucesso na sua desejada outorga de licenciamento de fabricação a eventuais interessados.

Nota curiosa: no quartel do Corpo de Bombeiros da cidade de Livemore, no Estado da Califórnia, há uma lâmpada, criada por Chaillet, que ali permanece acesa desde 1901, para o fim de demonstrar sua eficiência, não obstante o alto custo energético que acarreta. Três câmeras de filmagem que documentam minuto a minuto o seu desempenho já foram utilizadas e se esgotaram.

Hoje em dia, em plena segunda década do século XXI, o grande avanço foi a lâmpada de LED, cujos fabricantes prometem durarem nada mais, nada menos, que 2.500 horas, exatamente como a invenção de Edson, cujos experimentos de uso, todavia, ainda estão no início, e cujos custos são infinitamente maiores do que as antigas lâmpadas incandescentes: LED = R\$ 60,00¹⁴, enquanto que a outra custa em torno de R\$ 0,80¹⁵.

Cabe ao consumidor atuar como juiz dessas inovações. Poderíamos concluir, por conseguinte, que conquanto a durabilidade seja desejável, é impossível que um determinado produto tenha *vida eterna*, até porque nada o é, por razões evidentes.

14 Se bem que, decorrido já mais de um ano da proscrição das antigas lâmpadas incandescentes, as de LED estão custando cerca de R\$ 10,00 cada a esta altura.

15 Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Grupo GEN/Atlas, S.P., 14ª edição, 2016, págs. 232-233.

O que se teria de fazer, isto sim, embora a evolução tecnológica nos tempos que correm seja extremamente veloz, tornando obsoletos --- embora em pleno funcionamento --- produtos que são sucedidos por outros mais sofisticados, sobretudo, no campo da indústria eletroeletrônica, seria ampliar o máximo possível o prazo de garantia desses produtos, em prol da economia particular dos consumidores, notadamente dos que dispõem de menor poder aquisitivo.

Na União Europeia, por exemplo, o prazo de *garantia legal* de produtos é de 2 anos, enquanto que na Grã-Bretanha é de 6 anos.

No Brasil, todavia, é de apenas 3 meses (*ex vi* do disposto no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor).

O ideal seria, por conseguinte, que tivéssemos os 2 anos mencionados, a que se soma o prazo de garantia contratual concedido pelo fabricante (cf. art. 50 do mesmo Código de Defesa do Consumidor).

7. RAZOABILIDADE DE PRAZOS, PREÇO DO REPARO *VERSUS* PREÇO DO PRODUTO NOVO, CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL

Cremos que a chave para essa questão está em se determinar uma regra à luz do que vem estatuído pelos artigos 32 e 107 do Código de Defesa do Consumidor.

7.1 Prazos razoáveis — Dispõem o artigo 32 e seu parágrafo único do Código do Consumidor, com efeito, que:

“Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único — Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”.

Já o artigo 107 e parágrafos admitem que:

“As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como a reclamação e composição de conflito de consumo.

§ 1º - A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º - A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º - Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.”

Ambos os dispositivos e complementos foram inspirados pela chamada *Lei Ferrari*--- Lei Federal nº 6.729, de 28-11-1979---, que *dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.*

Assim, no que diz respeito às *partes convencionadas*:

“Art . 17. As relações objeto desta Lei serão também reguladas por convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre:

I - as categorias econômicas de produtores e distribuidores de veículos automotores, cada uma representada pela respectiva entidade civil ou, na falta desta, por outra entidade competente, qualquer delas sempre de âmbito nacional, designadas convenções das categorias econômicas;

II - cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas convenções da marca.

§ 1º Qualquer dos signatários dos atos referidos neste artigo poderá proceder ao seu registro no Cartório competente do Distrito Federal e à sua publicação no Diário Oficial da União, a fim de valerem contra terceiros em todo território nacional.

§ 2º Independentemente de convenções, a entidade representativa da categoria econômica ou da rede de distribuição da respectiva marca poderá diligenciar a solução de dúvidas e controvérsias, no que tange às relações entre concedente e concessionário.”

E no que concerne ao relacionamento com os consumidores ó concessionárias ó montadoras:

“Art . 19. Celebrar-se-ão convenções da marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a:

I - atendimento de veículos automotores em garantia ou revisão (art. 3º, inciso II);

X - estoques do concessionário (art. 10 e §§ 1º e 2º);

(...)

XVII - contratações para prestação de assistência técnica e comercialização de componentes (art. 28);

XVIII - outras matérias previstas nesta Lei e as que as partes julgarem de interesse comum”.

Na década de '60 do século passado, quando ainda iniciante nossa indústria automobilística mas também se importavam veículos mediante altas alíquotas de impostos, as concessionárias, de um lado, por sua entidade representativa e as montadoras, de outro lado, igualmente por sua entidade de classe, firmaram uma *convenção coletiva de marcas* que, dentre outras avenças, contemplou a que previu a *permanência no mercado de peças de reposição dos veículos nacionais e importados por 10 anos, a partir do momento em que cessarem sua fabricação ou importação.*

Instrumento pouco utilizado entre nós, entretanto, a *convenção coletiva de consumo* certamente poderia render bons frutos na questão dos produtos em matéria de garantia e oferta de peças de reposição como, aliás, reza o mencionado artigo 32 do estatuto consumerista.

Com efeito, como o mesmo dispositivo reza que, cessada a fabricação e determinado produto ou sua importação, *serão mantidas em estoque peças de reposição por um prazo razoável*, eis a grande questão: que prazos seriam esses?

Muito embora o mesmo artigo fale de que isso dependeria de *lei*, é curial interpretar-se referido dispositivo *cum grano salis*. Ou seja, *lei* não no sentido formal. Isto é, a norma editada pelos poderes competentes do Estado, mas sim *uma norma de conduta de caráter geral ou limitada a um determinado grupo de interessados*, como de resto o é a sua matriz *inspiradora* conforme já visto.

Desta forma, *vida útil* de um produto --- já que, repita-se, nada é eterno ---, somente poderá ser definida de quatro maneiras: **(1) mediante convenção de acordo com as normas do Código do Consumidor; (2) unilateralmente pelos próprios fabricantes; (3) de *lege ferenda*, mediante a alteração dos prazos de prescrição e decadência**, que no nosso sistema equivalem à *garantia legal*; **(4) por meio de uma norma técnica, editada pelo CONMETRO, ou qualquer outra norma que trate da questão.**

A segunda hipótese, aliás, é a quem vem sendo observada, já que, mediante um critério de probabilidade e análise do estágio da arte de cada produto, cada fabricante acaba outorgando uma garantia com prazo maior ou menor, o que nem sempre corresponde ao respectivo tempo de *venda útil*.

Além disso, conforme se infere da análise do § 1º do artigo 18 do Código do Consumidor, em se tratando de vício do produto, há um *iter* a ser perfilhado, a saber: a chance de o fornecedor saná-lo até o prazo de 30 dias, sob pena de, se não o fizer, dar ao consumidor as alternativas de sua substituição por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, ou a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou, ainda, o abatimento proporcional do preço.

Todavia, dispõe seu § 2º que: “*Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão a cláusula de prazo deverá ser convencionalizada em separado por meio de manifestação expressa do consumidor*”.

Ora, conjugando esse dispositivo com o da convenção de consumo, pode-se chegar a um resultado mais benéfico para o consumidor como no caso, por exemplo, de se reduzir o prazo de 30 dias para que o consumidor mais rapidamente possa exercer o seu direito de escolha entre as referidas alternativas.

Ou então, se isso não for viável, caberia unilateralmente aos próprios fornecedores, individualmente, já que a referida convenção pressupõe entidades representativas daqueles e dos consumidores como convencionais, instituírem *códigos de autorregulamentação*, estabelecendo neles igualmente benefícios maiores aos consumidores.

Há 8 anos atrás elaboramos, por solicitação da ABINEE – Associação Brasileira da Indústria Eletroeletrônica, um Código de Autorregulação de Aparelhos de Telefonia Celular o qual, dentre outras cláusulas, estabeleceu exatamente a *redução do prazo de “graça” de 30 para 7 dias*, ao cabo do qual o consumidor, no caso de impossibilidade de reparo nos eu aparelho, poderia optar por uma das três alternativas.

7.2 Preço do reparo versus preço do produto novo. Outra questão que vem à baila ao se tratar de produtos considerados em princípio **fora da garantia outorgada pelo fabricante** e que igualmente tem a ver com a **vida útil** dos mesmos, é a de se saber **se é vantajoso ou não para o consumidor autorizar determinado orçamento para reparos ou, ao contrário, se é preferível adquirir um novo.**

Em recente matéria publicada no site da UOL¹⁶ intitulado *Cálculo se vale a pena mandar consertar seu eletrodoméstico antigo*, a jornalista JÚLIA ZANEMBA destaca pontos bastante interessantes de pesquisas a esse respeito coordenadas pelo professor de administração de empresas da FGV CÉSAR CASELANI, a saber:

“Eletrodomésticos antigos podem ser ótimos itens de decoração, mas consomem muita energia. Já os novos costumam ser mais econômicos, mas duram menos do que aqueles de décadas atrás. Em caso de defeito, é melhor consertar o item velho ou trocá-lo por um moderno?”

A resposta não é tão simples e está condicionada ao modelo do aparelho, seu histórico de problemas e o valor do conserto.

Uma forma de saber se vale a pena desapegar do eletrodoméstico antigo é fazer um cálculo, como explica César Caselani, professor de administração da FGV.

Se um aparelho novo terá vida útil de dez anos, o conserto do antigo não pode custar, por ano, mais de 10% do valor do equipamento novo. Ou seja, se uma geladeira é vendida a R\$ 2.000 e deve durar uma década, segundo previsão do lojista ou do fabricante, o reparo da velha deve custar até R\$ 200 por ano para que o conserto compense.

‘Também não vale a pena investir na manutenção se o preço for muito próximo ao de um produto novo, que tem a vantagem de ser tecnologicamente mais avançado e consumir menos energia’, pondera Caselani.

A tendência é que, a cada cinco anos, haja uma redução de cerca de 10% do consumo energético dos eletrodomésticos que chegam ao mercado, de acordo com Agostinho Pascalichio, professor de economia e engenharia da Universidade Presbiteriana Mackenzie”.

Outro ponto abordado no referido artigo diz respeito à chamada **logística reversa**, imposta pela *lei de destino dos resíduos sólidos* (Lei Federal nº 12.305, de 2-8-2010). Ou seja, **considerando-se a colocação no mercado de determinados produtos que, esgotada sua utilização e vida útil, se transformam em resíduos sólidos --- lixo ---, impõem-se certas obrigações aos fabricantes.**

E dentre elas está exatamente a de estabelecer pré-condições e diretrizes para a aferição da **durabilidade e vida útil** e, sobretudo, instituir a **logística --- meios**

¹⁶ Fonte: www.1folha.uol.br/sobretudo/morar - acesso em 7-5-2017.

de resgate ou recolhimento da **sucata resultante do término dessa durabilidade ou vida útil.**

7.3 Interpretação mais favorável (ao consumidor) – Um outro caminho foi trilhado, a partir de um caso concreto, posteriormente coletivizado em ação civil pública movida pela Promotoria de Justiça do Consumidor de Dorés do Turvo, Estado do Espírito Santo¹⁷, conferindo-se uma interpretação pró-consumidor da *cláusula de garantia*.

E isto tendo como fundamento o disposto pelo artigo 47 do Código do Consumidor, segundo o qual “*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”. Além disso, foi invocada a nota de interpretação nº 04 da Portaria SDE – Secretaria de Direito Econômico Nº 04, 13-3-1998, segundo a qual constitui *prática abusiva* “*impedir o consumidor de se beneficiar do evento, constante do termo de garantia contratual, que lhe seja mais favorável*”.

Tratava-se, em suma, de conflito gerado pela recusa de uma concessionária de automóveis em atender aos termos de garantia emitida pela montadora, em razão de o consumidor ter levado o veículo com vício constatado dentro do prazo de 2 anos, mas com quilometragem já avançada. A interpretação dada à cláusula – *garantia de 2 anos ou 50.000 quilômetros, a que se vencer por primeiro*, foi considerada abusiva.

Em resumo, proposta a ação civil pública em face da concessionária e da montadora, o Juízo de Direito da Comarca de Dorés do Turvo concedeu medida liminar, *inaudita altera parte*, para que as rés cessassem imediatamente a prática abusiva *erga omnes*, em prejuízo dos consumidores em geral, consistente em impingir-lhes termo de garantia que determina o prazo de garantia de vinte e quatro meses ou 50.000 KM de rodagem, *até o que ocorrer primeiro*, fazendo prevalecer o artigo 47 da Lei 8.078/90 e determinando o cumprimento da garantia de tais veículos até o evento (quilometragem ou tempo de uso) que ocorrer por último, beneficiando assim o consumidor, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou outro valor adequado;

Como pedido principal, requereu-se a procedência da ação, ao final, com a condenação das rés na obrigação consistente na obrigação de cumprir o que dispõe o artigo 47 da Lei 8.078/90, sob pena de multa, anulando-se a cláusula contratual de garantia em desfavor do consumidor, bem como, reparar o dano causado, pagando indenização ao fundo criado pela Lei 7.347/85, e ressarcindo os consumidores das quantias indevidamente pagas, pelos usuários de veículos, os quais tiveram despesas com peças e serviços, não agraciados pelo artigo 47 da Lei 8.078/90.

Referida decisão liminar, embora mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, foi cassada em sede de embargos de declaração e agravo pelo mencionado

¹⁷ Proc. Nº 1999/0050594-8 e REsp. Nº 218.492-ES.

STJ, entendendo-se que o Juízo de Dorés do Turvo era absolutamente incompetente para conhecer e julgar a ação em pauta, com efeito *erga omnes* para todo o país.

8. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Destarte e em conclusão, parece-nos que são possíveis e que se apliquem as soluções alvitradas que, em resumo poderiam ser sintetizadas de forma articulada em seguida.

8.1 Incentivo às entidades representativas dos consumidores, de um lado, e dos fornecedores, de outro, de acordo com cada classe de produtos, para que estabeleçam *convenções coletivas de consumo* no que diz respeito ao aumento do prazo de garantia e consequentemente, o tempo de sua vida útil, sugerindo-se 2 anos, como se faz na União Europeia (fundamento – arts. 32 e 107 do CDC).

8.2 A fixação do referido prazo de vida útil dos produtos pelos próprios fornecedores, prontificando-se a atender aos reclamos dos consumidores nesse período, quando se tratar de vício ou defeito oculto, mediante *autorregulação espontânea* dos fornecedores, incluindo-se nesse mister a **logística reversa** quanto aos produtos já com vida útil expirada, de molde a colaborar-se com a proteção ambiental.

8.3 Em havendo conflitos de interpretação quanto a garantias alternativas, optar-se, inclusive, via judicial, pela que for mais favorável ao consumidor.

8.4 Projeto de Lei de Iniciativa Popular estabelecendo-se a alteração do prazo decadencial previsto pelo art. 26, inc. II do CDC, para 2 (dois) anos – à guisa de *garantia legal*, sem prejuízo da *garantia contratual*.

8.5 Ou ainda, alternativamente, projeto de Lei de Iniciativa Popular estabelecendo-se a obrigatoriedade do estabelecimento de um *prazo mínimo de 2 anos de garantia contratual* a ser concedida quando da aquisição do produto e com informações claras e objetiva a respeito.

8.6 A edição de normas técnicas pelo CONMETRO por classes de produtos.

**SOSTENIBILIDAD: UNO DE LOS OBJETIVOS DEL MILENIO.
REFERENCIA A DOS RECIENTES EJEMPLOS DEL ORDENAMIENTO
ESPAÑOL EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD*.**

*Dr. José Luis Pérez-Serrabona González
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Granada*

I.- PREMISA

Si hay un término que está inmerso en cualquier área o actividad de la realidad actual es el de *sostenibilidad* (preferido a su sinónimo de *sustentabilidad*). Carente de un significado concreto y definitivo¹ –y, sobre todo, que pueda aplicarse en nuestra reflexión– la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y desarrollo, de Naciones Unidas, *Comisión Brundtland*², lo define como satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones de satisfacer sus necesidades propias”. Efectivamente la sostenibilidad debe entenderse como esa combinación en la actuación humana que permite la satisfacción de las necesidades humanas (en abstracto y de cada persona) sin condicionar negativamente a las futuras generaciones, a las que hay que permitir y garantizar que puedan actuar de igual forma. Es cierto que la sostenibilidad se refiere a la capacidad de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas, equilibrando el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social. Implica un desarrollo que puede mantenerse a largo plazo sin agotar los recursos ni causar graves daños al medio ambiente³.

II. SOSTENIBILIDAD Y ODM

1 * Con fecha 25 de noviembre de 2024, participamos en el Primer Simposio Internacional organizado por el Instituto de Estudios Jurídicos Aplicados, la Universidad de Brasil, el Conselho Nacional Procuradores-Gerais y otras instituciones que tuvo lugar en Bruselas. Nos correspondió la *ponencia Sustentabilidade: Um dos objetivos do milênio*. A su fin tuvimos el nuevo honor de firmar la *Carta do 1º Simposio Internacional de Bruxelas*, alienada en los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Algunas de las reflexiones que mantuvimos en la sesión en la que intervenimos se recogen en este texto, resumen de la intervención, que pretende presentar dos iniciativas legislativas españolas (ambas texto positivo) inspiradas por el Objetivo 12 de los recogidos en la declaración de ODS. También quiere servir, como agradecimiento por la invitación y admiración por su magisterio y su compromiso social, de homenaje al querido Profesor Mario Frota.

Más allá del que le atribuye la RAE, “que se puede sostener,” que, en su segunda acepción, señala: “Especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente”..

2 Que toma el nombre de su Presidente, la Primera Ministro noruega Gro Harlem Brundtland.

3 Haciendo nuestro el concepto que de sostenibilidad ofrece la IA.

Aunque haya sido una preocupación de todos los tiempos ha sido precisamente en el siglo XXI cuando ha tenido lugar una verdadera atención sobre lo que pudiéramos llamar los objetivos del desarrollo sostenible o del cuidado del medio ambiente y de la protección de determinados derechos de los ciudadanos. En este sentido en Naciones Unidas en el año 2000 se fijaron los llamados objetivos del Milenio los objetivos del Desarrollo del Milenio, ocho propósitos que se previeron para el año 2015, que realmente se trataba de una iniciativa de Secretaría General de Naciones Unidas que trazó una serie de cumbres internacionales y que pretendía poner remedio a grandes problemas que tenía la Humanidad⁴, entre otros las grandísimas diferencias entre las personas que subsisten en distintos países del mundo y con cuánto lo hacen⁵ y realmente es absolutamente sorprendente las diferencias que pueden haber entre una persona de un Estado y otra de otro. Se trataba de lograr una mayor igualdad.⁶ Quizás, pues su enunciación era comedida, pudiera decirse que se trataba de unos objetivos realistas objetivos realistas, aunque también se llegaron a considerar como revolucionarios que, con un esfuerzo personal y colectivo y con la actuación de los poderes públicos, podrían alcanzarse en un plazo que fue fijado de unos quince años. Algunos de ellos efectivamente en el plazo que se había previsto llegaron a ser una realidad o aproximarse a una realidad, pero no se consiguió, obviamente, todo lo que se pretendió.

En la ciudad de Nueva York, como se señalaba, se celebró la *Cumbre del Milenio* y representantes de numerosos países (la mayor concentración de líderes mundiales hasta la fecha)⁷, que recordaban los compromisos que había adquirido en los años 90 y firmaban la llamada de *Declaración del Milenio* que estaba desarrollada en ocho objetivos, uno de los cuales, puede mantenerse resueltamente era el de la sostenibilidad. Cada uno de los objetivos se divide, a su vez, en una serie de metas que deben ser alcanzadas en el año 2015. No podemos entrar en consideración de cada una de ellas obviamente pero sí queremos citar o destacar las pretensiones de los ODM : erradicar la pobreza extrema y el hambre es el primero de ellos y el segundo, o la segunda pretensión, lograr la enseñanza primaria universal; la tercera, promover la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil sería la cuarta; la quinta mejorar la salud materna; la sexta, combatir el sida en aquel momento una verdadera lacra junto a otras enfermedades como el paludismo y otras y el octavo fomentar una asociación mundial para el desarrollo. En este sentido y en este punto concreto, el objetivo de lograr una

4 Vid. <https://research.un.org/es/docs/dev/2000-2015>

5 Alrededor del 10% de la población mundial vive con menos de \$2 al día, mientras que una gran parte de la población mundial vive con ingresos muy bajos

6 Hoy día los países con menos ingresos/día per cápita son Burundi (uno de los países más pobres del mundo), Afganistán, Sudán del Sur, Sierra Leona y Malawi con un dólar o menos (mientras que los hay con un ingreso diario per cápita de 320 dólares, como Luxemburgo; 85 dólares en el caso de España).

7 España participó y estuvo representada por el Presidente del Gobierno

asociación mundial para el desarrollo debería tenerse en cuenta, de una parte la el desarrollo de un sistema comercial y financiero abierto que estuviese basado en normas no discriminatorias y en atender las necesidades de países en desarrollo y pequeños estados, mediante programas especiales y en atender a las necesidades especiales de los países menos desarrollados. Está latente en él el objetivo de la sostenibilidad. Pero nuestro breve comentario sí debe detenerse que se anunció y que estaba anunciado y se enunció como la necesidad de *garantizar la sostenibilidad del medio ambiente* siendo esa pretendida sostenibilidad del medio ambiente uno de esos objetivos, por tanto, para cuyo cumplimiento y éxito de exigían unas medidas concretas: en primer lugar, incorporar los principios de desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales para reducir la pérdida del medio ambiente, que estaba siendo deteriorado e incluso se estaba perdiendo y por ello había que atender a alguna medida concreta que evitara esa pérdida que podría llegar hasta la desaparición misma de ese medioambiente en cuyo futuro no se pensaba; en segundo lugar, en desarrollo de ese objetivo, se habría de reducir la pérdida de diversidad biológica (logro que se preveía de consecución necesaria antes de 2010); en tercer lugar se fijaba el compromiso de reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento, objetivo mucho más concreto; y finalmente hacia el año 2020 debería haberse mejorado la vida de personas que vivieran en barrios marginales o barrios poco atendidos que lo cual se calculaba que era alrededor de unos cien millones de personas.

Puede afirmarse, por tanto, que el desarrollo sostenible era uno de los objetivos del Desarrollo del Milenio y que además se había enunciado con rotundidad, reclamando su tutela, bajo la expresión sostenibilidad del medio ambiente. Tampoco podemos entrar en este momento en los países que han cumplido esas metas y el grado de desarrollo de cada de ellas en los diferentes Estados firmantes y en cada país, en concreto. Se puede señalar, por ejemplo, cómo la Unión Europea, España e Irlanda y Luxemburgo son las que los países de la Unión Europea que se pueden citar como los que más se han aproximado al logro de estos objetivos, entre otras cuestiones porque la mayoría de estos países casi no tenían pobreza extrema y, si atendemos al primero de los ODM (erradicar la pobreza extrema y el hambre) era muy fácil que se consiguiera mientras que en el resto de los países podrían ser mucho más difíciles de alcanzar.⁸ En cuanto al objetivo concreto número 7 y solo con ánimo enumerativo hay una serie de indicadores que ciertamente también se incluyeron en aquella declaración y en este sentido se advertía la que la garantía de la sostenibilidad del medio ambiente debería comprobarse según la proporción de la superficie de tierra cubierta por bosques, según las emisiones de dióxido de carbono total per cápita, en la proporción de poblaciones de peces que están dentro

8 Se han detectado hasta 111 incumplimientos.

de unos límites biológicos y también en la proporción del total de recursos hídricos utilizada de zonas terrestres y marinas protegidas de especies en peligro de extinción; de población con acceso a mejores fuentes de agua potable, de protección de la población con acceso a mejores servicios de saneamiento y de proporción a la población urbana que vive en barrios marginales, objetivos u objetivo concreto no se ha conseguido y, como se ha hecho, pudiera hablarse de los atrasos en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio sin perjuicio de que se hayan conseguido algunas metas como esa que hemos señalado de reducir en cierto modo la pobreza extrema y de conseguir agua para una parte de la población mundial pero es cierto que en otros aspectos no se ha avanzado o se ha avanzado muy poco. En este sentido por supuesto la crisis ambiental; con referencia a la misma, si bien han variado los niveles de CO₂ en los países más ricos, que al fin son los más responsables igualmente de las emisiones la desigualdad entre unos y otros se ha mantenido y sigue existiendo: el objetivo no se ha logrado en la forma adecuada.

III. SOSTENIBILIDAD Y ODS

Evaluada los resultados los objetivos del Desarrollo del Milenio y en una apuesta constante por parte de los responsables de esa mejora que es necesaria en el mundo, en 2014 el grupo de trabajo abierto de la Asamblea General propuso otro documento que ahora será de diez y siete objetivos para que fuera aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2015 y ese documento lo que hizo fue fijar las pautas de ahora unos nuevos objetivos que no va a llamarse ni denominarse de Desarrollo del Milenio sino de desarrollo sostenible; ha entrado la sostenibilidad directamente en el propio título así como la preocupación de Naciones Unidas y todos los países del mundo que adoptaron en su día la agenda 2030 para el desarrollo sostenible; ese documento marco va a regir las actividades de bienestar en los próximos 15 años o sea desde el año 2015 hasta el año 2030, por lo que estamos inmersos en su desarrollo y cumplimiento.

Esos objetivos del desarrollo sostenible ya no se van a limitar a los ocho comentados, que se desarrollan, amplían y completan, sino que han aumentado a diez y siete que sistematizaremos del siguiente modo, partiendo del general y último (*Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible*):

De un lado hay que citar los objetivos que tratan de erradicar y suprimir situaciones que no son tolerables en el mundo actual: en concreto, se muestra el rechazo a la pobreza y al hambre (que entendemos como desarrollo o incidencia en el primero de los ODM). Así el objetivo primero del nuevo texto tratará de poner fin a la pobreza en cualquiera de sus formas y en cualquier lugar del mundo y en segundo lugar íntimamente relacionado con éste, poner fin al hambre y lograr de otro lado la seguridad alimentaria y la mejoría de la nutrición. Se desarrolla este principio, este objetivo, con el desarrollo sostenible en el sentido de que se quiere también buscar una agricultura sostenible.

En segundo lugar, los que pretenden alcanzar unas determinadas metas, lo que llamamos logros para todas y cada una de las personas. En este sentido, va a estar el buscar un bienestar para todas las personas del mundo o sea garantizarle una vida sana en cualquier edad, garantizar una educación para todos, educación de la que se pide en el texto que sea una educación inclusiva y equitativa y de calidad (declaración en la que quizás podría haberse incluido la referencia a que se debe educar a los ciudadanos en sostenibilidad, pues la educación puede lograr mucho más que una norma) y naturalmente guardando el principio de protección de igualdad de oportunidades y el principio u objetivo de lograr la igualdad de entre los géneros y como viene siendo habitual en la sociedad actual y el empoderamiento de todas las mujeres y de todas las niñas, siendo a nuestro juicio, en principio, dos cuestiones de naturaleza muy diversa, puesto que la igualdad de géneros es, antes que nada, un derecho humano fundamental.

Hay otro grupo de objetivos que lo que tratan precisamente ahora lograr también para todas las personas, esto es, para todos los ciudadanos considerados de manera global, el garantizarle la disponibilidad de agua y su ordenación sostenible y garantizarle también el acceso a una energía sostenible.

Habría, de otra parte una serie de principios u objetivos que van a tratar de la protección del medio ambiente en todos los países, protección del medio ambiente en todos los países que debe lograrse a través de la construcción de unas infraestructuras resilientes y con la reducción de la desigualdad entre los países y, por último, mediante el logro de que ciudades y asentamientos urbanos sean seguros, lo cual traerá consigo el desarrollo de una vida mucho más cómoda.

Otro grupo de objetivos los encuadramos en el hecho de que son objetivos que tratan de lograr la mejora de la vida del mundo en general; en este caso se trata de adoptar medidas para combatir el cambio climático y sus efectos desde luego y en conservar y utilizar de forma adecuada los océanos, los mares y los recursos marinos y proteger y restablecer el uso adecuado de los ecosistemas terrestres, controlar los bosques, luchar contra la desertificación, detener la degradación de las tierras y, en definitiva, poner freno a las diversidades ecológicas.

El objetivo número 16, que hemos separado del resto en esta tímida sistematización o clasificación, también parece una declaración de principios de mayor envergadura, pero de la que destacamos su verdadero sentido cual es el de promover sociedades pacíficas e inclusivas: como objetivo realmente podemos considerarlo admirable.

En todos estos principios que hemos considerado hasta este momento, especialmente en los que se trata de declaraciones más programáticas, la presencia y exigencia de la sostenibilidad es constante. Hemos señalado más arriba como en el segundo principio que lo que pretende es erradicar el hambre, poner fin al hambre en el mundo, se relacionaba ese principio (podría decirse que se condicionaba, a la promoción de una agricultura precisamente sostenible y prácticamente en todos ellos se va a reincidir en esta exigencia. Así, en los que hemos denominado como

logros o garantías para todos, se va a recordar que la garantía de la disponibilidad de agua para todos debe pasar por una ordenación sostenible de la misma o cuando se trata de garantizar el acceso a la energía asequible esa energía debe ser por supuesto segura y moderna pero también sostenible. Y si atendemos al grupo siguiente, las medidas que hemos planteado como propias para el medio ambiente, que son las medidas dirigidas precisamente a la protección del medio ambiente también vamos a encontrarnos con que esa construcción de una infraestructura que va a tender hacia una industrialización debe ser, además de inclusiva, de nuevo sostenible; es la misma exigencia que se requiere para lo que podría denominarse nuevos espacios de convivencia y desarrollo social que deben ser inclusivo, deben ser seguros y resilientes y por supuesto deben ser sostenibles. En el último grupo, ese que hemos entendido nosotros que es va dirigido a *todo el mundo*, si se nos permite esa expresión (a toda la población y a todos los Estados y Ordenamientos) entre los que están combatir el cambio climático y sus efectos obviamente el criterio de la sostenibilidad aunque no está expresamente declarado en el objetivo 13 podemos considerarlo como incluido y sí lo está en el que pretende la conservación de océanos mares y recursos marinos que precisamente deben de llevarse a cabo de un modo sostenible se ha señalado así como la de proteger los ecosistemas terrestres que deben ser usados de un modo sostenible igualmente que el que esos ecosistemas hay que ordenar los bosques luchar contra la desertificación y como digo sin duda ninguna con ese carácter de la sostenibilidad.

Por ello la sostenibilidad es el criterio que va a inspirar cada uno de estos principios que se han estudiado y que deben ponerse necesariamente en relación con los objetivos del Desarrollo del Milenio. Estos ODM se han concretado ahora, aunque en su extensión es mayor, en unos Principios de desarrollo sostenible o lo que es igual, en un. objetivo de desarrollo sostenible. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible son los que vienen a sustituir a los Objetivos del Desarrollo del Milenio y ciertamente que hay alguna diferencia entre unos y otros: si aquellos que se enunciaron en 2000 eran ocho objetivos con 21 metas concretas a alcanzar, los Objetivos de Desarrollo Sostenible recogen 17 objetivos con 169 metas a alcanzar y hay una gran diferencia entre unos y otros en cuanto a determinadas cuestiones, por supuesto, entre ellas, el carácter universal de los Objetivos de Desarrollo Sostenible porque estos objetivos van dirigidos o su logro quiere ir dirigido a todos los países y no solamente a unos países en vías de desarrollo o a unos países más o menos desarrollados sino a todos los países. De igual modo, también hay una diferencia en esta misma idea porque van a comprometer a todos los países del mundo. Otra diferencia se dará en cuanto a la equidad porque entre unos y otros hay una nueva realidad que se tiene en cuenta los más modernos, los del Desarrollo Sostenible: la de las comunidades vulnerables y las comunidades alejadas, distanciándose de la mera consideración de las naciones para llegar a colectivos concretos.

Pero si hay una diferencia fundamental por el tema en el que estamos tratando es precisamente en materia de sostenibilidad porque ese criterio de la sostenibilidad

aún siendo como hemos visto o pudiendo considerarse como un objetivo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio no se centraban éstos realmente en esta cuestión ni planteaban sobre todo un modelo sostenible; sin embargo los nuevos Objetivos ponen el centro de su atención en el modelo sostenible que va a lograr una vida mejor, una mayor educación y el respeto a los derechos humanos; en resumen, que planeta tierra sencillamente mejore. Por ello la sostenibilidad está contemplada, de forma reiterada, en cada uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Es necesario analizar, con mayor detalle en los dos que fundamentalmente vienen a recoger esta cuestión y que merecen un tratamiento por nuestra parte un tanto más pormenorizado: el primero de ellos es el objetivo número 8 que está enunciado como el de “promover el crecimiento económico sostenido inclusivo y *sostenible*, el pleno empleo y productivo y el trabajo decente para todos”. Se trata de un objetivo ambicioso en el que lo que se quiere procurar es que haya un crecimiento económico de todos los países, siendo consecuencia de ello el pleno empleo, y productivo y que haya un trabajo no de cualquier tipo y a cualquier precio, sino con unos concretos caracteres como el de ser *decente*, que respete las mínimas condiciones relaciones del derecho laboral y también que sea sostenido y por supuesto *sostenible* pues ese crecimiento económico que se pretende no puede ser tampoco un crecimiento económico a cualquier precio sino que es un crecimiento económico que ha de tener la condición de sostenible que, como luego veremos, se puede concretar y desarrollar en las normas y la regulación jurídica. Y en su relación con el Derecho (en nuestro ámbito, con el Derecho mercantil), siendo uno de los objetivos es el de garantizar modalidades de consumo y producción que sean realmente sostenibles. Surge un nuevo paradigma porque las modalidades de consumo van a variar y un consumo adecuado no va a limitarse a permitir que la mayor parte de los ciudadanos tengan acceso a determinados alimentos y a determinados productos, sino que esas modalidades de consumo y el consumo en sí habrá de ser sostenible. Eso nos va a hacer considerar en el comercio y en el mercado, unos nuevos modos de producción, unos nuevos modos de actuación de los empresarios e incluso puede traer, como está ocurriendo ya, unas nuevas estructuras de los empresarios, que no van a quedar limitadas a las tradicionales formas societarias o de los objetivos de los empresarios en su actividad y sus relaciones comerciales y de los propios consumidores. En este aspecto, puede servir de ejemplo, la nueva exigencia de un consumo razonable⁹, (y no realizado de forma innecesaria, con exceso de acopios que pueden llegar a tener que desecharse por no poder consumirse) de productos locales, próximos en la medida de lo posible y la necesaria educación en reciclaje y utilización de todo tipo de servicios, especialmente de transporte, sostenible. La información al consumidor de procesos de fabricación, comercialización, transporte, venta... sobre esta materia puede llegar

9 Haciendo sinónimos, en este aspecto, ambos términos –sostenible y razonable–. *Vid.* Diccionario de la RAE.

a ser determinante en el éxito del producto y el logro comercial del empresario. Tanto los organismos públicos, como las empresas (privadas) han de lograr esas metas, parciales, que llevarán al cumplimiento de los Objetivos.¹⁰

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible no son la respuesta a un *fracaso* de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, logrados en gran medida y, de un modo más significativa, algunos de ellos sino que se trata de la continuación del establecimiento de aquellos incluso de una manera mucho más integral. Podría decirse la declaración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible toma el impulso en los Objetivos de Desarrollo del Milenio y realmente mientras que aquellos primeros tenían un carácter más global, éstos se centran mucho más en la persona pues la idea central de los mismos es la persona y no tanto el estado o cada estado. En este sentido, debemos expresar nuestra opinión de que es una declaración de Naciones Unidas de las que hay que sentirse satisfecho; no es como, se ha dicho en alguna ocasión, de esas decisiones de Naciones Unidas, seguramente difíciles de alcanzar y solemnes pero que se dictan para no ser cumplidas (o que no pueden ser cumplidas y su carácter es más testimonial que efectivo), porque realmente se trata de unos objetivos que van a mejorar la vida de los pueblos, la vida del mundo y la vida de las personas. Se ha criticado sobre si son demasiado generalistas o son demasiado ambiciosos o, incluso, demasiado oportunistas, sin que estemos de acuerdo con ello pues estos principios en los que hay que creer y llevar a efecto en su integridad, son un compromiso mundial que trata de mejorar la situación de todas y de cada una de las personas, no importa el lugar del mundo en el que se encuentren, teniendo en consideración a las generaciones venideras.

Como resumen de esta parte de nuestro trabajo que pretende poner algún ejemplo de cómo en la legislación española efectivamente han cuajado estos principios de la sostenibilidad, cuyo comentario por nuestra parte vamos a limitar a dos, puede concluirse que en los ODM propuestos para el año 2000 a 2015, la sostenibilidad puede considerarse como uno de esos objetivos, aunque no esté detalladamente pormenorizada o incluida en las declaraciones o enunciación de cada uno de ellos pero al ampliarse 2015 y concretarse a la vez, a pesar de su autonomía, en los ODS, ciertamente que la sostenibilidad se ha configurado como una de las mayores exigencias para todos los ámbitos del desarrollo. Personas y empresas han de cumplir con su función y llevar a cabo un funcionamiento basado en la sos-

10 En el sector bancario, por ejemplo, numerosas entidades firmaron el compromiso Banca responsable que tiene al logro de un mundo y, en él, de un mercado más diverso y sostenible. Vid., por ejemplo, <https://www.santander.com/es/nuestro-compromiso>, con su declaración inicial (*SOSTENIBILIDAD* *Nuestro propósito es ayudar a las personas y empresas a prosperar*) los datos y acciones concretas que declara llevar a cabo la entidad y, en ellas, el completo Informe de Sostenibilidad en el que se incluyen las *Principales políticas que apoyan el progreso de la agenda de sostenibilidad* en las que se marcan y detallan las directrices fundamentales que deben guiar la actuación y toma de decisiones en la organización: códigos de conducta, política corporativa de cultura, política de banca responsable y sostenibilidad y política de gestión de riesgos ambientales, sociales y de cambio climático.

tenibilidad, por lo que podrá lograrse un mejor futuro –pero también queremos incidir en ello, y un mejor presente– para todo el planeta y para quienes lo habitan o lo habitarán. La tarea, obviamente, no está acabada y podríamos decir que está simplemente iniciada, con compromiso de contenido y de plazo de ejecución, y que, una vez alcanzados, habrán de mantenerse siempre, no ya como objetivos sino como normas de funcionamiento y desarrollo.¹¹

IV. SOSTENIBILIDAD Y ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La incorporación del criterio o principio de la sostenibilidad al Ordenamiento Jurídico español es evidente y va desde las leyes más generales, hasta las más concretas y recientes disposiciones. Entre ellas, de modo muy significativo, cabe citar la *Ley de Economía Sostenible*¹² que responde a la *Estrategia para una Economía Sostenible*¹³. Su artículo 2 define el concepto: “A los efectos de la presente Ley, se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”, en la que se incluyen todos los elementos que configuran la declaración de los ODS, lo que supuso una respuesta de carácter general, por parte del legislador español. Vigentes ya los ODS se aprueba la *de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global*¹⁴, cuyo objeto es establecer el régimen jurídico de la política española de cooperación “para el desarrollo sostenible y la solidaridad global”. Su aprobación no ha sido ajena a los contenidos de los ODS y a la política global de los diferentes Estados y decisiones de Organismos internacionales, Acuerdos y objetivos internacionales, en los que se incluye la estrategia española¹⁵. En la legislación

11 Para conocer el grado de cumplimiento de estas ODS, vid, *Informe sobre los progresos en el cumplimiento de los ODS*, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/progress-report/>.

12 Ley 2/2011 de 4 de marzo,

13 “Aprobada por el Consejo de Ministros en noviembre de 2009, articula, así, un ambicioso y exigente programa de reformas, que profundiza en la dirección de algunas de las opciones estratégicas adoptadas desde la anterior Legislatura, como la prioridad otorgada al incremento en la inversión en investigación, desarrollo e innovación, o al fomento de las actividades relacionadas con las energías limpias y el ahorro energético; o ya en esta Legislatura, dentro del propio Plan E, a la trasposición rigurosa de la Directiva de Servicios”.

14 Ley 1/2023, de 20 de febrero

15 Su artículo 2, de estructura peculiar para lo que supone un precepto, se asemeja a una declaración programática: “A los efectos de esta ley se entiende por política de cooperación para el desarrollo sostenible aquella que define los principios, objetivos, prioridades, instrumentos y recursos que España despliega, como política pública, a través de su acción exterior para contribuir, de manera coherente y en todas sus dimensiones, a las metas globales de desarrollo sostenible establecidas por las Naciones Unidas, en la actualidad la Agenda 2030, la Agenda de Financiación del Desarrollo Sostenible, la Alianza Global para la Cooperación Eficaz al Desarrollo, el Acuerdo de París en el ámbito climático, la Unión Europea y otras instancias multilaterales, y la estrategia española de desarrollo sostenible en su dimensión exterior.”

mercantil, como ocurre en los demás sectores (en los que se han llegado a contar ciento cincuenta y seis normas que acogen este objetivo del desarrollo sostenible), encontramos numerosas disposiciones que recogen, de modo directo o indirecto, el principio el principio-meta de la sostenibilidad por lo que, en el Derecho de la Competencia, en el de la Propiedad Intelectual (Industrial), en la regulación del Mercado Interior, Mercados Financieros y otros sectores, se encuentran normas concretas o referencias en las normas a la sostenibilidad¹⁶. En el Derecho de Sociedades pueden citarse, entre otras, la *Ley de Sociedades Laborales y Participadas* y la *Ley de fomento de la financiación empresarial* o la figura de las Sociedades de beneficio e interés común, (SBIC), reconocidas –si bien no reguladas aún– en nuestro ordenamiento jurídico tras la publicación de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, *de creación y crecimiento de empresas*¹⁷ en cuya Disposición Adicional Décima se alude a las mismas y se remite a un ulterior desarrollo legal y reglamentario. En Derecho de consumidores y usuarios, además de su vigente Texto Refundido¹⁸ (que no incluye la expresión *sostenible* o *sostenibilidad* más que de un modo parcial) que al regular el etiquetado y presentación de los bienes y servicios (en el marco del derecho a la información, formación y educación) obliga a facilitar una “información veraz, eficaz, suficiente y accesible sobre sus características esenciales” e incluye entre esas características, las indicaciones que sean precisas para su correcto uso o consumo, *así como la correcta gestión sostenible de sus residuos, advertencias y riesgos previsibles*. Muy recientemente, una nueva disposición¹⁹ ha venido a completar el régimen, entre otras cuestiones, de los residuos alimenticios, con normas que dirige a los particulares, a las empresas (en su más amplia acepción y concepción), ley que se ha aprobado teniendo muy en cuenta los ODS²⁰.

IV. A) REFERENCIA A LAS SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO COMO EJEMPLO DE SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO SOCIETARIO

16 Vid. el llamado *Código de Sostenibilidad*, Código de Derecho de la Sostenibilidad, Dir. Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A., Edición actualizada a 12 de junio de 2025, Boletín Oficial del Estado, /C:/Users/usuario/Downloads/BOE-335_Codigo_de_Derecho_de_la_Sostenibilidad.pdf

17 *Ley Crea y Crece*.

18 *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*

19 Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario.

20 “En ese marco, el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 12 de la Agenda 2030 dispone en su meta 3 que para 2030 hay que «reducir a la mitad el desperdicio de alimentos por habitante correspondiente a los niveles de la venta al por menor y el consumidor y reducir la pérdida de alimentos a lo largo de las cadenas de producción y suministro». Este objetivo aparece muy vinculado a otros como el ODS 2 «Hambre cero», el ODS 11 «Ciudades y comunidades sostenibles» o el ODS 13 «Acción por el clima», así como los 14 y 15 (relativos a la vida submarina y de los ecosistemas) y conforma un elemento transversal a la actuación internacional en la materia”, señala en su Preámbulo, en el que se resume de forma muy completa, la actuación y compromiso españoles en la materia, en el concierto internacional.

Algo que va caracterizando a las sociedades mercantiles y convirtiéndose en una exigencia es su *sostenibilidad* que se entiende como una obligación de los administradores²¹. Es cierto, como ya hemos manifestado en otra ocasión²², que el Derecho de sociedades está evolucionando para adaptarse a las crecientes exigencias de sostenibilidad impulsadas desde la Unión Europea y desde otros instrumentos y organismos pero también va más lejos porque nuevos modelos societario se están incorporando a los clásicos, formas que priorizan ahora la transparencia, el interés que no va a ser solamente el interés de la sociedad y de los socios sino que va a ser también el interés de otros grupos, ajenos aunque próximos a la sociedad, la protección del medio ambiente, el beneficio a la comunidad con una visión no limitada al presente y a la empresa concreta sino pensando en el futuro y en un marco general y más amplio pues las empresas deben asumir un papel activo en la construcción de un futuro más responsable y mucho más (debe decirse explícitamente) sostenible.

Existe una nueva figura societaria en España que viene constituida por una sociedad caracterizada por el ánimo de lucro como le corresponde a las sociedades mercantiles pero con unos perfiles propios que se concretan en incluir entre su objeto, el beneficio de terceros que no son miembros de la sociedad y que pueden ser muy próximos (será lo más frecuente) o más alejados, colaborando de este modo con la mejora del planeta, y es un tipo de sociedad mercantil que está desarrollada y con algún éxito en algunos países de nuestro entorno y con un carácter mucho más decidido, en el continente americano, sociedades que cumplen además de los requisitos propios y de los objetivos de una sociedad otros objetivos como son los de responsabilidad social medioambiental y de buen gobierno propio de esta nueva época del derecho societario. Estos nuevos objetivos (que serán nuevos requisitos para que las sociedades puedan incluirse en la nueva categoría) suponen un cambio de concepción de la sociedad mercantil pues los recursos privados de las mismas, se organizarán de modo que pueda alcanzarse un triple objetivo e impacto positivo en la sociedad: obviamente, un impacto económico en la sociedad, la obtención de una ganancia; un impacto social y un impacto ambiental: se trata de sociedades que buscan, junto a sus fines propios, la sostenibilidad.

Sus antecedentes se encuentran en las sociedades B-Corp, que tienen en cuenta en su actividad unos intereses que no están vinculados (o no lo están directamente) a la empresa, pues se añadirá al interés de los socios o de la propia sociedad y al ánimo de lucro, el interés de los empleos, de los clientes actuales y futuros –los consumidores–, la comunidad local, el lugar de ubicación del establecimiento y la necesaria preservación

21 PEINADO GRACIA, J.I., “La sostenibilidad de la sociedad mercantil y la diligencia de los administradores (Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores)”, *Derecho de Sociedades: cuestiones sobre órganos sociales* Coord. Por Eugenio Olmedo, Antonio F. Abolafio, M. Belén González, 2019 y *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad* (Dir. María Chamorro Domínguez y Jorge Viera), La Ley, Madrid 2023.

22 Y, en concreto, en Convegno “L’impresa cooperativa, caratteristiche e opportunità: ambiti d’intervento”, Università di Parma, 27/07/2023. Vid. Atti di Convegno.

del medioambiente, tanto local como global²³. El llamado *fenómeno B* integra el impacto socio ambiental en un proceso de desarrollo sostenible que satisface las necesidades de las generaciones presentes, aunque sin comprometer las posibilidades de las generaciones del futuro. El nuevo modelo societario persigue un modo de negocios más ético, con mayor repercusión social, por lo que serán más sociales y más humanistas. Obviamente, no es ajeno a este fenómeno y proceso el objetivo 17, para el desarrollo sostenible, en la Agenda 2030, objetivo para las personas y para el planeta. No sólo el consumo, sino también las producciones serán más sostenibles. En estas sociedades, se reduce algo el beneficio particular de los socios, por el beneficio común del resto de las personas (que, al fin redundará igualmente en los propios socios en cuanto miembros de una comunidad o habitantes de una región o del mismo planeta).

Así, junto al modelo tradicional en la que el interés del socio era el de obtener la mayor rentabilidad posible en la que el ánimo de lucro era prioritario en la sociedad y en la que el objeto social tenía que estar perfectamente delimitado y hasta ahí es donde debía de desarrollarse la sociedad se añaden otros intereses en los que se integran el impacto medioambiental en un proceso de desarrollo sostenible que satisface no solamente las necesidades de las generaciones presentes sino también la de las futuras que no han de quedar comprometidas con la actuación en la época actual. Nacidas en estados Unidos, las sociedades B (Beneficio) o sociedades con propósito, se han ido constituyendo, no de forma muy generalizada, en otros países y economías²⁴, como ha sido el caso de la *società a finalitè social*²⁵, belga o la *Società Benfit italiana*²⁶, la *società a misión*²⁷ en Francis, la *Community Interest Company* (CIC) británica, con perfiles propios y algo diferenciados de los que hemos comentado o las *Benefit Corporations* norteamericanas²⁸ y en Latinoamérica²⁹ los muy significativos casos de los nuevos tipos societarios de Perú³⁰ y de Uruguay³¹.

23 Stakeholder Theory

24 En Europa, haciendo más sugestiva la idea merced a la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la directiva UE 2019/1937 de 23 de febrero del 22 última de una serie de ellas de directivas que han incidido en materia de sostenibilidad. O la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

25 DEFOURNY, NYSENS y SIMON, “De l’association sans but lucratif à la société à finalités sociales”, *Insertion et nouvelle économie sociale: un bilan international*, Paris 1998, pp. 77-98.

26 STELLA RITCHER, M., “Società benefit e società non benefit”, *Rivista del Diritto commerciale*, 2017, pp. 271 a 285.

27 TEUSSIE, B., “Les sociétés à mission”, *La semaine Juridique*, n° 17, 2012, pp. 826-836.

28 ZAVALA ORTIZ DE LA TORRE, I., “Las benefit corporations norteamericanas”, *Deusto Estudios Cooperativos*, num. 3, 2013, pp. 84-85.

29 Vid. CONNOLLY, C., MUJICA FILIPPI, J.D. y NOEIM, S., *Movimiento legislativo de Sociedades de Beneficio en interés colectivo (BIC) en América Latina*, <https://drive.google.com/file/d/1KdsX4xelpFRtWs7tV8tCAqymB1nh3sEj/>.

30 Con una ley vigente, la Ley de la Sociedad de beneficio e Interés Colectivo de 2 de noviembre de 2020.

31 Vid. la muy completa obra, de referencia en esta cuestión, de MILLER, A., *Sociedades de Beneficio e Interés*

En este marco que hemos citado y en el contexto internacional tanto legislativo como de las agencias públicas se está desarrollando, en el Derecho societario, el movimiento de defensa y promoción del interés general que va más allá del simple ánimo de lucro recogido en el código de Comercio que pudiera hacer el interés particular todo ello en un proceso de socialización del derecho de sociedades primero se siguió el camino de la sociedad de la responsabilidad social corporativa y esta está siendo sustituido desplazado por el régimen de la sostenibilidad³².

La ley 18/2022 de *creación y crecimiento de empresas* en su Disposición adicional décima, fruto de una enmienda transaccional, ha reconocido –sería demasiado decir que ha regulado– las sociedad de beneficio e interés común como una sociedad de capital con especialidades estatutarias que se incorporó a una ley que cumple varios objetivos y varios compromisos entre ellos los postulados de la Agenda 2030 que fija nuevos modelos productivos y que al reconocer a estas empresas *con propósito* asumirá el objetivo de impulsar en España la transición a una economía inclusiva regenerativa y sostenible que se va a desarrollar más fácilmente con este nuevo modelo empresarial que ha de orientarse al triple impacto de generar beneficio económico, por supuesto para la sociedad y para los socios, crear valor social y limitar el impacto ambiental. En concreto la Disposición Adicional citada reconoce la figura de las sociedades de beneficio e interés común como aquellas sociedades de capital que voluntariamente deciden recoger en sus estatutos su compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad, su sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de los mencionados objetivos sociales y medioambientales y la toma en consideración de los grupos de interés relevantes en sus decisiones³³.

Aproximándonos a sus caracteres jurídicos se trata de una sociedad típica porque típica es la sociedad que adquiere esa condición (anónima o limitada) y con una denominación concreta (sociedad de beneficio e interés común) que adoptan voluntariamente este régimen, que se someten libremente al mismo por decisión de los socios, esto es, de carácter voluntario. De ello se deducen tres consecuencias que sirven además de caracteres: el compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental que van a conseguirlo a través

Colectivo (BIC), Fundación Cultura Universitaria de Montevideo, 2021.

32 Así lo señala EMBID IRUJO, J.M., “¿Hay que regular la Sociedad de Beneficio e Interés Común en el derecho español?”, *Rincón de Commenda*, 4.07.202

33 Disposición adicional décima. Reconocimiento de las Sociedades de Beneficio e Interés Común. Se reconoce la figura de las Sociedades de Beneficio e Interés Común, como aquellas sociedades de capital que, voluntariamente, decidan recoger en sus estatutos: – Su compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad. – Su sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de los mencionados objetivos sociales y medioambientales, y la toma en consideración de los grupos de interés relevantes en sus decisiones. – Mediante desarrollo reglamentario se contemplarán los criterios y la metodología de validación de esta nueva figura empresarial, que incluirá una verificación del desempeño de la sociedad, quedando sujetos tanto los criterios como la metodología a estándares de máxima exigencia.

de su actividad; el sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en lo que afecta principalmente a los objetivos del entorno local y medioambiental; e igualmente, que tomen en consideración para sus decisiones la opinión de los grupos de interés relevantes por lo que su funcionamiento se aleja un tanto del tradicional de los intereses de las sociedades de capital y ha de llegarse al convencimiento de los administradores pero también a los socios e inversores de que es necesario, aunque sea a costa de un beneficio económico que se va a dejar de percibir, que se destine al logro y alcance de Objetivos de Desarrollo Sostenible. distintos a los financieros que caracterizan a estas sociedades al menos hasta ahora.

Como consideración final en esta simple referencia a la existencia (por el momento sin reconocimiento *oficial*) de las sociedades B-Corps. volveremos a señalar que se trata de un nuevo tipo social y, una vez más, de un cambio de paradigma en el Derecho de Sociedades. Se van a constituir nuevas sociedades, con esta estructura o, se incorporarán estos principios y propósitos en sociedades existentes debiéndose distinguir en ellas la gran diferencia entre los conceptos de objeto social y de interés social que es el fin común objetivo entendido como la maximización del valor de la empresa en beneficio de los accionistas a lo que debe añadirse el interés de otro sujeto vinculado, procurando su conservación a largo plazo. No desaparece el ánimo de lucro de estas sociedades que está determinado por el objeto social pero se tiene presente el interés de los socios actuales y de los socios futuros, el propio interés de la *sociedad* no entendida ahora como sujeto del derecho societario, sino como un conjunto de individuos, de pueblos o naciones que conviven en un mismo territorio bajo un determinado esquema de organización y bajo normas comunes. Se ha pasado efectivamente desde una época contractuallista del derecho de sociedades a la época de socializar este derecho de modo que atrae hacia sí mismo la defensa y la promoción general.³⁴

Puede dudarse del acierto del legislador español al haber limitado solo a las sociedades de capital la posibilidad de adoptar este tipo y hemos de decir que son sociedades en las que los socios deben querer, mediante su decisión, adoptar ese tipo y hasta que el desarrollo reglamentario sea una realidad y no una simple previsión legal, los estatutos podrán incorporar determinadas cláusulas en las que se reserve una determinada cantidad, que puede ser en forma de reserva con lo que serán *realidades* con una cobertura legal mínima, lo que no habrá de impedir su avance.

Podemos concluir esta reflexión sobre este tipo de sociedades que son un ejemplo ciertamente puntual de la incidencia de la sostenibilidad en el Derecho normado y en concreto en el Derecho de sociedades con lo que ya manifestamos en su momento, el deseo de que se desarrolle este modelo societario en el mercado y en y en el ámbito, por ahora exclusivo, de las sociedades limitadas y las sociedades anónimas, éstas una de las más importantes creaciones que la ciencia jurídica aporta al capitalismo que puede desprenderse de su principal objetivo. la obtención

34 OLIVERA GARCÍA, R., *Estudios sobre sociedades comerciales*, La Ley, Montevideo, Uruguay, 2020, p. 352.

de la mayor ganancia posible para repartir entre sus socios en un momento en el que hay que reflexionar sobre si, en efecto, hay una crisis del capitalismo a causa precisamente de los excesos de la economía capitalista. Debe confiarse en que el desarrollo de este modelo societario no sea solo una moda como ha ocurrido con otras instituciones mercantiles hoy de actualidad o ya desaparecidas o poco utilizadas, que dados los beneficios que puede suponer para la sociedad y la comunidad, las actuales sociedades y las futuras (dejando a un lado, aunque tendrá su interés y hasta condicionará la figura, las posibles ayudas estatales, trato fiscal, etc.) quieran parecer una empresa socialmente sostenible sino que efectivamente lleguen a serlo. Esta posibilidad ofrecida por el legislador español puede ayudar a ello.³⁵

B) REFERENCIA A LA LEY 1/1 DE ABRIL DE 2025, COMO EJEMPLO DE SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMO.

Finalmente haremos un breve comentario de una reciente disposición normativa en España, la Ley 1/2025 de 1 de abril de *prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario*. En el propio Preámbulo se advierte que una de las primeras manifestaciones externas del desarrollo socioeconómico de las naciones es la abundancia de alimentos³⁶ y, sin embargo, continúa el hambre para un gran sector de la población mundial. Este es el punto de partida y de ahí la obligación moral de los poderes públicos de reducir un gran volumen de pérdidas y de desperdicio, obligación que alcanza a los operadores de la cadena de suministro porque esa pérdida trae consigo un quebranto de la justicia social, molesta a la protección ambiental e impide el crecimiento económico. Y ha de llegar la necesidad de un consumo responsable, por lo que la obligación alcanzará a todos.

En España habían sido algunas las medidas que se habían adoptado en esta dirección y por supuesto también en Europa, pero señalemos, con mero ánimo enunciativo y claramente, el objetivo número 12 (ODS): reducir a la mitad del desperdicio de alimentos por habitante correspondiente a los niveles de la venta al por menor y al consumidor y reducir la pérdida de alimentos a lo largo de las cadenas de producción y suministro³⁷.

35 Siendo muy escasa la bibliografía española sobre la materia, vid. PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Sobre el reconocimiento de las sociedades de beneficio e interés colectivo en España”, *Estudios de Derecho Empresarial. Liber Amicorum en homenaje al profesor RICARDO OLIVERA GARCÍA*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2024, tomo I, pp.807-836 y las referencias bibliográfica que allí se contienen.

36 “Durante siglos la inestabilidad de las cosechas y los problemas de sanidad animal y vegetal el atraso en los medios de producción la imposibilidad de desligarse de los factores climáticos geográficos y naturales las carencias en estructuras productivas y de transporte almacenamiento y comercialización y las ineficiencias del mercado produjeron frecuentes mortandades y ruinas económicas forzaron emigraciones y redujeron la capacidad para desarrollarse de muchas sociedades El Mundo desarrollado produce hoy alimentos en cantidad y calidad suficiente para la mayoría de su población permitiendo un reparto adecuado y a un precio razonable y a pesar de estos avances aún hoy para millones de personas en todo El Mundo el hambre es una amenaza real y una desdicha cotidiana”.

37 Siendo numerosas las medidas que se adoptaron en el Parlamento Europeo, entre ellas la Directiva marco

La ley se estructura alrededor de disposiciones generales, de las obligaciones de los agentes de la cadena alimentaria, de las recomendaciones de las Administraciones Públicas y empresas (sensibilización, donaciones, etc.) y se dedican otros capítulos a la racionalización de fechas de consumo, a la creación de instrumentos para el fomento y control de la reducción y prevención de las pérdidas y desperdicio alimentario, a lo que se acompaña un régimen sancionador.

Para hacer más sostenible el *mundo de la alimentación* y del consumo de alimentos, habrá que sensibilizar a los agentes de la cadena alimentaria y a otros proveedores de servicio alimentario, pero también a las personas consumidoras y a la ciudadanía en general y fomentar la distribución de la donación de alimentos garantizando eso sí la seguridad alimentaria y la trazabilidad de modo que se recuperen y se distribuyan los excedentes de alimentos. La distribución de excedentes de alimentos, con una asignación prioritaria cuando se destinen al uso humano, debe entenderse igualmente como un fin o estrategia.

En este punto citaremos simplemente a los dos grupos de personas que aparecen en la cadena alimentaria: de un lado los agentes, de otro, los consumidores. Los agentes de la cadena alimentaria van a ser operadores pertenecientes al sector primario y ahí se incluyen las cooperativas y las sociedades también las empresas de colaboración o de fabricación de alimentos, las empresas del sector de la hostelería, la restauración y otros proveedores del servicio alimentario o entidades del tercer sector de acción social, en un concepto muy amplio³⁸. De otro lado estarán los consumidores o personas consumidoras, de los que no se facilita un nuevo concepto, limitándose la norma a declarar sus derechos, que son los de recibir información (de la Administración y de las Empresas) sobre las medidas que se adoptan en relación con esta cuestión; recibir información de las entidades de iniciativa social sobre lo recibido en donación y, como un derecho concreto y práctico, llevarse de las empresas de hostelería y otros proveedores de servicios alimentarios, los alimentos que han abonado y no han consumido.³⁹

Para todos los agentes se establecen unas obligaciones de carácter general: aplicar la llamada *jerarquía de prioridades*⁴⁰; en segundo lugar se reitera la necesidad de

de residuos el reglamento. Otras medidas han sido los *Pactos la Estrategia de la Granja a la mesa* (alimentos más saludables y más sostenibles) y en España, muy concretamente, la estrategia de economía circular, el plan estratégico de la PAC y otras-

38 *Vid.* la definición de la Ley en su artículo 3 que también va a incluir otras como la de alimento, desperdicio, otros proveedores, microempresas (aquellas, a los efectos de esta Ley, que tengan menos de diez empleados; con un volumen anual de negocio de menos de dos millones de euros), residuos alimentarios (esto es, alimentos convertidos en residuos, según el Reglamento 178/2002 y ley 7/2022) y espiguelo o rebusco.

39 En recipientes especiales y sin recargo alguno en el precio.

40 La prioridad, obviamente, es el consumo humano y en él, el orden jerárquico a seguir es la atención a la prevención de las pérdidas y desperdicio alimentario, incluyendo los productos agrícolas; y seguir, para aquellos excedentes cuya generación no se haya logrado, el orden de donarlos y redistribuirlos para el consumo humano (aunque sea en otra forma); dedicar el excedente a la alimentación animal o a la producción de

aplicar las medidas que ya existen para reducir residuos alimentarios en la ley 7/22 española; y otras que son auténticamente interesantes como el plan de aplicación para prevención de pérdidas y desperdicio, que será fundamental; los acuerdos para donación de excedente con entidades sociales y o banco de alimentos⁴¹; y evitar actuaciones orientadas a dejar alimentos en condiciones no aptas para su consumo. También se disciplinan las obligaciones específicas para las empresas de hostelería y restauración (que habrán de permitir al consumidor, como se ha dicho, retirar los alimentos no consumidos en envases especiales sin ningún coste adicional; para las empresas y entidades de iniciativa social u organismo sin ánimo de lucro, en relación con la trazabilidad de los productos donados, prácticas de higiene, atención especial a vulnerables, fomento de las donaciones y facilitación de información a los destinatarios finales. Para las Administraciones Públicas se establece la obligación de formación e información, con campañas adecuadas, concienciación, establecimiento de buenas prácticas etcétera. Junto a esas obligaciones generales y específicas (y su régimen sancionador por incumplimiento), se recogen en la norma las referencias a las medidas de buenas prácticas para los agentes, que son de carácter voluntario. Tanto para empresas que venden sus productos al consumidor final como para las empresas del sector de la hostelería y otros proveedores.

El contenido de esta Ley⁴² tiene un importante componente ético, siendo una exigencia legal y ambiental, que va a encontrarse con dificultades en su aplicación inmediata (y más aún, retroactiva), pudiendo discutirse sobre el acierto de su ámbito de aplicación, pues quizás sean muchas las excepciones o exclusiones previstas⁴³. Sin duda alguna, se trata de una iniciativa para contribuir al logro de un sistema alimentario más sustentable, más sostenible⁴⁴ que colabora a la consecución, entre otros pero de modo especial, del ODS número 12 (*Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles*). Sostenibilidad, justicia social y crecimiento económico serán los objetivos a conseguir con esta reciente norma.

piensos; y, por último, emplearlos como subproductos en otra industria (y, después de todo ello, reciclarlos y usarlos como abono).

41 Estos acuerdos o contratos, para una seguridad jurídica, tienen una regulación concreta y un contenido mínimo.

42 De la que, como simple comentario más anecdótico que riguroso, debe decirse que tiene carácter retroactivo, pues entra en vigor el 2 de enero de 2025, meses antes de su aprobación y publicación.

43 Las actividades de retirada de productos por las medidas de gestión de crisis en los Programas Operativos de Frutas y Hortalizas, las retiradas del plátano en el marco del Programa Comunitario de Apoyo a las Producciones Agrarias de Canarias (POSEI), u otras medidas al amparo de algún mecanismo de prevención y gestión de crisis o de regulación del mercado previsto en la legislación comunitaria. De igual modo hay que recordar que de las obligaciones generales para todos los agentes se excluyen los establecimientos de menos de 1.300 metros cuadrados (normalmente tiendas de barrio), sin que alcancen tampoco a las microempresas ni a las pequeñas explotaciones agrarias, excluidas expresamente de esta Ley).

44 ODS 2: Hambre Cero; ODS 3: Salud y Bienestar; ODS 11: Ciudades y comunidades sostenibles; ODS 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles y ODS 13: Acción por el clima.

HIPERCONSUMO DIGITAL: A INFLUÊNCIA DO MARKETING E DAS REDES SOCIAIS NA INTENSIFICAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Ana Carolina Couto Matheus¹

RESUMO

A pesquisa em tela analisou o desenvolvimento das relações de consumo na Internet, enfatizando o hiperconsumo digital e a intensificação da vulnerabilidade do consumidor diante das estratégias de marketing aplicadas nas redes sociais. Teve como objetivo geral examinar a influência das práticas mercadológicas digitais na ampliação da hipervulnerabilidade do consumidor, associando-se ao ambiente virtual. Como objetivos específicos, investigou-se a diferença entre consumo e consumismo, a evolução histórica das relações de consumo, o conceito de hiperconsumo, a aplicação do marketing nas redes sociais e a insuficiência dos mecanismos legais para tutelar as práticas comerciais eletrônicas. A pesquisa adotou abordagem qualitativa, de natureza bibliográfica, fundamentada em legislações, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências, utilizando-se do método dedutivo. O problema investigado consistiu em compreender de que forma o *marketing* digital e as redes sociais agravaram a hipervulnerabilidade do consumidor na Internet. A hipótese formulada sustentou que o hiperconsumo seria intensificado pelas estratégias digitais, potencializadas por algoritmos, cookies e influenciadores, diante de uma fiscalização normativa insuficiente. Justificou-se a relevância do estudo pela necessidade de reflexão sobre a proteção jurídica do consumidor na era digital, considerando a multiplicidade de vulnerabilidades: fática, técnica, jurídica, informacional, psíquica e digital. Concluiu-se que, embora existam dispositivos no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet e na LGPD, estes se mostraram limitados frente às novas dinâmicas digitais. As estratégias de *marketing* aliadas às redes sociais acentuaram a vulnerabilidade do consumidor, revelando a urgência de atualização normativa e mecanismos de controle mais efetivos no ambiente virtual.

Palavras-chave: Hiperconsumo Digital; *Marketing* Digital; Redes Sociais Digitais; Hipervulnerabilidade do Consumidor.

ABSTRACT

The research analyzed the development of consumer relations on the Internet, emphasizing digital hyperconsumption and the intensification of consumer

1 Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – SC. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – PR. Professora Associada da UFPB.

vulnerability in the face of marketing strategies applied on social networks. The general objective was to examine the influence of digital marketing practices in increasing consumer hypervulnerability, associated with the virtual environment. The specific objectives were to investigate the difference between consumption and consumerism, the historical evolution of consumer relations, the concept of hyperconsumption, the application of marketing on social networks and the insufficiency of legal mechanisms to protect electronic commercial practices. The research adopted a qualitative approach, of a bibliographic nature, based on legislation, doctrines, scientific articles and case law, using the deductive method. The problem investigated consisted of understanding how digital marketing and social networks aggravated consumer hypervulnerability on the Internet. The hypothesis formulated maintained that hyperconsumption would be intensified by digital strategies, enhanced by algorithms, cookies and influencers, in the face of insufficient regulatory oversight. The relevance of the study was justified by the need to reflect on the legal protection of consumers in the digital age, considering the multiplicity of vulnerabilities: factual, technical, legal, informational, psychological and digital. It was concluded that, although there are provisions in the Consumer Protection Code, the Internet Civil Rights Framework and the LGPD, these have proven to be limited in the face of new digital dynamics. Marketing strategies combined with social networks have accentuated consumer vulnerability, revealing the urgency of regulatory updates and more effective control mechanisms in the virtual environment.

Keywords: Digital Hyperconsumption; Digital Marketing; Digital Social Networks; Consumer Hypervulnerability.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea encontra-se imersa em uma realidade cada vez mais digitalizada. A Internet e as redes sociais configuram as relações pessoais, profissionais e comerciais. Neste contexto, o consumo passou a transcender as formas tradicionais de compra e venda, assumindo contornos influenciados pelas dinâmicas virtuais. A interatividade das redes sociais e a possibilidade de personalização das estratégias publicitárias no ambiente online inauguraram um novo cenário mercadológico, onde o consumidor, exposto a práticas persuasivas sofisticadas, tornou-se ainda mais vulnerável.

Diante dessa realidade, esta pesquisa se propõe a estudar o fenômeno do hiperconsumo digital, compreendido como o consumo exacerbado de bens e serviços no ambiente virtual, intensificado por mecanismos de *marketing* digital e pelo funcionamento algorítmico das plataformas sociais. A escolha do tema justifica-se pela relevância social e jurídica da proteção do consumidor em meio a essas novas dinâmicas comerciais, nas quais a vulnerabilidade, antes predominantemente econômica ou informacional, ganha novas dimensões, incorporando aspectos técnicos, psíquicos e digitais.

O objetivo geral da pesquisa é examinar a influência das práticas mercadológicas digitais na ampliação da hipervulnerabilidade do consumidor, associando-se às condições impostas pelo ambiente virtual. Os objetivos específicos concentram-se em investigar a diferença conceitual entre consumo e consumismo, analisar a evolução histórica das relações de consumo, definir o conceito de hiperconsumo e suas características, descrever a aplicação do *marketing* nas redes sociais e demonstrar a insuficiência dos atuais mecanismos legais para tutelar as práticas comerciais eletrônicas.

Para a consecução desses objetivos, adota-se uma abordagem qualitativa, de natureza bibliográfica, a qual se fundamenta no levantamento e análise de legislações, doutrinas, artigos científicos, jurisprudências e outros documentos acadêmicos. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, uma vez que se parte de conceitos gerais sobre consumo e *marketing*, até se chegar à análise específica do hiperconsumo digital e da hipervulnerabilidade do consumidor no contexto das redes sociais. Esse percurso metodológico possibilita compreender as relações entre as estratégias de mercado e os mecanismos digitais empregados para potencializar o consumo, muitas vezes sem o consentimento consciente dos usuários.

O problema que norteia esta pesquisa consiste em compreender de que forma o *marketing* digital e as redes sociais contribuíram para o agravamento da hipervulnerabilidade do consumidor na Internet. Parte-se da hipótese de que o hiperconsumo digital é intensificado por estratégias de *marketing* altamente direcionadas, potencializadas por algoritmos, *cookies* e influenciadores digitais, em um cenário marcado pela insuficiência normativa para conter e regular essas práticas.

O Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, são limitados frente às novas dinâmicas publicitárias e mercadológicas desenvolvidas no ambiente digital.

A relevância da pesquisa reside na necessidade de se refletir criticamente sobre a proteção jurídica do consumidor na era digital, considerando a multiplicidade de vulnerabilidades que emergem neste cenário. A conjugação desses fatores evidencia que o consumidor, ao interagir em redes sociais e consumir conteúdos online, encontra-se sujeito a pressões mercadológicas invisíveis e, por vezes, incontrolláveis, o que demanda uma atuação normativa mais adequada e eficaz.

Busca-se compreender o hiperconsumo na Internet, diferenciando-se conceitos como consumo e consumismo, apresentando a evolução histórica das relações de consumo e definindo o hiperconsumo e suas características. Além disso, explora-se o conceito de *marketing*, suas estratégias e a evolução da Internet como espaço comercial.

Analisa-se a aplicação do *marketing* nas redes sociais e a vulnerabilização do consumidor, o funcionamento do *e-commerce* e *s-commerce*, as novas formas de publicidade, o papel das redes sociais, as estratégias de *marketing* digital, o *neuromarketing* e as ferramentas digitais utilizadas para potencializar as ações publicitárias. Nesse processo serão examinados os algoritmos, os *cookies* e o papel dos influenciadores digitais.

A hipervulnerabilidade do consumidor será estudada como princípio previsto no Código de Defesa do Consumidor e suas diversas espécies (fática, técnica, jurídica, informacional, psíquica e digital). Além disso, examina os dispositivos legais aplicáveis, as normas publicitárias e os instrumentos de regulação das plataformas digitais, avaliando a eficácia dessas medidas diante das novas práticas comerciais na Internet.

A pesquisa em tela descreve o cenário atual e provoca reflexões sobre a urgência de atualização normativa e de mecanismos mais eficazes de controle no ambiente virtual, considerando os desafios impostos pela velocidade das inovações digitais e pela complexidade das estratégias mercadológicas adotadas.

2. O HIPERCONSUMO NA INTERNET

Para compreender o fenômeno do hiperconsumo, é fundamental distinguir os conceitos de consumo e consumismo. De acordo com Tonial e Cezaro (2023, p. 22), o consumo corresponde a uma prática habitual voltada à satisfação de necessidades básicas. Giancoli (2024, p. 1) reforça que o ato de consumir está associado a processos fisiológicos essenciais à sobrevivência. Bauman (2008, p. 23) acrescenta que o consumo é inerente à existência humana, presente desde os primórdios da história, por garantir a subsistência.

Em contrapartida, o consumismo caracteriza-se pelo incentivo contínuo à aquisição de bens e serviços para além das necessidades, visando a desejos socialmente construídos. Para Bauman (2008, p. 25), o consumismo é uma construção social baseada em aspirações efêmeras, alimentadas pelo crescimento econômico. Lipovetsky (2006, p. 8) aponta que o avanço capitalista reconfigurou mentalidades, inaugurando a era do hiperconsumo.

O ato de consumir, portanto, ocorre em contextos culturais e sociais específicos. Segundo Giancoli (2024, p. 1), fatores como modismos e tendências mercadológicas influenciam esse comportamento. No meio digital, estratégias publicitárias moldam os desejos e ampliam a vulnerabilidade dos consumidores. A Primeira Revolução Industrial, no século XVIII, modificou essas relações com a introdução da produção em massa, reduzindo custos e durabilidade dos produtos (Silva; Santos, 2014, p. 278). Filho (2022, p. 18) observa que a industrialização afastou o consumidor do processo produtivo, dificultando o controle sobre o que se consome.

Durante a Segunda Revolução Industrial, a urbanização e as melhorias logísticas facilitaram o acesso ao consumo (Silva; Santos, 2014, p. 278), mas o Direito não acompanhou essas transformações, permitindo práticas abusivas no mercado (Lipovetsky, 2006, p. 18). A globalização, desde o século XV, segundo Santiago (2018, p. 14) ampliou mercados e enfraqueceu regulações, entregando o controle econômico às corporações transnacionais (Diehl; Almeida, 2018, p. 11).

O surgimento da Internet eliminou barreiras geográficas e temporais, conectando pessoas globalmente. Para Morais e Spagnollo (2022, p. 159), essa sociedade pós-moderna caracteriza-se pela fluidez e instantaneidade nas trocas. No século

XXI, a Internet se consolidou como espaço dinâmico para circulação de bens e serviços (Morais; Spagnollo, 2022, p. 161-162).

A proteção jurídica dos consumidores só se estruturou de forma efetiva no século XX, com marcos como o discurso de John Kennedy, em 1962, e as diretrizes da ONU, em 1973 (COJE, 2021). No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) foram essenciais nesse processo (Filho, 2022, p. 18).

Atualmente, o ambiente digital intensificou o hiperconsumo, com oferta ilimitada de produtos e serviços acessíveis 24 horas por dia. Segundo a pesquisa E-commerce Trends 2024, 85% dos brasileiros compram online ao menos uma vez por mês, atraídos pela praticidade.

No entanto, estratégias publicitárias digitais mais invasivas e personalizadas ampliam a vulnerabilidade dos consumidores diante da complexidade informacional (Ribeiro; Campos, 2022, p. 2). Apesar dos avanços do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a regulação ainda é insuficiente frente ao poder econômico e publicitário das corporações digitais.

A revolução tecnológica industrial consolidou a ideia de que o consumo é sinônimo de bem-estar (Tonial; Cezaro, 2022, p. 39). Esse fenômeno, potencializado pela publicidade moderna, moldou desejos e comportamentos, estimulando a compra contínua (Lipovetsky, 2006, p. 14-16). Lipovetsky (2007, p. 17) aponta que a lógica da economia de consumo moderna é baseada na maximização das vendas e democratização do acesso, o que transformou a publicidade em instrumento de sedução.

Bauman (2008, p. 40-42) aprofunda essa análise ao propor a noção de sociedade de consumidores, onde consumir se torna critério de identidade social e pertencimento. Assim, quem não consome, marginaliza-se. Pereira, Calgaro e Pereira (2016, p. 267) destacam que o hiperconsumo evolui para o consumocentrismo, mediando relações e identidades. O marketing assume papel central, moldando desejos e restringindo a autonomia crítica dos consumidores (Pereira; Calgaro; Pereira, 2016, p. 268).

Esse processo foi acelerado pela Internet, que ampliou o acesso e a disponibilidade de produtos, estabelecendo um ambiente de consumo constante (Soares; Leal, 2020, p. 8). A obsolescência programada, surgida nos anos 1990, reforçou esse ciclo ao reduzir a vida útil dos produtos e incentivar a substituição frequente (Soares; Leal, 2020, p. 8; Bauman, 2008, p. 37). Desde cedo, os indivíduos são educados para o consumo como forma de resolver carências e garantir aceitação social (Bauman, 2008, p. 43).

Para Bauman (2008, p. 64), o consumismo contemporâneo caracteriza-se pela velocidade e descartabilidade, enquanto Lipovetsky (2004, p. 24) alerta para a insaciabilidade dos desejos gerados pela publicidade. Miragem (2024, p. 1) associa esse fenômeno ao capitalismo moderno, ressaltando a importância da proteção jurídica ao consumidor.

A publicidade, antes informativa, tornou-se ferramenta emocional e persuasiva (Lipovetsky, 2007, p. 17). Segundo Freitas (2020, p. 3), o marketing se consolidou como peça central nas estratégias empresariais. Desde slogans famosos até as campanhas digitais personalizadas, o objetivo passou a ser associar produtos a experiências e valores (Bauman, 2008, p. 31). Com a saturação publicitária, surgiram estratégias de *branding*, que vendem estilos de vida (Soares; Leal, 2020, p. 19).

A Internet e as redes sociais alteraram profundamente essas dinâmicas. Publicidade segmentada, algoritmos e influenciadores se tornaram ferramentas eficazes para explorar vulnerabilidades emocionais. Apesar da regulamentação prevista no Código de Defesa do Consumidor, há lacunas específicas no ambiente digital (Ribeiro; Campos, 2022, p. 2).

Desde suas origens militares e acadêmicas, a Internet passou por transformações significativas com a Web 1.0, a interação social da Web 2.0 (Blattmann; Silva, 2007, p. 8) e, mais recentemente, a Web 3.0 e 4.0, marcadas pela integração homem-máquina e pela complexidade das interações (Guimarães; Rocha, 2021, p. 5-6). Hoje, com mais de 5 bilhões de usuários, as redes sociais ultrapassaram o entretenimento, tornando-se grandes vitrines comerciais (O GLOBO, 2024).

O reconhecimento da Internet como direito humano pela ONU, desde 2011, reforça que a exclusão digital significa também exclusão social (Morais; Spagnollo, 2022). Assim, além de meio de comunicação, a Internet consolidou-se como espaço de pertencimento e de consumo, aprofundando o modelo hiperconsumista contemporâneo.

3. A APLICAÇÃO DO MARKETING NAS REDES SOCIAIS E CONSEQUENTEMENTE VULNERABILIZAÇÃO DO CONSUMIDOR

O avanço da Internet e a consolidação do ciberespaço ampliaram as relações de consumo no ambiente virtual, principalmente com o surgimento do comércio eletrônico e das redes sociais, que viabilizaram novas formas de interação entre consumidores e fornecedores (Morais; Spagnollo, 2022). Esse ambiente virtual deu origem ao *E-commerce*, caracterizado pela realização de transações comerciais sem a necessidade de contato físico, subdividido em comércio direto e indireto (Araújo, 2017).

Além disso, o crescimento do *Social Commerce* (*S-commerce*) revolucionou esse cenário ao transformar consumidores em agentes de interação com marcas, por meio de plataformas como Instagram, TikTok e Facebook (Canuto; Aguiar; Policarpo, 2018).

A principal diferença entre *E-commerce* e *S-commerce* reside na integração entre consumo e interação social, potencializada por algoritmos que direcionam conteúdos e anúncios personalizados com base no comportamento dos usuários (Canuto; Aguiar; Policarpo, 2018). Dados recentes apontam que mais de 87 milhões de brasileiros participam desse ambiente digital, movimentando cifras bilionárias (ABCOMM, 2023). Entretanto, o uso massivo das redes sociais no Brasil também

expõe os consumidores a riscos éticos e jurídicos, uma vez que as técnicas de marketing digital e anúncios segmentados influenciam comportamentos e estimulam o consumismo de forma muitas vezes invasiva (PUCPR, 2023).

De acordo com Lanier (2018), as redes sociais, inicialmente concebidas como espaços de interação pessoal, tornaram-se ambientes controlados por algoritmos publicitários, nos quais os usuários são produtos de um modelo comercial fundamentado na coleta e venda de dados pessoais. Essa estrutura é sustentada por mecanismos que visam captar a atenção e manipular desejos, o que compromete a autonomia decisória dos consumidores (Lanier, 2018). Segundo a CNBC (2019), 99% do faturamento do Facebook deriva de publicidade direcionada, revelando o potencial dessas plataformas como instrumentos de persuasão comercial.

O *marketing* digital também se apoia em influenciadores digitais, os quais atuam como legitimadores das marcas, utilizando a credibilidade e a proximidade com o público para naturalizar o consumo (Leal et al., 2023). Miragem (2020) alerta para o caráter dissimulado dessa publicidade testemunhal, que mistura conteúdo pessoal e promocional, dificultando a identificação do consumidor quanto ao seu caráter comercial. Tal prática viola os princípios da boa-fé objetiva e da transparência previstos no Código de Defesa do Consumidor (Almeida et al., 2018).

Nesse contexto, a vulnerabilidade dos consumidores é acentuada pela influência emocional e afetiva gerada pelas redes, que confundem necessidade e desejo, além de criar ambientes de comparação social e pressão pelo consumo (Soares; Leal, 2020). Empresas investem massivamente em *marketing* digital, cerca de 700 bilhões de reais em 2023, com previsão de crescimento (ASSOCIAÇÃO DE BARES E RESTAURANTES DO BRASIL, 2024), utilizando recursos como anúncios personalizados, publicidade baseada em dados e conteúdos patrocinados. Pesquisa da *Sprout Social* (2020) indica que 74% dos consumidores se sentem influenciados por conteúdos divulgados nas redes sociais, reforçando o impacto desse ambiente sobre os hábitos de compra.

Outra prática relevante é o uso do *neuromarketing*, que investiga os mecanismos cerebrais relacionados às decisões de consumo. Segundo Madan (2010), essa técnica permite alterar escolhas de forma subconsciente, enquanto Lindstrom (2009) aponta que o *neuromarketing* acessa pensamentos, sentimentos e desejos, direcionando preferências de maneira invisível ao usuário. Essa manipulação se apoia na familiaridade com a marca e na preferência reforçada pelas redes, ultrapassando frequentemente os limites éticos e jurídicos (Freitas; Batista, 2015).

Além das estratégias emocionais, destaca-se o papel dos algoritmos e das tecnologias de *Big Data*, responsáveis por coletar, organizar e analisar dados pessoais para personalizar anúncios (Spagnollo; Tonial, 2022). Santos (2022) afirma que, por meio de *cookies* e rastreamento digital, empresas monitoram cliques, pesquisas e preferências, criando perfis comportamentais detalhados. Essa lógica compromete a autonomia do consumidor, que tem suas escolhas moldadas sem plena consciência

(Carlessi; Borges; Calgaro, 2022). A prática de precificação dinâmica, baseada no perfil de consumo e poder aquisitivo do usuário, reforça o desequilíbrio técnico e informacional nas relações de consumo (Schmidt Neto, 2021 apud Santin, 2023).

Os influenciadores digitais ocupam papel central nessa lógica. Pesquisa da Nielsen, citada por Chalegra (2024), revela a existência de meio milhão de influenciadores com mais de 10 mil seguidores no Instagram brasileiro. Esses profissionais combinam cotidiano e publicidade, exercendo forte poder persuasivo, especialmente sobre jovens, que tendem a transferir a confiança depositada nesses influenciadores para as marcas que promovem (Silva; Tessarolo, 2016). Contudo, a falta de transparência nas publicações, apenas 25% indicam claramente seu caráter publicitário (O GLOBO, 2024), contribui para a vulnerabilização do consumidor.

Assim, observa-se que o marketing digital nas redes sociais intensifica a desigualdade informacional, manipula escolhas de forma premeditada e fragiliza a autodeterminação do consumidor. Como destaca Lanier (2018), as redes sociais deixaram de ser canais neutros, convertendo-se em motores de consumismo, sustentados pela coleta massiva de dados, publicidade segmentada e exploração emocional. Diante desse cenário, torna-se urgente o debate sobre regulamentação, ética no uso de dados e fiscalização efetiva da publicidade digital, com o objetivo de proteger os direitos dos consumidores e garantir a transparência nas relações de consumo no ambiente virtual.

4. A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E A INSUFICIÊNCIA DOS MECANISMOS LEGAIS PARA TUTELAR AS PRÁTICAS COMERCIAIS ELETRÔNICAS

No ambiente digital, especialmente nas redes sociais, estratégias de *marketing* ultrapassam o mero estímulo ao consumo, influenciando decisivamente as escolhas dos consumidores. Nessa relação, o fornecedor, detentor de técnicas persuasivas e recursos tecnológicos, ocupa posição de superioridade diante do consumidor, cuja vulnerabilidade é reconhecida pelo art. 4º, I, da Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXII, assegura a proteção do consumidor como direito fundamental, e a doutrina consagra a vulnerabilidade como base do sistema consumerista (Miragem, 2020, p. 233-235; Tonial; Cezaro, 2022, p. 22). O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009) reforça essa premissa, considerando a vulnerabilidade ponto de partida do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A doutrina classifica a vulnerabilidade em tipos distintos: fática, pela inferioridade negocial (Miragem, 2019, p. 200); técnica, pela assimetria de conhecimento (Andrade, 2016, p. 174); jurídica, pela dificuldade de acesso à justiça (Miragem, 2019, p. 200; Andrade, 2016, p. 175); informacional, pela manipulação e controle de dados (Marques; Mocellin, 2022, p. 13-14); psíquica, pela exploração de emoções (Azevedo; Andreazza, 2021, p. 7-8); e digital, que potencializa todas as anteriores, caracterizada pelo uso de algoritmos e publicidade personalizada (Spagnollo; Tonial, 2021, p. 108; Mendes, 2014, p. 93).

A hipervulnerabilidade, conceito introduzido no REsp 586.316-MG (BRASIL, STJ, 2007), designa situações em que certas categorias de consumidores (como idosos, crianças ou enfermos) são ainda mais expostas. No ambiente digital, essa condição se estende a todo consumidor diante da coleta massiva de dados, uso de inteligência artificial e estratégias algorítmicas (Canto, 2014, p. 90-91; Santin, 2023, p. 17-19; Vizioli; Comin, 2022, p. 166-167).

Os mecanismos tradicionais, como o CDC, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 1978) e normas constitucionais, são insuficientes para enfrentar as estratégias disfarçadas e invasivas praticadas no meio digital. Embora os princípios da veracidade, identificação e vinculação sejam fundamentais (Miragem, 2019, p. 347-351), sua aplicação enfrenta obstáculos. A publicidade dissimulada por influenciadores, por exemplo, viola o princípio da identificação (art. 36, CDC), sendo que apenas 25% dos influenciadores declaram o caráter publicitário de seus conteúdos (O GLOBO, 2024).

Práticas como merchandising e publicidade subliminar, intensificadas pelo neuromarketing, acentuam a vulnerabilidade psíquica (Miragem, 2019, p. 351). Além disso, a ocultação de informações e a personalização algorítmica de conteúdos afrontam o princípio da veracidade (art. 37, § 1º, CDC), ampliando o alcance de práticas enganosas (Silvério; Sousa; Rego, 2024, p. 1407-1410). O princípio da vinculação (art. 30, CDC), que assegura o cumprimento de ofertas, também enfrenta dificuldade no meio digital, onde o controle das publicidades é limitado, refletido no aumento de denúncias (G1, 2023).

Embora o Decreto nº 7.962/2013 tenha reforçado direitos no comércio eletrônico, como o direito ao arrependimento (art. 49, CDC), o ambiente virtual impõe novos desafios. Segundo Pignati (2022), o Brasil possui uma das maiores taxas de conversão publicitária online, com 37% dos consumidores realizando compras imediatas após anúncios, evidenciando a força persuasiva desse meio.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) representam avanços na proteção de dados, assegurando direitos à privacidade e consentimento (BRASIL, 2014, 2018). No entanto, a ausência de regulamentação específica para publicidade baseada em dados pessoais limita sua eficácia (Siqueira; Martos; Martos, 2023, p. 98). A criação da ANPD ampliou a fiscalização, mas ainda carece de normas direcionadas ao marketing digital.

Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 2630/2020, conhecido como PL das Fake News, propõe medidas para aumentar a transparência publicitária, combater conteúdos disfarçados e responsabilizar práticas abusivas (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020, 2024). Ricardo Campos defende a adoção de parâmetros semelhantes à legislação alemã para suprir a insuficiência das normas abstratas (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020).

Mesmo com avanços, a legislação atual é incapaz de conter o avanço das estratégias digitais abusivas, como destacam Siqueira, Martos e Martos (2023, p. 94) e

Lobato (2023), ao apontarem a prevalência das denúncias publicitárias digitais junto ao CONAR. Para Silva et al. (2021), a inadequação dos instrumentos vigentes agrava a hipervulnerabilidade dos consumidores, potencializada pelas novas tecnologias.

Assim, evidencia-se a necessidade de atualização legislativa, com normas específicas voltadas à publicidade digital, proteção de dados e transparência algorítmica, visando mitigar a hipervulnerabilidade e assegurar uma proteção efetiva no ambiente eletrônico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em tela atingiu o objetivo principal no sentido de analisar de que forma as estratégias de *marketing* digital, associadas às redes sociais, fomentam o hiperconsumo na Internet e intensificam a vulnerabilidade do consumidor virtual.

Para isso, foram alcançados os objetivos específicos, que envolveram a conceitualização dos fenômenos do consumo, consumismo e hiperconsumo; a contextualização histórica das transformações sociais e econômicas que culminaram no cenário contemporâneo; e a identificação das práticas publicitárias direcionadas, bem como das insuficiências normativas que permeiam a proteção do consumidor digital.

A partir da pesquisa realizada, constatou-se que o fenômeno do hiperconsumo não é um evento isolado, tampouco recente. Ele representa o resultado de um processo histórico de transformações profundas nas formas de produção, circulação e aquisição de bens e serviços. Desde a Revolução Industrial, passando pela globalização e chegando à popularização da Internet, a sociedade experimentou significativas mudanças nas suas dinâmicas sociais, culturais e econômicas. Nesse percurso, a lógica do consumo deixou de atender apenas às necessidades básicas e passou a ser orientada por estímulos contínuos ao desejo, sustentados por estratégias cada vez mais sofisticadas de incentivo ao consumo.

No contexto digital, especialmente com a ascensão das redes sociais, essa lógica adquiriu novas dimensões. As plataformas digitais passaram a exercer papel central nas relações de consumo, não mais se limitando a mediar interações sociais, mas atuando como espaços privilegiados para a coleta, análise e comercialização de dados pessoais. Esses dados, ao serem tratados e compartilhados com empresas e anunciantes, tornaram-se ferramentas valiosas para a criação de conteúdos publicitários direcionados, adaptados aos perfis, interesses e comportamentos dos usuários.

Verificou-se que essa dinâmica tem produzido efeitos relevantes na forma como os consumidores se relacionam com o mercado no ambiente virtual. As publicidades personalizadas, ao explorarem preferências, rotinas e aspectos emocionais, possuem alto poder de persuasão, tornando os consumidores mais suscetíveis a decisões impulsivas e recorrentes. Esse cenário é agravado pela dificuldade de o usuário comum perceber a intencionalidade e o grau de manipulação presentes nessas práticas publicitárias. Dessa maneira, amplia-se a condição de vulnerabilidade do consumidor digital, que se vê exposto a estratégias comerciais cada vez mais invasivas e menos transparentes.

Confirmou-se, portanto, a hipótese inicialmente proposta: no ambiente virtual, o consumidor encontra-se em estado de hipervulnerabilidade. Essa condição decorre, em primeiro lugar, da ausência de uma regulamentação específica e atualizada que abarque as novas formas de publicidade digital, especialmente aquelas baseadas na exploração de dados pessoais. Em segundo lugar, evidencia-se a carência de um sistema fiscalizador eficiente e especializado, capaz de monitorar, identificar e coibir práticas abusivas nas relações comerciais digitais, que ocorrem majoritariamente nas redes sociais.

Embora existam normas importantes no ordenamento jurídico brasileiro que tratam da proteção do consumidor e da privacidade de dados, verifica-se que tais instrumentos ainda não acompanham a velocidade das inovações tecnológicas e comerciais, o que compromete a efetividade das garantias asseguradas. As lacunas legislativas e institucionais permitem que práticas publicitárias abusivas prosperem no ambiente digital, colocando o consumidor em posição de desvantagem diante das grandes corporações e de seus recursos técnicos e estratégicos.

Nesse sentido, pode-se concluir que o hiperconsumo na Internet é alimentado, de forma significativa, pela atuação combinada das redes sociais e das estratégias de marketing digital direcionadas, que utilizam informações pessoais dos usuários como insumos para o desenvolvimento de técnicas de convencimento cada vez mais sofisticadas. Esse panorama acentua a hipervulnerabilidade do consumidor virtual, sobretudo pela assimetria de informações, pela complexidade dos mecanismos de segmentação e personalização de conteúdos e pela insuficiência dos instrumentos de fiscalização e proteção disponíveis atualmente.

Vale ressaltar que, embora a pesquisa tenha cumprido de maneira satisfatória seus objetivos, não se esgotaram as possibilidades de análise do tema, tanto pela amplitude e complexidade do fenômeno quanto pela sua constante transformação. Em primeiro lugar, porque as práticas de marketing digital evoluem de forma acelerada, acompanhadas do surgimento de novas tecnologias, recursos e plataformas. Em segundo lugar, porque a temática apresenta caráter interdisciplinar, envolvendo campos como o direito, o marketing, a psicologia e a tecnologia da informação. A interação entre essas áreas é fundamental para a compreensão integral dos impactos das estratégias comerciais digitais sobre o comportamento e a vulnerabilidade do consumidor.

Diante desse contexto, recomenda-se que futuras pesquisas aprofundem o estudo das práticas publicitárias digitais a partir de abordagens interdisciplinares, considerando aspectos psicológicos, éticos e tecnológicos envolvidos na manipulação de dados e na construção de estratégias de persuasão. Além disso, seria oportuno desenvolver estudos que analisem as possibilidades de aprimoramento do marco jurídico brasileiro, visando à regulamentação eficaz das práticas comerciais digitais, ao fortalecimento da proteção do consumidor e à ampliação da atuação fiscalizatória sobre as atividades comerciais realizadas nas redes sociais.

Outro aspecto relevante que merece atenção é a discussão sobre o papel das plataformas digitais e dos algoritmos no condicionamento de comportamentos

de consumo, considerando a influência desses recursos na formação de desejos e na limitação da liberdade de escolha dos indivíduos. Também se faz necessária a reflexão sobre alternativas que assegurem maior autonomia e controle por parte do consumidor, permitindo que este compreenda, monitore e gerencie a forma como suas informações são utilizadas nas estratégias publicitárias e comerciais.

Por fim, destaca-se a relevância social e acadêmica do presente estudo, ao evidenciar as fragilidades normativas e institucionais brasileiras frente às novas dinâmicas das relações de consumo digitais. O trabalho contribui para o debate sobre a necessidade de políticas públicas e de reformas legislativas que garantam o equilíbrio nas relações de consumo no ambiente virtual, respeitando a dignidade, a privacidade e a liberdade de escolha dos consumidores em uma sociedade cada vez mais conectada e orientada pelos dados.

REFERÊNCIAS

- ABCOMM. *Previsão de vendas online para o e-commerce brasileiro*. Disponível em: <https://dados.abcomm.org/previsao-de-vendas-online>. Acesso em: 10 mar. 2025.
- AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Os deputados querem aprimorar o projeto de notícias falsas aprovado pelo Senado*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/675696-deputados-querem-aprimorar-projeto-defa-ke-news-aprovado-pelo-senado>. Acesso em: 25 fev. 2025.
- AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Projeto define regras para combater propaganda enganosa na Internet*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1037293-projeto-define-regras-para-combater-pro-paganda-enganosa-na-internet/>. Acesso em: 06 mar. 2025.
- ALMEIDA, Marcos Inácio Severo de, *et al.* Quem lidera sua opinião? Influência dos formadores de opinião digitais no engajamento. *RAC*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 115-137, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rac/a/MXTSjGmKNbzM4DpxHcPRbK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 mar. 2025.
- ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. Reconhecimento da vulnerabilidade linguística do Consumidor: forma de acesso à justiça. *Revista do MPRJ*. Rio de Janeiro, n. 62, out-dez. 2016. pp. 163- 180. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260352/Tadeu_Luciano_Siqueira_Andrad e.pdf. Acesso em 22 fev. 2025.
- ARAÚJO, Marcelo Barreto de. *Comércio Eletrônico: Marco Civil da Internet- Direito Digital*. Rio de Janeiro. Confederação Nacional do Comércio de Bens- CNC, serviços e turismo, 2017.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES. *Investimento global em marketing digital deve superar US\$ 900 bi até 2027*. 25 de abril de 2024. Disponível em: <https://abrase.com.br/revista/mercado-e-tendencias/investimento-marketing-digital/>. Acesso em: 06 mar. 2025.
- AZEVEDO, Fernando Costa; ANDREAZZA, Cauê Molina. A vulnerabilidade comportamental do consumidor. *Revista dos Tribunais Online*, vol. 138, p. 109-130, nov-dez. 2021. Disponível em: <https://www.mpgp.mp.br/porta/arquivos/2023/01>

/18/17_53_43_119_A_vulnerabilidade_e_comportamental_do_consumidor.pdf. Acesso em: 22 mar. 2025.

BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BBC. *5 coisas que você talvez não saiba sobre o Facebook reveladas por Zuckerberg em depoimento*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43727418>. Acesso em: 18 mar. 2025.

BELENZIER, Juliane S.; TUNINI, Giovana. A publicidade na sociedade de consumo: a necessidade da efetiva proteção ao consumidor. Temas de direito do consumidor. *Editora fi*, v. 1, 2022. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Temas-de-Direito-do-Consumidor.pdf. Acesso em: 14 mar. 2025.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

BRASIL. *Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 26 fev. 2025.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Recurso Especial n.º 586.316 - MG, 2007*. Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das indústrias da alimentação-ABIA. Rel. Min. Herman Benjamin. 17 de abril de 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009. Acesso em: 20 fev. 2025.

CAMARGO, P. *Neuromarketing: decodificando a mente do consumidor*. Porto Portugal: Ipam, 2009. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=jNzPRBVffGEC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 13 mar. 2025.

CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico e a reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/211758/000950503.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 mar. 2025.

CANUTO, Kennedy Jorge; AGUIAR, Edvan Cruz; POLICARPO, Manoela Costa. O papel do *Social-Commerce* nas intenções de comportamento do consumidor. *Journal of perspectives in management-JPM*. n. 2, 2018, p. 34-50. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/jpm/article/download/239311/31322>. Acesso em: 20 fev. 2025.

CARLESSI, Mariana Mazuco; BORGES, Gustavo Silveira; Calgaro, Cleide. Tecnologias persuasivas e neurodireitos: a tutela dos consumidores nas redes sociais na sociedade consumocentrista. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 32, n. 12, p. 372-392, mai./ ago. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8502/6491>. Acesso em: 11 mar. 2025.

CHALEGRA, Jessica. Brasil é líder mundial em número de influenciadores digitais. *Consumidor Moderno*. jun. 2024. Disponível em: <https://consumidormoderno.com.br/brasil-influencia-digital/>. Acesso em: 15 mar. 2025.

CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos*, 1978. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em 26 fev. 2025.

DIEHL, Rodrigo Cristiano; ALMEIDA, Alcione. *Globalização e Relações de Consumo: As faces de um estado contemporâneo*. Anais da 10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito. 2018. Disponível em: http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/edicoes-anteriores/10a-jornada-de-pesquisa-e-9a-jornada-de-extensao-do-curso-de-direito/artigos/4-direitos-fundamentais-constituicao-e-meio-ambiente-do-trabalho/globalizacao-e-relacoes-de-consumo_as-faces-de-um-estado-contemporaneo.pdf. Acesso em: 09 mar. 2025.

DOOLEY, Roger. *Como Influenciar a Mente do Consumidor: 100 maneiras de convencer os consumidores com técnicas de neuromarketing*. Tradução de Luciene Scalzo. São Paulo: Elsevier, 2012.

FILHO, Sergio C. *Programa de Direito do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559772766/>. Acesso em: 07 mar. 2025.

FREITAS, Cinthia O. A.; BATISTA, Osvaldo H. S. Neuromarketing e as novas modalidades de comércio eletrônico (*m-s-t-f-commerce*) frente ao código de defesa do consumidor. *Derecho y Cambio Social*. 2015.

FREITAS, Cinthia O.A. *A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na Internet*. III encontro de internacionalização do CONPEDI- Madrid. v. 9. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3368/2885>. Acesso em 15 mar. 2025.

FREITAS, Vinícius Borges. A evolução do marketing e os conceitos de marketing social. *Cruz das Almas: UFRB*, 2020. Disponível em: https://www.ufrb.edu.br/saed/images/discursos/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_Marketing_e_os_conceitos_de_Marketing_Social.pdf. Acesso em: 08 mar. 2025.

GIACOMETTI, Henrique Brockelt. *Ferramentas do Marketing: do tradicional ao digital*. Curitiba: Intersaberes, 2020.

GIANCOLI, Brunno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p. 1. ISBN 9788553623303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553623303/>. Acesso em: 04 mar. 2025.

GOV.BR. *Nas relações de consumo, o direito de arrependimento é garantido por Lei*. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/nas-relacoes-de-consumo-o-direito-de-arrependimento-e-garantido-por-lei>. Acesso em 20 fev. 2025.

GUIMARÃES, Leila Jane L. Sena; ROCHA, Eliane Cristina de F. Práticas informacionais e design thinking: abordando usuários 3.0 na ciência da informação. *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*. Campinas-SP, v.19, 2021. pp 1-20. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdbci/a/QcgVHjdGRGmNXCN37SLmwzN/?format=pdf&lang=p>. Acesso em: 15 mar. 2025.

G1. *Publicidade enganosa cresce 58% nos últimos dois anos*. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2023/03/14/publicidade-enganosa-cresce-58pe-rcent-nos-ultimos-dois-anos-procon-fortaleza-da-dicas-para-nao-cair-em-fraudes-na-semana-do-consumidor.ghtml>. Acesso em: 09 mar. 2025.

KEMP, Simon. *Digital 2024: Brazil*. *Datareportal*. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 08 mar. 2025.

LARNIER, Jaron. *Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais*. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Intrínseca Ltda, 2018.

LEAL, Aparecido Gomes *et al.* Marketing digital: sua força e importância no mercado. *Revista Consciesi*. 4. ed. v. 01 mai. 2023. Disponível em: <https://www.uniesi.edu.br/instituto/revista/arquivos/v04n01/v04n01-marketing-digital.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2025.

LIMA, Thiago Guedes de Oliveira. Responsabilidade das redes sociais em caso de descumprimento da oferta de consumo direcionada. 2022. *Trabalho de Conclusão de Curso* (Graduação em Direito) Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/28712/1/RESPONSABILIDADE%20DAS%20REDES%20SOCIAIS%20EM%20CASO%20DE%20DESCUMPRIMENTO%20DA%20OFERTA%20DE%20CONSUMO%20DIRECIONADA.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2025.

LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS*, v. 48, Jan-Abril, 2013, p.11-45. Disponível em: https://www.be-lins.eng.br/ac01/papers/aslegis48_art01_hist_internet.pdf. Acesso em: 14 mar. 2025.

- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. Ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Marcia Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LOBATO, Gisele. O que diz a lei sobre a responsabilidade de redes sociais por publicidade que facilita golpes. *Aos fatos*. 2023. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/explicamos-responsabilidade-redes-sociais-publicidade-golpes/>. Acesso em: 28 fev. 2025.
- MADAN, Christopher R. Neuromarketing: the next step in market research? *Eureka*, Vol. 1, No. 1, 2010, p.34-42. Disponível em: Acesso em: 12 abr. 2025.
- MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do consumidor. *Civilística.com*. ano 11, n. 3, 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872/649>. Acesso em: 14 abr. 2025.
- MARTUCCI, Maria. Falha expõe dados de clientes do Nubank no google. *Exame*. 2020. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/nubank-tem-falha-de-seguranca-e-expoe-dados-de-clientes/>. Acesso em: 08 abr. 2024.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648856/>. Acesso em: 14 abr. 2025.
- MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. *Direito do consumidor*, v. 30, p. 233-261. 2020. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/artigos/015-principio-da-vulnerabilidade-perspectiva-atual-e-funcoes-no-direito-do-consumidor-contemporaneo.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2025.
- MOREIRA, Tatiana Artioli. O comércio Eletrônico e a proteção do consumidor no Direito Brasileiro. 2016. *Dissertação* (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Tatiana_Artioli_Moreira.pdf. Acesso em: 13 abr. 2025.
- O GLOBO. *Redes sociais ultrapassam 5 bilhões de usuários, revela informe*. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2024/01/31/redes-sociais-passam-dos-5-bilhoes-de-usuarios-revela-informe.ghtml>. Acesso em: 14 abr. 2024.
- OLIVEIRA, Sergio Luis Ignácio. A responsabilidade social das empresas e o conceito de cidadania corporativa. *Pensamento & Realidade*, São Paulo, v. 33, n. 3, p. 17-32, jul/

set. 2018. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pensamentorealidade/article/view/39849/28324>. Acesso em: 11 abr. 2025.

PEREIRA, Agostinho O. Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique M. Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 6, n. 2, 2016. p. 264-279. Disponível em: <https://sou.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4682/2605>. Acesso em: 10 abr. 2025.

PIGNATI, Giovana. Quase 40% dos brasileiros fazem compras online logo após consumir um anúncio. *Canaltech*, 2022. Disponível em: <https://canaltech.com.br/mercado/quase-40-dos-brasileiros-fazem-compras-online-lo-go-apos-consumir-um-anuncio-232317/>. Acesso em: 02 abr. 2025.

PUCPR. *Social Commerce no Brasil: o que esperar para os próximos anos?* 2023. Disponível em: <https://posdigital.pucpr.br/blog/social-commerce>. Acesso em: 15 abr. 2025.

RIBEIRO, B.P.; CAMPOS, G. Marketing e o comportamento do consumidor: um estudo de caso em supermercados. *Revista Científica do ITPAC*, v. 15, n. 1, pub. 5, fevereiro de 2022. Disponível em: <https://revista.unitpac.com.br/itpac/issue/download/v15-rcitpac-fev-2022/18>. Acesso em: 09 abr. 2025.

SANTIAGO, Raíssa C. Chaves. *Cidadania, soberania, identidade nacional e globalização: direito sem fronteiras?* Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8505/1/RCCSantiago.pdf>. Acesso em 02 abr. 2025.

SANTIN, Douglas Roberto Winkel. A hipervulnerabilidade digital do consumidor diante do comércio eletrônico, da inteligência artificial e da Internet das coisas. *Revista da Defensoria Pública*. Porto Alegre- RS. ano 14, v. 2, n. 33, p. 22-43, 2023. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/548/398>. Acesso em: 12 abr. 2025.

SANTOS JÚNIOR, Durval Lucas dos; MANTOVANI, Daielly Melina Nassif. *Comunicação nas Redes Sociais: um estudo com usuários das comunidades do Orkut*. Análise. Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 30-41, jan/jun. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/face/article/viewFile/8235/5905>. Acesso em: 06 abr. 2025.

SANTOS, Rodrigo Otávio dos. Algoritmos, engajamento, redes sociais e educação. *Acta scientarium*, v. 44, 2022. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciEduc/article/view/52736/751375154292>. Acesso em: 14 abr. 2025.

SILVA, Cristiane Rubim Manzina; TESSAROLO Felipe Maciel. *Influenciadores Digitais e as Redes Sociais Enquanto Plataformas de Mídia*. Portal Intercom, São Paulo, set. de 2016. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2025.

SILVA, Enielle D. F. da; CAMPOS, Renato M. M. O papel dos influenciadores digitais no processo de decisão de compra. *Inrevista*. Ribeirão Preto-SP, v. 13, n. 1,

2021. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/inrevista/article/view/2743>. Acesso em: 09 abr. 2025.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca. O Direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. *Revista da AGU*, Brasília-DF, n. 41, p. 275-310, jul./set. 2014.

SILVA, R. O. D. et al. Uma discussão necessária sobre a vulnerabilidade do consumidor: avanços, lacunas e novas perspectivas. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 19, n. 1, p. 83-95, jan. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/TqJ8X8WvJysZ3TKD-Jm5PwnB/>. Acesso em: 12 abr. 2025.

SILVÉRIO, Angélica; SOUSA, Julia Saraiva; REGO, Ihgor Jean. Direito do consumidor na era das redes sociais: publicidade enganosa. *Revista Ibero-americana de Humanidades, ciência e educação*. São Paulo, v. 10, n. 5, 2024. p. 1406-1419.

SIQUEIRA, Oniye N.; MARTOS, José A. de Faria; MARTOS, Laura Samira A. Jorge. “Preço por inbox”: análise da abusividade da prática e a responsabilidade das redes sociais. *Congresso internacional de direito, políticas públicas, tecnologia e Internet*. 2023. p. 93-100. Disponível em: <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/489th895/kw78vk1k/EZIBg602MP1deU77.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2025.

SISTI, Lucas Felipe. *A injuridicidade em algoritmos de inteligência artificial*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) Centro de ensino Superior CESUL, Francisco Beltrão -PR, 2023. Disponível em: https://cesul.br/wp-content/uploads/2024/05/2023_08_14_16_55_12_lucas.2018013112alunocesul.com_Monografia-LUCAS-com-sugestoes-de-correcao-PDF.pdf. Acesso em: 14 abr. 2025.

SOARES, Dennis Verbicaro; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Consumidor e Redes Sociais: a nova dimensão do consumo no espaço virtual. *Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 14, n. 1, jan./ jul. 2020. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/422/329>. Acesso em: 11 abr. 2025.

SPROUT SOCIAL. Disponível em: <https://sproutsocial.com/insights/influencer-marketing/>. Acesso em: 09 abr. 2025.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. CEZARO, Jovana de. A hipervulnerabilidade do consumidor migrante e sua proteção à luz da codificação consumerista. *Temas de direito do consumidor*. Editora fi, v. 2, 2023. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Temas-de-Direito-do-Consumidor-v.2.pdf. Acesso em: 14 abr. 2025.

SMART TELAS E A VULNERABILIDADE NEUROBIOLÓGICA DOS HIPERVULNERÁVEIS – GERAÇÃO Y (MILLENNIALS), GERAÇÃO Z E TODOS NÓS!

Paulo Valério Dal Pai Moraes¹

1. INTRODUÇÃO:

O presente estudo busca explorar uma área nova para os operadores do Direito, que é a neurobiologia e suas profundas implicações não só no espaço técnico-jurídico, como, também, para a vida cotidiana e seus reflexos na saúde e na segurança das pessoas, especialmente hipervulneráveis.

A neurobiologia é a disciplina que tem por objetivo conhecer como o sistema nervoso (na atualidade, predomina o conceito monista de mente, englobando corpo e cérebro, em oposição à concepção dualista de Descartes²) afeta o comportamento, trabalhando com conceitos químicos e físicos que explicam não somente a tomada de decisão, como, e principalmente, a regulação da vida dos organismos.

Neste artigo, portanto, discorrerei sobre as contribuições da ciência para o entendimento e regulação desse fenômeno social, que é a avassaladora influência das mídias sociais na vida de todos nós, buscando encontrar maneiras de convívio que possam minimizar os problemas decorrentes do uso inadequado das *smart telas* (computadores, telefones celulares, *tablets*, *iPads* e equipamentos em geral), principalmente para idosos, crianças e adolescentes.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO - A REGULAÇÃO DA VIDA:

A concepção popularmente aceita na sociedade atual sobre a tomada de decisão é a de que o ser humano é um organismo racional e, assim, orientaria as

1 Procurador de Justiça do Ministério Público do RS. Mestre em Direito do Estado PUC/RS. Pós-graduado em Neurociência e Comportamento pela PUC/RS. Coordenador Técnico do Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição do MP/RS. Coordenador do Pós-Graduação em Métodos Autocompositivos e Neurociências da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Facilitador-Instrutor em métodos autocompositivos certificado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MP/RS, com foco nos estudos da neurobiologia, comunicação, psicologia, políticas públicas e nas questões coletivas.

2 Sobre o monismo e o dualismo vide CENSA – Escola Parceira – Bernoulli em http://www.censa.edu.br/site_novo/web/uploads/files/CORPO%20E%20MENTE%20cap%205%208%20ano.pdf, acesso em 15.04.2023. Também vide GUDWIN, Ricardo Ribeiro. UMA VISÃO ALTERNATIVA AO MONISMO DE TRÍPLO ASPECTO PARA OS CONCEITOS DE SENTIMENTO E CONSCIÊNCIA. Disponível em https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/9_ricardogudwin.pdf, acesso em 15.04.2023.

suas decisões a partir de mecanismos de ponderação e reflexão lógicos, aferíveis de plano e orientados por posturas controladas pelo consciente.

A neurociência, todavia, comprova que isso não é verdadeiro!

Para muitos essa constatação científica deve soar como uma *tragédia*, porque, em princípio, tudo o que o ser humano deseja é ter o poder de orientar a sua vida, resolvendo os problemas que surgem a partir da sua consciência sobre o que é melhor ou pior para a boa regulação da vida.

Entretanto, a natureza dos organismos, que segue princípios como o da adaptação, da proliferação e perpetuação dos genes³ e da economicidade, devido à escassez de recursos que sempre é uma realidade presente, adota estratégias para diminuir o tempo, aumentar a eficiência, tudo com o propósito de orientar a vida para o atendimento das expectativas naturais de sobrevivência e de qualidade existencial.

Nesse desiderato, mesmo com toda a maravilhosa tecnologia atual e com nossos extraordinários feitos intelectuais, tudo o que fazemos, assim como os alimentos que comemos, os medicamentos que utilizamos, o lazer, a comunicação, a moradia, os *judgamentos* – judiciais ou não –, tudo, exatamente tudo, está diretamente associado à boa *Regulação da Vida*, ao *Bem-Estar*.

Ou seja, a necessidade de uma adequada *regulação da vida*, por vezes, obriga as pessoas a realizar determinadas valorações, escolhas de vida, cujas reais motivações sequer elas têm consciência (o mero sentimento de cumprimento do dever; o prazer de auxiliar aos outros; o possível preenchimento de alguma carência sofrida na infância; sentimentos não tão meritórios de poder e força; reafirmação do ego e tantas outras motivações inconscientes, todas objetivando alcançar o bem-estar = homeostase biológica).

E como acontecem essas valorações, que são o mecanismo básico da tomada de decisão? Precipuamente a partir do que a ciência chama de *valor biológico*, que corresponde ao nosso sistema de valoração, ou seja, de escolhas, que se vale da predição de ganhos e de perdas!

Como valorar é escolher, o organismo faz suas escolhas, toma suas decisões identificando se algo é benéfico ou maléfico para a boa regulação da vida, tendo como norte a reprodução, a manutenção, a sobrevivência, em suma, a homeostase (equilíbrio) de todo o sistema.

Para tanto, a partir de estímulos externos (ameaça, gentileza, cheiros, toques, relacionamentos etc) ou internos (pensamentos que nos deixam bem ou mal, reflexos de alimentos que comemos etc) vale-se dos sistemas de punição e de recompensa.

E como funcionam esses sistemas?

Conforme Damásio⁴: “Os funcionamentos ótimos de um organismo, que resultam em **estados de vida eficientes, harmoniosos**, são a própria base de

3 DAWKINS, Richard. *O Gene Egoísta*. Trad. Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

4 DAMASIO, António R. *E o Cérebro Criou o Homem*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 77.

nossos sentimentos primordiais de **bem-estar e prazer**. São o alicerce do estado que chamamos de **FELICIDADE**". (grifos meus)

O cérebro, na busca de tal estado que atende à boa *regulação da vida*, usa indícios para predizer coisas boas ou ruins. Boas? Libera moléculas de **DOPAMINA** e **OXITOCINA**.⁵

Ruins? Libera **CORTISOL** ou **PROLACTINA**.⁶

Dessa forma, os estados negativos, que são mais numerosos (**NOJO, MEDO, RAIVA, TRISTEZA, VERGONHA, CULPA e DESPREZO**), têm uma representação do mal e da ameaça para o cérebro, o qual se orientará, predominantemente, pela substância CORTISOL a uma tomada de decisão que possa alterar aquele mal-estar, reorientando o organismo para uma conduta que melhor atenda à boa regulação da vida (afastando-se, escondendo-se, mudando de postura, deixando de fazer ou fazendo algo etc.), pois o valor biológico está ligado às necessidades vitais de sobrevivência e, no caso dos humanos, com qualidade existencial.

Mas como funciona esse sistema de regulação?

É um mecanismo de homeostase, equilíbrio, que está alicerçado em leis evolucionárias⁷.

5 DAMASIO, António R. E o Cérebro Criou o Homem. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 75.

6 DAMASIO, António R. E o Cérebro Criou o Homem. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 75.

7 OMARY, Adam. In Psychology Today. The Awesome Psychology of Awe - An interdisciplinary understanding of our most mysterious emotion. <https://www.psychologytoday.com/nz/blog/natured-nurture/202207/the-awesome-psychology-awe>, acesso em 24.07.2022. The biological and evolutionary roots of awe. The answers to all of these questions are rooted in our biology and evolutionary past. We did not always have the capacity for experiencing complex emotions like awe—most animals do not—yet all such complex emotions are created from the building blocks of more evolutionary ancient phenomena. Perhaps the best theory for understanding this is the Hierarchical Model of Approach-Avoidance Motivation, a relatively recent synthesis of evolutionary biology and neuropsychology posed by psychologist Andrew Elliot (2006). The first basic tenet of this theory is that all animal behavior is governed by a combination of their approach towards positive stimuli (e.g., food, shelter, or sex) and avoidance of negative stimuli (i.e., danger). Approach-avoidance behavior is observed across all levels of the animal kingdom: Even single-cellular amoebae will approach or withdraw from different stimuli depending on how different wavelengths of light expand or contract the cell's protoplasm (Schneirla, 1959; Elliot & Covington, 2001). In animals that have evolved a more sophisticated central nervous system, a number of different approach and avoidance motivations may compete against each other. For example, what do you do if there is a tasty donut guarded by a lion? That depends on weighing how hungry you are (approach) against how dangerous you believe the lion to be (avoidance). Or perhaps there is no lion, and you must decide on whether to forego immediate gratification in order to obtain the long-term satisfaction of sticking to your diet. Both of these motivations exist and give rise to conflicting emotions. In the end, however, some motivations will outcompete others: They are arranged hierarchically (Elliot, 2006). This hierarchical model gives rise to endless possibilities of how different approach and avoidance stimuli may be combined to shape our emotion, cognition, and behavior. Tradução livre: "As raízes biológicas e evolutivas do espanto. As respostas para todas essas perguntas estão enraizadas em nossa biologia e no passado evolutivo. Nem sempre tivemos a capacidade de experimentar emoções complexas

Como resultado, o sistema de tomada de decisão funciona a partir do inconsciente, das emoções, dos sentimentos e da subjetividade, após indo ao consciente, assunto esse que pode ser resumido pelos ensinamentos de Leonard Mlodinow⁸:

“Todos nós tomamos decisões pessoais, financeiras e de negócios confiantes de que pesamos de forma apropriada todos os fatores importantes e agimos de acordo com eles – e que sabemos como chegamos a essas decisões. Mas conhecemos apenas as nossas influências conscientes, e por isso temos apenas uma visão parcial delas. Como resultado, nossa visão de nós mesmos e de nossas motivações, e da sociedade, é como um quebra-cabeça em que falta a maior parte das peças. Nós preenchemos os espaços em branco e fazemos adivinhações, mas a verdade sobre nós é muito mais complexa e sutil do que aquilo que pode ser entendido como um cálculo direto de mentes conscientes e racionais.”

Acrescenta Damásio⁹, afirmando que

“(...) os alicerces dos processos da consciência são os processos inconscientes que fazem a regulação da vida: as disposições cegas que regulam as funções metabólicas e residem nos núcleos do tronco cerebral e hipotálamo; as disposições que aplicam recompensas e punições e promovem os impulsos, motivações e emoções; e o maquinário mapeador que fabrica as imagens percebidas e evocadas e é capaz de selecionar e

como admiração – a maioria dos animais não tem –, mas todas essas emoções complexas são criadas a partir dos blocos de construção de fenômenos mais antigos evolucionários. Talvez a melhor teoria para entender isso seja o Modelo Hierárquico de Motivação de Abordagem-Evitância, uma síntese relativamente recente de biologia evolutiva e neuropsicologia apresentada pelo psicólogo Andrew Elliot (2006). O primeiro princípio básico dessa teoria é que todo comportamento animal é governado por uma combinação de sua abordagem em relação a estímulos positivos (por exemplo, comida, abrigo ou sexo) e evitação de estímulos negativos (ou seja, perigo). O comportamento de evitação de aproximação é observado em todos os níveis do reino animal: mesmo as amebas unicelulares se aproximarão ou se afastarão de diferentes estímulos, dependendo de como diferentes comprimentos de onda da luz expandem ou contraem o protoplasma da célula (Schneirla, 1959; Elliot & Covington, 2001). Em animais que desenvolveram um sistema nervoso central mais sofisticado, várias abordagens diferentes e motivações de evitação podem competir umas com as outras. Por exemplo, o que você faz se houver uma rosquinha saborosa guardada por um leão? Isso depende de pesar o quão faminto você está (abordagem) contra o quão perigoso você acredita que o leão seja (evitação). Ou talvez não haja leão, e você deve decidir se renuncia à gratificação imediata para obter a satisfação a longo prazo de manter sua dieta. Ambas as motivações existem e dão origem a emoções conflitantes. No final, porém, algumas motivações irão competir com outras: elas são organizadas hierarquicamente (Elliot, 2006). Esse modelo hierárquico dá origem a infinitas possibilidades de como diferentes estímulos de abordagem e evitação podem ser combinados para moldar nossa emoção, cognição e comportamento.”

8 MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 38.

9 Ob. cit., p. 220.

editar tais imagens no filme que chamamos de mente. A consciência é apenas uma recém-chegada no trabalho de gerir a vida, mas move todo o jogo uma casa à frente. Espertamente, mantém os velhos truques em funcionamento e deixa para eles os trabalhos braçais.”

Então, essa questão tem de ficar bastante evidenciada: **somos orientados por processos neuroquímicos inconscientes, que se desenvolveram ao longo de milhões de anos, desde a primordial célula eucariótica (primeira célula com núcleo, surgida há, aproximadamente, 2 bilhões de anos), e toda essa herança biológica genética e epigenética¹⁰ resultou nessa maravilha evolutiva que é a consciência humana.**

Tudo o que somos advém de processo biológico (com isso não quero dizer que esteja negando a dimensão transcendental do ser humano. Destaco este aspecto por que não adoto a linha de pesquisa materialista da neurobiologia, e sim a não materialista, entendendo pela existência da alma como entidade consciente imaterial, não necessariamente pelo prisma religioso, mas da física quântica¹¹, que indicaria a possibilidade de realidades paralelas, onde espaço e tempo seriam irrelevantes. Exemplo disso são os estudos de EQM – Experiência de Quase Morte¹²).

Essa contextualização é fundamental para que possam ser bem compreendidas as informações que serão a seguir declinadas.

3. A EVOLUÇÃO HUMANA, REDES SOCIAIS E OS MODELOS DE RECONFIGURAÇÃO COMPORTAMENTAL:

O ser humano é um animal mamífero essencialmente social.

10 LIPTON, Bruce H. *A Biologia da Crença – Ciência e espiritualidade na mesma sintonia: o poder da consciência sobre a matéria e os milagres*. Tradução Yma Vick. 1ª edição. São Paulo: Butterfly Editora; 2007, pp. 82 e 84: “(...) a ciência da epigenética, que significa literalmente ‘controle sobre a genética’, modificou completamente os conceitos científicos sobre a vida (Pray, 2004; Silverman, 2004). Na última década, as pesquisas epigenéticas estabeleceram que os padrões de DNA passados por meio dos genes não são definitivos, isto é, os genes não comandam nosso destino! Influências ambientais como nutrição, estresse e emoções podem influenciar os genes (...) A história do controle epigenético é a história de como os sinais ambientais controlam a atividade dos genes.”

11 Sobre o assunto, ver ROSENBLUM, Bruce e KUTTNER, Fred. Tradução George Schlesinger, Revisão Técnica Alexandre Cherman. *O enigma quântico – O encontro da física com a consciência*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, página 292.

12 Em BEAUREGARD, Mario, Ph. D., e O’LEARY, Denyse. *O Cérebro Espiritual – Uma explicação neurocientífica para a existência da alma*. Trad. Alda Porto. Revisão Técnica Fernanda Campos. Rio de Janeiro, Best Seller, 2010, páginas 53 até 57 e 189 até 195, em que os autores narram os estudos sobre relatos detalhados do ambiente de tratamento em bloco cirúrgico de pessoas que foram ressuscitadas após morte cerebral, inclusive o relato descritivo da marca das serras usadas para abrir ossos, conversas mantidas entre os profissionais, em situações nas quais as sinapses seriam absolutamente impossíveis. Até mesmo o relato minucioso de pessoas cegas que experienciaram EQM e, durante o fenômeno, visualizaram tudo.

Isso quer dizer que, principalmente o SAPIENS, encontrou na eussocialidade¹³ a principal ferramenta adaptativa e, a partir da linguagem, do compartilhamento e da cooperação evoluiu no melhor caminho para prosperar, criando seus filhos e suas estruturas de aconchego e de segurança.

A linguagem foi um degrau evolucionário marcante, tendo sido decisiva para o desenvolvimento do cérebro moderno e de todas as nossas interações. Ninguém melhor do que Steven Pinker¹⁴ para dar a noção contextual do significado dessa fantástica ferramenta evolutiva:

“Há uma teoria de espaço e tempo embutida na maneira como usamos as palavras. Há também uma teoria da matéria e uma teoria da causalidade. Nossa linguagem possui um modelo de sexo (na verdade, dois modelos), e concepções de intimidade, de poder, de justiça. Divindade, degradação e perigo também estão impregnados em nossa língua materna, junto com uma concepção de bem-estar e uma filosofia de livre-arbítrio. Essas concepções variam em seus detalhes de idioma para idioma, mas no geral sua lógica é a mesma. Elas resultam em um modelo singularmente humano de realidade (...) Elas estabelecem as regras da forma como entendemos nosso ambiente, como distribuimos crédito e culpa a nossos iguais, e como negociamos nossos relacionamentos com eles. Um olhar mais detido em nosso discurso – nossas conversas, nossas piadas, nossos palavrões, nossas disputas judiciais, os nomes que damos a nossos bebês – dá-nos, portanto, indicações sobre quem somos.”

Portanto, a linguagem, verbal ou não verbal, forma a nossa identidade como animais humanos eussociais¹⁵, o que nos remete à ideia das *necessidades básicas sociais e existenciais*, representadas pelos fundamentais sentimentos de **pertencimento, de autoestima, de controle e de significado existencial**.

Para além disso, a linguagem promove a interação social, sem a qual o bebê não comeria, pois é da sua interação com a mãe que se concretiza essa ação básica

13 <https://pt.wikipedia.org/wiki/Eussocialidade>, acesso em 10.09.2024: “A Eussocialidade (do grego *Eu* ‘adequado’ e do latim *socius* ‘companheiro’) é um sistema de organização social onde a espécie tem divisão reprodutiva do trabalho, gerações sobrepostas e cuidado cooperativo dos jovens. Tal organização em colônia promove harmonia entre os membros do grupo e aptidão genética do grupo como um todo.”

14 PINKER, Steven. *Do que é feito o pensamento – A língua como janela para a natureza humana*. Tradução Fernanda Ravagnani, 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 9.

15 Em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Eussocialidade>, acesso em 24.11.2020: “Eussocialidade é o mais alto grau de organização social dos animais presente nas sociedades mais complexas. Como exemplo, podem ser citados as formigas, abelhas, vespas, cupins e o rato-toupeira-pelado (*Heterocephalus glaber*), um roedor africano. A eussocialidade requer três características: uma sobreposição de gerações em um mesmo ninho, o cuidado cooperativo com a prole, e uma divisão de tarefas (reprodutores e operárias).” *Wilson, Edward O. (1971). The Insect Societies. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press. Wilson, Edward O.; Bert Hölldobler. «Eusociality: Origin and Consequences». PNAS. 102 (38): 13367–13371.*

para a vida. Aliás, o bebê não teria viabilidade, uma vez que todos os trejeitos, leves expressões faciais ou simples olhares comunicam o suficiente a respeito de eventuais dores, desconfortos, necessidades fisiológicas etc., para que a mãe possa, intuitivamente, compreender qual o tipo de necessidade básica ele está desejando demonstrar.

Igualmente, não haveria a fundamental proteção da espécie por todos que a integram, porque a interação social e o desenvolvimento de um cérebro social, com o auxílio das diversas linguagens disponíveis, foram os responsáveis pelas sociedades organizadas que temos hoje.

Yuval Noah Harari¹⁶ explica que novas formas de pensar e de se comunicar, acontecidas entre 70 a 30 mil anos, constituem o que se conhece como Revolução Cognitiva:

“Lendas, mitos, deuses e religiões apareceram pela primeira vez com a Revolução Cognitiva (...). Essa capacidade de falar sobre ficções é a característica mais singular da linguagem dos *sapiens*. É relativamente fácil concordar que só o *Homo sapiens* pode falar sobre coisas que não existem de fato e acreditar em meia dúzia de coisas impossíveis antes do café da manhã. Você nunca convencerá um macaco a lhe dar uma banana prometendo a ele bananas ilimitadas após a morte no céu dos macacos (...). Afinal, a ficção pode ser perigosamente enganosa ou confusa.”

Continuando, Harari¹⁷ mostra o outro lado da moeda, ponderando que a “(...) ficção nos permitiu não só imaginar coisas como também fazer isso *coletivamente*. Podemos tecer mitos partilhados, tais como a história bíblica da criação, os mitos do Tempo do Sonho aborígenes australianos e os mitos nacionalistas dos Estados modernos. Tais mitos dão aos *sapiens* a capacidade sem precedentes de cooperar de modo versátil em grande número.”

Ou seja, abordando a conhecida teoria da *fofoca*, aceita por muitos cientistas¹⁸, esclarece Harari que,

“(...) após a Revolução Cognitiva, a fofoca ajudou o *Homo sapiens* a formar bandos maiores e mais estáveis (...) Pesquisas sociológicas demonstraram que o tamanho máximo ‘natural’ de um grupo unido por fofoca é de cerca de 150 indivíduos (...) Como o *Homo sapiens* conseguiu ultrapassar esse limite crítico, fundando cidades (...) e impérios que governam centenas de milhões? O segredo foi provavelmente o surgimento da ficção. Um grande número de estranhos pode cooperar de maneira eficaz se acreditar nos mesmos mitos.”

16 HARARI, Yuval Noah. *Uma Breve História da Humanidade – SAPIENS*. Tradução de Janaína Marcoantonio, 15ª Edição. Por Alegre: L&PM, 2016, p. 30.

17 Ob. cit., p. 33.

18 Vide KAKU, Michio. *O Futuro da Mente – A busca científica para entender, aprimorar e potencializar a mente*. Tradução Angela Lobo. 1ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 2015, p. 70.

Portanto, a mudança na forma de pensar, promovida pela linguagem e pela capacidade de imaginar, questionar, bem como pela necessidade evolutiva, induziu à crença em mitos, lendas e deuses, algo superior para aplacar nosso sentimento de fraqueza e de vulnerabilidade. E, em tudo isso, a linguagem exerceu papel decisivo, como já mencionei, nessa caminhada evolutiva.

Outro elemento que é apontado como fundamental para o desenvolvimento da linguagem e do cérebro social é que os humanos evoluíram em torno de um *ninho*!

Edward O. Wilson¹⁹ traz essa lição:

“Resta um detalhe no cenário mínimo para o surgimento de cérebros grandes e do comportamento social complexo entre os antigos homínídeos. Todas as espécies de animais conhecidas que desenvolveram a eussocialidade (...) começaram com um ninho protegido, de onde podiam partir em incursões para coletar comida (...). Por que um ninho protegido é tão importante? Porque os membros do grupo são forçados a se reunir ali. Tendo que explorar e forragear longe do ninho, eles precisam também retornar. Os chimpanzés e os bonobos ocupam e defendem territórios, mas perambulam por eles enquanto procuram alimentos (...). Macacos antropóides (...) não dispõem de uma fogueira de acampamento ao redor da qual possam se reunir. Os carnívoros nos locais de acampamento são forçados a se comportar de maneiras não necessárias aos que perambulam pelo campo. Precisam dividir o trabalho: alguns forrageiam e caçam, outros guardam o local de acampamento e dos filhotes. Precisam compartilhar alimentos (...) de forma que sejam aceitáveis a todos. Caso contrário, os vínculos que os unem enfraquecerão (...). Todas essas pressões conferem uma vantagem àqueles capazes de interpretar a intenção dos outros, aumentar a capacidade de conquistar confiança, fazer alianças e lidar com rivais. A inteligência social, portanto, sempre foi bem preciosa. Uma sensação de empatia aguçada pode fazer uma diferença enorme, aumentando a capacidade de manipular, obter cooperação e enganar (...). Vale a pena ser socialmente inteligente. Sem dúvida, um grupo de pré-humanos inteligentes conseguia derrotar e desalojar um grupo de pré-humanos burros e ignorantes, como acontece hoje com exércitos, empresas e times de futebol. A coesão forçada pela concentração de grupos em locais protegidos foi mais que um mero passo pelo labirinto evolutivo. Foi, como detalharei (...) o evento que deu o impulso definitivo ao moderno *Homo Sapiens*.”

Esta, então, a essência humana! Alicerçada na linguagem, na comunhão e no pertencimento, e isso tudo nos dá propósito na vida!

¹⁹ Ob. cit., pp. 56 e 57.

Jonathan Haidt²⁰, no seu fabuloso livro *GERAÇÃO ANSIOSA*, ensina que
 “quando nossos ancestrais se tornaram criaturas culturais, surgiu uma nova pressão evolutiva, recompensando os que aprendiam melhor...de ser mais eficaz em ativar seu desejo inato de aprender *copiando* e em *escolher as pessoas certas para copiar*.”

Seguindo suas lições, esclarece Jonathan Haidt²¹ que

“de acordo com Rob Boyd e Pete Richerson, dois dos principais estudiosos da coevolução gene-cultura, há várias ‘estratégias’...duas mais relevantes para nossa discussão sobre redes sociais são a do *viés de conformidade* e do *viés de prestígio*.”

Sobre *viés de conformidade* explica Haidt²² que:

“o valor da conformidade é óbvio: fazer o que a maioria está fazendo é a estratégia mais segura em vários ambientes... Assim, quando uma criança entra em uma escola nova, ela tende a imitar a maioria. As redes sociais são, portanto, a *máquina de conformidade mais eficaz já inventada*. Elas podem definir o modelo mental do que é um comportamento aceitável para um adolescente em questão de horas, enquanto os pais talvez gastem anos em tentativas infrutíferas de fazer os filhos se sentarem direito ou pararem de choramingar. Os pais não têm como se aproveitar do poder do viés de conformidade, por isso com frequência não são páreo para o poder socializador das redes.”

O segundo viés, o *viés de prestígio*, também está associado à melhor regulação da vida, pois, por razões da mesma forma óbvias, se tivermos maior prestígio sere-mos mais procurados, mais desejados, mais seguidos e, na estratégia multimilenar do animal humano, estaremos melhor protegidos, seguros e, assim, prosperaremos mais devido ao auxílio dos nossos seguidores.

Não somente por isso, admirar, seguir e, se possível, até mesmo, ter proximidade com aqueles que têm prestígio faz com que nossos hormônios e neurotransmisso-res²³ ocitocina, dopamina e serotonina acabem sendo automaticamente despejados

20 HAIDT, Jonathan. *A Geração Ansiosa: Como a infância hiperconectada está causando uma epidemia de transtornos mentais*. Tradução Lígia Azevedo. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2024, p. 74.

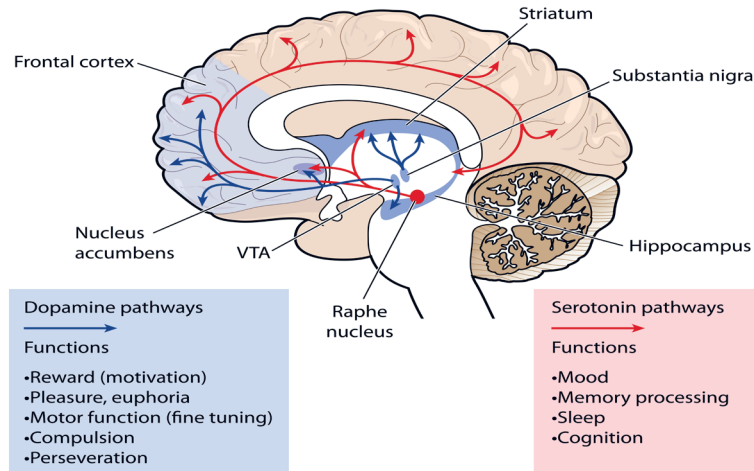
21 Ob. cit., p. 74.

22 Ob. cit., p. 74.

23 Sobre a diferença entre hormônios e neurotransmissores ver Instituto Paranaense de Psiquiatria em <https://institutoepsiquiatriapr.com.br/blog/neurotransmissores-o-que-sao-quais-sao-os-principais/#:~:text=Em%20suma%2C%20os%20horm%C3%B4nios%20s%C3%A3o,os%20mensageiros%20do%20sistema%20nervoso.>, acesso em 31.08.2024: “Os neurotransmissores são produzidos nos neurônios e são liberados nas fendas sinápticas com o objetivo de passar uma informação entre um neurônio e outro. Já os hormônios são produzidos por glândulas endócrinas e são liberados na corrente sanguínea, e então viajam por todo o corpo até

no corpo, gerando sentimentos de pertencimento, bem-estar, felicidade, que nos “obrigam” a retornar àquelas formas de contato que nos foram tão benéficas para a regulação da vida.

Abaixo a demonstração gráfica dos caminhos da dopamina e da serotonina para melhor fixação e entendimento²⁴:



@HFSIMAGING/123RF.COM

Por isso, refere Jonathan Haidt²⁵ o que segue:

“Redes sociais baseadas em prestígio talharam um dos mais importantes mecanismos de aprendizagem dos adolescentes, desviando seu tempo, sua atenção e seu comportamento imitador de uma variedade de modelos com quem eles teriam desenvolvido uma relação de mentoria que os ajudaria a ser bem-sucedidos em suas comunidades no mundo real. Em vez disso, a partir do início da década de 2010, milhões de meninas da geração Z focaram seus sistemas de aprendizagem mais poderosos em um reduzido número de mulheres jovens cujo principal talento parece ser conquistar seguidores para influenciar. Ao mesmo tempo, muitos meninos da geração Z focaram seus sistemas de aprendizagem social em influenciadores que ofereciam as próprias visões de masculinidade, também bastante extremas, e talvez até inaplicáveis à vida cotidiana dos jovens.”

encontrar os órgãos nos quais devem atuar. Em suma, os hormônios são os mensageiros do sistema endócrino, enquanto os neurotransmissores são os mensageiros do sistema nervoso.”

24 ID: 73263306. Disponível em: [HTTPS://br.123rf.com/photo_46940929_cross-section-through-the-brain-showing-the-dopamine-and-serotonin-pathways-affecting-mood-memory-sl.html?vti=n8wfigs6exlm4ltgvc-1-1](https://br.123rf.com/photo_46940929_cross-section-through-the-brain-showing-the-dopamine-and-serotonin-pathways-affecting-mood-memory-sl.html?vti=n8wfigs6exlm4ltgvc-1-1), acesso em 13.04.2022.

25 Ob. cit., p. 77.

Mas o que gera a liberação no organismo do hormônio ocitocina que faz meninos e meninas buscarem tais *vínculos afetivos* (mentorias, imitações, deslumbre com a vida alheia, etc)? No mundo não virtual um simples abraço,²⁶ a experiência de cooperação entre pessoas, a colaboração e o consenso, mas no mundo virtual, absolutamente predominante hoje, a admiração de seguir alguém e sentir-se conectado a ela.

Duzert e Simionato²⁷ comentam sobre a ocitocina:

“Biólogos e antropólogos, como Helen Fisher, descobriram porque amamos: o hormônio do amor, ocitocina, é produzido pelo organismo do humano e quando a mulher dá à luz. É criado um **sentimento de pertencimento, um vínculo, uma droga do amor (...) empatia, confiança, pensamento de longo prazo**. Em um laboratório de negociação, colocando doses de ocitocina no organismo dos negociadores em negociação de vendas, seu comportamento tornou-se generoso, com abordagem de ganhos mútuos, empático. Controladores com medo, autoritários e egoístas tornaram-se agradáveis filantrópicos, cooperativos, confiantes e entusiastas.” (grifos meus)

A questão do vínculo com personalidades, situações, e, principalmente, o ritmo alucinante de curtidas, chats, grupos e tudo mais que acontece no mundo virtual não para ou se resume ao despejo da ocitocina!

De fato, a ocitocina ativa o chamado circuito HOME (Human Oxytocin Mediated Empathy – Empatia humana mediada pela oxitocina), conforme ensina Paul Zak, no seu clássico livro *a Molécula da Moralidade*²⁸:

“(...) a oxitocina –...combinada com os dois neuroquímicos do bem-estar que libera, serotonina e dopamina, ativa o circuito HOME (Human Oxytocin Mediated Empathy – Empatia humana mediada pela oxitocina). A dopamina reforça o sorriso de agradecimento que recebemos ao tratarmos alguém bem, e a serotonina melhora o humor.”

Ou seja, o hormônio dos vínculos automaticamente ativa o despejo no organismo dos neurotransmissores dopamina²⁹ (responsável pela ativação do mecanismo de MOTIVAÇÃO e de RECOMPENSA) e serotonina.

26 Paul Zak, ob. cit., p. 47.

27 Ob. cit., pp. 45 e 46.

28 ZAK, Paul. *A molécula da moralidade: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós*. Tradutor Soeli Araujo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 63 e 64.

29 Sobre a dopamina ver LIEBERMAN, Daniel Z., LONG, Michael E. *DOPAMINA A MOLÉCULA DO DESEJO – Como essa poderosa substância química em nosso cérebro impulsiona o amor, o sexo a criatividade – e controla quem somos, o que sentimos e o que fazemos*. Tradução Paulo Afonso. 1ª edição. Rio de Janeiro: Sextante, 2023, p. 43: “O desejo flui de uma parte evolutivamente antiga do cérebro chamada área tegmental ventral. Situa-se bem no fundo do crânio e é rica em dopamina; na verdade, é uma das duas principais regiões produtoras

A serotonina reduz a ansiedade³⁰, melhora o humor, **reduzindo a impulsividade** e promovendo a **interação social**.

Robert M. Sapolsky³¹ informa que a “(...) redução farmacológica na sinalização da serotonina aumenta a impulsividade comportamental e cognitiva (por exemplo, sabotar de forma repentina o relacionamento estável e cooperativo com alguém em um jogo econômico)”.

E continua Sapolsky explicando como ela faz isso:

“Ela é sintetizada quase que em sua totalidade em uma única região do cérebro, núcleo da rafe, que envia projeções para (...) o tegmento, o *accumbens*, o CPF e a amígdala, onde a serotonina aumenta os efeitos da dopamina no comportamento direcionado ao objetivo. Trata-se de uma descoberta tão confiável quanto qualquer outra nessa área.”

A dopamina, por sua vez, é o neurotransmissor do DESEJO (não confundir desejo com prazer), da EXPECTATIVA, não da satisfação e do prazer, e aqui que o mundo virtual exerce todo o seu poder e todo o seu fascínio **continuado, consistente e viciante**, ativando o sistema de recompensa de maneira incontrolável!

Com efeito, Leonard Mlodinow³² comenta sobre os famosos experimentos de Kent Berridge com ratos, por intermédios dos quais a ciência descobriu que o sistema de recompensa possui duas vertentes, quais sejam: a) vertente do *querer*; b) vertente do *gostar*.

desse neurotransmissor. Como a maioria das células cerebrais, as que crescem lá têm cauda e serpenteiam através do cérebro até chegarem a um lugar chamado *nucleus accumbens*, gerando o sentimento que conhecemos como motivação.”

- 30 GUIMARÃES, Francisco Silveira. Neurociência da Mente e do Comportamento. Coordenador Roberto Lent. Substâncias Psicoativas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, p. 334: “Diferentemente das psicoses e dos transtornos afetivos, a ansiedade é uma emoção normal. Seu caráter aversivo (...) a torna um fator motivador essencial para um adequado desempenho na vida cotidiana. No entanto, quando excessiva, a ansiedade passa a prejudicar esse mesmo desempenho, caracterizando um transtorno de ansiedade. Os principais transtornos primários de ansiedade são os de ansiedade generalizada, do pânico, obsessivo-compulsivo, de ansiedade social, de estresse pós-traumático e fobia simples. O transtorno de ansiedade generalizada caracteriza-se por uma ansiedade persistente e generalizada, com sintomas na maioria dos dias pelo menos durante 6 meses. No transtorno de pânico existe a recorrência de ataques súbitos de ansiedade intensa, acompanhada de sinais típicos de pânico, tais como diarreia, palpitação, dor torácica, tremores, sensação de perda do controle e morte iminente (...). O transtorno obsessivo-compulsivo é caracterizado por recorrência de obsessões (pensamentos, imagens ou impulsos, em geral sem sentido ou desagradáveis) que invadem constantemente a consciência, acompanhados em geral, de compulsões (comportamentos ritualísticos ou estereotipados). Na fobia específica ocorrem medos irracionais a certos objetos, enquanto na ansiedade social existe medo de manifestar algum comportamento inadequado em situações públicas. O transtorno de estresse pós-traumático envolve a reexperimentação de eventos traumáticos através de pesadelos ou flashbacks.”
- 31 SAPOLSKY, Robert M. COMPORTE-SE – A biologia humana em nosso melhor e pior. Tradução Giovane Salimena, Vanessa Barbara. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 80.
- 32 MLODINOW, Leonard. EMOCIONAL A NOVA NEUROCIÊNCIA DOS AFETOS. Tradução Claudio Carina. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 184.

A dopamina está, todavia, somente atrelada à vertente do *querer!*

Escreve Mlodinow³³ o que segue:

“usando uma minúscula corrente elétrica para estimular os circuitos de desejo dos ratos, ele os induziu a tomar uma solução amarga de quinino que, a julgar pelas expressões faciais quando a beberam, os ratos acharam intragável. Essa era uma forte evidência de que querer e gostar operavam de forma independentemente no cérebro, mas Berridge foi ainda mais longe. Ele descobriu que o subsistema de gostar utiliza opioides e endocanabinoides – as versões naturais do cérebro de heroína e maconha – como neurotransmissores. É por isso que usar essas drogas amplifica o prazer sensorial: elas são as verdadeiras ‘moléculas do prazer’ do cérebro. E, quando Berridge bloqueou esses neurotransmissores, os ratos se comportaram como ele teorizou: pareciam não mais gostar de suas refeições de água com açúcar, porém como seus circuitos baseados na dopamina estavam intactos, eles ainda as queriam.”

Por isso, a dopamina é o neurotransmissor do DESEJO, da MOTIVAÇÃO e não do *prazer* ou do *gostar* em relação à coisa ou situação buscadas!

Daniel Goleman³⁴ elucida sobre o conceito:

“A palavra ‘motivação’ partilha uma raiz com ‘emoção’: ambas vêm do latim *motere*, mover. Nossas motivações nos dão nossas metas e o ímpeto de alcançá-las. Qualquer coisa motivadora nos faz sentir bem. Como um cientista me falou: ‘A maneira como a natureza nos leva a fazer o que ela quer é fazendo disso um prazer.’”

Fazendo um ajuste ainda mais fino sobre o assunto, a dopamina é o neurotransmissor da MOTIVAÇÃO, e motivação é a ação, o ímpeto de alcançar a meta almejada, resultando que, na verdade, há sim uma dimensão do prazer no efeito da dopamina, mas é o prazer que dá a busca, o desejo de ter e, principalmente, a EXPECTATIVA de obter o bem da vida almejado.

Daniel Lieberman e Michael Long³⁵ esclarecem essa realidade com perfeição valendo-se de um exemplo:

“Imagine-se caminhando para o trabalho em uma rua desconhecida... De repente, você nota uma confeitaria nova, que ainda não conhece, e sente vontade de entrar para ver o que há lá. É a dopamina assumindo o controle, produzindo um entusiasmo que vai muito além de apreciar o sabor, a sensação ou a aparência de algo. É o prazer da expectativa – a possibilidade de algo desconhecido e melhor. Você está empolgado com

33 Ob. cit., pp. 183 e 184.

34 GOLEMAN, Daniel. *O Cérebro e a Inteligência Emocional*. Tradução Carlos Leite da Silva. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. Página 53 e 54;

35 Ob. cit., pp. 20 e 227.

a nova confeitaria, mas ainda não comeu nenhum doce de lá, não provou o café nem sabe como ela é por dentro.

(...)

No entanto, quando conseguimos o que queremos, às vezes as coisas não são tão agradáveis quanto imaginávamos. A excitação dopaminérgica (ou seja, a emoção da expectativa) não dura para sempre, pois o futuro em algum momento se torna presente. O emocionante mistério do desconhecido torna-se a familiaridade chata do cotidiano, quando a ação da dopamina acaba e a decepção se instala.

(...) a dopamina adora o erro de previsão de recompensa, que, como vimos é a descoberta de que algo é melhor do que esperávamos. Paradoxalmente, ela faz tudo que pode para evitar essas previsões incorretas. O erro de previsão de recompensa é ótimo porque os circuitos de dopamina ficam empolgados com o surgimento de algo novo e inesperado, capaz de tornar a vida melhor. Mas ser surpreendido por um novo recurso inesperado significa que tal recurso não está sendo totalmente explorado. Assim, a dopamina atua para assegurar que a surpresa que foi tão boa nunca mais seja uma surpresa. Ela extingue seu próprio prazer. É frustrante, embora seja a melhor forma de nos manter vivos.”

Por todos esses efeitos da dopamina, ela é que nos impulsiona para o novo fazer, o novo conhecer, o novo seguir, de forma a que nos mantenhamos sempre na busca, na expectativa de algo melhor, inusitado, surpreendente, em que pese, PARADOXALMENTE, ela, a “dopamina”, saiba que, em realidade, ao ser alcançado o que era buscado poderá resultar na diminuição gradativa do valor do que foi obtido, obrigando o ser humano a um novo buscar.

Como funciona tal mecanismo na prática? Jonathan Haidt³⁶ explica o funcionamento desse sistema:

“Em uma manhã de 2016, durante uma viagem de família a Vermont, minha filha de 6 anos estava jogando no meu iPad. Então ela me disse: ‘Papai, você pode tirar o iPad de mim? Estou tentando tirar os olhos dele, mas não consigo’. Ela tinha sido pega pelo *esquema de reforço de razão variável* gerenciado pelos desenvolvedores de jogo, a segunda maneira mais poderosa de controlar o comportamento animal, atrás apenas de implantar eletrodos em seu cérebro.

Em 1911, em um dos experimentos que fundamentaram a psicologia, Edward Thorndike trancou gatos famintos em ‘caixas-problema’. Tratavam-se de pequenas gaiolas das quais os animais poderiam escapar e se alimentar caso se comportassem de determinada maneira, por exemplo, puxando um anel preso a uma corrente que abria o trinco. Os gatos se

³⁶ HAIDT, Jonathan. Ob., cit., p. 137.

debatiam, infelizes, tentando escapar, e uma hora acabavam solucionando o problema. E o que você acha que acontecia quando o mesmo gato voltava a ser colocado na mesma caixa? Sua primeira tentativa envolvia o anel? Não. Thorndike descobriu que, de novo, os gatos se debatiam, embora na média encontrassem a solução um pouco mais rápido agora, e um pouco mais rápido na vez seguinte, até chegar ao comportamento que lhes rendia sua fuga imediata. Havia sempre uma curva de aprendizagem, em vez de um momento em que o gato ‘entendia’ o que precisava fazer, seguida por uma redução drástica no tempo marcado.

Foi assim que Thorndike descreveu a aprendizagem do gato: ‘Entre os muitos impulsos acidentais, o impulso que leva ao prazer se fortalece e fica gravado’. Ele ainda disse que a aprendizagem animal é ‘a abertura, pelo uso, de um caminho no cérebro, e não as decisões de uma consciência racional. **Procure lembrar disso sempre que você vir alguém (incluindo você) fazendo movimentos repetitivos em uma tela sensível ao toque, como se em transe: ‘a abertura, pelo uso, de um caminho no cérebro.’**” (grifos meus)

Este é o ponto fundamental que precisa ser ressaltado. A estratégia de *adestramento* animal de que se vale o mundo virtual chama-se *esquema de reforço de razão variável*, a qual não envolve estrutura de raciocínio refletivo, mas condicionamentos comportamentais fixados no cérebro pelo USO!

Agora imaginemos essas ferramentas psicológicas sendo direcionadas a todos nós, mas, principalmente, a pessoas vulneráveis, com baixa instrução, idosos e crianças, algumas com pouco mais de 2 anos, e até menos, estando expostas a tais práticas invasivas da psique humana, que levam à privação social, à privação do sono, à atenção fragmentada e ao vício.

Jonathan Haidt³⁷ comenta trazendo exemplos concretos:

“Agora que sabemos que, quando a uma ação se segue um resultado positivo (por exemplo, obtenção de comida, alívio da dor, conquista de um objetivo), certos circuitos cerebrais envolvidos com a aprendizagem liberam uma dose de dopamina – o neurotransmissor ligado de maneira mais central às sensações de prazer e dor. A liberação de dopamina provoca uma sensação boa, que nossa consciência registra. No entanto, não é uma recompensa que nos satisfaz e reduz a fissura. Os circuitos de dopamina estão envolvidos no *desejo*, como em ‘isso foi ótimo, quero mais! Quando você come uma batatinha, uma pequena dose de dopamina é liberada, que faz você querer uma segunda batatinha ainda mais do que queria a primeira.

37 Ob. cit., pp.155 e 156.

É o mesmo mecanismo dos caça-níqueis: ganhar produz uma sensação boa, mas não do tipo que faz os viciados em jogo pegar a dinheiro e ir embora satisfeitos. O prazer na verdade os motiva a buscar mais. Isso também acontece com jogos on-line, redes sociais, sites de compras e outros aplicativos em que as pessoas gastam muito mais tempo ou dinheiro do que pretendiam, e de maneira rotineira. A base neural do vício comportamental em redes ou jogos on-line não é idêntica àquela do vício químico em cocaína ou opioides. Ainda assim, todos envolvem dopamina, fissura, compulsão e a sensação que minha filha expressou: impotência, a despeito de um desejo consciente de agir. Isso não acontece por acaso. **Os desenvolvedores desses aplicativos usam todos os truques da caixa de ferramentas dos psicólogos para prender os usuários tanto quanto os viciados em caça-níqueis.**” Grifos meus.

Para consolidar conhecimentos tão específicos e complexos, objetivando finalizar este compartimento relativo aos modelos de reconfiguração comportamental, Jonathan Haidt³⁸ conclui:

“Como produtos de formação de hábito fisgam adolescentes? Vamos imaginar uma menina de 12 anos, sentada em sua escrivaninha em casa, com dificuldade de entender o que é fotossíntese para a prova de ciências do dia seguinte. Como o instagram pode atraí-la e prender sua atenção por uma hora? Desenvolvedores de aplicativos usam com frequência um processo em quatro passos que cria um circuito que se retroalimenta... Os desenvolvedores usam o modelo gancho como guia para criar um ciclo e construir hábitos mais fortes em seus usuários.

O ciclo começa com um gatilho externo, como uma notificação de que alguém fez um comentário em algum post da menina que tenta estudar para a prova. Esse é o passo 1, a saída que convida a pessoa a abandonar o caminho que estava seguindo. A notificação aparece no celular dela e automaticamente serve de gatilho para realizar uma ação (passo 2) que no passado foi recompensada: tocar o aviso e abrir o Instagram. A ação leva a um evento prazeroso, porém nem sempre, e esse é o passo 3: a recompensa variável. Talvez a menina encontre um elogio ou uma expressão de amizade, talvez não.

Essa foi uma descoberta-chave do behaviorismo: é melhor não recompensar o animal *todas as vezes* que ele faz o que você quer. Se o recompensar em um *esquema de razão variável* (por exemplo, uma vez a cada dez, em média, porém às vezes mais e às vezes menos), você cria um comportamento mais forte e persistente. Quando você põe um rato em

38 Ob. cit., pp. 157 e 158.

uma gaiola onde ele aprendeu que consegue comida empurrando uma barra, ele recebe uma dose de dopamina em antecipação à recompensa. Então corre até a barra e começa a empurrar. No entanto, se as primeiras tentativas não geram recompensa, isso não diminui seu entusiasmo. À medida que ele continua a empurrar, o nível de dopamina vai *subindo* em antecipação à recompensa, que deve vir a qualquer momento! Quando ela finalmente vem, a sensação é ótima, porém o nível elevado de dopamina faz com que o rato continue empurrando, antecipando a próxima recompensa, que virá...depois de um número desconhecido de tentativas, então ele não pode parar! Não há saída em um aplicativo com um feed infinito; não há placa de pare.”

Ou seja, a ocitocina, a serotonina e a dopamina trabalham juntas na busca de atendimento de nossas necessidades, de um objetivo que melhor atenda à adaptabilidade dos seres humanos. Entretanto, os mesmos hormônios (ocitocina) e neurotransmissores (dopamina e serotonina) são manipulados por profissionais dos aplicativos, objetivando colocar seres humanos em verdadeiras *gaiolas virtuais*, que culminam por disfuncionalizar pessoas levando-as à depressão, à ansiedade e, por vezes, ao suicídio.

Este é o lado perverso do mundo virtual, que é muito bom e necessário para uma série de atividades atuais, mas possui a sua face negativa, e todos nós precisamos conhecer essas realidades que avassalam a vida cotidiana moderna.

4. HIPERVULNERÁVEIS, A GERAÇÃO Z E A RECONFIGURAÇÃO COMPORTAMENTAL:

Para mais facilmente identificarmos a realidade que vivemos no tempo é importante conhecermos as últimas gerações que têm perpassado a exponencial mudança que a ciência tem proporcionado nos últimos 100 anos.

Haidt³⁹ comenta que a chamada Geração Silenciosa corresponde aos nascidos entre 1928 e 1945. A geração Baby Boomers, os nascidos de 1946 até 1964. A Geração X, os nascidos entre 1965 e 1980. A geração Millennials é a dos nascidos entre 1981 e 1995. Por fim, a Geração Ansiosa, a Geração Z, correspondente aos nascidos depois de 1995.⁴⁰

Aponta Haidt⁴¹ que

“por diferentes motivos históricos e sociológicos, o brincar livre entrou em declínio nos anos de 1980, com uma queda acelerada na década de 1990. Adultos nos Estados Unidos, no Reino Unido e no Canadá começaram a temer cada vez mais que, se deixassem os filhos andar na rua

³⁹ Ob. cit., pp. 101.

⁴⁰ HAIDT, Jonathan, ob. cit., p. 14.

⁴¹ Ob. cit., p. 16.

sem supervisão, eles seriam alvo de sequestradores e predadores sexuais. O ocaso do brincar não supervisionado ao ar livre coincidiu com a ascensão do computador pessoal como um meio mais convidativo para passar o tempo livre.”

E continua Haidt⁴² propondo “o fim dos anos 1980 como o começo da transição de uma ‘infância baseada no brincar’ para uma ‘infância baseada no celular’, uma transição que só terminou em meados da década de 2010, quando adolescentes passaram a ter o próprio smartphone.”

Aprofundando o histórico, Haidt⁴³ acrescenta que, em junho de 2007 Steve Jobs anunciou o primeiro iPhone, um iPod widescreen com controle de toque e comunicação pela internet, o qual não era tão ofensivo. Entretanto, a evolução virtual que se seguiu é que expandiu os problemas que hoje vivenciamos:

“Isso logo mudou, com a introdução de kits de desenvolvimento de software, que passaram a permitir o download de aplicativos de terceiros. Esse movimento revolucionário culminou no lançamento da App Store pela Apple, em julho de 2008, com quinhentos aplicativos disponíveis. Em outubro de 2008, o Google fez o mesmo com o Android Market, que, em 2012, foi expandido e ganhou o nome de Google Play... O Google Play cresceu junto, chegando a 1 milhão de aplicativos em 2013... A proliferação de aplicativos financiados por publicidades causou uma mudança na natureza do tempo gasto no smartphone. No início da década de 2010, nossos celulares transformaram-se de canivetes-suíços em plataformas nas quais as empresas competiam para ver quem conseguia manter a atenção dos olhos humanos mais tempo.

(...)

e o mais importante, em 2009, o Facebook introduziu o ‘curtir’, e o Twitter, o ‘retuíte’, inovações imitadas por outras plataformas, tornando possível a disseminação viral de conteúdo... Ao mesmo tempo, o Facebook começou a usar feeds de notícias selecionadas por algoritmo... que escolhiam conteúdos com maiores chances de engajamento. As notificações na tela inicial do celular foram introduzidas em 2009, mantendo o usuário engajado o tempo todo.

(...)

Em julho de 2010, foi lançado o iPhone 4, o primeiro iPhone com câmera frontal, o que facilitou tirar fotos e gravar vídeos de si mesmo. A primeira câmera frontal da Samsung foi a do Galaxy S, lançado no mesmo mês. No mesmo ano, o Instagram foi criado para ser usado apenas em smartphones. Nos primeiros anos, não havia como instalá-lo em

42 Ob. cit., p. 16

43 Ob. cit. p. 139, 141 e 46.

um desktop ou laptop. Ele teve uma base pequena de usuários até 2012, quando foi comprado pelo Facebook. Então cresceu rapidamente (de 10 milhões perto do fim de 2011 para 90 milhões no começo de 2013)... podemos dizer que o smartphone e o ecossistema de redes sociais baseadas em selfies que conhecemos hoje surgiram em 2012, com a compra do Instagram pelo Facebook e a introdução da câmera frontal.”

Aos leitores peço desculpas pela extensa transcrição, mas em um breve artigo com o presente é a maneira mais fácil de explicar os motivos pelos quais

“essas mudanças explicam por que a Grande Reconfiguração teve início por volta de 2010 e por que estava concluída em 2015. Crianças e adolescentes, que passavam cada vez mais tempo em casa, isolados pela mania nacional de superproteção, se voltaram cada vez mais para sua coleção cada vez maior de dispositivo com internet, que ofereciam recompensas cada vez mais atraentes e variadas. A infância baseada no brincar chegava ao fim; era o início da infância baseada no celular.”⁴⁴

A realidade que vemos dos relatos de pais em geral, de especialistas e de todos nós em particular, mostra que, efetivamente, uma série de consequências têm resultado do uso desmedido das *smart telas*, sendo, as mais preocupantes, a depressão, a ansiedade e o sentimento de solidão.

Paradoxalmente, o mundo virtual das redes sociais, sob o manto da enormidade de “amigos”, de “curtidas”, de badalação, encobre vivências – não só de crianças, adolescentes e idosos, mas das pessoas em geral – solitárias, desarmonizadas e com sofrimento psicológico justamente pelas razões expostas no item anterior.

Há uma busca *dopamínica* pelo futuro, uma experiencição massificada de *expectativas* envoltas em embalagens e rótulos coloridos, visualmente atraentes, músicas, danças etc, simplesmente *encantando* os usuários das redes, mas, no final, os resultados mais expressivos são a frustração por eles não serem como o padrão das redes diz que todos devam ser, ter ou viver.

Os perigos que eram atribuídos ao estar andando na rua, tais como predadores sexuais, violências, golpes e tudo mais de ruim e perverso, em verdade, está na mão dos nossos filhos e de nós mesmos. Os perigos estão nas *smart telas* com acesso à internet, onde todo tipo de loucura, psicopatia, narcisismo, insanidade e novidades enganosas proliferam.

Jonathan Haidt⁴⁵ apresenta dados alarmantes sobre a depressão:

“Observa-se um aumento repentino e bastante significativo de episódios depressivos maiores iniciados por volta de 2012 (Na figura 1.1, e na maioria dos gráficos a seguir, acrescentarei um sombreado entre 2010 e 2015

44 Haidt, ob. cit. p. 142.

45 Ob. cit., pp. 34 e 35.

para que fique mais fácil de visualizar se alguma coisa mudou ou ao nesse período, que compreende o que chamo de Grande Reconfiguração.) O aumento entre meninas foi muito maior que o aumento entre meninos em termos *absolutos* (no número de casos adicionais desde 2010)... No entanto, os meninos começam em um nível mais baixo que o das meninas, portanto, em termos *relativos* (a mudança percentual desde 2010, que sempre usarei como base), o aumento foi parecido em ambos os sexos – por volta de 150%. Em outras palavras, a depressão se tornou *duas vezes e meia mais presente*. Esse aumento foi observado em todas as raças e classes sociais. Parte dos dados de 2020 foi coletada antes e parte depois do isolamento social devido à pandemia de covid, e àquela altura uma em cada quatro adolescentes americanas havia passado por um episódio depressivo maior no ano anterior. Também fica visível que as coisas pioraram em 2021; as linhas se inclinam de maneira mais acentuada depois de 2020. No entanto, a parte mais significativa desse aumento ocorreu antes da pandemia.”

E segue Haidt⁴⁶:

“Na figura 1.2, que mostra a porcentagem de universitários que afirmaram ter recebido diagnóstico de um profissional da área da saúde mental, é possível ver a explosão do número de transtornos internalizantes. Os dados são de pesquisas padronizadas realizadas por universidades americanas e reunidos pela American College Health Association... As linhas que indicam depressão e ansiedade já partem de um nível muito mais alto que as de outros diagnósticos, então sofrem um aumento maior que as outras em termos tanto relativos como absolutos. Quase todos os aumentos nos índices de transtornos mentais em campi universitários na década de 2010 decorrem do aumento nos índices de ansiedade e/ou depressão.

A segunda pista é o aumento concentrado na geração Z, além de alguns millennials mais jovens. Isso pode ser observado na Figura 1.3, que mostra a porcentagem de entrevistados de quatro grupos etários que relataram ter se sentido nervosos ‘na maior parte do tempo’ ou ‘o tempo todo’ no mês anterior. Não há uma tendência clara em nenhum dos grupos antes de 2012, quando há um aumento drástico no grupo mais jovem (no qual a geração Z começa a entrar em 2014). Também há um aumento no segundo grupo mais jovem (composto sobretudo de millennials)...”

No tocante ao número de automutilações e suicídios as estatísticas corroboram os dados acima transcritos. Novamente Haidt⁴⁷:

“O número de entradas em pronto-socorro em decorrência de automutilação quase *triplicou* em meninas entre 10 e 14 anos entre 2010 e 2020.

⁴⁶ Ob. cit., p. 36.

⁴⁷ Ob. cit., pp. 42-44.

Considerando adolescentes mais velhas (entre 15 e 19), ele dobrou, e considerando mulheres com mais de 24 anos ele *diminuiu* durante o mesmo período. Portanto, o que quer que tenha acontecido no início da década de 2010, *teve um impacto em pré-adolescentes e adolescentes mais novas que em qualquer outro grupo...* A automutilação intencional na Figura 1.4 inclui tanto tentativas de suicídio fracassadas, que indicam altíssimos níveis de angústia e desesperança, como a automutilação não suicida (por exemplo, cortar-se). O suicídio adolescente nos Estados Unidos em geral apresenta uma tendência similar à depressão, ansiedade e automutilação, embora o período de crescimento rápido tenha se iniciado alguns anos antes. A Figura 1.5 mostra que a taxa de suicídios de adolescentes meninas começou a subir em 2008, com um aumento significativo em 2012, depois de ter variado dentro de uma faixa limitada desde os anos 1980. De 2010 a 2021, esse número aumentou 167%. Essa é outra pista que nos leva a perguntar: *o que mudou na vida das pré-adolescentes e adolescentes mais novas no início da década de 2010?*”

Para completar o raciocínio, **explica Jonathan Haidt**⁴⁸:

“um relatório de 2012 “do Pew Research revelou que 77% dos adolescentes americanos tinham celular em 2011, porém *apenas 23% tinham smartphone*. Ou seja, a maior parte deles precisava de um computador para entrar nas redes sociais. Com frequência, era o computador dos pais ou da família, de modo que seu acesso e sua privacidade eram limitados, e fora de casa não havia uma maneira fácil de navegar na internet. Foi nessa época que os laptops se popularizaram nos Estados Unidos, assim como a internet banda larga. Foi só com seu próprio smartphone, no entanto, que eles puderam ficar on-line o *tempo todo*, mesmo longe de casa. Em 2016, de acordo com uma pesquisa com pais americanos conduzida pela organização sem fins lucrativos Common Sense Media, *79% dos adolescentes tinham um smartphone*, assim como 28% das crianças entre 8 e 12 anos”

Essa é a realidade que estamos vivendo de maneira muito clara e incontestável, o que, certamente, precisa ser apreendido por pais, educadores, legisladores, pessoas da sociedade em geral, para que medidas efetivas de contenção ao uso das *smart telas* possam ser adotadas na dimensão de estratégia urgente de saúde pública, a fim de tratar a epidemia de transtornos psicológicos que afeta o mundo pós-moderno.

5. HIPERATENÇÃO, MULTITAREFAS E OS DANOS À MEMÓRIA, AO SISTEMA ATENCIONAL, AO SISTEMA EMPÁTICO E À TOMADA DE DECISÃO:

Na forma do que comentamos no item 2 deste artigo, a tomada de decisão, na verdade, principia, desenvolve-se e, podemos dizer, quase que se completa em

⁴⁸ Ob. cit., p. 46.

nível inconsciente, sendo passada ao nosso *self* (nosso *eu*), entretanto, que a decisão teria sido adotada pelo nosso consciente. Essa é a verdade dos fatos!

Farei uma síntese muito apertada do sistema de tomada de decisão humano, valendo-me das estruturas de aprendizagem, para dizer que as decisões estão, basicamente, divididas em 4 fases:

- a) Marcadores-somáticos;
- b) Sistema atencional;
- c) Memória de trabalho ou memória operacional;
- d) Consolidação.

Tudo começa com os *marcadores somáticos*, que são sentimentos que temos em relação às emoções que vivemos no corpo, sempre lembrando que emoções são programas de ação acontecidos automaticamente no corpo (didaticamente poderíamos dizer que essas ações são o despejo de hormônios – cortisol, ocitocina, adrenalina etc – ou de neurotransmissores – dopamina, serotonina etc), seja por estímulos externos (visuais, táteis, auditivos), seja por estímulos internos (pensamentos que elaboramos, alterações físicas, químicas e biológicas em geral).

Esses *marcadores-somáticos* são a base da tomada de decisão e precedem qualquer análise racional, sendo os sinalizadores para que o organismo possa definir o caminho a seguir dentre as opções existentes, por intermédio do valor biológico já esclarecido nos capítulos anteriores.

Destarte, caso o melhor caminho a seguir seja o “A”, o *marcador-somático* corresponderá à liberação de dopamina nas sinapses, gerando a sensação de bem-estar e sinalizando que aquela é a orientação mais adequada a seguir. Do contrário, em sendo imaginado seguir o caminho “B” (por desventura o pior caminho) são despejados na corrente sanguínea *marcadores-somáticos* de estresse, um deles sendo o cortisol, constituindo-se tal emoção na resposta necessária para que seja adotada uma decisão que evite a opção “B” (relembro, estou fazendo uma síntese didática).

António Damásio⁴⁹ foi quem teorizou a hipótese dos *marcadores somáticos*, que acabou sendo confirmada na prática pelo Professor Antoine Bechara⁵⁰, por intermédio do famoso estudo chamado *Iowa Gambling Task*.⁵¹ Damásio apresenta lúcidas palavras sobre o tema:

49 DAMÁSIO, António R. O Erro de Descartes. Ob. cit., pp. 163 e 164.

50 BECHARA, Antoine. Em https://en.wikipedia.org/wiki/Iowa_gambling_task, acesso em 29.11.2020: “The Iowa gambling task (IGT) is a psychological task thought to simulate real-life decision making. It was introduced by Antoine Bechara, Antonio Damasio, Hanna Damasio and Steven Anderson,[1] then researchers at the University of Iowa. It has been brought to popular attention by Antonio Damasio (proponent of the somatic marker hypothesis) in his best-selling book *Descartes' Error*. The task was originally presented simply as the *Gambling Task*, or the “OGT”. Later, it has been referred to as the Iowa gambling task and, less frequently, as *Bechara's Gambling Task*. The Iowa gambling task is widely used in research of cognition and emotion. A recent review listed more than 400 papers that made use of this paradigm.”

51 BECHARA, Antoine. Em https://en.wikipedia.org/wiki/Iowa_gambling_task, acesso em

“(…) antes de aplicar qualquer análise de custos/benefícios às premissas, e antes de raciocinar com vistas à solução do problema, sucede algo importante. Quando lhe surge um mau resultado associado a uma dada opção de resposta, por mais fugaz que seja, você sente uma sensação visceral desagradável. Como a sensação é corporal, atribuí ao fenômeno o termo técnico de estado *somático* (em grego, *soma* quer dizer corpo); e, porque o estado ‘marca’ uma imagem, chamo-lhe *marcador*. Repare (...) que uso somático na acepção mais genérica (aquilo que pertence ao corpo) e incluo tanto as sensações viscerais como as não viscerais quando me refiro aos marcadores-somáticos.

Qual a função do *marcador-somático*? Ele faz convergir a atenção para o resultado negativo a que a ação pode conduzir e atua como um sinal de alarme automático que diz: atenção ao perigo decorrente de escolher a ação que terá esse resultado. O sinal pode fazer com que você rejeite *imediatamente* o rumo de ação negativo, levando-o a escolher outras alternativas. O sinal automático protege-o de prejuízos futuros, sem mais hesitações, e permite-lhe depois *escolher entre um número menor de alternativas*. A análise custos/benefícios e a capacidade dedutiva adequada ainda têm o seu lugar, mas só *depois* de esse processo automático reduzir drasticamente o número de opções. Os marcadores-somáticos podem não ser suficientes para a tomada de decisão humana normal, dado que, em muitos casos, mas não em todos, é necessário um processo subsequente de raciocínio e de seleção final. Mas os marcadores-somáticos aumentam provavelmente a precisão e a eficiência do processo de decisão. Sua ausência as reduz (...). Em suma, os *marcadores-somáticos são um caso especial de uso de sentimentos gerados a partir de emoções secundárias. Essas emoções e sentimentos foram ligados, pela aprendizagem, a resultados futuros previstos de determinados cenários.*

Quando um marcador-somático negativo é justaposto a um determinado resultado futuro, a combinação funciona como uma campanha de alarme. Quando, ao contrário, é justaposto um marcador-somático positivo, o resultado é um incentivo.

Os marcadores-somáticos não tomam as decisões por nós. Ajudam o processo de decisão dando destaque a algumas opções, tanto adversas como favoráveis, e eliminando-as rapidamente da análise subsequente.

29.11.2020: “The Iowa gambling task (IGT) is a psychological task thought to simulate real-life decision making. It was introduced by Antoine Bechara, Antonio Damasio, Hanna Damasio and Steven Anderson,[1] then researchers at the University of Iowa. It has been brought to popular attention by Antonio Damasio (proponent of the somatic marker hypothesis) in his best-selling book *Descartes’ Error*. The task was originally presented simply as the Gambling Task, or the “OGT”. Later, it has been referred to as the Iowa gambling task and, less frequently, as Bechara’s Gambling Task. The Iowa gambling task is widely used in research of cognition and emotion. A recent review listed more than 400 papers that made use of this paradigm.”

(...)

Nascemos com a maquinaria neural necessária à criação de estados somáticos em resposta a determinadas categorias de estímulos, a maquinaria das emoções primárias. Essa maquinaria encontra-se inerentemente preparada para processar sinais relativos ao comportamento pessoal e social, e integra, desde o início, disposições que ligam um grande número de situações sociais a respostas somáticas adaptativas (...). Todavia, a maior parte dos marcadores-somáticos que usamos para a tomada racional de decisões foi provavelmente criada nos nossos cérebros durante o processo de educação e socialização, pela associação de categorias específicas de estímulos a categorias específicas de estados somáticos. Em outras palavras, os marcadores baseiam-se no processo das emoções secundárias.”

Faça o teste com você mesmo leitor (a): imagine que você foi consultar com um médico, e ele lhe pediu que realizasse vários exames e deixou escapar algum comentário que fez com que você ficasse preocupado em relação à saúde. Ao final, ele o questiona se você prefere uma consulta para a semana seguinte, ou para a segunda semana. Seus gânglios de base (nosso navegador pela vida, onde estão nossos hábitos, padrões, estereótipos), analisarão ambas as situações, computarão as variadas e incontáveis vezes ao longo da evolução em que houve situações de risco como essa, e, provavelmente, indicará que, para a melhor regulação da vida, já que talvez exista algo grave, o mais adequado seja a primeira semana, por óbvio não sendo o caso de esperar até a segunda semana. Aliado a isso, as amígdalas, o *radar do cérebro límbico da ameaça*, por causa do medo, ativarão o eixo HPA (hipotálamo, glândula pituitária e as glândulas adrenais, que é o sistema de estresse), que promoverá o despejo de cortisol no organismo, hormônio este (em conjunto com outros também) que orientará o sistema de atenção para a opção pela primeira semana.

No último estágio da tomada de decisão – na verdade, ela já está tomada antes pelo inconsciente, após os prós e contras racionais buscados pela memória operacional –, é definida a decisão, que *juramos de pés juntos* que foi uma decisão estritamente racional!

Figure o mesmo exemplo, mas em um caso no qual seu dermatologista afirma que você possui alguns sinais na pele benignos, mas que seria adequado extraí-los. Pergunta o profissional, então, se você prefere que a intervenção seja feita na primeira semana, ou na segunda.

Nesse caso (faço, agora, uma exposição mais complexa, mas não se preocupem as [os] leitoras [es] em gravar as variadas denominações que utilizarei, sendo preferível aterem-se à explicação mais simples do parágrafo anterior), o córtex pré-frontal medial (também chamado de córtex cingulado anterior), em um processo bidirecional com esses centros encefálicos de base (gânglios de base), realiza a avaliação entre opções conflitantes (cálculo de custo e benefício), em combinação com o córtex orbitofrontal (realiza as avaliações de cunho afetivo/emocional de riscos e

recompensa), que afere as emoções geradas pela proposta feita pelo dermatologista, que chegam do corpo ao tronco encefálico. No caso, como são manchas benignas na pele, as amígdalas, gânglios basais, o córtex pré-frontal medial e o córtex orbitofrontal não promoverão ativações despejando adrenalina ou cortisol, devido à completa ausência de medo ou de ameaça nesse contexto. Após isso, serão conjugados outros elementos fáticos do caso concreto, por exemplo, uma eventual grande quantidade de trabalho que você possa ter na primeira semana (atividade cognitiva que é realizada pela memória operacional do córtex pré-frontal dorso lateral, que inclui muitos outros dados), dado este que, projetado no futuro pela imaginação do nosso córtex pré-frontal medial e valorados pelo córtex orbitofrontal, acabarão gerando, inconscientemente, algum desconforto, na medida em que a consulta poderia atrapalhar o trabalho da primeira semana, tudo isso motivando você a escolher a segunda semana. Ou seja, mais uma vez, emoção e razão atuando em conjunto.

Conforme exemplifica David Eagleman⁵², até mesmo na decisão de que tipo de sopa comprar são envolvidos centros emocionais, pois devem ser confrontadas muitas informações: calorias, preço, teor de sal, sabor, embalagens etc, para chegar à decisão.

Agora, como esses marcadores somáticos chegam ao conhecimento integrado para a tomada de decisão? Ramon M. Cosenza e Leonor B. Guerra⁵³ explicam que os córtex pré-frontais no parágrafo anterior identificados (nossa testa, onde estão as atividades superiores do raciocínio, ponderação, imaginação, funções executivas em geral) recebem as informações e os sinais remetidos pelas estruturas de base, sejam os gânglios de base, sejam as amígdalas, assim como de todas as regiões sensoriais (ínsula), inclusive os córtices somatossensoriais – áreas da visão, tato, olfato, audição, onde estão os estados do corpo passados e futuros, ou seja, as memórias sensoriais – onde se formam imagens auditivas (isso é possível), visuais, táteis etc. Também têm ligações os córtex pré-frontais com os núcleos (núcleos são reuniões de corpos de neurônios, a massa cinzenta) geradores de neurotransmissores situados no tronco cerebral (distribuem dopamina, noraepinefrina e serotonina), assim como amígdalas, hipotálamo e outras estruturas importantes, que emitem os sinais químicos promotores dos sentimentos de bem ou de mal estar.

Fazendo uma síntese didática: após terem chegado ao córtex pré-frontal, consciente ou inconscientemente, as informações das emoções e dos sentimentos primários⁵⁴, passará o cérebro a comparar todo esse material informativo e a realizar

52 EAGLEMAN, David. *Cérebro – uma biografia*. Tradução Rita Vinagre. Coordenação Bruno Fiuza. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 163.

53 COSENZA, Ramon M., GUERRA, Leonor B.. *Neurociência e Educação – Como o Cérebro Aprende*. Porto Alegre: Artmed, 2011, pp. 90 e 91.

54 RUNGUE, Gabriel Gonzales. *Sobre as emoções: António Damásio e a Crítica à Teoria James-Lange*. Em <file:///C:/Users/usuario10/Downloads/29476-Texto%20do%20Artigo-82117-1-10-20200825.pdf>, acesso em 17.02.2021: “Damásio classifica as emoções como

projeções e simulações imaginárias em uma atividade mental que testará as várias opções existentes para resolver o problema. Estabelecida a parcial tendência do organismo sobre o que é melhor para a *regulação da vida*, passa-se ao segundo ponto, que é a ativação da ATENÇÃO na direção escolhida inconscientemente, para, após, ingressar no processo a MEMÓRIA DE TRABALHO ou OPERACIONAL.

Como funciona essa fase mais cognitiva da tomada de decisão atinente à ATENÇÃO e à MEMÓRIA?

Conforme ensinam Cosenza e Guerra⁵⁵

“(...)a natureza nos dotou de mecanismos que permitem selecionar a informação que é importante. Através do fenômeno da **atenção** somos capazes de focalizar em cada momento determinados aspectos do ambiente, deixando de lado o que for dispensável.”

Seguindo, os eminentes Professores Cosenza e Guerra esclarecem que

“(...) poderíamos usar como metáfora para o fenômeno da atenção uma janela aberta para o mundo, na qual dispomos de uma lanterna que utilizamos para iluminar os aspectos que mais nos interessam (...). É preciso lembrar que essa lanterna ilumina também nossos processos interiores quando focalizamos nossos pensamentos, resolvemos problemas ou tomamos decisões conscientes.”

Esclarecem Cosenza e Guerra⁵⁶, ainda, que a atenção pode ser regulada de

“(...)`baixo para cima’ ou de `cima para baixo’. No primeiro caso, são importantes os estímulos periféricos e suas características (como novidade ou o contraste) e esse tipo de atenção pode ser chamado também de **atenção reflexa**. No segundo caso, ela é regulada por aspectos centrais do processamento cerebral, e esse tipo de atenção pode ser chamado de **atenção voluntária**. Aqui podem ser importantes fatores como os

primárias e secundárias, sendo estas emoções as que experienciamos na vida adulta, e aquelas as que vivenciamos na infância. A diferença substancial entre as duas ocorrências emocionais é que as primárias são oriundas de um conjunto de elementos naturalmente estabelecidos. Já as emoções secundárias, sem abandonar as primárias, derivam de ‘disposições pré-frontais adquiridas’. (DAMÁSIO, 2012, p. 130). Em resumo, pode-se dizer que as emoções que vivenciamos na infância devem-se a representações dispositivas inatas, enquanto aquelas experienciadas na vida adulta derivam-se das representações dispositivas aprendidas (DAMÁSIO, 2012, p. 133). As emoções inatas estão ligadas à atividade instintiva do ser humano. O organismo humano é como que pré-programado para reagir instintivamente à determinadas circunstâncias. Tanto James quanto Damásio aceitam essa tese. Para James, ‘todo objeto que excita um instinto também excita uma emoção’ (JAMES, 1950, v.II, p. 442, tradução nossa). Para Damásio ‘[...] estamos programados para reagir com uma emoção de modo pré-organizado quando certas características dos estímulos, no mundo ou nos nossos corpos, são detectadas individualmente ou em conjunto’ (DAMÁSIO, 2012, p. 129).”

55 Cosenza e Guerra. Ob. cit., pp. 41, 42 e 43.

56 Cosenza e Guerra. Ob. cit., p. 44.

estados internos do organismo (como necessidade de água ou alimento) e a escolha de pessoa determinada por um contexto específico ou por um objetivo a ser alcançado.”

O processo de atenção começa pelo mecanismo que regula a vigília e que está localizado no tronco encefálico, sendo chamado de *locus ceruleus*. Quando estamos dormindo, fica desativado o sistema, que é o responsável pela produção do neurotransmissor/hormônio noradrenalina, sendo uma das estruturas mais dispersas, com projeções para o córtex cerebral, tálamo, hipotálamo, cerebelo e medula espinhal⁵⁷. A noradrenalina, segundo Alvarenga, está associada à presença do novo, do estímulo sensorial inesperado, sendo um dos neurotransmissores que, provavelmente, está envolvido no vício no qual se constituíram os *smartphones*. Sim, porque a pessoa é constantemente atraída por uma nova notificação e isso desperta a atenção, a curiosidade, o bem-estar de que possa ser alguma novidade importante para o organismo.

A segunda fundamental abordagem sobre o sistema atencional é a identificação de dois tipos de atenção, quais sejam a *atenção reflexa* e a *atenção voluntária*.

Consenza e Guerra⁵⁸ explicam que a atenção reflexa é a que acontece de “baixo para cima”, quando são “importantes os estímulos periféricos e suas características (como a novidade ou o contraste)”⁵⁹, citando como exemplo a situação “(...) em que, em uma reunião social, escutamos nosso nome sendo pronunciado em uma roda de conversação próxima de onde estamos. Neste caso (...) somos capazes de desviar o foco da atenção, e (...) iremos dirigi-lo de forma a escutar melhor o que está sendo falado...”.

Já na atenção voluntária “(...) podem ser importantes fatores como os estados internos do organismo (como a necessidade de água ou alimento) e a escolha pessoal determinada por um contexto específico ou por um objetivo a ser alcançado.”⁶⁰

Cosenza e Guerra⁶¹, então, esclarecem que existe um sistema de atenção orientador e outro chamado circuito executivo “(...) que regulam exatamente os processos acima mencionados”⁶².

O orientador localiza-se no córtex lobo parietal e permite o “desligamento do foco atencional de um determinado alvo e o seu deslocamento para outro ponto, bem como o ajuste fino para que os estímulos sejam mais bem percebidos.” Possibilita, por exemplo, que o organismo foque na visão, na audição, no tato, no

57 Em ALVARENGA, Galeno. *Noradrenalina, Dopamina e Serotonina*. <http://www.galenoalvarenga.com.br/publicacoes-livros-online/o-poder-das-emocoes/noradrenalina-dopamina-e-serotonina>, acesso em 28.12.2017.

58 COSENZA e GUERRA. *Ob. cit.*, p. 44.

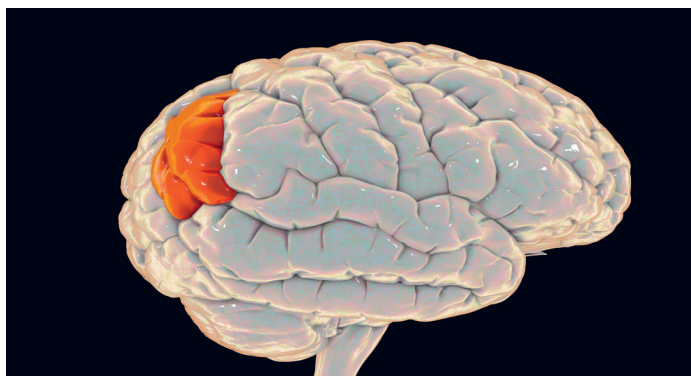
59 *Ob. cit.*, p. 44.

60 COSENZA e GUERRA. *Ob. cit.*, p. 44.

61 COSENZA e GUERRA. *Ob. cit.*, pp. 44 e 45.

62 COSENZA e GUERRA. *Ob. cit.*, pp. 44.

olfato⁶³. A primeira figura mostra a área da orientação atencional⁶⁴ correspondente à atenção reflexa, sendo que a segunda figura⁶⁵ apresenta nosso foco atencional funcionando como uma lanterna para o mundo, ligando-se, desligando-se, alterando o foco atencional, a intensidade:



©DR.MICROBE/123RF.COM⁶⁶



©NEXUSPLEXUS/123RF.COM⁶⁷

⁶³ COSENZA e GUERRA. Ob. cit., pp. 45.

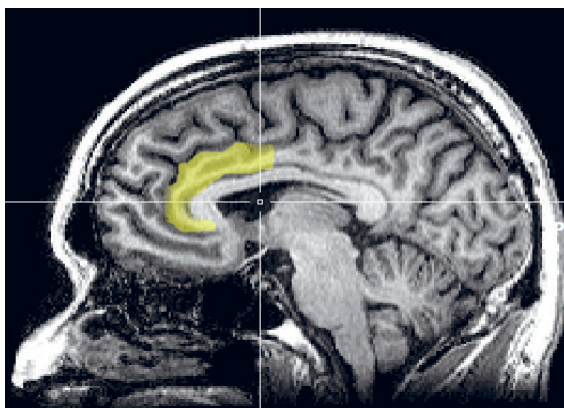
⁶⁴ ID: 163676765. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_163676765_human-brain-with-highlightedangular-gyrus-3d-illustration-it-is-located-in-the-parietal-lobe-is-inv.html?vti=m96ao6qqaa11qdyd4t-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶⁵ ID: 128605283. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_128605283_make-her-way-in-darkness-mixed-media.html?vti=m2h784rulwniqyahrn-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶⁶ ID: 163676765. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_163676765_human-brain-with-highlightedangular-gyrus-3d-illustration-it-is-located-in-the-parietal-lobe-is-inv.html?vti=m96ao6qqaa11qdyd4t-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶⁷ ID: 128605283. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_128605283_make-her-way-in-darkness-mixed-media.html?vti=m2h784rulwniqyahrn-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

Já o circuito executivo, correspondente à atenção voluntária, possibilita que a atenção seja mantida de maneira prolongada (esta é a fase da tomada de decisão que as *smart telas* não permitem que crianças e adolescente cheguem, ficando elas na fase anterior, da *atenção reflexa*), atuando, da mesma forma, na inibição de distrações. Esta função é executada pelo córtex frontal, no giro do cíngulo, conforme é mostrado na figura abaixo⁶⁸:



Por último, a MEMÓRIA de TRABALHO.

A memória de trabalho está diretamente envolvida na tomada de decisão, porque é fundamental o aporte das experiências vividas pelos organismos. Essas experiências estão armazenadas em variadas áreas do cérebro, seja nos córtex somatossensoriais, seja nas estruturas emocionais, sendo necessário que esses dados estejam disponíveis para que possam ser conjugados, integrados, confrontados, comparados, ponderados, em suma, para que haja a avaliação completa das informações relevantes para a tomada de decisão.

Cosenza e Guerra, com muita lucidez, comentam o tema⁶⁹ da memória operacional:

“(...) podemos imaginá-la sob a forma de uma sala (...) na qual se encontram os elementos necessários para o trabalho consciente em um determinado momento. Naquela figura, os processos que estamos examinando são representados sob a forma de um quadro de avisos e uma mesa de trabalho, onde a informação é mantida por algum tempo, podendo ser manipulada de acordo com a necessidade. Por meio dos artifícios mencionados, uma determinada lembrança pode ser mantida por um intervalo de tempo da ordem de minutos antes de ser posta de lado.

⁶⁸ HALL, Geoff B. Em https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3rtex_cingulado_anterior#/media/Ficheiro:MRI_anterior_cingulate.png, acessado em 05.09.2024.

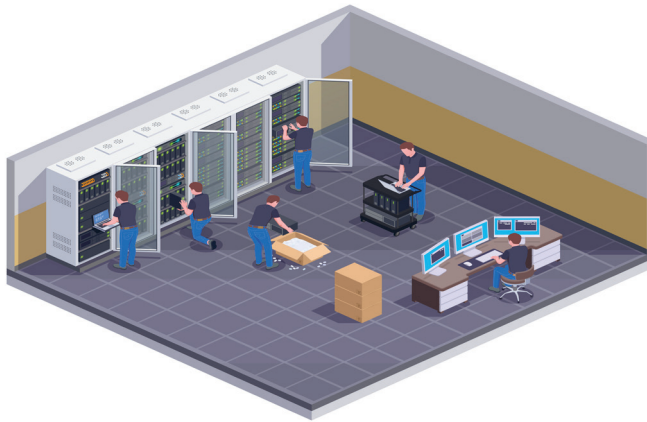
⁶⁹ COSENZA e GUERRA. Ob. cit., p. 54.

A memória de trabalho dispõe, contudo, de um processo adicional que vai permitir a conservação da informação por mais tempo. Isso é feito por meio da **ativação de registros** já armazenados no cérebro, tornando-os acessíveis à consciência para o uso na ocasião. Se uma informação for reativada um número suficiente de vezes, ou se puder ser associada a sinais e pistas que levam a registros já disponíveis, a memória operacional poderá conservá-la em disponibilidade por um período bem maior, que pode chegar a horas ou mesmo dias.

(...)

Na figura 4.2 o processo de trazer a informação a um nível mais alto de ativação é representado pela chegada de arquivos que ficam disponíveis junto à mesa de trabalho, para serem utilizados e, eventualmente, associados ao registro definitivo (...).”

Vou reproduzir a figura representativa da memória operacional:



©MACROVECTOR/123RF.COM⁷⁰

Por último, então, a 4ª fase da tomada de decisão, qual seja a CONSOLIDAÇÃO, quando são ativadas as várias estruturas do córtex pré-frontal, cada uma delas oferecendo a sua contribuição para que reste FIXADA a melhor solução obtida após toda a tramitação neuronal iniciada pelos MARCADORES-SOMÁTICOS.

A síntese desta última fase esclarece que o neocórtex, por intermédio das suas subdivisões, o córtex pré-frontal dorsolateral (razão e planejamento)⁷¹, o córtex pré-

70 ID: 13850257. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_134266708_data-center-facility-isometric-view-with-personnel-checking-server-unpacking-hardware-equipment-admin.html?vti=nfhzsz6t3wix0pniyl-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

71 SAPOLSKY, Robert M. COMPORTE-SE – A biologia humana em nosso melhor e pior. Tradução Giovane Salimena, Vanessa Barbara. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 59, assim resume o córtex pré-frontal dorso lateral: “O CPFdl é o decisor dos

-frontal ventro medial (autopercepção, autogerenciamento)⁷², o córtex orbitofrontal (atribui valências positivas e negativas aos eventos), em combinação com o hipocampo (estrutura atuante na memória operacional, localizado ao lado da amígdala, sendo responsável pela formação das memórias de curto e longo prazo, respondendo, ainda, pela contextualização das avaliações feitas pelas demais estruturas), com as amígdalas (contém as memórias emocionais e atribuem valores aos eventos em termos de riscos para o organismo) e com os gânglios basais (traçam as memórias acerca de padrões de resposta motora ao longo da vida = hábitos, de um sem número de experiências vivenciadas pelo organismo na sua evolução biológica) é que tomam as decisões, o que reforça a demonstração de que não há como uma decisão ser exclusivamente racional.

Assim, **toda decisão é também instintiva e emocional.**

Pois as *smart telas* estão atingindo frontalmente o sistema atencional, o sistema de aprendizado como um todo e de tomada de decisão de crianças, adolescente e pessoas em geral!

De fato, as constantes notificações nos celulares, luzes, sons, avisos de nova mensagem, tudo isso criou novas realidades que são a *multitarefa* e a *hiperatenção*, quando fornecedores virtuais, redes sociais etc, literalmente *brigam pela atenção* das pessoas! E nessa luta predatória, a consequência é que as pessoas acabam adotando comportamentos constantes e reiterados seguindo a trilha de notificações, sons, mensagem etc, ativando quase que exclusivamente a *ATENÇÃO REFLEXA* (própria dos animais em adestramento) e sequer chegando ao nível atencional da *ATENÇÃO EXECUTIVA*!

Isso é gravíssimo por que somente quando ingressamos na *ATENÇÃO EXECUTIVA* é que assumimos o grau de concentração necessário, por exemplo, para poder ler um livro!

Maryanne Wolf⁷³ comenta sobre este fenômeno chamado *multitarefa* e *hiperatenção*:

“o neurocientista Daniel Levitin situa esse comportamento, em que a atenção fica esvoaçando e muda de tarefa, no contexto de nosso reflexo evolucionário, a *inclinação pelo novo*, que atrai nossa atenção imediatamente para qualquer coisa que seja nova: ‘nós humanos nos

decididores, a parte mais racional, cognitiva, utilitária e não sentimental do CPF. É a parte do CPF de evolução mais recente e a última a amadurecer por completo. Ela basicamente ouve outras regiões corticais e também fala com elas.”

72 SAPOLSKY, Robert M. *COMPORTE-SE – A biologia humana em nosso melhor e pior*. Tradução Giovane Salimena, Vanessa Barbara. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 59, sintetiza as características do córtex pré-frontal ventro medial: “Em contraste com o CPFdl, temos a parte ventral do CPF, em particular o CPF ventromedial (CPFVM). É a região frontocortical que o visionário neuroanatomista Nauta elegeu como membro honorário do sistema límbico por causa de suas interconexões. De forma lógica, o CPFVM lida sobretudo com o impacto das emoções sobre a tomada de decisões.”

73 WOLF, Maryanne. *O cérebro no mundo digital – os desafios da leitura na nossa era*. Tradução Rodolfo Ilari, Mayumi Ilari. São Paulo: Contexto, 2019, p. 129.

empenharemos com tanto afincio para conseguir uma experiência inédita como nos empenharemos para conseguir uma comida, ou um(a) companheiro(a). Na multitarefa, entramos inadvertidamente num círculo de dependência, como se os centros de novidade do cérebro fossem recompensados por processar estímulos novos e brilhantes, em detrimento de nosso córtex pré-frontal, que quer continuar centrado na tarefa e receber recompensas por um esforço e atenção continuados. Precisamos nos treinar para perseguir a recompensa demorada e renunciar à recompensa rápida.’

Dispondo de um desenvolvimento pré-frontal insuficiente, as crianças estão completamente à mercê de distrações sucessivas e pulam rapidamente de um ‘estímulo novo cintilante’ a outro.

Levitin afirma que as crianças podem acostumar-se tão cronicamente com um fluxo contínuo de itens em competição por sua atenção, que seus cérebros ficam, para todos os efeitos, encharcados de hormônios como o cortisol e a adrenalina, os hormônios mais comumente associados à luta e ao estresse. Crianças com apenas 3 ou 4 anos, às vezes até mesmo de 2 ou menos – e num primeiro momento recebem passivamente e depois, cada vez mais, passam a exigir ativamente e com regularidade os níveis de estimulação das crianças maiores. Segundo Levitin, quando estão imersos nesse nível constante de estimulação sensorial nova, as crianças e os jovens são projetados num estado de hiperatenção contínua. **Diz também que ‘a multitarefa cria um círculo de feedback de dependência de dopamina, que recompensa eficazmente o cérebro por perder o foco e por buscar estimulação externa constantemente’**” (grifos meus)

A eficácia e a perversidade desse verdadeiro *adestramento humano* tem várias consequências funestas.

A primeira delas é, por incrível que pareça, o vertiginoso decréscimo da empatia das pessoas, devido à incapacidade cada vez maior da “leitura de livros”!

Maryanne Wolf⁷⁴ comenta que

“a maneira como Wendell Berry concebe a *sentença* – como ‘um pensamento passível de *ser sentido*’ – é um bom gancho para um dos processos sensorialmente evocativos mais tangíveis da leitura profunda: nossa capacidade de formar imagens quando lemos... Como salientava o artista-escritor Peter Mendelsund, aquilo que ‘vemos’ enquanto estamos lendo ajuda-nos a cocriar imagens com o autor ou, às vezes, como acontece com certo tipo de ficção, no lugar do autor.”

74 Ob. cit., pp. 55 e 56.

Desta forma, quando lemos livros físicos assumimos, empaticamente, a perspectiva dos personagens, das histórias e das vivências narradas nos livros e transferimos para a nossa imaginação, o que permite que *sintamos* o que os personagens e contextos fáticos expõem nos livros.

Explica Maryanne Wolf⁷⁵ que

“o ato de assumir a perspectiva e os sentimentos de outros é uma das contribuições mais profundas e insuficientemente anunciadas dos processos de leitura profunda. A descrição proustiana desse ‘fêtil milagre da comunicação realizado na solidão’ retrata uma dimensão emocional íntima no interior da experiência de ler: a capacidade de comunicar e de se sentir junto a outrem sem sair um palmo de nossos mundos particulares...”.

E continua a autora citando John S. Dunne, descrevendo esta realidade como “o ato de ‘transportar-se’ pelo qual entramos na imaginação, nos sentimentos e nos pensamentos dos outros graças a um tipo particular de empatia...”.

Ocorre que as *smart telas* estão *adestrando* as pessoas a não ler, quando *adestram* por intermédio do não permitir que as pessoas passem da *atenção reflexa* para a *atenção executiva*. O resultado é que o cérebro fica *treinado* a não avançar para a *atenção executiva* trazendo como consequência a incapacidade de ler livros físicos, que se tornam enfadonhos, aborrecidos e chatos!

O resultado final é a estarrecedora estatística mencionada por Maryanne Wolf⁷⁶:

“A realidade perturbadora é, porém, que... um inesperado declínio da empatia está tomando conta de nossos jovens. A estudiosa do MIT Sherry Turkle descreveu um estudo de Sara Konrath e seu grupo de pesquisas da Universidade de Stanford que mostrava um declínio de 40% na empatia de nossa população jovem durante as últimas duas décadas, com queda mais acentuada durante os últimos dez anos... Em sua opinião, nossas tecnologias nos colocam numa distância que muda não só quem somos como indivíduos, mas também quem somos uns com os outros”.

Na mesma linha do gravíssimo impacto para a empatia e para as relações sociais, Aric Sigman comenta sobre o surgimento de um novo distúrbio^{77 78} decorrente do uso desmedido das *smart telas*, que é o transtorno de dependência de tela⁷⁹:

75 Ob. cit., p. 57.

76 Ob. cit., pp. 64 e 65.

77 Também sobre o transtorno de dependência de tela DONG, Guangheng, DEVITO, Elise E., DU, Xiaoxia e CUI, Zhuoya. Impaired inhibitory control ‘internet addiction disorder’: A functional magnetic resonance imaging study. Disponível em <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC3650485/>, acesso em 06.11.2024.

78 Ainda sobre o transtorno de dependência de tela AVELINO-TANDOC, Claudette, em <https://theleaders-online.com/the-effects-of-screen-dependency-disorder/>, acesso em 06.11.2024.

79 CETRUS – educa, disponível em <https://educa.cetrus.com.br/transtorno-de-dependencia-de-tela-na-infancia-desafia-pediatras/>, acesso em 05.11.2024. SIGMAN, Aric. <https://jicna.org/>

“A pesquisa conduzida pelo renomado psicólogo norte-americano Dr. Aric Sigman, publicada no Jornal da Associação Internacional de Neurologia Infantil, alerta para o transtorno de dependência de tela. Conforme achados da pesquisa, crianças que sofrem desse transtorno tendem a manter uma conexão excessiva com dispositivos eletrônicos, comprometendo atividades fundamentais como alimentação, interação social e participação em outras formas de recreação. Os sintomas associados ao transtorno de dependência de tela em crianças e adolescentes incluem:

- insônia;
- dores nas costas;
- ganho ou perda de peso acentuado;
- problemas de visão;
- ansiedade;
- isolamento social...

Evidências apontam diferenças estruturais no cérebro, **afetando áreas cruciais para o controle de impulsos, planejamento e organização.**

Um dos resultados de destaque na pesquisa é **o dano à área do cérebro chamada ínsula, responsável pelo desenvolvimento de empatia e compaixão.** Essa descoberta levanta questões significativas sobre como o vício em telas pode impactar o desenvolvimento emocional e social de crianças e adolescentes.

A Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) alerta sobre os perigos relacionados ao uso indiscriminado de telas, salientando os **impactos negativos no desenvolvimento da saúde mental e no comportamento, conforme os critérios estabelecidos pelo CID-11 para dependência digital.**” (grifos meus)

E, de fato, é o que observamos na sociedade atual. Algo que se poderia cunhar de *psicopatização* da sociedade, quando há um vertiginoso decréscimo de empatia, de compaixão, e todas essas consequências identificadas a partir de alterações anatômicas, físicas, correspondentes ao que, tecnicamente, identificamos na neurociência como *reconfiguração*, e, didaticamente, corresponde, no caso da empatia, à não ativação dos neurônios de área crucial para a melhor convívio social, que é, principalmente, a **ínsula.**

Também podemos constatar essas consequências do excesso de tela por intermédio da facilidade do *descarte de amizades*, dos cancelamentos cruéis, das exposições de fotografias íntimas, do *bullying*, as dificuldades dos relacionamentos familiares, quando as *smart-telas* já não permitem mais as conversas à noite nas residências, na

index.php/journal/article/view/jicna-2017-119, acesso em 06.11.2024.

mesa durante a alimentação, a falta de escuta, a intolerância e, finalmente, a desagregação social que atinge as famílias

Não bastasse isso, e em acréscimo a tudo o que foi acima comentado, a falta da leitura atinge de morte o *pensamento crítico*, que é, justamente, aquele que nos permite aferir a verdade das coisas, por intermédio das ponderações, inferências, reflexões, atividades essas aniquiladas pela imediatez, alternância de tarefas, pelo ritmo fulminante e a interferência contínua das distrações.⁸⁰

Maryanne Wolf⁸¹ destaca o “papel integrativo chave da análise crítica no circuito de leitura profunda”, dizendo o que segue:

“Do ponto de vista do cérebro leitor, o pensamento crítico representa a soma completa dos processos do método científico. Sintetiza o conteúdo do texto com nosso conhecimento de fundo, analogias, deduções, induções e inferências, e então usa essa síntese para avaliar as pressuposições, interpretações e conclusões subjacentes do autor. A formação cuidadosa do raciocínio crítico é a melhor maneira de vacinar a próxima geração contra a informação manipuladora e superficial, seja em textos ou telas.”

A ausência do pensamento crítico está permitindo que nossas últimas gerações estejam sendo *criadas, educadas, orientadas* por influenciadores rasos, superficiais e, até mesmo, criminosos, impondo à tomada de decisão das pessoas resultados não refletidos, não confirmados pela ponderação, com consequências, portanto, obviamente maléficas para o desenvolvimento integral e humanizado da sociedade.

E ler livro em telas funciona igual? NÃO!

Maryanne Wolf destaca⁸²:

“Poucos contestariam o que conclui o pesquisador da leitura e da ciência da informação Liu: que o ‘novo normal’ em nossa leitura digital é ‘ler por cima’. Liu e vários pesquisadores dos movimentos oculares têm observado que a leitura digital envolve com certa frequência um estilo em *F* ou estilo zigue-zague em que localizamos palavras pelo texto afóra rapidamente, como um ‘caça-palavras’ (no mais das vezes na parte esquerda da tela) para captar o contexto, pulamos para as conclusões do final e, somente se isso se justificar, voltamos ao corpo do texto para selecionar detalhes de apoio...”

Anne Mangen está investigando as diferenças cognitivas e afetivas entre a leitura de textos em versão impressa e na tela, com seus colegas Adrian van der Weel, Jean-Luc Velay, Gerard Olivier e Pascal Robinet... Os resultados indicaram que os estudantes que tinham lido o livro superavam

80 Ob. cit., p. 53.

81 Ob. cit., p. 76.

82 Ob. cit., pp. 94, 95 e 155.

os leitores de tela na capacidade de reconstruir o enredo em ordem cronológica. Em outras palavras, o sequenciamento de certos detalhes que, às vezes, são ignorados numa história de ficção, foram descartados pelos estudantes que leram em telas...

Nesse sentido, a materialidade proporciona algo que é tangível tanto de um ponto de vista psicológico quanto tátil. Piper, Mangen e a estudiosa da literatura Karin Littau elaboram isso dando ênfase ao papel inesperado que o toque exerce sobre o modo como abordamos as palavras e as compreendemos, no texto como um todo. Segundo Piper, a dimensão sensorial da leitura do texto impresso acrescenta à informação uma redundância importante – acrescenta às palavras uma espécie de ‘geometria’ – e isso contribui para nossa compreensão global do que lemos... Piper sugere que o toque acrescenta mais uma dimensão àquilo que é ativado quando lemos uma palavra impressa, dimensão essa que pode ser perdida na tela. (...) Ver, ouvir, morder e tocar os livros ajuda as crianças a fixar o melhor das conexões multissensoriais e linguísticas, naquele período que Piaget chamou apropriadamente de estágio sensório-motor do desenvolvimento cognitivo.”

Portanto, a forma contundente com que as novas tecnologias disruptivas invadiram nossas vidas exigirá medidas igualmente contundentes em nível familiar, escolar, laboral e governamental para que sejam opostos comportamentos capazes de antagonizar a *configuração* feita nas mentes, principalmente das gerações Millenials e Z, objetivando minimizar os prejuízos à saúde física e psíquica que já se encontram, infelizmente, entre nós.

Algumas medidas simples como a proibição pura e simples de serem acessados celulares durante as aulas é algo de fácil implementação e que não acarreta nenhum tipo de prejuízo a quem quer que seja, só benefícios.

A criação de hábitos de leitura em família, seja escolhendo um ou dois dias na semana para que todos possam, de maneira compartilhada, estarem *JUNTOS*, cada um com seu livro físico de leitura.

A estipulação de regras para os momentos de alimentação, premiando a troca de conversas, de olhares ou mesmo o silenciar em conjunto, a fim de afastar os efeitos distratores das *smart telas*.

Em suma, múltiplas ações precisarão ser firmemente adotadas pela sociedade, pois, na forma acima vista, são extremamente graves as alterações neurológicas pelas quais estamos passando, com especial foco nas últimas gerações que, efetivamente, sofreram uma evidente *reconfiguração neurobiológica*.

Quero dizer, também, que não posso ser contra as *smart telas*, assim como não posso ser contra os automóveis⁸³, ou contra termos aparelhos, equipamentos e

83 <https://clp.org.br/um-diagnostico-sobre-os-acidentes-de-transito-no-brasil-em-2023/>, acessado em 09.09.2024: “De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca

objetos que estão no âmbito doméstico⁸⁴ e nos são úteis. Todavia, há que se regular a utilização de produtos e serviços com periculosidade inerente capazes de causar danos graves à saúde das pessoas.

6. CONCLUSÕES:

Procurei neste artigo trazer novas informações científicas sobre o uso desmedido das *smart telas* como um contraponto aos evidentes benefícios que elas trouxeram para o desenvolvimento dos seres humanos como um todo.

Por óbvio, não é possível olvidar que os dispositivos virtuais trouxeram uma maior e melhor possibilidade de acesso a informações variadas, além de contribuir para a democratização do conhecimento, minimizando a concentração e a manipulação exercida por grupos dominantes no seio da sociedade.

Entretanto, é importante que assumamos uma atitude profissional, madura, responsável e científica sobre o fenômeno das *smart telas*, porque, na forma demonstrada, elas atuam diretamente na formatação de novos comportamentos íntimos e sociais, que trazem reflexos graves para as sociedades pós-modernas.

Alterações como a diminuição da empatia, do pensamento crítico e a dificuldade de concentrar-se para a execução de tarefas induzem a alterações epigenéticas (o meio faz com que nosso DNA seja expresso de maneira diferente em conformidade com os hormônios e neurotransmissores que entram pelos dendritos dos neurônios e deslocam-se até o núcleo da célula onde está o DNA) que acabam sendo transferidas para as gerações vindouras, com consequências ainda não estudadas.

Da mesma forma, a constante e cada vez maior produção de pessoas deprimidas e ansiosas, carregadas de adrenalina e de cortisol, ocasiona e ocasionará uma crise de saúde sem precedentes, sabido que o despejo em excesso dessas substâncias está diretamente relacionado a doenças como a obesidade, doenças autoimunes, câncer, doenças cardiovasculares, alergias e tantas outras⁸⁵.

Urge, então, que estejamos conscientes das nossas opções pelas *smart telas*, o que somente é possível quando colocamos de maneira nua e crua as realidades aferidas sobre elas por intermédio de estudos científicos sérios, aprofundados e respeitados, buscando com isso levar às comunidades informações fundamentais para a sua sobrevivência.

de 1,35 milhão de pessoas morrem anualmente em acidentes de trânsito, com muitas mais sofrendo lesões não fatais que podem levar a deficiências de longo prazo.”

84 <https://lunetas.com.br/acidentes-domesticos-matam-mais-de-8-mil-criancas-por-ano/#~:text=Medidas%20simples%20podem%20prevenir%20que,a%2014%20anos%20em%202022.,> acessado em 09.09.2024: “Acidentes domésticos causaram a morte de 8.629 crianças e adolescentes brasileiros de zero a 14 anos em 2022.”

85 Sobre o tema vide MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Neurociências e Métodos Autocompositivos: Mediação, Negociação, Conciliação e Práticas Restaurativas*. 1ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, pp. 467-520.

Espero ter sido exitoso no meu intento, submetendo-me à natural crítica que um trabalho como o presente certamente merecerá por parte daqueles que concordam como por parte dos que discordam, pois é graças ao debate dialético que o SAPIENS vem avançando na sua árdua, mas eficiente caminhada evolucionária!

Sejam todos (as) FELIZES!

BIBLIOGRAFIA

- ALVARENGA, Galeno. Noradrenalina, Dopamina e Serotonina. <http://www.galenoalvarenga.com.br/publicacoes-livros-online/o-poder-das-emocoes/noradrenalina-dopamina-e-serotonina>, acesso em 28.12.2017.
- AVELINO-TANDOC, Claudette, em <https://theleaders-online.com/the-effects-of-screen-dependency-disorder/>, acesso em 06.11.2024.
- BEAUREGARD, Mario, Ph. D., e O'LEARY, Denyse. O Cérebro Espiritual – Uma explicação neurocientífica para a existência da alma. Trad. Alda Porto. Revisão Técnica Fernanda Campos. Rio de Janeiro, Best Seller, 2010.
- BECHARA, Antoine. Em https://en.wikipedia.org/wiki/Iowa_gambling_task, acesso em 29.11.2020.
- BLACKBURN, Elizabeth. EPEL, Elissa. O Segredo Está nos Telômeros – Receita Revolucionária para manter a juventude e viver mais e melhor. Tradução Solange Pinheiro. 1ª edição. São Paulo: Planeta, 2017.
- CENSA – Escola Parceira – Bernoulli em http://www.censa.edu.br/site_novo/web/uploads/files/CORPO%20E%20MENTE%20cap%205%208%20ano.pdf, acesso em 15.04.2023.
- CETRUS – educa, disponível em <https://educa.cetrus.com.br/transtorno-de-dependencia-de-tela-na-infancia-desafia-pediatras/>, acesso em 05.11.2024.
- COLLEN, Alanna. 10% Humano – Como os micro-organismos são a chave para a saúde do corpo e da mente. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.
- COSENZA, Ramon M., GUERRA, Leonor B.. Neurociência e Educação – Como o Cérebro Aprende. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- DAMÁSIO, António R. E O Cérebro Criou o Homem. São Paulo: Companhia das Letras. Trad. Laura Teixeira Motta. 2011.
- O Erro de Descartes – Emoção, Razão e o Cérebro Humano. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. 3ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- DAVIDSON, Richard J. BEGLEY, Sharon. O Estilo Emocional do Cérebro – Como o funcionamento cerebral afeta sua maneira de pensar, sentir e viver. Tradução de Diego Alfaro, Rio de Janeiro: Sextante, 2013.
- DAWKINS, Richard. O Gene Egoísta. Trad. Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras. 2007. Richard Dawkins O Gene Egoísta, trad. Rejane Rubino, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- DONG, Guangheng, DEVITO, Elise E., DU, Xiaoxia e CUI, Zhuoya. Impaired inhibitory control `internet addiction disorder': A functional magnetic resonance ima-

ging study. Disponível em <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC3650485/>, acesso em 06.11.2024.

EAGLEMAN, David. Cérebro – uma biografia. Tradução Ryta Vinagre. Coordenação de Bruno Fiuza. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

GOLEMAN, Daniel. O Cérebro e a Inteligência Emocional – Novas Perspectivas. Tradução Carlos Leite da Silva. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012.

– FOCO – A atenção e seu papel fundamental para o sucesso. Tradução Cássia Zanon. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva. 2014.

GUIMARÃES, Francisco Silveira. Neurociência da Mente e do Comportamento. Coordenador Roberto Lent. Substâncias Psicoativas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

GRAU, Gemma Sala. DE LA MORENA, Alexia. Secretos de tu cérebro – Claves para la Neurofelicidad y el Neurocoaching. Barcelona: Editorial Kairós S.A., 2020.

GUDWIN, Ricardo Ribeiro. UMA VISÃO ALTERNATIVA AO MONISMO DE TRÍPLIO ASPECTO PARA OS CONCEITOS DE SENTIMENTO E CONSCIÊNCIA. Disponível em https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/9_ricardogudwin.pdf, acesso em 15.04.2023.

HAIDT, Jonathan. A Geração Ansiosa: Como a infância hiperconectada está causando uma epidemia de transtornos mentais. Tradução Lígia Azevedo. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

HALL, Geoff B. Em https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3rtex_cingulado_anterior#/media/Ficheiro:MRI_anterior_cingulate.png, acessado em 05.09.2024.

<https://clp.org.br/um-diagnostico-sobre-os-acidentes-de-transito-no-brasil-em-2023/>, acessado em 09.09.2024.

<https://lunetas.com.br/acidentes-domesticos-matam-mais-de-8-mil-criancas-por-ano/#:~:text=Medidas%20simples%20podem%20prevenir%20que,a%2014%20anos%20em%202022.,> acessado em 09.09.2024.

HARARI, Yuval Noah. Uma Breve História da Humanidade – SAPIENS. Tradução de Janaína Marcoantonio, 15ª Edição. Por Alegre: L&PM, 2016.

INSTITUTO PARANAENSE DE PSIQUIATRIA em <https://instituto-depsiquiatriapr.com.br/blog/neurotransmissores-o-que-sao-quais-sao-os-principais/#:~:text=Em%20suma%2C%20os%20horm%C3%B4nios%20s%C3%A3o,os%20mensageiros%20do%20sistema%20nervoso.>, acesso em 31.08.2024.

KAHNEMANN, Daniel. Rápido e Devagar – Duas Formas de Pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012.

KAKU, Michio. O FUTURO DA MENTE – A Busca científica para entender, aprimorar e potencializar a mente. Tradução de Angela Lobo. 1ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 2015.

LIEBERMAN, Daniel Z., LONG, Michael E. DOPAMINA A MOLÉCULA DO DESEJO – Como essa poderosa substância química em nosso cérebro impulsiona

- o amor, o sexo a criatividade – e controla quem somos, o que sentimos e o que fazemos. Tradução Paulo Afonso. 1ª edição. Rio de Janeiro: Sextante, 2023.
- LINDSTROM, Martin. A Lógica do Consumo – Verdades e mentiras sobre porque compramos. Tradução Marcelo Lino. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2016.
- LIPTON, Bruce H. A Biologia da Crença – Ciência e espiritualidade na mesma sintonia: o poder da consciência sobre a matéria e os milagres. Tradução Yma Vick. 1ª edição. São Paulo: Butterfly Editora: 2007.
- MLODINOW, Leonard. Subliminar. Como o Inconsciente influencia nossas vidas. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- Emocional – A Nova Neurociência dos Afetos. Tradução Claudio Carina. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade e nas Demais Práticas Comerciais. 3ª ed. rev. amp. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral. A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados-Mediação, Conciliação, Arbitragem, Princípios, Técnicas, Fases, Estilos, Ética da Negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Neurociências e Métodos Autocompositivos: Mediação, Negociação, Conciliação e Práticas Restaurativas. 1ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.
- OMARY, Adam. In Psychology Today. The Awesome Psychology of Awe – An interdisciplinary understanding of our most mysterious emotion. <https://www.psychologytoday.com/nz/blog/natured-nurture/202207/the-awesome-psychology-of-awe>, acesso em 24.07.2022.
- PINKER, Steven. Do que é feito o pensamento – A língua como janela para a natureza humana. Tradução Fernanda Ravagnani, 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- Revista Consultor Jurídico, 28.02.2023. Insalubridade Jurídica – Maioria dos juízes brasileiros faz tratamento contra depressão ou ansiedade. <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-juizes.pdf>, acesso em 13.04.2023.
- RUNGUE, Gabriel Gonzales. Sobre as emoções: António Damásio e a Crítica à Teoria James-Lange. Em file:///C:/Users/usuario10/Downloads/29476-Texto%20do%20Artigo-82117-1-10-20200825.pdf, acesso em 17.02.2021.
- SAPOLSKY, Robert M. COMPORTE-SE – A biologia humana em nosso melhor e pior. Tradução Giovane Salimena, Vanessa Barbara. 1ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- SIGMAN, Aric. <https://jicna.org/index.php/journal/article/view/jicna-2017-119>, acesso em 06.11.2024.
- SISODIA, Raj e MACKEY, John. Capitalismo Consciente – Como libertar o espírito heroico dos negócios. New York Times Best-Seller. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2013.

VAN DER KOLK, Bessel. O Corpo Guarda Marcas. Tradução de Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

WIKIPEDIA, <https://pt.wikipedia.org/wiki/Eussocialidade>, acesso em 10.09.2024.

WOLF, Maryanne. O cérebro no mundo digital – os desafios da leitura na nossa era. Tradução Rodolgo Ilari, Mayumi Ilari. São Paulo: Contexto, 2019.

ZAK, Paul. A Molécula da Moralidade – As Surpreendentes Descobertas Sobre a Substância eu Desperta o Melhor em Nós. Trad. Soeli Araujo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

IMAGENS:

ID: 73263306. Disponível em: HTTPS://br.123rf.com/photo_46940929_cross-section-through-the-brain-showing-the-dopamine-and-serotoni-pathways-affection-mood-memory-sl.html?vti=n8wfigs6exlm4ltgvc-1-1, acesso em 13.04.2022.

ID: 163676765. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_163676765_human-brain-with-highlighted-angular-gyrus-3d-illustration-it-is-located-in-the-parietal-lobe-is-inv.html?vti=m96ao6qqaa11qdyd4t-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

ID: 128605283. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_128605283_make-her-way-in-darkness-mixed-media.html?vti=m2h784rulwniqyahrn-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

ID: 163676765. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_163676765_human-brain-with-highlighted-angular-gyrus-3d-illustration-it-is-located-in-the-parietal-lobe-is-inv.html?vti=m96ao6qqaa11qdyd4t-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

ID: 128605283. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_128605283_make-her-way-in-darkness-mixed-media.html?vti=m2h784rulwniqyahrn-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

ID: 13850257. Disponível em: https://br.123rf.com/photo_134266708_data-center-facility-isometric-view-with-personnel-checking-server-unpacking-hardware-equipment-admi.html?vti=nfhzsz6t3wix0pniyl-1-1. Acesso em: 13 abr. 2022.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO CONTRACTUAL ARGENTINO: IMPACTOS Y RESISTENCIAS ANTE EL DNU 70/2023

*Sergio Sebastián Barocelli*¹★

RESUMEN (ESPAÑOL)

El presente trabajo analiza el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos paritarios, de adhesión y de consumo en el derecho argentino, a la luz de las modificaciones introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. Se examinan los fundamentos clásicos del control del clausulado, el desarrollo normativo argentino y los efectos jurídicos de la abusividad en diferentes tipos contractuales. Desde una perspectiva crítica y situada, se evalúan los riesgos que plantea la narrativa desreguladora del decreto para la tutela de los sujetos vulnerables en el ámbito contractual y el rol del orden público en la garantía de la justicia contractual.

Palabras clave: cláusulas abusivas, contratos de consumo, derecho argentino, DNU 70/2023

RESUMO (PORTUGUÊS)

Este artigo analisa o regime das cláusulas abusivas nos contratos paritários, de adesão e de consumo no direito argentino, à luz das alterações introduzidas pelo Decreto de Necessidade e Urgência 70/2023. São examinados os fundamentos clássicos do controle das cláusulas contratuais, a evolução normativa argentina e os efeitos jurídicos da abusividade nos diferentes tipos de contratos. A partir de uma perspectiva crítica e localizada, avaliam-se os riscos decorrentes da narrativa desreguladora do decreto para a proteção dos sujeitos vulneráveis nas relações contratuais e o papel da ordem pública na garantia da justiça contratual.

Palavras-chave: cláusulas abusivas, contratos de consumo, direito argentino, DNU 70/2023

ABSTRACT (ENGLISH)

This paper analyzes the legal framework of abusive clauses in negotiated, adhesion, and consumer contracts under Argentine law, in light of the amend-

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor regular adjunto por concurso. Contratos Civiles y Comerciales y Elementos de Derecho Civil. (UBA) Profesor Titular ordinario. Contratos Civiles y Comerciales y de Derecho Regulatorio del Mercado (USAL). Profesor a cargo de la cátedra de Derecho de los Contratos (UNDAV) Profesor permanente de posgrado UBA-USAL-UCA-UNLaPam. Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA). Miembro de la Mesa Directiva de la Asociación Internacional de Derecho del Consumidor (IADCL). Secretario Académico del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor (IADC). Director Nacional de Defensa del Consumidor de Argentina (enero 2020-febrero 2022). A cargo del Departamento de Estudios en Derecho del Consumo del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ments introduced by Emergency Decree 70/2023. It explores the classical foundations of clause control, the evolution of Argentine regulation, and the legal consequences of abusiveness across contract types. From a critical and context-specific perspective, the study assesses the risks posed by the deregulation discourse of the decree to the protection of vulnerable parties and highlights the role of public policy in safeguarding contractual justice.

Keywords: abusive clauses, consumer contracts, Argentine law, Emergency Decree 70/2023

INTRODUCCIÓN.

La teoría general del contrato, en su perspectiva clásica, se contruía sobre una serie de principios con carácter dogmático y casi incuestionables, a saber: la igualdad de las partes, la autonomía de la voluntad, tanto en su dimensión de autodecisión como de autoregulación, la fuerza obligatoria del contrato y el efecto relativo del contrato.

Esa visión, que obedecía a la perspectiva liberal en lo político y económico que sustentaban los códigos decimonónicos, partía de la premisa de reconocer al contrato como el acuerdo nacido de la voluntad de las partes, que negociando en pie de igualdad, se obligaban y sometían su voluntad como a la ley misma.

Las transformaciones económicas, sociales, políticas y culturales operadas por las revoluciones industriales, primero y la sociedad de consumo y transformación digital después, dieron paso en el mercado a transitar del paradigma del contrato negociado y celebrado en pie de igualdad como única visión, a la aparición de contratos, en la mayoría de los casos, masificados, estandarizados, prerredactados, tecnificados, anónimos, deshumanizados, “sin combate”², “en silencio” y muchas veces, hasta desmaterializados y operados de maneral global.

A raíz de ello, surgió en el campo de lo jurídico la llamada “socialización del derecho”, que en el campo del derecho privado se materializó en la idea de “justicia contractual”³. De esta manera, la teoría general de los contratos ha flexibilizado sus principios clásicos con miras a conciliar los imperativos tradicionales de estabilidad y la seguridad jurídica con principios como la solidaridad, la proporcionalidad, la coherencia, cooperación, equilibrio, buena fe⁴, la transparencia, la equidad y la tutela de los vulnerables. Esa perspectiva es la que consagra nuestro Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN).

2 PERROUX, François, *Indépendance de la nation*, Paris, Éditions Aubier Montaigne, 1969.

3 Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.011, p. 459 y ss.

4 Conf. BERNAL-FANDIÑO, Mariana, *El solidarismo contractual —especial referencia al derecho francés—*, Universitas, Bogotá, N° 114: 15-30, julio-diciembre de 2007, p. 17.

En ese contexto, es que surge el instituto de las cláusulas abusivas como remedio a acuerdos injustos, desequilibrados o inequitativos para restaurar al contrato como un acuerdo útil y justo⁵.

Con la sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023, auto-denominado “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”, la temática recobra actualidad, en atención a las modificaciones realizadas al Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y a varias normas especiales. En sus considerandos, el decreto referido manifiesta que *“las relaciones civiles también necesitan ser liberadas de regulaciones paternalistas excesivas. Que es preciso recordar que el artículo 1197 del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, que estuvo vigente desde 1869 hasta 2015, establecía que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Este precepto, profundamente liberal, fue a lo largo de los años socavado por sucesivas teorías regulatorias que descreyeron de la capacidad de los individuos para determinar su propio destino, y que el Estado estaba en mejores condiciones que las personas para saber lo que necesitaban. Que, en concordancia con ello se unificó el Código Civil y Comercial de la Nación, incluyendo normas imperativas que impiden a las partes decidir sobre la forma, contenido y ejecución de los contratos, llegando algunas veces a imponer requisitos desmesurados para la validez de esos acuerdos. Que, en ese marco, es menester modificar las regulaciones del Código Civil y Comercial de la Nación que obstruyen el ejercicio de las libertades individuales en el ámbito contractual.”*

Sin perjuicio de la altisonante retórica de esos fundamentos de la norma bajo análisis, que pretendería llevarnos al plano normativo de la contratación de una sociedad agraria, pre-revolución industrial, como se verá, la modificación de los artículos 958, 960 y 989 del CCCN no ha implicado, en lo sustancial, un cambio en el sistema normativo de control de clausulado contractual. Sin perjuicio de ello, rechazamos el mensaje político que implica, principalmente al Poder Judicial, sostener que “en materia contractual vale todo, no se metan”.

Este trabajo aborda la problemática de las cláusulas abusivas en los contratos paritarios, de adhesión y de consumo, desde una perspectiva situada en el contexto jurídico argentino. A partir de los cambios introducidos por el DNU 70/2023 y su retórica desregulatoria, se analiza cómo estas reformas dialogan —o tensionan— con el marco normativo vigente en el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Defensa del Consumidor. Lejos de adoptar una visión puramente teórica o comparada, el estudio se centra en el impacto práctico de estas modificaciones sobre el sistema de control del clausulado y el orden público de protección, a fin de poner en valor los principios y estándares propios del derecho argentino contemporáneo.

5 NICOLAU, Noemí Lidia-HERNÁNDEZ, Carlos A. (directores), *Contratos en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Bs. As., 2.016., p.25.

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DENOMINACIÓN, FINALIDAD Y REGULACIÓN DEL INSTITUTO.

El instituto de las cláusulas abusivas es también llamadas en la literatura jurídica comparada como cláusulas leoninas⁶, vejatorias⁷, lesivas, exorbitantes o menoscabantes⁸.

En cuanto a su finalidad, el instituto se erige como una herramienta que busca preservar la justicia conmutativa del contrato, resguardar su función económica y social⁹ y, en el caso de los contratos de adhesión y de consumo, proteger al débil jurídico dentro de la relación contractual¹⁰.

Históricamente la fundamentación del instituto de las cláusulas abusivas se perfiló sobre la base de normas abiertas y principios, como la buena fe, el abuso del derecho, la licitud y moralidad del objeto y la causa o la lesión¹¹.

También existen antecedentes específicos en el derecho común ya desde el Código Civil de Vélez Sarsfield (CCVS), como la prohibición de la dispensa de dolo (art. 507), la limitación de la responsabilidad del posadero (art. 2.232 CCVS), la dispensa de ruina de obra (art. 1646 CCVS), el acortamiento de plazos de prescripción (art. 3965 CCVS) o la reductibilidad de cláusula penal abusiva (art. 656 CCVS).¹²

Asimismo, en diferentes leyes especiales se había previsto la ineficacia de ciertas cláusulas abusivas, como la Ley N° 13.246 de Arrendamientos y aparcerías rurales (artículos 1, 4, 7 y 17), la Ley N° 14.005 de Venta de inmuebles fraccionados en lotes (artículos 7 y 8) o las ya derogadas Leyes N° 19.724 de Prehorizontalidad (artículos 14 y 15)¹³ o N° 23.091 de Locaciones Urbanas (artículos 2, 4 y 5).

Pero sin duda que la temática encontró vigor y una regulación orgánica en el derecho argentino con la sanción de la ley 24.240 de defensa del consumidor

6 La expresión “cláusula leonina” tiene su origen en una fábula de Esopo, llamada la “Fábula del león, la vaca, la cabra y la oveja.”: Una vaca, una cabra y una oveja habían hecho compañía con un león, y andando por las sierras, pillaron un ciervo. Partiéndolo en cuatro partes, y queriendo cada uno tomar la suya, dijo el león: La primera parte es mía, pues me toca como león; la segunda me pertenece, porque soy más fuerte que ustedes; la tercera me la tomo, porque trabajé más que todos; y quien tocara la cuarta, me tendrá por su enemigo: de modo que tomó todo el ciervo para sí.

7 El artículo 1341, 2ª p. del Código Civil italiano habla de “*clausole vessatorie*”.

8 REZZÓNICO, Juan Carlos, *Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones*, LA LEY 1983-B, 998-

9 Conf. VERGARA, Leandro, “Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial”, LL del 17/12/2014, p. 1.

10 Conf. PERAL, Santiago J., *La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial*, Tucumán, 2018, Bibliotex, p. 65 y ss.

11 CORDOBERA G. DE GARRIDO, Rosa Y GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. *Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad*, en AA.VV. *Las responsabilidades profesionales*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Luis O. Andorno, Editora Platense S.R.L., La Plata, año 1992.

12 GARRIDO R. F. “Hoteles y responsabilidad civil” LL 1981-C-959,

13 STIGLITZ, Rubén S. *Las cláusulas vejatorias en los boletos de compraventa regulados por la ley de prehorizontalidad. Control judicial. Interpretación*, LA LEY 1990-E, 675.

en 1.993. Esto había sido ya reclamado por la doctrina calificada¹⁴, y en los eventos científicos¹⁵.

Posteriormente, también a través de muchas regulaciones específicas, como la Ley 25.065 de tarjeta de crédito (art. 14), la ahora derogada Ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (art. 16), la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga (artículos 7 y 9 a 17) o las regulaciones en materia de sistemas de ahorro previo (art. 1 1.3.1)¹⁶, de protección de usuarios de servicios financieros (art. 2.3.8)¹⁷ o de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (art. 28)¹⁸.

Finalmente, a partir de la sanción del CCCN, podemos sostener que la temática encuentra abrigo, como se verá, no solo en las relaciones de consumo, sino también para los contratos paritarios y para los contratos de adhesión entre empresas, con una regulación diferenciada, escalonada y acumulativa, en la que va intensificándose el vigor del orden público. También en numerosas estipulaciones de los contratos u otros institutos en particular. Panorama que no ha cambiado a partir del DNU 70/2023.

CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Existen diversas definiciones de cláusulas abusivas en la legislación y la doctrina comparada.

Algunas de las definiciones ponen foco, desde una perspectiva subjetivista, en el uso malicioso o desviado conforme las finalidades sociales en virtud de una situación de poder asimétrico en lo económico, técnico o sociocultural¹⁹. Así por ejemplo,

14 STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1.985.

15 Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1.981, en la comisión 3 “Contratos con contenido predispuesto” se señalaba la necesidad de introducirse disposiciones que conformen un régimen destinado a regular los contratos con contenido predispuesto; 1.985, en la comisión 2 “favor debitoris”, se recomendaba la incorporación como principio la protección de la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor; 1.987, en la Comisión 3, sobre sistemas de ahorro previo para fines determinados que concluía “Es necesaria la sanción de normas que regulen de manera integral todo lo atinente a la protección de los derechos del consumidor” y en la comisión 4, sobre multipropiedad, la necesidad de regular la contratación predispuesta; 1.993: en la comisión 9: “Bases para la armonización del derecho patrimonial del MERCOSUR”, se entendió que “Se debe procurar una mayor protección específica a los consumidores, a efectos de favorecer la integración económica y brindar a sus intereses una adecuada tutela. A estos fines se sugiere tomar en consideración las siguientes bases: (...) 5) Las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos deben ser declaradas ineficaces de pleno derecho, sin afectar la validez del contrato.”

16 Resolución General 8/2015 Inspección General de Justicia de Sistemas de Capitalización y Ahorro para fines determinados.

17 Comunicación “A” 5460 Banco Central de la República Argentina de “Protección de Usuarios de Servicios Financieros”.

18 Resolución 733-E/2017 Ministerio de Modernización “Reglamento de Clientes de los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.”.

19 Conf. MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6° edición, Revista dos Tribunais, San Pablo (Brasil), 2.011, p. 935; BOURGOIGNE, Thierry, “Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur-Belgique”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 3, 1982, p. 519 y ss.;

se la ha entendido como el producto jurídico que vino a cubrir la necesidad social de contrarrestar el abuso de poder negocial de los predisponentes en los modernos contratos de consumo²⁰; que debe hablarse de cláusulas abusivas cuando una de las partes que está en posición ventajosa en un contrato que es de adhesión, ha estipulado, ya sea obligaciones muy gravosas a cargo de la otra, ya sea derechos a su favor, que no se pueden equiparar con los que se asignan a la otra parte²¹; aquellas estipulaciones con las cuales una de las partes de un negocio jurídico, aprovechándose de su mayor poder de negociación, obtiene una posición/situación jurídica ventajosa en desmedro de la otra parte, alterando considerablemente el equilibrio negocial²²; las cláusulas abusivas encuentran cabida en aquellos contratos redactados unilateralmente –los celebrados por medio de cláusulas generales de contratación y por adhesión –por una de las partes, que ostenta generalmente una posición ventajosa o de predominio en el mercado, o posee mayor poder económico, informativo o de negociación en comparación con la otra²³.

Otras, desde una visión objetiva, centrada en la buena fe, como una consecuencia de la masificación del contrato y la necesidad de restablecer la conmutatividad y equivalencia del sinalagma contractual ante los desequilibrios generados por las desigualdades negociales²⁴. Así: las que están dirigidas a mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta inferioridad²⁵; aquéllas que, contrariando las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que para las partes derivan de un contrato²⁶; las impuestas de modo unilateral por el empresario y que perjudiquen a la otra parte, o determine una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio de los consumidores y usuarios²⁷. En el derecho comparado, la Directiva comunitaria N° 13/93 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece en su artículo 3 que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas

WEINGARTEN, Celia et al, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2.007, p. 177.

20 PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *El régimen jurídico de las cláusulas abusivas*, LA LEY 2004-B, 1262.

21 LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*, Editorial Témis, vol. I, Bogotá D.C., 1993, p. 310.

22 ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria, *Las cláusulas abusivas*, LA LEY 10/01/2012, 1.

23 Conf. LLAMAS POMBO, Eugenio, *Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores*, CÓRDOBA, Marcos A. (Director), GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. y KLUGER, Viviana (Coordinadoras), en: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Buenos Aires Editorial La Ley, 2005, t. II, 1ra. reimp., p. 227 – 228.

24 Conf. MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6° edición, Revista dos Tribunais, San Pablo (Brasil), 2.011, p. 935; CALAIS-AULOY, Jean-TEMPLE, Henri, *Droit de la consommation*, 8° edición, Dalloz, París, 2.010; WEINGARTEN, Celia et al, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2.007, p. 177.

25 MESSINEO, Francesco.- “*Doctrina General del Contrato*”.- Traducción de R.O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo y M. Volterra.- Ediciones Jurídicas Europa-América- Buenos Aires. 1986.

26 MOISÁ, Benjamín, *¿Un caso de lesión o de nulidad de cláusula abusiva*, LLNOA 2002, 755.

27 FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4° edición, Bs. As., Astrea, 2.008, p. 405.

si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Señala dicho artículo que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión y el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

No tenemos en nuestro país una definición legal para los contratos paritarios o de adhesión. Sí lo hace para los contratos de consumo el art. 1119, que dispone: *“Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”*.

Esta definición perfila, desde una visión objetiva, entonces la idea de un diseño jurídico desequilibrado en perjuicio de la parte más débil, en los contratos de adhesión y de consumo.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuerto al consumidor²⁸.

Este debe ser apreciado al momento de la conclusión del contrato y en función del mercado en el que está inserto, analizando la ecuación económica del contrato²⁹ y la distribución de riesgos, provechos y sacrificios según un criterio de equivalencia y reciprocidad³⁰. Las cláusulas abusivas afectan, por tanto, a la equivalencia de las prestaciones debidas, provocando pérdida del equilibrio entre las prestaciones y deberes del contrato³¹.

CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Existen en doctrina diversas clasificaciones respecto de las cláusulas abusivas.

Un criterio distingue las cláusulas claras de las dudosas u oscuras. Son cláusulas abusivas claras, aquellas en la que el predisponente o proveedor, casi con descaro, presenta fehacientemente y sin ocultarlo un efecto abusivo. Esto ha sido

28 STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales: parte general*, 3° edición actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2.015, p. 142 y ss.

29 Conf. NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 440.

30 STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales: parte general*, 3° edición actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2.015, p. 143.

31 NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 440.

reputado per se como una práctica abusiva. Las cláusulas dudosas, aquellas en las que por vaguedad, ambigüedad u oscuridad en la redacción se admite más de una interpretación o contradice la información que previamente se había proporcionado al co-contratante por medio de agentes, publicidad, folletos explicativos, etc.³² Sobre este punto, resulta de aplicación el 2do. párrafo del artículo 37 cuando dispone que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”. Dicha disposición constituye una versión remozada de la regla de interpretación “*interpretatio contra stipulatorem*”. Dentro de las cláusulas oscuras, un supuesto agravado lo constituirán las llamadas “*cláusulas ininteligibles*”, es decir, aquellas en las que no se halla modo de lograr una interpretación coherente, por lo cual quedará a criterio del consumidor solicitar la nulidad de dicho cláusula o bien la nulidad de todo el contrato.³³

También podemos distinguir en aquellos casos en que se trata de una cláusula abusiva de una situación jurídica abusiva, previstas en el arts. 10 y 1120 CCCN.

Por cláusula entenderemos a cualquier disposición que regirá en un determinado vínculo contractual, con independencia del soporte, físico o digital, en el que se encuentre asentada: texto del contrato principal, condiciones genenerales de la contratación, tickets, documentación, manuales, cartelería, etc.³⁴ La cláusula contractual, en sentido amplio, es todo y cualquier pacto o estipulación contractual, escritura o verbal y de todas las formas posibles de hacer nacer relaciones de consumo³⁵.

La situación jurídica abusiva se manifiesta por la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos. La abusividad, por tanto, nace de la conjugación de varios negocios conexos, esto es, conforme regula el art. 1073, de dos o más contratos autónomos que se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. En la situación jurídica abusiva hay una acción concertada, un diseño estratégico de una situación jurídica³⁶. Podemos mencionar aquí como ejemplos el uso de pagarés u otros títulos ejecutivos en contratos de locación, en servicios sanitarios o en contratos de crédito al consumo.

Por último podemos distinguir también de las cláusulas abusivas desde una visión estática o genéticas, donde la abusividad se perfila claramente al momento

32 Conf. LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés, *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro*, en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/231-251.pdf

33 Conf. FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4º edición, Bs. As., Astrea, 2.008, p. 423.

34 STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales: parte general*, 3º edición actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2.015, p. 128.

35 Conf. NUNES, Rizzatto, *Curso de Direito do Consumidor*, 4ª Edición, San Pablo, Saraiva, 2009, p. 659.

36 BAROCELLI, Sergio Sebastián, “La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial, RCCyC 2016 (mayo), 235.

de su redacción; de las cláusulas abusivas dinámicas o funcionalmente devenidas, en las que la abusividad se perfila en el modo en que dichas cláusulas son aplicadas³⁷.

Asimismo, el carácter de abusivo de cierta cláusula puede surgir de ella misma o de su combinación con otras.³⁸

CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

En cuanto al control de cláusulas abusivas, se suele distinguir entre el tipo de controles y quién ejerce dicho control.

Respecto de los tipos de controles del clausulado, se suele distinguir en la legislación y doctrina comparada el llamado “control de incorporación” y del llamado “control de contenido”³⁹.

En cuanto a quién ejerce el control, también en una visión comparada, existen diversos modelos de control de cláusulas abusivas, *ex ante*, *ex post*, administrativos y judiciales⁴⁰.

CONTROL DE INCORPORACIÓN.

El control de incorporación refiere a la posibilidad de comprobar si cada una de las partes ha podido conocer de antemano las cláusulas de su contrato y si ha podido o no sopesar su contenido.

Esta cuestión tiene especial importancia en los contratos de adhesión y de consumo.

En los contratos de adhesión, el art. 985 CCCN prohíbe el reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Ello obedece a que las cláusulas abusivas se encuentran insertas, generalmente, en las llamadas condiciones generales de contratación, pero pueden encontrarse fuera de ellas⁴¹.

También distingue las cláusulas particulares, como aquellas que han sido negociadas individualmente entre las partes, de las condiciones generales impuestas de manera unilateral por el predisponente al adherente. En relación a las cláusulas particulares, regirán los criterios sobre los contratos paritarios, respecto de las condiciones generales, como se verá existirán pautas específicas de control de contenido.

En relación a los contratos de consumo, nuestro sistema se aparta de la tendencia de la directiva europea y siguiendo el criterio del Código de Consumo francés,

37 WEINGARTEN, Celia et al, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2.007, p. 197.

38 GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *El poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales*, RCyS 2009-I, 3.

39 MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La protección contra las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios. Panorama europeo y apuntes sobre el Código Civil y Comercial argentino”, RCCyC 2023 (abril), 87.

40 WEINGARTEN, Celia et al, *Derecho del Consumidor*, Universidad, Bs. As., 2.007, p. 200.

41 DIEZ PICAZO, Luis, ROCA TRIAS, E., MORALES A. M., “*Los principios del Derecho Europeo de contratos*”, Civitas, Madrid, 2002, p. 235.

establece en el art. 1118 CCCN que las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor. Por lo que el criterio antes expresado para los contratos de adhesión no resultará aplicables.

De esta manera, se dismantelan posibles maniobras de “ficciones de conocimiento”⁴², como hacer constan en el contrato que el consumidor ha participado en la negociación de la cláusula, ha tenido conocimiento de documentación que no se le entrega o que suscribe especialmente al costado de la cláusula consinténdola.

Asimismo, para promover la transparencia el art. 38 LDC establece que los proveedores que utilicen contratos de adhesión deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Esto ha sido reglamentado mediante Resolución SCI 271/2020 mediante un botón obligatorio en las páginas de inicio bajo la leyenda “contratos de adhesión-ley 24240”. También establece el artículo 38 LDC que deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite, informando esto a través de un cartel.

CONTROL DE CONTENIDO.

Por otra parte, tenemos el control de contenido, es decir, cuales son es la tipología de cláusulas que pueden ser reputadas como abusivas.

En el caso de los contratos paritarios, en atención a tratarse de vínculos nacido en virtud de la equivalencia de poder negocial entra las partes, la posición en torno al control del clausulado contractual debe ser prudente, haciendo ganar terreno a la autonomía de la voluntad.

El art. 960 CCCN, en su redacción original, el juez podría intervenir, corrigiendo el contrato:

1) a petición de parte cuando lo autoriza la ley. Este criterio se mantiene luego del DNU. Aquí podríamos mencionar el ataque a cláusulas por los principios de la buena fe, la equidad o el abuso del derecho o supuestos específicos previstos por la legislación, por ejemplo, en materia de reducción de intereses (art. 771 y 1747 CCCN), cláusulas penales abusivas (art. 794 y 1747 CCCN), atenuación de honorarios en caso de desistimiento unilateral de la obra (1261) o la reducción de deudas de juego y apuesta (1610);

2) Aun de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. Esto ha sido eliminado del artículo por el DNU. Sin embargo, entendemos que esa facultad continúa vigente, en tanto el art 12 del título preliminar “Orden público. Fraude a la ley”, establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público y que el acto

42 STIGLITZ, Rubén S., Contratos Civiles y Comerciales: parte general, 3º edición actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2.015, p. 137.

respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

Anteriormente hemos conceptualizado al orden público como un conjunto de ideas superiores o de principios, de naturaleza política, económica, filosófica, social y cultural, que en un lugar y tiempo determinado, son considerados necesarios para la existencia y organización de la comunidad es decir, como un núcleo axiológico e ideológico que una sociedad decide preservar y/o promover con miras al interés general⁴³. En cuanto a las consecuencias de la calificación de una norma como orden público podemos resaltar:

- a) La imperatividad de las normas de orden público; vale decir, las partes del acto jurídico no pueden renunciar o disponer de su contenido;
- b) La nulidad de los actos que se hubiesen celebrado en contravención a una norma de orden público;
- c) La aplicación de oficio por parte de las autoridades administrativas y judiciales;
- d) La inaplicabilidad del derecho extranjero que lo contravenga⁴⁴;
- e) Ya fuera del derecho privado clásico, la legitimidad de actuación del Estado en el diseño e implementación de políticas públicas en la materia como, eventualmente, de la aplicación del derecho administrativo sancionador⁴⁵.

Por consiguiente, la facultad de los jueces de controlar el orden público en el clausulado sigue indemne.

Aquí podemos mencionar como ejemplos, las condiciones o cargos ilícitos o inmorales (art. 344 y 357 CCCN), la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio (art. 944 CCCN), cláusulas inmorales o contrarias a la dignidad de la persona humana (art. 1004 CCCN), supuestos de limitación de obligación de saneamiento (art. 1038 CCCN), en materia de plazo máximos en la locación no habitacional (1197 CCCN), la dispensa de la responsabilidad por ruina (1276 CCCN) la designación privilegiada a una de las partes en el arbitraje (art. 1661 CCCN), la sustitución del cabeza de renta en el contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1606 CCCN), la dispensa de rendición de cuentas, dolo o adquisición para el fiduciante de los bienes fideicomitidos (1675 CCCN), plazos máximos en el fideicomiso (1668 CCCN) o la dispensa anticipada de dolo

43 Conf. BAROCELLI, Sergio Sebastián, “El orden público como principio general. Transformaciones y alcances a partir del Código Civil y Comercial”, eDial.com – DC2041.

44 Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El orden público y la tutela del consumidor y usuario”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 3, 2007.

45 Conf. DE LA FUENTE, Horacio H., Orden público, Astrea, Bs As, 2003, p. 56 y ss.

o responsabilidad de dependientes (art. 1743 CCCN), la cláusulas de inenajenabilidad (art. 1972 CCCN), la prohibición de que el titular de un derecho real de garantía de adquirir o disponer del bien gravado (2198 CCCN) o el plazo de caducidad que hace excesivamente difícil a una de las partes el cumplimiento del acto requerido para el mantenimiento del derecho o que implica un fraude a los plazos de prescripción (art. 2568 CCCN).

En el caso de los contratos de adhesión, esto estará establecido en el art. 988 CCCN, y en el caso de los contratos de consumo, conforme el art. 1117 CCN, en el reenvío a dicho 988 CCCN, más lo previsto en el art. 37 LDC. Efectuando un adecuado diálogo de fuentes, podemos señalar que existen:

- 1) dos tipos generales previstos en ambas normas: desnaturalización de las obligaciones y renuncia de derechos.
- 2) tres supuestos específicos previstos en la LDC: limitación de la responsabilidad por daños, inversión de la carga de la prueba y vulneración de la buena fe;
- 3) y un supuesto específico en el 988 CCCN, las llamadas “cláusulas sorpresivas”.

Se trata de una enumeración enunciativa, abierta y no taxativa.

Analizaremos cada uno de estos supuestos en particular.

A. Desnaturalización de las obligaciones. Una de las características significativas en las que se trasluce la abusividad en la justicia contractual es la desnaturalización de las obligaciones. Por “desnaturalización de las obligaciones de las partes” debemos entender el cambio de lo que se considera la normalidad del “ser” del contrato⁴⁶.

Este concepto constituye un estándar de gran amplitud que permite abarcar un extenso universo de situaciones que conciernen al mantenimiento de la equivalencia en la relación conforme a todas las circunstancias del caso y se vincularía también con la noción de causa final⁴⁷.

Esta disposición ha tenido en la doctrina y jurisprudencia dos perspectivas, que entendemos, son complementarias:

En una visión “desnaturalización de las obligaciones” significa privar a un contrato de adhesión o de consumo de sus elementos “naturales”, esto es, el apartamiento arbitrario y sin justificación del derecho dispositivo o supletorio. Dicho apartamiento trae, como consecuencia, un “desequilibrio significativo” en el programa prestacional del contrato bajo análisis al apartarse del “modelos de razonabilidad” que el legislador construye e incluye en las normas dispositivas⁴⁸. Por ejemplo, limitando

46 GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *El poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales*, RCyS 2009-I, 3.

47 GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *El poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales*, RCyS 2009-I, 3.

48 NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p; LORENZETTI,

la obligación de saneamiento, los alcances de la seña, el anatocismo o la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión.

En otra perspectiva, la desnaturalización se materializa cuando se alteran o desfiguran los fines económicos, sociales y jurídicos del negocio, la finalidad perseguida por las partes a través del acto; la equivalencia razonable en las prestaciones y la presencia de alteraciones en el equilibrio y funcionalidad negocial, siempre relacionando la cuestión con la causa final⁴⁹.

Para juzgar acerca de la desnaturalización de una obligación impuesta por la parte fuerte, el intérprete debe escudriñar en la naturaleza de la relación obligatoria de que se trate, a fin de verificar que la finalidad del autor de la norma que la regula no se ve contrariada por quien impone la cláusula a la parte débil⁵⁰.

La ponderación de estos extremos —que hacen al equilibrio negocial real, efectivo y no meramente declamado— admite cierta flexibilidad y no supone ni implica una rigurosa simetría de prestaciones y contraprestaciones a rajatabla; por el contrario, se asienta en una relación de “equivalencia razonable” entre ventajas y sacrificios, derivadas para ambas partes de un contrato oneroso de cambio como es el de consumo, lo cual supone “reciprocidad obligacional” y “reciprocidad de trato”⁵¹.

Aquí podemos mencionar como ejemplos, la indeterminación en la fecha de cumplimiento de las prestaciones por parte del predisponente o proveedor, la indeterminación del precio, canon u otras contraprestaciones a cargo del consumidor o adherente, la imprecisión respecto del lugar de cumplimiento, falta de reciprocidad de trato o efectos en relación a los incumplimientos de las partes.

Podemos ilustrar con lo resuelto en un precedente jurisprudencial en el que se consideró abusiva la cláusula contenida en un contrato suscripto por un participante de un concurso televisivo de preguntas y respuestas, por la cual se dispone que sólo se considerarán correctas las respuestas que establezca el organizador, aún cuando éstas puedan ser tenidas por erróneas mediante la consulta a fuentes distintas, razón por la cual corresponde responsabilizar al organizador del concurso por los daños derivados de la descalificación del actor motivada en la elección de una respuesta distinta a la elegida por el demandado, aunque también fuese correcta.”⁵²

B. Renuncia de derechos. En este punto se inscriben el elenco de estipulaciones que impliquen una abdicación o limitación de los derechos de los adherentes

Ricardo L., *Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240*; LA LEY 1994-C, 918.

49 ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª edición, Bs. As., ABELEDO-PERROT, 1997, p. 687.

50 HERNÁNDEZ, Carlos A., *Impacto del régimen de Defensa del Consumidor sobre la Teoría General del Contrato*, en NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 435.

51 PIZARRO, Ramón D. y VARIZAT, Andrés F. *La “desnaturalización de las obligaciones” como instrumento de control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (Una interesante innovación doctrinaria argentina)*, LLC 2006, 10.

52 CNCiv., sala E, 21/09/2004, “Tórtora, Graciela E. c. Promofilm S.A. y otro”, RCyS 2004, 1223 .

o consumidores o un incremento de las potestades o facultades o derechos de los predisponente o proveedores⁵³.

Aquí el elemento fundamental es la tutela del orden público de protección de la parte débil de la relación contractual.

Por tanto, si en un contrato se incluyen renunciaciones o restricciones de derechos, sin contraprestación alguna, existe una fuerte presunción de desequilibrio contractual en beneficio de una parte que ha aprovechado la debilidad jurídica de su contraparte y obliga al intérprete a restablecer el equilibrio del negocio⁵⁴.

En el caso de los contratos de adhesión, podemos mencionar como ejemplo, las cláusulas de no competencia superiores a un año en el contrato de agencia (art. 1499 CCCN), la extinción unilateral incausada sin preaviso en el contrato de concesión (1508 CCCN), o las que prohíben al franquiciado no reunirse con otros con fines no económicos (art. 1519 CCCN).

En el caso de los contratos de consumo, podemos mencionar la renuncia a garantía en contratación de cosas muebles no consumibles (art. 11 y ss. LDC), modos de rescisión (artículo 10 ter de la LDC), la renuncia al derecho de arrepentimiento en los contratos fuera de los establecimientos y a distancia (art. 34 LDC) o la prórroga de jurisdicción en los contratos financieros o de crédito al consumo (art. 36 LDC).

C. Cláusulas sorpresivas. Nos referimos aquí a lo previsto en el inc. c) del art. 988 del Código Civil y Comercial, que reputa como abusivas “Las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles”.

Este previsión puede dar lugar a dos visiones complementarias:

Por un lado, siguiendo al BGB alemán, como notoriamente inesperados, insólitos, para un cliente común (*Überrumpelungseffekt*) y que en todo caso lo son para el adherente a quien se le aplica, de manera que existe una discrepancia entre los efectos esperados o previsibles de éstas y los jurídicamente procedentes según su formulación, a juzgar según lo desacostumbrado de la cláusula en general, de acuerdo con las circunstancias y especialmente según su configuración externa tomada aisladamente o en conjunto con el resto de las cláusulas.⁵⁵ Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no contaba con su existencia”.⁵⁶ Hace referencia a la tutela de la confianza y las legítimas expectativas de los consumidores⁵⁷, en especial, en los entornos digitales.

Esto tiene su fundamento en varias razones:

53 Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240*; LA LEY 1994-C, 918.

54 Conf. HERNÁNDEZ, Carlos A., *Impacto del régimen de Defensa del Consumidor sobre la Teoría General del Contrato*, en NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 435.

55 REZZONICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 205.

56 STIGLITZ, Rubén S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 55.

57 STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales: parte general*, 3º edición actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2.015, p. 134.

- a) Los consumidores no suelen revisar las cláusulas de los contratos de adhesión que pueden estar registradas en una cámara de comercio o en la sede de una empresa y que posteriormente han sido incorporadas al contrato de referencia;
- b) En cualquier caso, la longitud y tipografía del texto íntegro de las condiciones generales no invitan a los consumidores a leer la letra pequeña;
- c) Los consumidores no comprenden a menudo el sentido del texto de las condiciones generales en su totalidad aun habiéndolas leído;
- d) Aun cuando los consumidores entiendan el sentido del texto de las condiciones generales en su totalidad, pueden creer que el supuesto mencionado no tendrá lugar y que supuesto mencionado no tendrá lugar y que el proveedor no invocará las condiciones en casos determinados;
- e) Los consumidores pueden tener la impresión errónea de que las cláusulas contractuales han sido avaladas o se atienen a la ley;
- f) Por regla general, los consumidores no logran alterar las cláusulas contractuales y el agente o empleado del proveedor no tiene facultades para ello.⁵⁸

Un ejemplo extremo podría ser el caso, de la “Cláusula Herodes”, un experimento social realizado en una cafetería de Londres con un servicio de wifi que establecía que el firmante accede, a cambio, a entregar a su primer hijo para toda la eternidad⁵⁹.

Por otra parte, por contenido, redacción o presentación, podríamos comprender:

- 1) la aplicación de normas, reglamentos o disposiciones que el consumidor ignoraba por tratarse de reenvíos a textos que no entregue;
- 2) las llamadas “cláusulas ilegibles” es decir cuando hay imposibilidad real o grandes dificultades de poder leer fácilmente lo escrito⁶⁰. Se trata de casos en que los caracteres impresos se presentan de manera indescifrable o el modo como es presentado el texto dificulten o desalienten el análisis previo del contenido negocial y, con ello, la toma de conciencia del texto contractual.⁶¹

La Resolución N° 906/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación establece las siguientes previsiones al respecto:

58 Conferencia De Las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo (UNCTAD). Manual sobre protección del consumidor. Ginebra, 2017.

59 <https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/6116707/09/14/Nadie-lee-la-letra-pequena-varios-londinenses-cambian-a-su-hijo-por-WiFi-sin-saberlo.html> [Consultado 22-05-2024]

60 STIGLITZ, Gabriel A., *La protección del consumidor y las prácticas abusivas*, DJ, 1992 -1-738.

61 Conf. FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4° edición, Bs. As., Astrea, 2.008, p. 424.

- a) Los contratos escritos de consumo; los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generen derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, en los términos de la Ley N° 24.240, y las informaciones que por imperativo legal brinden por escrito los proveedores a los consumidores, deberán instrumentarse en idioma nacional y con caracteres tipográficos no inferiores a uno con ocho décimos (1,8) de milímetros de altura. (artículo 1°)
- b) Los contratos y demás documentos a que se refiere el artículo anterior deberán asimismo resultar fácilmente legibles, atendiendo al contraste; formato, estilos o formas de las letras; espacios entre letras y entre líneas; sentido de la escritura, y cualquier otra característica de su impresión (artículo 2°)
- c) Cuando determinados textos, informaciones o cláusulas, por imperativo legal, deban incluirse en forma destacada, notoria, ostensible o similar, deberán consignarse en negrita, con caracteres tipográficos equivalentes, como mínimo, a una vez y media el tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento (artículo 3°).
- d) Cuando deba incluirse la información del artículo 34 de la Ley N° 24.240, se deberá ser consignada en negrita y caracteres tipográficos equivalentes, como mínimo, al doble del tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento (artículo 4°).
- e) Cuando normas especiales establezcan que determinados textos, informaciones o cláusulas deban consignarse en una forma diferente a la indicada en la presente Resolución, se estará a lo dispuesto en dichas normas (artículo 5°).

3) Cuando existen espacios en blanco que no han sido llenados. La resolución anteriormente referida señala en su art. 6 que cuando en los instrumentos a que se refiere el artículo 1° haya espacios en blanco a ser llenados por las partes, los mismos deberán ser completados previo a la firma y/o emisión del documento respectivo.

D. Limitación a la responsabilidad por daños. Este supuesto se produce cuando la parte fuerte del contrato pretende anticipadamente librarse en forma total o parcial de las consecuencias patrimoniales por las que debería responder⁶².

Por tal razón, revestirán el carácter de abusivas:

- a) aquellas estipulaciones que desvirtúen el carácter solidario de la responsabilidad, estableciendo, por ejemplo, limitaciones subjetivas, pretendiendo eximir o limitar a uno o varios de los sujetos comprendidos en la noción de proveedor;
- b) aquellas que desvirtúen el factor de atribución objetivo de la responsabilidad, estableciendo, por ejemplo, que el consumidor de-

62 NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 442.

berá demostrar la culpa del proveedor. La responsabilidad objetiva y solidaria se erige como el pilar jurídico fundamental en que se apoyará quien haya sufrido un daño en orden a conseguir el efectivo resarcimiento⁶³;

- c) las que afecten el carácter pleno de la reparación (limitación cualitativa), limitando o excluyendo determinados rubros indemnizatorios, como el daño extrapatrimonial;
- d) las que establecen de topes indemnizatorios (limitación cuantitativa);
- e) las que establezcan exoneraciones, restricciones o limitaciones de cualquier otro tipo, como por ejemplo que impliquen asunción de riesgos por el consumidor, establecimiento de plazos de caducidad para denunciar⁶⁴, etcétera.

E. Inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. El principio general en materia de distribución de la carga de la prueba impone que cada parte compruebe los presupuestos de hecho que tornan aplicable la normativa que invoca (art. 377, CPCCN).⁶⁵ Esta regla general, que ya fuera morigerada doctrinaria y jurisprudencialmente, ha sido interferida por el art. 53, tercer párrafo, de la LDC, que establece que los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Por tal razón, en virtud de los principios de colaboración, probidad y buena fe, los proveedores deberán aportar todas las pruebas que están en su poder o cuya producción le sea relativamente sencilla⁶⁶.

Por tanto, serán abusivas aquellas previsiones que se le pretenda imponer al consumidor la carga de una prueba que, conforme la legislación aplicable y a los usos, le corresponde producir a la otra parte (el proveedor) para exonerarse de la responsabilidad que le cabe⁶⁷.

F. Vulneración de la buena fe. El tercer párrafo del art. 37 LDC prevé también como un supuesto de ineficacia en caso de que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial.

63 PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del Consumidor*, Bs. As., Astrea, 2.004, p. 145 y ss.

64 Conf. FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4° edición, Bs. As., Astrea, 2.008, p. 413.

65 Conf. SÁENZ, Luis R. J., en PICASSO, Sebastián-VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (Dir.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 453.

66 SÁENZ, Luis R. J., en PICASSO, Sebastián-VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (Dir.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 453.

67 FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4° edición, Bs. As., Astrea, 2.008, p. 422.

Límites a la declaración de abusividad.

En el caso de los contratos de consumo el art. 1121 CCCN establece dos excepciones respecto de las cláusulas que no pueden ser declaradas abusivas. Éstas son:

- 1) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;
- 2) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

Analizaremos a continuación cada uno de los supuestos.

A. Cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado. En primer término no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado. Esta norma tiene como su fuente principal el art. 4° de la Directiva Comunitaria Europea 93/13.

Se refiere a la apreciación del carácter abusivo no debe referirse a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación. Esta previsión despertó algunas críticas y controversias en la doctrina.

No obstante, creemos que debe interpretarse en el sentido de que no pueden estimarse como abusivas la cláusula relativa al precio por “injusta”, o “cara” la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado. Los fundamentos para precisar la materia “cláusulas abusivas” están dados en que a los fines del juicio de vejatoriedad de una cláusula, cuenta lo que se ha dado en denominar “el desequilibrio normativo” y no “el económico”.

Este criterio ha sido reafirmado por la CSJN en “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión”⁶⁸.

Ello no quita que el precio pueda ser atacado por otros institutos como la lesión (art. 332), la teoría de la imprevisión (art. 1091), el delito de usura (art. 175 bis del Código Penal), o las regulaciones sobre intereses por el Banco Central de la República Argentina o las normas de defensa de la competencia, entre otros.

Tampoco esta previsión limita que se decreten abusivas cláusulas no específicamente a la relación precio-bien/servicio, sino vinculadas al precio, como sería aquella en que se autoriza a que unilateralmente el proveedor lo modifique o contraviene normas de orden público en relación con la autorización administrativa.

B. Las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas imperativas.

Cuando el proveedor simplemente reproduce en el clausulado el texto de una disposición legal, de fuente internacional o de fuente interna, tampoco estaríamos ante un supuesto de cláusulas abusiva.

68 (70) Corte Sup., 23/9/2014, “Municipalidad de Berazategui v. Cablevisión SA s/amparo”, <http://www.revistarap.com.ar>.

Hemos sostenido anteriormente que esto podría ocurrir, por ejemplo, con los tratados bilaterales de inversión⁶⁹.

Otro ejemplo de dicha disposición sería el art. 29 del Convenio de Montreal de 1999 establece que en el transporte de aéreo en ninguna acción se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria. Sin embargo, existen precedentes donde lo han aplicado en materia de transporte aéreo de cabotaje.⁷⁰

Ello no quita que el consumidor pueda tachar esas previsiones como institucionales.

Efectos.

En cuanto a los efectos de la inclusión de cláusulas abusivas, existen diversas posiciones doctrinarias al respecto.

El art. 988 CCCN en materia de contratos de adhesión dispone como efecto que se tendrán “por no escritas”, Tanto el inc. b) del art. 1122 CCCN como el art. 37 de la LDC en materia de contratos de consumo prevé que se tendrán por “no convenidas”. También esta terminología es utilizada por varias disposiciones especiales antes referidas.

Como bien se enseña la expresión utilizada por el legislador no responde en puridad a los conceptos jurídicos manejados por la dogmática en materia de ineficacias⁷¹. Al respecto, existen posiciones divergentes en la doctrina en cuanto a encuadrarlo como un supuesto de inexistencia, de nulidad o de inoponibilidad.

Quienes están por la posición de la inexistencia sostienen que la cuestión queda útilmente planteada no bien el consumidor introduce la pretensión de inexistencia de la cláusula, sin que tenga necesidad de accionar mediante una demanda en los términos estrictos del art. 330 del Código Procesal.⁷² De esta manera, entinde el referido doctrinario, se superan problemáticas propias de las nulidades tales como las relativas a legitimados activos, necesidad de articulación o prescripción de la acción⁷³.

69 Sobre este punto, ver: Barocelli, Sergio Sebastián, “La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 235 Cita Online: AR/DOC/900/2016

70 Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 22/04/2,019, “Di Tella, Belen María y Otro C/ Latam Airlines Group S.A.Y/o Lan Airlines S.A. – Abreviado – Expte 6231615”

71 FRUSTAGLI, Sandra A., *Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino)*, :JA 1999-III-975.

72 ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 392 y ss.

73 La inclusión de la categoría de “inexistencia” de los actos jurídicos divide a la doctrina argentina, entre quienes la admiten y quienes no la consideran incluida en nuestro sistema. A favor de su inclusión se pronuncian, entre otros, LLAMBIAS, Jorge J., “*Tratado de Derecho civil. Parte general*”, tomo II, decimonovena edición, Abeledo-Perrot, 2001, p. 505 a 510. BELLUSCIO, “*La teoría de la inexistencia y su aplicación al testamento*”, en Estudios de Derecho privado. Homenaje al doctor Pedro León, p. 73. BORDA, Guillermo, “*Tratado de Derecho Civil. Parte general*”, Tomo II, décima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 427 y 428. NEGRI, Héctor, Voz “*Nulidad del negocio jurídico (doctrina germano-italiana)*” en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo 20, Editorial bibliográfica argentina, 1965, pag. 528. CIFUENTES, Santos, “*Negocio Jurídico*”, Astrea,

En análogo sentido se entiende que: a) la inexistencia jurídica del acto puede ser peticionada judicialmente por toda persona interesada y en cualquier estado del proceso, siempre que sea manifiesta o resulte de la prueba producida; b) los jueces están facultados para verificarla y aplicar de oficio sus consecuencias; c) no son aplicables las reglas de los actos nulos o anulables, por lo cual los derechos transmitidos a terceros en virtud del acto inexistente quedan sin ningún valor una vez comprobada su inexistencia, de manera que las transmisiones de dominio o constituciones de derechos posteriores carecen de eficacia, aun cuando el tercer adquirente haya sido de buena fe y a título oneroso (no rige aquí el art. 1051 CC); d) no es aplicable al acto jurídicamente inexistente la conversión del acto nulo.⁷⁴ No obstante, es dable aclarar que el régimen contemplado por el artículo 37 de la LDC para la inexistencia de las cláusulas abusivas en el contrato de consumo no es idéntico al que, en general, la doctrina ha consagrado como consecuencias de la inexistencia del acto jurídico⁷⁵. Se trata de un supuesto de inexistencia parcial del negocio: mientras que la previsión abusiva es declarada inexistente, el contrato se integra de pleno derecho por las normas dispositivas e impertidas.⁷⁶

Desde nuestra perspectiva la teoría de la inexistencia debe ser descartada, por no tener esta figura acogida en nuestro derecho positivo. También la de inoponibilidad, que es un instituto que torna ineficaz los efectos de un acto del que no se ha sido parte.

Corresponde por tanto, encuadrarlo como un supuesto de nulidad, en los casos en que está involucrado el orden público en los contratos paritarios y en todos los supuesto en los contratos de adhesión y de consumo como un supuesto de nulidad absoluta.

La función de toda nulidad es de neutralización, dado que lo que se procura es impedir que un acto jurídico defectuosamente celebrado pueda producir los efectos que le corresponderían de haber sido realizado en forma regular.⁷⁷ El acto nulo o el acto anulable implica tornar a la nada el negocio jurídico en cuanto la ley le niega

1986, pags. 582 y 583. SAUX, Edgardo, “Disgresiones elementales sobre la ineficacia de los actos jurídicos”, LA LEY, 1985-A, 862, p. 6 y 7 (edición electrónica). LOPEZ OLACIREGUI, José M., “Una firma insólita. Reflexiones sobre firmas falsificadas o disimuladas”, JA 1971-12, p. 583 y 584. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Voz “existencia e inexistencia de los actos jurídicos”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XI, Editorial bibliográfica argentina, 1960, p. 575 a 582. En contra, entre otros, SPOTA, Alberto, Derecho Civil. Parte general, tomo I, Vol. 8, nro 1956. NIETO BLANC, Ernesto, “Inexistencia y nulidad”, LA LEY, 94-806. LLOVERAS DE RESK, María E., *Tratado teórico práctico de las nulidades*, Depalma, 1985, pag. 50. ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, 4ª reimpresión de la primera edición de 1986, Astrea, 2007, p. 138 a 146. BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, tomo II, Astrea, 1995, p. 559 a 564. CARDINI, Eugenio O., “Noción y calificación de la nulidad en el derecho civil”, LA LEY, 138-1314. BUTELER, José A., *Nulidad e inexistencia*, LA LEY, 104-886. GUARINONI, Ricardo V., “La inexistencia jurídica”, LA LEY, 2004-A, 1408.

74 MOSSET ITURRASPE, Jorge- WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor 24.240*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

75 SÁENZ, Luis R. J., en, PICASSO, Sebastián; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (directores); *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tº I, p. 456.

76 LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 712 y ss.

77 PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Inexistencia de los actos jurídicos”, LA LEY 2008-B, 1181.

“eficacia”.⁷⁸ Se trata de un supuesto de nulidad o invalidez de pleno derecho⁷⁹. La interpretación contextual y sistemática de la ley conduce a considerarlo un supuesto de nulidad; al efecto debemos considerar especialmente el párrafo tercero del art. 37 LDC, donde se faculta al consumidor a demandar la nulidad total o parcial del contrato si el empresario hubiese quebrantado el deber de buena fe, sea en la etapa previa a la conclusión del contrato o durante su celebración, o hubiese violado el deber de información o las leyes de defensa de la competencia o lealtad comercial. Es indiscutible que la inclusión de cláusulas abusivas constituye un comportamiento contrario a la buena fe; además, los criterios generales y particulares consagrados por el mismo artículo en su primer párrafo para descalificar a una cláusula como abusiva tienen su fundamento último en la buena fe negocial, como ya lo señaláramos oportunamente. De ahí que, estimamos razonable interpretar que el legislador haya dado a supuestos análogos (conducta contraria a la buena fe) tratamientos iguales y que, por lo tanto, la sanción contenida bajo la expresión “se tendrán por no convenidas” es la nulidad⁸⁰.

Por otra parte, teniendo en cuenta el carácter irrenunciable de los derechos del consumidor y el deber que por manda constitucional tienen los jueces, como autoridades públicas, de velar por los derechos de los consumidores, entendemos que los magistrados podrían, de oficio, decretar la nulidad de uno o más cláusulas que se reputen como abusivas.

En el caso de los contratos paritarios y de adhesión, será un supuesto de nulidad parcial, es decir, solo de la cláusula, por imperio del principio de conservación del contrato.

En el caso de los contratos de consumo, merced a lo dispuesto en el art. 37 LDC la nulidad podrá ser, a opción del consumidor, total o parcial, es decir, de todo el contrato o de una o más cláusulas. Dicha nulidad es de carácter absoluto, a consecuencia de lo cual sus efectos actúan *erga omnes* o de pleno derecho y sin posibilidad de subsanación. Y, respecto a sus alcances, se trata de una nulidad parcial; el mismo precepto mencionado deja a salvo la validez del contrato de manera que la sanción sólo alcance a las cláusulas desequilibrante del contenido negocial. No obstante, a petición del consumidor, podrá demandarse igualmente la nulidad de todo el contrato.

Asimismo, el carácter de la sentencia era de carácter declarativo.

En caso de dictarse la nulidad parcial, en todos los casos el juez tendrá la posibilidad de integrar el contrato, de ser necesario. Esto es, de reemplazar las cláusulas patológicas por otras sanas, pero solo cuando ello sea exigido para la supervivencia

78 SPOTA, Alberto G., *Rescisión, anulabilidad e ineficacia de los negocios jurídicos*, JA 1955-I-233.

79 FARINA, Juan A., “Defensa del consumidor y del usuario”, Ed. Astrea, Bs. As., 2008, p. 404.

80 FRUSTAGLI, Sandra A., *Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino)*, :JA 1999-III-975.

del contrato; caso contrario, el contrato pervivirá simplemente si ellas. A pesar de la modificación del art. 989 CCCN, esto sigue resultando aplicable a los contratos de adhesión.

Para el supuesto de situaciones jurídicas abusivas derivada de contratos conexos, el art. 1022 inc. d CCCN establece el juez debe aplicar los efectos intercontractuales de ineficacia previstos por el art. 1075 CCCN.

X. Ejercicio del control de cláusulas abusivas.

El sistema argentino adopta diferentes controles, *ex ante* y *ex post*, administrativos y judiciales, con alcance individual y colectivo.

En cuanto al control administrativo “*ex ante*”, esto puede observarse en los contratos autorizados, es decir, aquellos que en virtud de una disposición legal necesitan ser aprobados por una autoridad administrativa para su utilización en el mercado, como los seguros, ahorro previo o tarjeta de crédito. Se trata de contratos de adhesión y en muchos casos, también de consumo.

En estos casos, la autoridad administrativa debe velar porque dichos contratos no contengan cláusulas abusivas al momento de su autorización, con alcance colectivo. En el caso de los contratos de consumo, así lo prevé expresamente el art. 39 de la LDC.

No obstante ello, el art. 1122, inc a CCCN establece que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control judicial.

Respecto al control administrativo “*ex post*”, esto esta presente en los contratos de consumo, de conformidad con el artículo 38 LDC y su decreto reglamentario.

En virtud de dichas normas la autoridad de aplicación nacional ha elaborado un listado de cláusulas abusivas, aprobado por Resolución 53/2003 y actualizado por la Resolución 994/2021, estableciendo que en caso de ser incluidas en contratos de consumo, se las tendrá por no convenidas. La Resolución 9/2004 establece su propio listado para servicios de medicina prepaga, servicios de comunicaciones móviles y servicios financieros.

El artículo 1° de la referido Resolución N° 53/2003 dispone que los contratos de consumo, en los términos de los artículos 1° y 2° LDC, cualquiera fuere su instrumentación, no podrán incluir cláusulas de las que, con carácter enunciativo, se consignan en el listado que, como Anexo, forma parte integrante de la referida Resolución, ni otras que de cualquier manera infrinjan los criterios establecidos por el artículo 37 de la ley referida y su reglamentación.

El art. 2° de la referida resolución establece que cuando en los contratos de consumo se hubieren incluido cláusulas como las tipificadas en el anexo, se tendrán por no convenidas, y en el término de sesenta días hábiles contados a partir de la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial, los proveedores de cosas o servicios deberán:

- a) Removerlas de los respectivos instrumentos contractuales;**

- b)** Notificar a los consumidores con contratos vigentes que tales cláusulas han sido removidas y que se tienen por no convenidas, con expresa indicación de que ello obedece al cumplimiento de la presente Resolución.

Todo ello, sin perjuicio de serán pasibles de las sanciones establecidas en el artículo 47 de la Ley N° 24.240.

El anexo referido establece que se consideradas abusivas las cláusulas que:

- a)** Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas.
- b)** Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en aquellos casos que la autoridad de aplicación determine conforme pautas y criterios objetivos.
- c)** Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor.

En los contratos por tiempo indeterminado podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato. La autoridad de aplicación podrá prever requisitos adicionales para casos especiales.

- d)** Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo cuando se encuentre autorizado por normas legales especiales.

- e)** Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando:

I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie.

II. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales.

III. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos.

- f)** Establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato.

- g)** Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible.
- h)** Supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.
- i)** Faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta.
- j)** Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios, o en otros negocios jurídicos.
- k)** Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación.

La Resolución N° 994/2021 de la Secretaría de Comercio Interior incluyó 15 nuevos supuestos a la Resolución N° 53/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía. De esta manera se actualiza el listado de cláusulas abusivas incluyendo nuevos supuestos de conformidad con la normativa vigente nacional e internacional y la jurisprudencia administrativa y judicial.

La Resolución N° 994/2021 juzga como abusivas a las cláusulas que afectan a los colectivos hipervulnerables; las que importan materializar la desigualdad de género; o validan conductas discriminatorias⁸¹; en los entornos digitales refiere a las obstaculicen, desnaturalicen o limiten la revocación de la aceptación por parte de las y los consumidores en las relaciones de consumo realizadas fuera de los establecimientos comerciales, a distancia o por medios electrónicos; permitan a los proveedores disponer de datos de las y los consumidores después de la terminación del contrato cuando el/la consumidor/a haya solicitado su eliminación, impongan una prohibición o sanción por realizar reseñas negativas, consideren perfeccionado y aceptado el contrato por la simple navegación por la página web; prohibiciones que convergen a prevenir o remover el sobreendeudamiento, establezcan el anatocismo o intereses de los intereses en las relaciones de consumo en perjuicio de las y los consumidores o imposibiliten o restrinjan a las y los consumidores la posibilidad

81 Incisos l) Infrinjan o posibiliten la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; m) Promuevan o estimulen de modo directo o indirecto estereotipos, patrones socioculturales sustentados en la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; n) Distingan, excluyan, restrinjan o menoscaben de manera arbitraria a las y los consumidores por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, identidad de género, edad, religión, condición física, psicofísica o socio- económica, nacionalidad, o cualquiera otra que violente el principio de respeto de la dignidad de la persona humana.

de invocar la teoría de la imprevisión o las que dialogan con el derecho común, como las que desnaturalicen los efectos de la señal o arras en perjuicio del consumidor, establezcan cláusulas compromisorias o acuerdos de arbitraje, trasladen a las y los consumidores las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor, eupriman o disminuyan los alcances de la responsabilidad por saneamiento del proveedor, permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales, o constituyen un resguardo de las acciones colectivas, como las que limiten el ejercicio de los derechos de las y los consumidores a través de acciones colectivas”.⁸²

Por su parte, la Resolución N° 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica estableció un listado de cláusulas abusivas para los servicios de medicina prepaga, servicios de comunicaciones móviles y servicios financieros y/o bancarios.

También, la autoridad de aplicación, si detecta cláusulas abusivas, ya sea por denuncia o de oficio, notificará sobre tal situación al proveedor correspondiente para que las elimine de sus contratos y comunique de tal situación a los contratos en curso, pudiendo asimismo aplicar las sanciones administrativas del art. 47 LDC.

Podemos mencionar como ejemplos recientes de la jurisprudencia administrativa, el caso “Nu Skin”⁸³, que preveía cláusulas de prórroga de jurisdicción al extranjero, el caso “Rappi”⁸⁴, que establecía el vínculo entre el repartidor de pedidos de comida y el consumo como “contrato de mandato” y el caso “Whatsapp”⁸⁵, que preveía, entre otras, que el único modelo de contrato válido era el redactado en inglés, y que las traducciones tenían mero efecto orientativo.

En cuanto al control judicial, el mismo puede tener carácter individual, como colectivo.

En el caso de los contratos paritarios, de conformidad con el art. 960, podrá solicitarse la nulidad parcial de la cláusula afectada. Dicha solución también resulta aplicable, en virtud del art. 988 CCCN, a los contratos de adhesión en general.

En el caso de los contratos de consumo, a petición del consumidor, podrá solicitarse judicialmente la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. También los jueces, por estar involucrado el orden público podrán decretar la nulidad total o parcial del contrato.

También el control judicial de las cláusulas abusivas en nuestro sistema puede vehiculizarse a través de las acciones colectivas.

82 Para profundizar sobre este tema, ver: Hernández, Carlos A., “La Resolución N° 994/2021 de la Secretaría de Comercio Interior. Un nuevo avance en el control de cláusulas abusivas”. Revista de Derecho del Consumidor - Número 11 - Diciembre 2021, 24-12-2021, IJ-MMCCCL-353

83 Disposición N°18/2.021 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo

84 Disposición N°480/2.021 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo

85 Disposición N°12/2.022 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo

En el caso de los contratos de consumo, así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de la CSJN en autos “PADEC C. SWISS MEDICAL”⁸⁶, donde una organización de consumidores reclamaba por la ineficacia de disposiciones de las condiciones generales de la contratación de los planes de salud de una entidad de medicina prepaga. De esta manera, podrían iniciar acciones al respecto los consumidores afectados, el Defensor del Pueblo, las autoridades de aplicación, el Ministerio Público y las asociaciones de consumidores.

En el caso de los contratos de adhesión en general, teniendo en cuenta lo establecido por la CSJN en “Halabi”⁸⁷, en lo que refiere a acciones colectivas, y “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)”⁸⁸, respecto al reconocimiento de la legitimación en los términos del art. 43 CN, creemos que también la tutela judicial colectiva sería una vía adecuada para el combate a las cláusulas abusivas en general.

Conclusiones.

Como ha podido observarse a lo largo del presente trabajo, la problemática de las cláusulas abusivas:

- 1) nació a la luz de los principios generales como la buena fe, la licitud y moralidad del objeto y de la causa o el abuso del derecho;
- 2) encontró especial abrigo en el derecho del consumidor;
- 3) encuentra hoy su aplicación en las relaciones de consumo, sino también en los contratos de adhesión entre empresas e incluso los contratos paritarios, con una regulación diferenciada y escalonada, donde el volumen del orden público se intensifica cuando se acentúa la inequivalencia negocial;
- 4) Este panorama no ha sido modificado con la sanción del DNU 70/2023.

86 CSJN, 21/08/2.013, “PADEC c/ Swiss Medical SA”, Fallos 336:1.236.

87 CSJN, 24/02/2.009, “Halabi, Ernesto c. P.E.N.”, Fallos 332:111.

88 CSJN, 22/04/1.997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 320: 690.

A PROTECÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NO CONTRATO DE ADESÃO BANCÁRIA EM ANGOLA

Ángelo Major Denho¹

João Cristiano Kolembe²

RESUMO: O presente artigo versa sobre a protecção jurídica do consumidor no âmbito dos contratos de adesão de natureza bancária no ordenamento jurídico angolano. Nesse contexto, o contrato de adesão bancária, enquanto expressão de cláusulas negociais elaboradas unilateralmente pela parte ofertante, encontra-se frequentemente revestido de cláusulas abusivas que, muitas vezes, colocam em causa os interesses do aderente/cliente (no caso, o consumidor). Tais cláusulas representam uma restrição à liberdade de estipulação contratual, a qual constitui uma matriz caracterizadora das relações jurídicas privadas. Por essa razão, impõe-se que os agentes prestadores de serviços bancários comerciais, ao celebrarem os respectivos contratos, acautelem escrupulosamente o dever de informação à parte aderente, como forma de, por um lado, proteger os interesses dos consumidores na relação contratual e, por outro, promover a satisfação de ambas as partes quanto às cláusulas contratuais, possibilitando a sua aceitação ou rejeição.

Palavras-chave: contrato de adesão, contratos bancários, cláusulas abusivas, cláusulas contratuais gerais, consumidor.

ABSTRACT: This article addresses the legal protection of consumers within the scope of adhesion contracts of a banking nature under the Angolan legal system. In this context, the banking adhesion contract, as an expression of contractual clauses unilaterally drafted by the offering party, is often laden with abusive clauses that frequently jeopardize the interests of the adhering party/client (in this case, the consumer). Such clauses represent a restriction on the freedom of contractual stipulation, a fundamental principle characterizing private legal relations. For this reason, it is imperative that commercial banking service providers, when entering into the respective contracts, rigorously uphold their duty to inform the adhering party, so as to, on the one hand, protect the interests of consumers in the contractual relationship and, on the other, promote the satisfaction of both parties regarding the contractual clauses, enabling their acceptance or rejection.

Keywords: adhesion contract, bank contracts, unfair terms, general contract terms, consumer.

1 Doutorando em Direito e Mestre em Direito Empresarial. Advogado e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Katavala Bwila (Angola). E-mail: majordenho@hotmail.com.

2 Mestre em Direito Forense. Escritor, Advogado e Professor Universitário. E-mail: cristianokolembe24@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O direito de contratar remonta a tempos antigos, pois, ao longo de toda a evolução da humanidade, as relações entre indivíduos foram estabelecidas por meio de acordos, com o objectivo de manter um convívio social saudável. Os contratos pressupõem um negócio jurídico bilateral; no entanto, nem sempre as negociações ocorrem de forma equilibrada. Isso se deve ao facto de que os contratos de massa não preveem uma negociação prévia entre as partes contratantes, sendo formados pela simples adesão aos termos previamente estipulados nas condições gerais.

O presente trabalho tem como objectivo abordar as **cláusulas abusivas** presentes nos **contratos de adesão** celebrados entre instituições bancárias (especialmente nos casos de abertura de conta bancária, concessão de crédito ou emissão de cheques bancários) e particulares, no contexto do ordenamento jurídico angolano. Situação semelhante ocorre em contratos como os de seguro automóvel, fornecimento de gás, eletricidade ou serviços telefónico — cenários que suscitam uma necessária reflexão acerca de suas irregularidades mais recorrentes. Nota-se uma frequência elevada de cláusulas abusivas nesses contratos, que, em muitas ocasiões, não são redigidas de forma clara, prejudicando sobremaneira a parte aderente, geralmente o consumidor.

Nesse âmbito, a falta de transparência nas cláusulas desses contratos tem gerado manifestações de descontentamento por parte dos particulares (usuários dos serviços bancários), principalmente quanto a cláusulas relacionadas a **aumentos irregulares de taxas de juros** após a concessão de créditos, à **manutenção dessas taxas mesmo diante da alteração da capacidade financeira do devedor**, à **actualização de contas bancárias**, aos **pedidos de cheques**, entre outras situações impostas unilateralmente pelas instituições mencionadas. Tais práticas reforçam a percepção pública de que as instituições bancárias violam o **princípio da boa-fé** e o **dever de informação** que sobre elas recai.

Diante disso, o problema central que se coloca, em função da temática proposta, busca responder à seguinte questão: até que ponto o contrato de adesão bancário pode comprometer os direitos dos consumidores em Angola?

Como objectivos do trabalho, destacam-se:

Objectivo Geral: Compreender a coexistência jurídica entre o contrato de adesão bancário e os direitos do consumidor no ordenamento jurídico angolano.

Objectivos Específicos:

- Apresentar a conceituação e a caracterização essencial do contrato de adesão;
- Analisar as cláusulas contratuais gerais;
- Reflectir sobre os contratos de adesão celebrados entre instituições bancárias e particulares à luz da tutela do consumidor, destacando o dever de informação como instrumento de efectivação da boa-fé objectiva.

Quanto à metodologia adotada, optou-se pelo *método bibliográfico*, com consulta a manuais e obras especializadas em **Direito Civil** e **Direito do Consumidor**, e pelo **método analítico**, que possibilitou uma reflexão crítica da problemática

levantada, centrada nas figuras do contrato de adesão e dos direitos do consumidor no contexto jurídico angolano.

1. BREVÍSSIMA ALUSÃO AO CONTRATO DE ADESÃO

Genericamente, o contrato de adesão representa o protótipo negocial em que apenas uma das partes determina as cláusulas negociais preliminarmente, de forma a construir um conjunto de disposições normativas que integram de modo acabado o pacto, sem que a outra parte tenha a oportunidade de participar da respectiva composição, limitando-se a aceitá-la.

Conquanto, o eixo deste conceito está na ausência de negociação entre as partes no momento da formalização do próprio contrato. E partindo dessa ideia, Menezes Cordeiro adverte que nesse domínio negocial, “(...) *é imperativo assumir que certas cláusulas predispostas, quer pela sua natureza ou generalidade se apresentam como verdadeiramente injustas ou inconvenientes para os aderentes e nessa medida devem ser restringidas pelo Direito*”³.

Tal é assim que, Orlando Gomes reconhecendo categoricamente a desigualdade dos contraentes, sustenta que “*no contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica*”⁴.

Ora, não obstante as percepções evocadas acima, interessa sublinhar que o contrato realizado em massa, em tempos actuais, é fundamental para empresas que realizam diariamente uma quantidade considerável de contratos; permitindo que muitas pessoas possam ser alcançadas em menos tempo e mais rápido fazendo que o capitalismo seja movimentado. Por outro lado, como já dito antes, nem sempre o consumidor terá a oportunidade de ver os seus interesses salvaguardados completamente; pois, ele terá de abrir mão ao celebrar o contrato de adesão, atendendo que se trata de algo padrão.

Assim, se por um lado o contrato de adesão enquanto negócio de massa expressa, como alude Roberto Senise Lisboa “(...) *um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, podendo chamá-lo de contrato de direitos transindividuais (metaindividuais), difusos ou colectivos, ou ainda, contrato de interesses sociais*”⁵; não se pode ignorar a preocupação de que, os contratos de adesão representam igualmente “*esquemas contratuais que embora constituam instrumentos que permitem agilidade e efectividade nas relações negociais, sobrevivem à margem da concepção social, carecendo ajustar-se aos princípios constitucionais e fundamentos da teoria contratual contemporânea*”⁶.

3 Menezes CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil Português I- 1*”, Coimbra, 1999, pp. 358 e ss.

4 Orlando GOMES. *Contratos*. 15 Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro 1995, p. 109.

5 Roberto Senise LISBOA. *Contratos Difusos e Colectivos*. Editora RT, São Paulo 1997, p. 149.

6 Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do AMARAL, *Contratos de Adesão na Teoria Contratual Contemporânea*”.

Afinal, a essência do contrato de adesão implica na base, como nos lembra Orlando Gomes, a modalidade contratual onde “(...) *uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica*”⁷. Tanto é assim que são considerados como contrato de massa, a conjuntura das operações negociais em que o fornecedor unilateralmente preestabelece as cláusulas que norteiam o contrato, restando ao consumidor subscrevê-lo. Nesse sentido, Roberto Senise Lisboa, usando a terminologia massa, argumenta que “*o contrato de massa é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, podendo chamá-lo de contrato de direitos transindividuais (metaindividuais), difusos ou coletivos, ou ainda, contrato de interesses sociais*”⁸.

A expressão “contratos de adesão” corresponde a primeira qualificação doutrinária do fenómeno negocial da “contratação em massa”, referindo-se, nesse contexto, à uma modalidade de contrato, caracterizada por ser imposta em bloco e sem possibilidade de discussão pelos destinatários, ou seja, o modo de formação contratual era feito através da obtenção de consenso por adesão⁹.

Entre nós, podemos encontrar a previsão do contrato de adesão em um dos artigos da lei n.º 15/03, de 22 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor), que estabelece os contratos de adesão como aqueles cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de bens ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo¹⁰.

Para finalizar precisamente esta análise, importa assinalar que a contratação por adesão é comum em diversos área da actividade empresarial angolana. Assim acontece, por exemplo, nos sectores dos seguros, transportes aéreos, marítimos e terrestres de pessoas ou mercadorias, nas operações bancárias, de venda ou aluguer de bens dos mais diversos tipos ou serviços, no fornecimento dos serviços de água, energia eléctrica, telefone, e Internet, etc. A importância do tema não só está associada à sua actualidade económica como também aos novos desafios que o mesmo levanta no contexto moderno.

2. DA CARACTERIZAÇÃO ELEMENTAR DO CONTRATO DE ADESÃO

Inicialmente, interessa preliminarmente delimitar a caracterização dos elementos do contrato de adesão, afigurando-se útil vislumbrar cada um deles, assinalando a

Volume III, Londrina, 2010, p. 97.

7 V. Orlando GOMES. *Contratos*, 15.ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro 1995, p. 109.

8 Roberto Senise LISBOA. *Contratos Difusos e Coletivos*, cit., p. 149.

9 Ferreira de ALMEIDA. *Contratos*. I, 3ª Edição, Coimbra, 2005, pp. 157 e ss. Como já anteriormente dissemos, o epíteto doutrinário de “contratos de adesão” foi criado pelo jurista francês Raymond Saleilles (cfr. in *De La déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand* (art.116 à 144) Paris, 1901, p. 229 e ss.

10 Corpo do art. 19.º da Lei de Defesa do Consumidor de Angola (Lei 15/03 de 22 de Julho).

essência correspondente dos mesmos, na perspectiva de propiciar a devida compreensão. Nessa óptica, podem considerar-se como elementos caracterizadores os seguintes:

- a) *consentimento por adesão*: nessa técnica de contratação, a participação dos sujeitos se dá em dois momentos distintos: inicialmente, o empresário formula o esquema contratual *abstracto*, oferecendo-o ao público interessado; e só depois o outro contratante entra em cena, manifestando seu consentimento ao conteúdo proposto¹¹ por aquele.

Porquanto, não é necessário que todas as cláusulas sejam subtraídas à discussão para que o contrato seja de adesão¹², pode ser que o predisponente deixe certa margem de discussão e inclusão de outras cláusulas, mas, em geral, o consentimento se expressa por simples adesão às cláusulas predispostas, ainda que se possam debater algumas partes do contrato, a característica essencial é que a porção mais significativa das cláusulas é predisposta e passa a integrar o contrato individual mediante a adesão de outro contratante¹³.

- b) *totalidade ou parte significativa do conteúdo constituído por cláusulas contratuais gerais*: o segundo elemento caracterizador a destacar-se configura no facto de que, a totalidade ou parte significativa do conteúdo contratual, no mínimo, estar constituída por cláusulas contratuais gerais, pouco importando que se permita o debate de algumas cláusulas ou a inclusão de outras¹⁴.
- c) *impossibilidade de discussão e/ou modificação substantivas do conteúdo*: Finalmente, para que o negócio contratual possa manifestar a qualidade de adesão não deverá ser possível que se possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo, o que se relaciona directamente com o elemento anterior; na medida em que o que se quer ressaltar é que a parte deixada à livre disposição dos contratantes não pode ser capaz de modificar substancialmente o conteúdo, sob pena de sendo uma margem de discussão muito ampla, descaracterizar o contrato como de adesão, em razão da prevalência da parte livremente negociada¹⁵.

3. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS COMO MATRIZ DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EM MASSA

As cláusulas contratuais gerais correspondem um dos elementos imprescindíveis às matérias ligadas aos negócios jurídicos de uma forma geral. No entanto,

11 Cezar FIUZA. *Direito Civil – Curso Completo*. 7.ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte 2003, pp. 374–375.

12 José de Oliveira ASCENSÃO. *Direito Civil Teoria Geral – Relações Situações Jurídicas*. Volume III, Coimbra Editora, 2002, p. 94.

13 Cezar FIUZA. *Direito Civil – Curso Completo*. Cit., p. 375.

14 Cezar FIUZA. *Direito Civil – Curso Completo*. Cit., p. 374.

15 Cezar FIUZA “*Direito Civil – Curso Completo*. Cit., p. 375.

trataremos delas no âmbito dos negócios jurídicos bilaterais, *maxíme*, dos contratos de adesão, mormente, contratos bancários.

Ligada com a usura está a questão do controlo do conteúdo dos contratos celebrados em massa com recurso às cláusulas contratuais gerais. A problemática subjacente à estatuição de um regime especial para os contratos celebrados em massa com recursos às cláusulas contratuais gerais tem muito da questão da usura com uma característica mais, ou com uma circunstância especial: a da massificação. A contratação em massa exige o recurso às cláusulas contratuais gerais e suscita no aderente a tentação dificilmente resistível de aproveitar – de “*explorar*” a inferioridade de seus clientes, consumidores finais ou intermédios para deles obter “*benefícios excessivos ou injustificados*”¹⁶.

Historicamente falando, as primeiras cláusulas contratuais gerais utilizadas no tráfego jurídico fundaram-se na prática dos banqueiros. Como facto sintomático da comercialidade do fenómeno foi a circunstância da doutrina se ter debruçado pela primeira vez sobre as cláusulas gerais a propósito dos banqueiros e do Direito Bancário¹⁷. É, portanto, neste âmbito jurídico que pretendemos inclinar a análise suscitada até aqui.

Juridicamente, a situação de inferioridade dos aderentes às cláusulas contratuais gerais, nos negócios de contratação em massa, corresponde sem dificuldade interpretativa o disposto no artigo 282.º do Código Civil angolano, ao pronunciar-se sobre o seguinte: “*situação de necessidade, inexperiência, dependência, deficiência psíquica de outrem*”. Naturalmente, no tempo em que o Código Civil foi escrito e em que entrou em vigor, não era ainda aparente e notória a problemática que a contratação em massa com recurso às cláusulas contratuais gerais viria a criar actualmente. O regime da usura fixado nos artigos 282.º e 283.º do Código Civil referido foi construído tendo em vista a usura individualizada feita caso a caso. Na falta de um regime especial construído para a usura em massa, o regime geral do Código Civil era já hábil para tratar a usura em massa, conquanto obrigasse alguma adaptação.

Entretanto, com a vigência da lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais), passou a haver um regime jurídico especial para o controle da usura em massa; por a mesma passar a representar uma temática pertinente por estar intrinsecamente ligada à questão dos contratos de adesão, *precisamente o contrato bancário*, cerne da nossa reflexão.

Estatui o n.º 1, do artigo 1.º da lei supracitada que, “*a mesma é aplicável aos contratos que, sem prévia negociação individual, os proponentes ou destinatários indeterminados se limitem a subscrever ou aceitar*”¹⁸. Portanto, incluem-se neles também o caso dos contratos bancários.

16 Pedro Pais de VASCONCELOS. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edições Almedina, 6.ª Edição, Coimbra Outubro, 2010, p. 630.

17 Américo Oliveira FRAGOSO. *Contratos de Adesão no Novo Código Comercial de Moçambique*. Universidade Eduardo Mondlane – Beira, Moçambique, Agosto de 2006, p. 30.

18 Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (Lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro).

Absorvendo a previsão legal, podemos retirar como características dos contratos de adesão: a pré-elaboração, a generalidade e a rigidez. Nos contratos de adesão está-se perante situações em que uma das partes elabora a sua declaração negocial previamente, as designadas condições gerais, antes do processo de negociação (pré-elaboração), a qual aplica genericamente a todos os contraentes indeterminados (generalidade), sem que a estes seja concedida outra possibilidade que não seja a aceitação ou rejeição do conteúdo do contrato (rigidez)¹⁹.

Assim sendo, no âmbito dos contratos bancários, a ideia central deve configurar a eminente preocupação de que, as condições gerais devem ser transmitidas ao cliente num duplo sentido, nomeadamente: por um lado, terá o banco de tornar a contraparte ciente da existência de condições gerais, enquanto elemento que, por imposição sua vai integrar o regulamento contratual; por outro lado, é imperioso que lhe seja proporcionada a possibilidade de uma exigível tomada de conhecimento destas mesmas condições gerais²⁰; atendendo a inexperiência ou ignorância que muitos dos consumidores apresentam.

4. CONTRATOS DE ADESÃO CELEBRADOS ENTRE AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E OS PARTICULARES (ADERENTES)

Pensamos, como não podia deixar de ser, abordar o aspecto conceptual do contrato bancário, pois, ainda que, do ponto de vista genérico não difira profundamente da noção de contrato em geral, é indispensável para essa empreitada académica tal abordagem.

Genericamente, os contratos bancários do nosso ponto de vista, são aqueles celebrados entre as partes, cuja uma das quais necessariamente seja um banco com objectivo de reformecer os seus serviços no mercado.

Os contratos bancários são os instrumentos jurídicos para o exercício da actividade de intermediação monetária. Sendo assim, estes contratos devem ser celebrados apenas com instituições financeiras, considerando-se como actividade ilícita aquela promovida por uma pessoa jurídica que, não estando autorizada à exercê-la, realiza contrato de intermediação de dinheiro. Assim sendo, se faz necessário que no contrato bancário exista a participação de um banco em um dos polos da relação contratual²¹.

Normalmente, entre o banqueiro e o seu cliente não é, em regra, celebrado apenas um simples único negócio jurídico. Pelo que, iniciada a respectiva relação contratual, ela tende a prolongar-se no tempo, intensificando-se mesmo, com prá-

19 Cf. Menezes Leitão. *Direito das Obrigações*. Volume I. 5ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 32. Estes elementos podem ser encontrados na lei angolana referentes as cláusulas contratuais gerais, (Lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro, nos termos do n.º 1 do art.º 1.)

20 António Menezes CORDEIRO. *Manual de Direito Bancário*. 4.ª Edição, Edições Almedina, Janeiro, 2012, p. 38.

21 Fábio Ulhôa COELHO. *Direito Comercial*. Volume III, 14ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 11.

tica de novos e mais complexos negócios. Esta relação inicia-se com o contrato de abertura de conta, que da nossa apreciação preferimos tratá-lo de subcontrato de abertura de conta. A nossa preocupação prende-se indubitavelmente com o ocorrer nesta fase, aonde, entendemos que seja imperioso que o banqueiro passe todas as informações ao aderente (consumidor) de forma a garantir uma paz na relação negocial, uma esta que o vínculo contratual entre os mesmos tende à direccionar-se para o futuro.

Um contrato comercial – e, para mais, bancário – é sempre complementado pelas cláusulas contratuais gerais e pelos usos. Por isso, a continuação do relacionamento bancário tem – no mínimo – apoio nos usos, quando não nas próprias cláusulas contratuais gerais²², que protagonizam, muitas vezes, fragilidade na proteção dos interesses dos consumidores, em geral. Por essa razão, declinemos imediatamente o seu trataremos abaixo.

5. A TUTELA DO CONSUMIDOR FACE AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Como ficou dito acima, consideram-se como cláusulas abusivas as estipulações que desequilibram a relação entre direitos e obrigações assumidos pelas partes, de forma que a boa-fé, como base de todos os negócios jurídicos, seja violada²³. Nesse sentido, as cláusulas abusivas correspondem todo e qualquer normativo “*notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação de consumo. Portanto, são sinónimas de cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias ou, ainda, excessivas*”²⁴.

E como se sabe, a relação contratual nasce do acordo de duas ou mais vontades que, atendendo aos limites impostos pela lei, estabelecem as cláusulas reguladoras, que deverão ser cumpridas nos seus termos exactos.

Naturalmente, as cláusulas abusivas não constituem novidade alguma para nós, ao contrário, as mesmas constituem normativos já conhecidas há bastante tempo, sob a denominação de “cláusulas leoninas”. Conquanto, podemos dizer que a respectiva cláusula que, quando prevista em um contrato, expressa como objectivo principal a atribuição à uma ou a algumas das partes contratantes vantagens desmesuradas em relação às outras, como acontece por exemplo, concedendo-lhes lucros desproporcionais em relação à sua contribuição contratual, em face da contribuição também prestada pelas demais partes, seja porque as isenta de quaisquer ónus ou responsabilidades (somente se lhes outorgando direitos), sejam aquelas em que a desproporcionalidade entre as obrigações assumidas seja gritante, resultando no favorecimento apenas de um contratante, restando visível a ausência de qualquer

22 António Meneses CORDEIRO e outros. *Estudos de Direito Bancário*. Coimbra editora, agosto de 1999

23 Eliseu JUSEFOVICZ. *Contratos Protecção Contra Cláusulas Abusivas*. Curitiba. Editora Juruá. 1.ª ed. 2005. 2ª tir. 2006. p. 13.

24 Nelson Nery JUNIOR. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, CDC, Art. 51.º, 2002, p. 988.

demonstração de equidade frente à distribuição dos benefícios e dos encargos oriundos do contrato celebrado.

Nessa circunstância, as cláusulas abusivas estão atreladas, ou seja, dizem respeito ao momento da celebração do contrato, muito embora os seus efeitos só poderão ser conhecidos aquando da sua execução. Por isso mesmo, não se pode confundi-las com cláusulas ilícitas, uma vez que mesmo sendo elas lícitas, caso provoquem um desequilíbrio na relação contratual e vantagem para apenas um contratante, serão abusivas.

Conquanto, as cláusulas ilícitas constituem aquelas que tenham um objecto ilícito, cujo motivo determinante seja ilícito, ou, ainda, que tenha por objectivo fraudar lei imperativa e, em geral, quando a lei lhe proibir a prática, ou, ainda, quando ofenderem qualquer princípio de ordem pública, conforme estabelecido no próprio Código Civil²⁵.

Lembrando aqui a advertência de Fernando Noronha, normalmente nos contratos de adesão é que se observam com regularidade a existência de cláusulas abusivas, tendo em vista a impossibilidade de o aderente rejeitar as condições impostas pelo proponente (em regra, detentor de poder económico); tudo isso, em consequência do reiterado progresso económico das sociedades capitalistas²⁶ actualmente.

Sendo assim, é por isso que o legislador pátrio se preocupando com este cenário, estabelece rigorosamente a protecção contra a inserção de cláusulas abusivas no âmbito dos contratos de consumo; enumerando, portanto, um rol não exaustivo de cláusulas abusivas, que serão consideradas nulas de pleno direito, conforme se pode vislumbrar no artigo 16.º da referida lei do consumidor (Lei n.º 15/03, de 22 de Julho).

Nesse sentido, a vedação de cláusulas abusivas deve abranger todo tipo de contrato, inclusive o contrato de adesão. Entretanto, quanto a este último, é premente a necessidade interventiva do legislador, tendo em vista que o aderente não lhe assiste a oportunidade de discutir ou rejeitar cláusulas que lhe seja desfavorável, passando apresentar-se deste modo como o elo mais fraco numa relação contratual por adesão. Compreenda-se que, a finalidade da vedação legal pretendida é a de proporcionar um equilíbrio entre os contraentes, o que não existiria sem maior tutela ao aderente.

Se as disposições do contrato de adesão são estabelecidas prévia e unilateralmente pela parte ofertante da contratação, não restam dúvidas alguma de que, no seu conteúdo serão incluídas cláusulas abusivas, lesando, assim, a parte aderente (no caso, o consumidor). Por essa razão, deverá vedar-se a promoção contratual onde prevaleçam as excessivas disposições abusivas, vexatórias ou demasiadamente onerosas.

25 Artigo 166.º: *É nulo o negócio jurídico quando: (...), II- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (...) VI- tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII- a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.*

26 Fernando NORONHA. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 299.

Afinal, entenda-se igualmente que as cláusulas abusivas incluídas nos contratos de adesão representam uma das causas da existência de restrições à liberdade de estipulação, como uma marca caracterizadora do Direito Privado. Consabidamente, a primeira intervenção correctiva em relação à liberdade de estipulação diz respeito à imposição de uma disciplina contratual regida em certos contratos. Essa imposição justifica-se em razão da maior relevância de certos contratos para a satisfação das necessidades sociais, que coloca uma das partes (no caso, o consumidor) na dependência económica da sua celebração, levando a que ela seja forçada mesmo a aceitar condições iníquas, e se a recusa impedir a celebração do contrato.

É o acontece, por exemplo, no contrato de trabalho, em que o trabalhador depende da celebração desse contrato para prover à sua subsistência e à do seu agregado familiar, uma vez que a sua força de trabalho é normalmente a única mercadoria que pode negociar para obter rendimento²⁷. Igualmente verifica-se tal ocorrência, no arrendamento para a habitação, numa situação de falta de focos arrendáveis, face a imprescindibilidade da habitação para a vida em condições dignas²⁸.

Podemos ainda referenciar como outra situação semelhante, o contrato bancário, onde o fornecedor deste serviço normalmente formula as cláusulas contratuais de forma individual e submete-as ao público interessado, ficando este apenas obrigado a subscrever, caso queira celebrar o contrato.

Em qualquer desses contratos, a parte mais forte (por exemplo, a entidade patronal, senhorio, ou o agente de serviços bancário) poderá facilmente ditar as condições que a parte mais fraca (o trabalhador, o arrendatário ou o aderente) se verá forçada a aceitar por não poder abdicar da celebração do contrato.

Nesse quesito, é recorrente em tempos actuais os gritos pelos utentes dos serviços bancários (aderentes nos contratos de adesão) de que foram vítimas de contratos com cláusulas desfavoráveis a si, por protelarem a salvaguarda dos seus interesses. E como se sabe, numa relação contratual a boa-fé deve expressar o pressuposto indispensável entre os contraentes. É por conta disso que se alude doutrinamente que *“(a boa-fé objectiva trata-se de um mecanismo do sistema jurídico). Diz que a boa-fé exige um comportamento honesto das partes. E mais do que isso: exige a adopção de um comportamento que leve em consideração a pessoa do outro contratante. Esse elemento ético obriga as partes a agirem de modo colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia”*²⁹.

27 Menezes CORDEIRO. *Manual de Direito do Trabalho*. Almedina, Coimbra 1991, pp. 205 e ss; Pedro Romano MARTINEZ. *Direito do Trabalho*. Almedina, Coimbra 2002, pp. 217 e ss; Maria do Rosário Palma RAMALHO. *Da Autonomia Dogmática do Direito do trabalho*. Almedina, Coimbra 2000, pp. 509-510 e 926 e ss.

28 No contrato de arrendamento tem sido discutida a eventual existência de um princípio idêntico de melhor tratamento do arrendatário. V. Pereira COELHO. *Arrendamento*. Almedina, Coimbra.

29 Enéas Costa GARCIA. *Responsabilidade Pré e Pós-contratual à Luz da Boa-fé*. Editora Juarez de Oliveira, 1.ª edição, São Paulo, 2003, p. 103.

Entenda-se aqui que, com a introdução de cláusulas abusivas nos contratos bancários, a parte ofertante não tem levado em consideração a pessoa do aderente, elevando tão-somente o espírito de rentabilidade a seu favor, ficando aqueles desprotegidos, obrigados, na maior parte das vezes a aceitar tais condições, sem demonstração plena da vontade. Portanto, esta prática contratual atenta completamente a essência do princípio da boa-fé, enquanto princípio basilar do Direito Civil em geral e dos contratos em especial.

6. O DEVER DE INFORMAÇÃO COMO O GARANTE DA MATERIALIZAÇÃO DA BOA-FÉ OBJECTIVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

O dever de informação constitui o núcleo duro à realização do princípio da boa-fé. Como linha genérica, poder-se-ia dizer que, cada uma das partes deve informar a outra sobre circunstâncias que possam frustrar o fim do contrato ou que reconhecidamente se mostrem importante para a decisão de contratar.

A *ratio* do esclarecimento será, a de compensar o desnível de informação existente entre as partes. De todo modo, deverá exigir-se, em princípio, que a contraparte não tenha possibilidades de colocar as perguntas adequadas, mormente por falta de conhecimentos técnicos, ou que tal não lhe seja exigível, por falta de uma situação de desigualdade de acesso à informação³⁰.

Porquanto, o propósito basilar é de proteger o contratante aderente/cliente, que normalmente aparece nessas relações contratuais como o elo mais fraco e as chances de violação do princípio da boa-fé pela falta de informação por sua parte, são muito reduzidas. É, porém, o banqueiro que dispõe da possibilidade de incluir no referido contrato as cláusulas abusivas, visto que as cláusulas contratuais que norteiam o próprio contrato são elaboradas unilateralmente por este, com o propósito exclusivo de locupletar-se, obviamente sem nenhuma preocupação informativa esclarecedora, atendendo aos seus interesses; o que acaba violando, desta feita, o princípio da boa-fé, consubstanciado pelo artigo 282.º do Cód. Civ., que acaba considerando tal prática *de negócios usuários*³¹.

Observando diariamente a prática, verificamos que os agentes bancários não informam na íntegra, ou indo mais longe, não informam aos seus clientes, precisamente os utentes em geral, sobre suas formas de contratar, benefícios e desvantagens de contratar. Normalmente o que fazem é explicar determinadas questões levantadas pelos interessados. No entanto, trata-se da generalidade comportamental, e sabe-se que maior parte do povo ainda é leigo sobre várias questões socialmente úteis e relevantes, como é o caso precisamente da relação de natureza bancária; sendo que muitos deles acorrem pelos tais serviços por recomendação de uma outra instituição,

30 Almeno de SÁ. *Direito Bancário*. Coimbra Editora, Novembro de 2008, p. 72.

31 Código Civil – República de Angola, Escolar Editora.

mormente, empregadora, outros para dinamizar as políticas económico-financeiras do âmbito pessoal.

Todavia, é imperioso que os agentes prestadores de serviços bancários comerciais tomem a dianteira no que o dever de informação diz representa, como forma de acautelar-se a protecção dos interesses dos consumidores na relação contratual.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, ressalta-se que o contrato de adesão corresponde a uma modalidade contratual cujas cláusulas foram previamente aprovadas por autoridade competente ou, então, estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de bens ou serviços, sem que o consumidor tenha a possibilidade de discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. Ainda que sua origem esteja relacionada à necessidade de dinamização da economia, esse tipo contratual está presente em diversos domínios da vida social, como o contrato de trabalho, o contrato de seguro e, especialmente, os **contratos bancários** — foco da presente análise.

Os contratos de adesão no âmbito do direito bancário materializam-se nos chamados **contratos bancários de adesão**, celebrados entre instituições financeiras e particulares. No curso da sua execução, são recorrentes diversas irregularidades que, de uma forma ou de outra, acabam por prejudicar o elo mais fraco da relação jurídica estabelecida: o consumidor.

A partir da análise desenvolvida, entende-se que as principais inquietações manifestadas pelos aderentes (consumidores), no tocante aos contratos de adesão, estão relacionadas à **ausência ou à falta de clareza na informação prestada pelas instituições bancárias**. Isso nos leva a compreender que tais falhas acabam por favorecer unicamente os interesses das instituições, que se beneficiam da opacidade contratual para impor condições desfavoráveis ao consumidor.

Nesse sentido, fica evidente que o cerne do problema reside, sobretudo, na **deficiente comunicação e informação**, responsabilidade que recai directamente sobre os bancos. Como é sabido, a ausência de um diálogo transparente e permanente gera insegurança, frustração e desequilíbrios em qualquer relação contratual que se pretenda estável e justa.

Importa, por fim, esclarecer que este trabalho **não propõe o fim dos contratos de adesão**, particularmente os contratos bancários, mas sim a sua **adequação à realidade actual**. É fundamental que, sem prejuízo das vantagens que esse modelo contratual oferece, as suas desvantagens sejam minimizadas por meio de maior protecção ao consumidor. Assim, defende-se a existência de relações jurídicas — especialmente no âmbito bancário — que satisfaçam ambas as partes, ainda que apenas uma delas tenha redigido previamente as cláusulas, e a outra, de forma limitada, apenas as aceite ou adira a elas.

8. BIBLIOGRAFIA

I – Legislação

REPÚBLICA DE ANGOLA. *Constituição*. Publicada pelo *Diário da República* n.º 23, I Série, de 5 de Fevereiro de 2010; alterada pela Lei de Revisão Constitucional (Lei n.º 18/21, de 16 de Agosto), publicada pelo *Diário da República* n.º 154, I Série, de 16 de Agosto de 2021.

Código Civil (Angola). Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966.

Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 15/03, de 22 de Julho).

Lei sobre as Cláusulas Gerais dos Contratos (Lei n.º 4/03 de 18 de Fevereiro).

Lei das Instituições Bancárias (Lei n.º 13/05, de 30 de Setembro).

II – Doutrina

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Contratos de Adesão na Teoria Contratual Contemporânea*. Volume III, Londrina, 2010.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. II, Coimbra 1974;

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral – Relações Situações Jurídicas**. Volume III, Coimbra Editora, 2002.

ATHAYDE, Augusto e ATHAYDE, Duarte. **Curso de Direito Bancário**. Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2009.

BASSO, Stefania. *Contratos de Adesão*, 16 Agosto 2006.

CAMPINHO, Bernardo Brasil. *Cláusulas Contratuais Gerais e Contrato de Adesão como Técnica e Metodologia das Relações Privadas na Sociedade Contemporânea*” Belo Horizonte, 2007.

CAPELOTTI, João Paulo. *Contratos de Adesão e Condições Contratuais Gerais*” Editora RT, São Paulo 2007.

CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. I- 1, Almedina, Coimbra 1999.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, 2º volume: Direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão modificação e extinção, garantias*”, Almedina, Maio de 2010.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Bancário*, 3.ª Edição, Almedina, 2006.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. Edições Almedina, 6.ª Edição Revista e actualizada, Coimbra 2013.

FRAGOSO, Américo Oliveira. *Contratos de Adesão no Novo Código Comercial de Moçambique*. Moçambique, Agosto de 2006.

JUSTO, A. Santos. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4.ª Edição, Coimbra Editora, Outubro de 2009.

MARCONI, Maria de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. Editora Atlas, 5.ª Edição, São Paulo, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Editora RT, São Paulo 1999.

PATRÍCIO, José Simões. *Direito Bancário Privado*. Quid Juris, sociedade editora, 2004.

PEREIRA, Luísa de Freitas. *Boa-fé Objectiva no Contrato de Adesão*. Editorial Ltda, São Paulo 2006.

PIRES, José Maria. *Direito Bancário. As operações bancárias*, Vol. II, Editora Rei dos Livros, 1995.

PIVA, Bárbara Meingast. *O Contrato de Adesão: Aspectos actuais e Possibilidades de Revisão*. Editora RT, Curitiba 2004.

SILVA, Carlos Alberto B. Burity da. *Teoria Geral do Direito Civil*. UAN, Luanda, Maio de 2004.

VENOSA, Sílvio. *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. (Coleção Direito Civil; v. 2). 13.^a Edição, Editora Atlas, São Paulo 2013.

PRÁTICAS ABUSIVAS NOS FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS DO BRASIL: VENDA CASADA E SUPRESSÃO DE GARANTIAS LEGAIS

Julia da Costa Ferreira¹

Nathália Morais Welter²

Resumo: Este artigo analisa as práticas abusivas mais recorrentes no contexto dos financiamentos habitacionais no Brasil, com foco na venda casada dos seguros obrigatórios e na supressão da garantia legal do prazo ampliado para purga da mora. Identifica-se que tais práticas, perpetradas por instituições financeiras em posição de superioridade técnica, econômica e informacional, impõem ônus desproporcionais aos consumidores vulneráveis, sobretudo aqueles vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH). A partir de uma análise normativa e jurisprudencial, demonstra-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e da legislação concorrencial, destacando-se o dever de informação, a boa-fé objetiva e a proteção contra práticas desleais. Conclui-se que o enfrentamento dessas ilegalidades é fundamental para garantir a efetividade dos direitos consumeristas, o equilíbrio contratual e a dignidade do mutuário, configurando um imperativo para a atuação dos operadores do direito e do Poder Judiciário na defesa da política pública habitacional.

Palavras-chave: Financiamento habitacional; venda casada; purgação da mora; direito à moradia; vulnerabilidade.

Abstract: This article analyzes the most common abusive practices in the context of housing finance in Brazil, focusing on the bundled sale of mandatory insurance and the suppression of the legal guarantee of an extended period for purging defaults. It is identified that such practices, perpetrated by financial institutions in a position of technical, economic and informational superiority, impose disproportionate burdens on vulnerable consumers, especially those linked to the Housing Finance System (SFH). Based on a normative and jurisprudential analysis, the applicability of the Consumer Defense Code and competition legislation is demonstrated, highlighting the duty to provide information, objective good faith and protection against unfair practices. It is concluded that confronting these illegalities is essential to guarantee the effectiveness of consumer rights, contractual balance and the dignity of the borrower, configuring an imperative for the action of legal operators and the Judiciary in the defense of public housing policy.

1 Advogada de entidades civis voltadas à defesa coletiva de consumidores. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Associada ao Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon).

2 Advogada em Causas Coletivas de Consumo. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Pós-Graduada pelo Instituto Goiano de Direito (IGD) e Bacharelada em Filosofia pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER).

Keywords: Housing financing; tied sales; payment of arrears; right to housing; vulnerability.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à moradia, internacionalmente consagrado como direito social fundamental e ratificado pelo Brasil como condição indispensável à dignidade humana, transcende o mero enunciado normativo para constituir verdadeiro imperativo ético-jurídico que materializa a justiça social em sua dimensão mais concreta. A Constituição Federal de 1988, ao incorporar a moradia como direito social no artigo 6º, reforça essa proteção, impondo ao Estado o dever irrenunciável de garantir que as camadas mais vulneráveis da população tenham acesso a um lar digno, espaço essencial à existência humana e à construção da cidadania.

Nesse cenário, tanto o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) como o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), como programas habitacionais estatais destinado à população de menor renda, emergem como instrumentos chaves para a realização do direito fundamental à moradia digna no Brasil, prometendo transformar o sonho da casa própria em realidade para milhões de brasileiros.

Entretanto, essa promessa, em sua tessitura prática, esconde uma dolorosa realidade: um cenário em que a vulnerabilidade econômica, técnica e informacional dos mutuários/consumidores é explorada por instituições financeiras que, investidas de superioridade técnica, econômica, jurídica e informacional, impõem barreiras e condicionamentos ilegais, desrespeitando direitos básicos e minando a segurança jurídica do contrato estabelecido.

Isso porque os programas habitacionais são operacionalizados por meio de financiamentos concedidos por instituições financeiras, as quais, por sua vez, falham em observar garantias básicas e essenciais ao público consumidor, seja na concessão ou na cobrança do crédito por falta de pagamento. As práticas abusivas relativas à venda casada dos seguros habitacionais obrigatórios e à supressão da garantia legal do prazo ampliado para purga da mora são exemplos das arbitrariedades impostas, que extrapolam a esfera de simples irregularidades contratuais para configurar uma violação estrutural dos direitos e princípios fundamentais do ordenamento consumerista.

A posição de superioridade técnica, econômica e informacional detida pelos fornecedores, confrontada com a hipossuficiência técnica, jurídica e econômica dos mutuários, propicia um desequilíbrio paradigmático na relação contratual, restringindo a liberdade de escolha do consumidor e obstaculizando o exercício pleno de seus direitos. Tal cenário exige, para sua adequada compreensão e enfrentamento, exame minucioso sob a égide do Código de Defesa do Consumidor norma de ordem pública e interesse social, da legislação concorrencial e da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, que confirmam a aplicabilidade do microsistema consumerista às relações bancárias e creditícias, notadamente por meio da Súmula

297 do Superior Tribunal de Justiça, impondo tutela reforçada aos consumidores em situação de vulnerabilidade.

O presente estudo, portanto, visa aprofundar a compreensão dessas práticas abusivas no âmbito dos financiamentos habitacionais, enfatizando as infrações cometidas, os impactos desproporcionais sobre os consumidores vulneráveis e os desafios para a efetivação da tutela jurídica. Busca-se, com isso, oferecer subsídios teóricos e práticos que contribuam para o debate acadêmico e a atuação jurídica, promovendo relações de consumo pautadas pela equidade, transparência e pelo respeito inalienável aos direitos fundamentais.

O DIREITO À MORADIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

Previsto no artigo 6º da Constituição Federal e pelos mais diversos Tratados de Direito Internacional dos quais o Brasil é signatário, o direito à moradia é concebido não apenas como um direito social ao ser humano, mas também como fundamento basilar da República Federativa do Brasil, relacionado a uma questão de justiça social como proteção do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, vetores hermenêuticos de toda a ordem jurídica.

A evolução da humanidade está profundamente entrelaçada com a experiência de habitar e personalizar espaços, o que naturalmente vincula o direito à moradia ao progresso social, econômico e político ao longo da história. O “morar” sempre foi uma necessidade básica do indivíduo, vez que a própria existência implica, necessariamente, na ocupação de espaço. Não é possível viver sem ocupar espaço. O desenvolvimento desse conceito, pois, desempenhou um papel crucial na definição dos contornos históricos que moldaram o entendimento atual de moradia.

De fato, a moradia está intimamente associada à ideia de (ser) humano. O homem busca desde tempos remotos ter um *lugar para ficar*, de ver resguardado, em um espaço seu, os seus direitos à privacidade, ao segredo doméstico, à liberdade e à própria sobrevivência. Esse anseio de pertencimento advém de uma extrema necessidade do ser de firmar-se em algum lugar, de se posicionar no mundo para si e para os outros.

A filosofia traça que a moradia é um aspecto fundamental da existência humana, profundamente enraizado em seu ser, pressuposto que fundamenta o entendimento de Martin Heidegger de que “*habitar é a maneira fundamental de ser do homem sob o céu*”³. Esta frase, apresentada em sua famosa conferência “Construir, Habitar, Pensar” em 1951, sublinha a ideia de que habitar não é apenas um meio para um fim, mas sim uma condição intrínseca e essencial da existência humana.

3 HEIDEGGER, Martin. *Construir, Pensar e Habitar*. Disponível em: <https://filosofiaepatrimonio.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/03/martin-heidegger-construir-habitar-pensar.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2025.

Para Gaston Bachelard, a moradia representa um espaço de refúgio, enfatizando, em sua obra “*La Poétique de l'Espace*”⁴, de 1958, que a moradia, com seus cantos, recantos e objetos familiares, consiste não apenas em um mero espaço físico, mas sim um receptáculo para a vida interior. O “habitar”, para o filósofo, é fundamental para que o ser compreenda a si mesmo e forme a sua própria identidade.

É a moradia, pois, necessidade primária do homem, condição indispensável para uma vida digna, para o exercício de sua individualidade e concretização de uma efetiva sobrevivência, eis o asilo inviolável que representa. A própria definição de habitação culmina, *per si*, na estabilização das relações jurídicas derivadas, facilitando a aplicação do direito e dos efeitos dela decorrentes.

A par dessa premissa e para além dos debates históricos e filosóficos, a questão da moradia passou a adquirir expressiva relevância ao longo da história também no mundo jurídico, sendo progressivamente reconhecida como verdadeiro direito a ser assegurado a todos, igualitariamente.

Este reconhecimento culminou com a elevação da moradia à categoria de direito social fundamental no Brasil, consagrada através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que, ao alterar a Constituição Federal de 1988, incluiu a moradia entre as garantias estatais, ao lado de educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

Os direitos sociais consistem em garantias constitucionalmente concedidas ao homem, manifestando-se como autênticas liberdades positivas que exigem ação compulsória do Estado, visando elevar a qualidade de vida dos mais desfavorecidos e promover a aproximação à igualdade substancial.

Na ótica de Moraes⁵, os direitos sociais:

[...] são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes.

Adotamos a perspectiva da legalidade cosmopolita aplicada aos direitos sociais, reconhecendo a amplitude de sua eficácia consubstanciada pela repercussão de seus reflexos de proteção e transformação em escala universal. O direito de habitar, como agente modificador das estruturas sociais, é percebido como um instrumento de *novel alcance do sistema político e jurídico constitucional em relação à efetivação dos direitos sociais em geral, e da moradia em particular*⁶.

4 BACHELARD, Gaston. *La Poétique de l'Espace*. Disponível em: <https://gastonbachelard.org/wp-content/uploads/2015/07/BACHELARD-Gaston-La-poetique-de-l-espace.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2025.

5 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 479.

6 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Moradia e Propriedade: um breve ensaio sobre conflitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 66.

Pode-se argumentar, ainda, que o direito à moradia ultrapassa sua classificação como direito social, elevando-se a um direito pertencente à esfera da personalidade. Esta natureza o distingue como um direito fundamental e uma qualidade intrínseca ao ser humano, essencial para assegurar a proteção e viabilizar a plena eficácia dos demais direitos previstos na órbita constitucional.

Notável a influência do direito romano nesse aspecto, reconhecendo o direito à moradia como atributo intrínseco à essência do ser, enlaçada por sua condição de humano, constituindo bem jurídico extrapatrimonial de caráter inalienável e irrenunciável, surgindo na realidade social não como imposição do sistema jurídico, mas como um pressuposto da própria existência social.

Nesse contexto, o direito à moradia é entendido não apenas como o direito ao acesso a um espaço físico composto por um teto e paredes, mas primordialmente como a garantia de um ambiente que resguarda o pensamento, a privacidade e a expressão da individualidade, visto o plexo de situações existenciais que dela se originam. O direito à moradia visa garantir a todos um teto para ser abrigo à família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo ‘morar’, do latim *morari*, que significava ‘demorar’, ‘ficar’⁷.

Sua relação com a dignidade humana é, por conseguinte, inegável, vez que o acesso à moradia se traduz como condição mínima para a concretização desse direito fundamental. A dignidade da pessoa humana, esculpida no artigo 1º, inciso III, da Carta Maior, como valor fonte de todo o sistema jurídico brasileiro, entrelaça o direito à vida com o direito à moradia digna, transcendendo a ideia de princípio e atraindo para si o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.

A própria condição de humano, *per si*, pressupõe uma excelência eminentemente ontológica, que lhe atribui dignidade assim como lhe atribui a vida.

Na bem da verdade, o fundamento da dignidade constitui “valor fonte” de todo o sistema jurídico brasileiro, sendo, por sua própria natureza, atributo intrínseco, inato, pertencente à essência de cada ser. Não se pode interpretar a dignidade humana como mera criação constitucional, visto que ela antecede a própria lei, pois está ligada à vida, à condição de (ser) humano. A vida, por si só, conduz à dignidade.

É em razão dessa premissa ontológica e axiológica que o Estado brasileiro assume o dever constitucional de formular e implementar políticas públicas efetivas que assegurem a realização concreta do direito à moradia, sobretudo para as camadas sociais vulneráveis, cuja efetividade representa condição indispensável para a garantia da dignidade e da justiça social.

Assim, foram implementados, como os principais instrumentos estatais destinados a viabilizar o acesso à moradia digna para famílias de baixa e média renda, o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). O SFH, instituído pela Lei nº 4.380/1964, e o PMCMV,

7 CANUTO, Elza Maria Alves. *O Direito à Moradia Urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 268.

instituído pela Lei nº 11.977/2009, foram estruturados como mecanismos financeiros de democratização do acesso ao crédito imobiliário, equilibrando a promoção da política habitacional com a sustentabilidade econômica das operações de financiamento.

Contudo, para que tais programas logrem cumprir seu papel constitucional, necessária se faz a observância rigorosa do microssistema consumerista, cuja aplicabilidade aos financiamentos habitacionais implica no reconhecimento da vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica dos consumidores, de modo a garantindo-lhes transparência das informações necessárias nas fases pré/durante/pós-contratual, liberdade de escolha e proteção contra práticas abusivas.

A observância do CDC nas operações vinculadas ao SFH e ao PMCMV trata-se, ao fim e ao cabo, não de mero requisito formal, mas condição essencial para que a concretização do direito à moradia transcenda o discurso jurídico e se efetive na realidade social, cumprindo o papel de política pública inclusiva e justa.

Este panorama prepara a análise das relações contratuais que se estabelecem nos financiamentos habitacionais, passíveis de serem enquadradas, a partir do próximo tópico, como típicas relações de consumo, sujeitas à aplicação do CDC, em face da posição de vulnerabilidade e da relação de consumo estabelecida entre mutuários e instituições financeiras.

CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO EM FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às operações de financiamentos habitacionais não comporta maiores digressões. Há, de forma inequívoca, o enquadramento do mutuário como destinatário final do crédito habitacional (art. 2º), enquanto a instituição financeira é considerada fornecedora (art. 3º), atividade expressamente abrangida pelo conceito de serviço previsto no artigo 3º, §2º do CDC.

A jurisprudência nacional reforça este entendimento. Por meio da Súmula 297, o Superior Tribunal de Justiça consolida a aplicabilidade das normas consumeristas no âmbito das operações bancárias e creditícias:

Súmula 297, STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Trata-se, pois, de fato incontroverso no sistema jurídico pátrio, cujo reconhecimento visa mitigar a vulnerabilidade estrutural dos consumidores, facilitando a defesa de seus direitos e assegurando a sua proteção contra práticas abusivas, precisamente face ao reconhecimento de sua inata vulnerabilidade.

De fato, a assimetria informacional, a complexidade técnica dos contratos e a desigualdade econômica entre mutuários e instituições financeiras configuram cenário típico de vulnerabilidade do consumidor, que justifica a intervenção jurídica protetiva e a responsabilização objetiva dos fornecedores por falhas na prestação dos serviços, conforme dispõe o artigo 14 do CDC.

Neste cenário, a boa-fé objetiva serve de esteio à relação firmada entre a instituição financeira e o mutuário, impondo a observância, em todas as etapas da relação, dos princípios de transparência, colaboração e informação adequada, em consonância com a função social do contrato.

Portanto, a contextualização jurídica das relações de consumo em financiamentos habitacionais evidencia a imprescindibilidade da tutela consumerista para coibir práticas abusivas, garantir o equilíbrio contratual e proteger o mutuário, promovendo um ambiente jurídico que respeite a efetividade dos direitos fundamentais e a justiça social no acesso à moradia.

VENDA CASADA NO CRÉDITO HABITACIONAL

A contratação de cobertura securitária configura requisito legal imprescindível para a obtenção de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH). A legislação vigente, expressa no artigo 79 da Lei nº 11.977/2009 e regulamentada pela Resolução CNSP nº 447/2022, estabelece a obrigatoriedade da inclusão de seguros que abranjam, no mínimo, os riscos de Morte e Invalidez Permanente (MIP) do mutuário e Danos Físicos ao Imóvel (DFI). A peculiaridade dessa estrutura reside na distinção dos beneficiários: enquanto o seguro MIP tem como beneficiária a instituição financeira, o DFI garante proteção direta ao mutuário.

Embora a obrigatoriedade da cobertura securitária esteja legalmente prevista, é imprescindível assegurar a liberdade do consumidor na escolha da seguradora, direito que deve ser respeitado e protegido. Com esse propósito, a Resolução CMN nº 3.811/2009 impõe às instituições financeiras o dever de ofertar, no mínimo, duas apólices distintas, sendo obrigatória a apresentação de, ao menos, uma seguradora não vinculada ao mesmo grupo econômico do agente financeiro, além da indicação clara dos custos envolvidos, o que permite ao consumidor realizar uma escolha consciente e comparativa entre as opções disponíveis.

Contudo, na prática, observa-se a recorrência de condutas que transgridem frontalmente esta obrigatoriedade, especialmente pela imposição arbitrária e ilegal da contratação dos seguros exclusivamente junto a empresas vinculadas ao grupo econômico da instituição financeira responsável pelo financiamento.

Essa prática, lesiva à liberdade de escolha do consumidor, constitui forma de abuso nas relações contratuais, pois vincula, de maneira coercitiva, a concessão do crédito à contratação de produtos e serviços fornecidos por empresa do mesmo conglomerado econômico que a credora fiduciária, comprometendo os direitos fundamentais do mutuário, especialmente no contexto do SFH, cuja exigência legal dos seguros deveria promover uma proteção equilibrada entre as partes.

Ademais, verifica-se que, além dos seguros MIP e DFI, há a imposição reiterada e injustificada de produtos e serviços acessórios que extrapolam os requisitos legais, como seguros de vida ampliados, seguros residenciais adicionais, previdência privada, títulos de capitalização, consórcios, planos odontológicos, planos de saúde e até mesmo cartões de crédito vinculados ao contrato. Esses produtos são frequentemente

apresentados como condição implícita ou explícita para a aprovação ou celeridade na liberação do crédito, caracterizando clara prática de venda casada, expressamente vedada pelo ordenamento jurídico.

A conduta é amplamente reconhecida pela sociedade e encontra respaldo em milhares de relatos registrados em plataformas públicas de solução de conflitos, como o site “*Reclame Aqui*” e a plataforma “*consumidor.gov.br*” onde constam inúmeras manifestações de mutuários lesados por exigências indevidas durante o processo de financiamento habitacional. Trata-se de um cenário de recorrência massiva e sistemática, que transcende o campo administrativo e já motivou a propositura de diversas ações judiciais em diferentes estados da federação, tanto por consumidores individuais quanto por entidades civis de defesa coletiva, com o objetivo de combater a imposição abusiva de produtos e serviços.

O condicionamento da contratação do seguro à vinculação obrigatória com seguradoras do mesmo grupo econômico do financiador configura violação direta ao artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe expressamente a imposição da aquisição de um produto ou serviço como condição para a obtenção de outro. A conduta das instituições financeiras revela abuso de posição dominante, especialmente diante da hipossuficiência técnica e econômica dos consumidores, cerceando-lhes o direito fundamental à livre escolha e à informação adequada e clara.

Além da perspectiva consumerista, a conduta também afronta a ordem econômica, conforme estabelecido pela Lei nº 12.529/2011, que considera infração a prática de condicionar a venda de um produto ou serviço à aquisição compulsória de outro, reforçando a vedação da venda casada e ampliando a proteção para a esfera concorrencial. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acompanha esse entendimento, destacando-se a Súmula 473, que dispõe sobre a ilegalidade da imposição da contratação exclusiva de seguro habitacional junto à instituição financeira mutuante ou à seguradora por ela indicada, bem como o Tema Repetitivo 972, que reafirma a proibição dessa prática nos contratos bancários em geral.

Desde a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), passando pela Resolução CMN nº 3.811/2009 que exige a oferta de ao menos uma seguradora não vinculada ao agente financeiro, pela Lei nº 11.977/2009, que disciplina os seguros obrigatórios no âmbito do SFH, até a Resolução CNSP nº 447/2022, observa-se um esforço legislativo contínuo para assegurar a transparência e a liberdade de escolha do consumidor. A jurisprudência consolidada também é inequívoca: a Súmula 297 do STJ/2012 consagra a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras; a Súmula 473 do ano de 2012 veda a imposição de contratação exclusiva de seguro com a instituição mutuante ou por ela indicada; e o Tema Repetitivo nº 972 de 2011 reafirma a ilicitude da venda casada em contratos bancários. Ainda assim, tais práticas continuam a ser amplamente denunciadas, judicializadas e experimentadas por milhares de mutuários em todo o país, o que evidencia a desconexão entre a proteção formal conferida pelas normas e a realidade material vivenciada pelos consumidores.

Os consumidores impotentes diante do poder avassalador das Instituições Financeiras perante os mutuários, veem-se forçados a se submeter às imposições cruéis, sob a terrível ameaça de verem o tão sonhado “sonho da casa própria” escapar-lhes das mãos. Assim, percebe-se que a permanência desse quadro revela a inefetividade das medidas regulatórias e a urgência de atuação firme por parte do Poder Judiciário, dos órgãos de controle e da sociedade civil para restaurar a finalidade constitucional das políticas habitacionais e assegurar a observância dos direitos dos consumidores.

PRÁTICA ABUSIVA NA EXECUÇÃO FIDUCIÁRIA: SUPRESSÃO DA GARANTIA LEGAL DE 45 DIAS À PURGA DA MORA EM FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS

Outra problemática inerente ao regime de alienação fiduciária de imóvel residencial no Brasil reside na sistemática não observância, por parte das instituições financeiras responsáveis pela operacionalização dos programas habitacionais nacionais, do prazo legalmente previsto para a purgação da mora diante da inadimplência do mutuário-consumidor.

A Lei nº 9.514/1997 disciplina o procedimento de alienação fiduciária de bem imóvel, especialmente a execução extrajudicial da dívida junto aos Cartórios de Registro de Imóveis. Conforme seu artigo 26, §1º, uma vez vencida e não adimplida a dívida oriunda do financiamento imobiliário, o devedor deve ser intimado, a requerimento do credor fiduciário, para purgar a mora no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias. Este, até então, configurava o rito padrão para a cobrança de financiamentos imobiliários no país.

Todavia, em 2017, a Lei nº 9.514/1997 foi substancialmente alterada pela Lei nº 13.465/2017, que instituiu um procedimento diferenciado e especial para a execução de financiamentos habitacionais. Por meio da inovação legislativa, fora acrescido o art. 26-A na Lei nº 9.514/17, estabelecendo um prazo adicional de 30 dias, além dos 15 dias já consolidados, para que o devedor ou terceiro fiduciante regularize o débito e evite a consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor:

Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora, consolidação da propriedade fiduciária e leilão decorrentes de financiamentos para aquisição ou construção de imóvel residencial do devedor, exceto as operações do sistema de consórcio de que trata a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, estão sujeitos às normas especiais estabelecidas neste artigo.

§ 1º A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei.

§ 2º Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor e, se for o caso, ao terceiro fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27 desta Lei, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

Se denota, pois, que o período de purgação da mora, no tocante às execuções de alienação fiduciária em garantia de imóvel habitacional, há de ser compreendido, hoje, agregando ao prazo de 15 (quinze) dias, previsto no artigo 26, §1º, o prazo de mais 30 (trinta) dias, fixado no artigo 26-A, §§1º e 2º da Lei nº 9.514/97, totalizando 45 (quarenta e cinco) dias para que o devedor ou o terceiro fiduciante purgue a mora, regularizando o débito e convalidando o contrato de alienação fiduciária.

Isso porque a purgação da mora, em sua essência jurídica e funcional, consiste na possibilidade conferida ao devedor, após constituído em mora, de satisfazer integralmente as parcelas em atraso, encargos, tributos e demais despesas incidentes, com o escopo claro de evitar a consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor e, conseqüentemente, prevenir a extinção do vínculo contratual originário. Em outras palavras, purgar a mora equivale, de modo inequívoco, a quitar o débito pretérito⁸, exatamente o objetivo delineado pelo prazo adicional de 30 dias previsto nos §§ 1º e 2º do art. 26-A da Lei nº 9.514/1997.

Entretanto, mesmo após quase oito anos da vigência da nova norma, no contexto prático das execuções extrajudiciais de financiamentos habitacionais, a recorrente supressão dessa garantia legal. As intimações expedidas pelos Cartórios de Registro de Imóveis, à ordem das instituições financeiras credoras, consignam, até hoje, apenas o prazo de 15 dias como improrrogável para purga da mora, omitindo a existência dos 30 dias adicionais ao mesmo fim previsto em lei. A consequência social é perturbadora: moradores desalojados, desinformados e desassistidos em razão de um vício processual grave, que os impede de exercer em tempo seu direito à regularização.

A recorrência da prática demonstra que não se trata de erro pontual, mas de um mecanismo deliberado e sistemático que compromete os fundamentos da justiça contratual, o devido processo legal e o princípio da legalidade.

Há de se compreender que a concessão de um prazo estendido para purga da mora em financiamentos habitacionais foi concebida como um mecanismo essencial de proteção ao consumidor, uma vez que, ao deflagrar o processo de execução da garantia fiduciária por falta de pagamento, a intimação com a correta menção ao prazo disponível à purgação da mora fornece ao consumidor uma última oportunidade de regularizar os débitos em atraso com os demais encargos incidentes antes da consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor, para que, assim, possa reestabelecer seu contrato.

Em última análise, é a correta informação sobre o prazo de purga da mora, constante da intimação, que assegura ao consumidor o potencial de exercer seu mínimo existencial, consubstanciado no exercício do direito à moradia. O dano causado em razão de sua inobservância, pois, transcende a esfera patrimonial,

8 “Art. 401. Purga-se a mora: I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;” – Código Civil.

atingindo a dignidade da pessoa humana e comprometendo a função social da moradia como núcleo de estabilidade pessoal e familiar.

Por certo que, se a ampliação do prazo para a purga da mora busca necessariamente materializar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que sustenta a política pública de incentivo à moradia digna, falho e lesivo é o sistema que não cumpre com seu dever de proporcionar uma janela mais ampla para a quitação integral dos débitos, especialmente em face da realidade de mutuários de baixa renda inseridos em programas habitacionais públicos.

Deve-se considerar que, do ponto de vista jurídico, a notificação para purgação da mora assume efeitos equivalentes à citação na seara judicial, sendo condição de validade para o deslinde do procedimento extrajudicial. Por esta razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 860.631/SP (Tema 982) tem reafirmado a necessidade imperiosa de observância da extensão do prazo legal para purgação da mora para a validade da consolidação da propriedade fiduciária. Assim, tanto as Cortes Superiores como os Tribunais Regionais e as Corregedorias de Justiça Estaduais têm pacificado o entendimento de que a averbação da consolidação da propriedade fiduciária em imóvel residencial antes do decurso dos 45 dias é nula de pleno direito, o que, inevitavelmente, nulifica todo o procedimento expropriatório subsequente.

Portanto, suprimir a possibilidade legal que fora criada justamente por considerar a insuficiência do prazo de 15 dias à regularização dos débitos é, na verdade, ferir de forma direta o direito fundamental à moradia e subverter, por consequência, os objetivos centrais da implementação e existência do Sistema Financeiro de Habitação e do Programa Minha Casa Minha Vida.

Não menos importante é frisar que essa conduta gera uma vulnerabilidade exacerbada ao consumidor, especialmente àqueles em situação socioeconômica precária, que têm sua capacidade de defesa cerceada e sua liberdade decisória tolhida por informações incompletas ou errôneas. Assim o sendo, a prática, longe de representar tão somente uma violação à legislação vigente e imperativa, resulta ainda em uma grave indução do consumidor a erro, violando frontalmente o princípio da boa-fé objetiva e os deveres de informação e transparência previstos no Código de Defesa do Consumidor (artigos 6º, III, 31 e 46).

Tudo a se correlacionar com a não observância, pelos credores fiduciários, do seu dever de prestar informações claras e adequadas aos consumidores. O princípio da informação, compreendido não apenas como norma fundamental, mas também norma-objetivo do Código de Defesa do Consumidor, constitui parte relevante do microssistema das relações de consumo, possibilitando a transparência no trato entre fornecedores e consumidores e atuando como instrumento de efetivação do princípio constitucional da igualdade real⁹.

9 MALFATTI, Alexandre David. O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo:

Sinteticamente, o dever de informar pode ser entendido como a “transmissão de fatos de forma objetiva, quer verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer relação. Em outras palavras: o dever de informar consiste na imposição, às partes, da obrigação de disponibilizar toda e qualquer informação atinente ao negócio que as une”¹⁰.

Segundo a visão de especialistas como Alexandre Malfatti¹¹, o direito à informação é considerado um princípio constitucional implícito, que deve ser compreendido em conjunto com outros direitos fundamentais:

O princípio da informação pode ser classificado como um princípio constitucional implícito extraído da interpretação sistemática – atuando em conjunto com o processo de generalização – de outros princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana; da livre iniciativa; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza; da redução das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem de todos; da proteção à vida (e à saúde); da liberdade de expressão (intelectual, artística, científica e comunicação); do acesso à informação; da defesa do consumidor; da livre concorrência; do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Não se tem dúvida, desta forma, do nível constitucional do princípio da informação nas relações de consumo.

Assim o sendo, a prática de informar, conforme o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, não se trata de mera formalidade, mas uma exigência legal estrita, que não comporta espaço para flexibilização ou limitações administrativas. Para o seu fiel cumprimento, deve o fornecedor respeitar a diversidade da sociedade brasileira quando da emissão da mensagem, vez que deve ela, com esteio no próprio regime democrático de direito, possuir valor público e democrático¹².

Este viés social exige dos fornecedores a observância, para a emissão da informação, do público-alvo a que a mensagem se destina. No âmbito dos financiamentos habitacionais, inexistente delimitação precisa do grupo populacional a ser alcançado, circunstância que demanda, no momento da intimação, a consideração do contexto socioeducacional brasileiro contemporâneo. Assim, devem os fornecedores deste tipo de operação considerar que a maior parte da população se encontra hoje, no Brasil, em uma situação de educação precária, que, com renda inferior a 10 salários-mínimos, insuficiência de recursos disponíveis, subdesenvolvimento cultural e sem acesso ao ensino superior¹³, possuem uma limitada capacidade de compreensão.

Alfabeto Jurídico, 2003, p. 223.

10 BARROS, João Pedro Leite. *Direito à informação repercussões no direito do consumidor*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, pág. 43.

11 MALFATTI, Alexandre David. *O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 85.

12 BARLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. EFF Eletronic Frontier Foundation, 1996, p. 735 e ss. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 20 mar 2024.

13 MALFATTI, Alexandre David. *O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 215.

Por isso, é fundamental a apresentação, no documento intimatório, de informação clara, precisa, adequada e veraz sobre o prazo total disponível ao mutuário para o exercício do seu direito de purgar a mora, adaptando a mensagem para lograr atingir, de maneira eficaz, todos os estratos sociais, inclusive aqueles com menor grau de instrução.

Isso porque, para além do dever de prestar informação do fornecedor, há o direito do mutuário de ser informado. Na bem da verdade, dentro do vasto espectro de direitos fundamentais, a legislação consumerista atribuiu ao consumidor o direito não apenas à informação, mas a uma informação que seja, necessariamente, clara e adequada. Essa clareza implica uma comunicação que seja facilmente assimilável pelo consumidor, que o permita decodificar precisamente a mensagem. Por certo que a exata decodificação do consumidor à mensagem está intrinsecamente ligada – e limitada – ao nível de educação que possui, vez que *ninguém pode dar o seu assentimento ao que, de fato, não conhece ou não entenda*¹⁴.

Por tais razões, não se pode considerar que as instituições financeiras brasileiras estejam, de fato, cumprindo com seu papel social de possibilitar o acesso à moradia digna para as camadas de menor renda por intermédio dos programas habitacionais. Se o imóvel financiado permanece sujeito a expropriações arbitrárias e intempestivas, resta evidenciada a ausência de uma política pública segura e eficaz que assegure o uso contínuo e o pleno exercício do direito fundamental à moradia.

Portanto, a supressão da garantia do prazo ampliado à purga da mora representa afronta significativa à proteção consumerista, comprometendo a justiça contratual e a efetividade dos direitos fundamentais dos mutuários. Configura, em essência, prática abusiva, passível de nulidade dos atos executórios e de responsabilização objetiva da instituição financeira, devendo ser objeto de controle rigoroso pelos órgãos estatais, a fim de assegurar a prevalência do direito e a manutenção do equilíbrio nas relações contratuais habitacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação teve por objetivo examinar, sob uma perspectiva jurídico-constitucional e infraconstitucional, a efetividade do direito fundamental à moradia no âmbito das políticas públicas habitacionais financiadas, com ênfase nas relações de consumo estabelecidas entre mutuários e instituições financeiras no contexto do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). Partindo da premissa de que o direito à moradia integra o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e constitui dever positivo do Estado, delineado no artigo 6º da Constituição Federal, buscou-se demonstrar como práticas contratuais abusivas comprometem a concretização desse direito social em sua dimensão material.

14 TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 411 e ss.

Ao longo do estudo, evidenciou-se que o arcabouço normativo existente composto por normas constitucionais, consumeristas, civis e regulatórias estabelece um regime jurídico protetivo robusto, cuja finalidade é assegurar equilíbrio, transparência e equidade nas relações jurídicas que envolvem consumidores hipossuficientes e agentes financeiros. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações de crédito habitacional encontra respaldo pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, notadamente por meio da Súmula 297, bem como nos dispositivos legais que disciplinam a alienação fiduciária de bens imóveis e a obrigatoriedade da cobertura securitária (Leis nº 9.514/1997 e nº 11.977/2009).

Não obstante esse arcabouço normativo, a prática revela um cenário dissonante da teoria jurídica. A imposição reiterada de venda casada de seguros e serviços acessórios, a restrição à liberdade de escolha do consumidor quanto à seguradora, e a omissão deliberada do prazo legal ampliado de 45 dias para purgação da mora nas execuções fiduciárias configuram violações estruturais à legislação vigente. Tais condutas, além de afrontarem os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do dever de informação, perpetuam a vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica dos mutuários, inviabilizando o exercício pleno de seus direitos.

Essas práticas não se limitam a meros desvios pontuais de conduta, são falhas sistêmicas que comprometem os objetivos constitucionais das políticas públicas habitacionais. Ao subverterem os mecanismos legais de proteção, as instituições financeiras tornam inócuo o propósito do SFH e do PMCMV de universalizar o acesso à moradia digna, sobretudo às camadas populacionais de baixa renda. A recorrência dessas infrações, amplamente denunciadas por consumidores em plataformas oficiais e objeto de diversas ações judiciais, demonstra a insuficiência dos instrumentos regulatórios existentes e evidencia a necessidade de uma atuação coordenada e eficaz por parte dos órgãos de controle, do Poder Judiciário e das entidades civis.

Do ponto de vista jurídico, a manutenção dessas práticas implica a nulidade dos atos executórios que descumprem as garantias legais, a responsabilização objetiva das instituições financeiras por danos materiais e morais decorrentes da violação dos direitos dos mutuários. Trata-se de assegurar a prevalência do ordenamento jurídico frente à força coercitiva do mercado financeiro, restabelecendo o equilíbrio contratual e reafirmando a centralidade dos direitos fundamentais no desenho das políticas públicas.

Dessa forma, conclui-se que a efetividade do direito à moradia no Brasil, no contexto dos financiamentos habitacionais vinculados ao SFH e ao PMCMV, depende de forma indissociável da observância rigorosa das normas de proteção ao consumidor. A aplicação plena do microsistema consumerista, com ênfase nos deveres de informação, transparência e lealdade contratual, constitui um imperativo jurídico, exigência ética e política para que a moradia deixe de ser promessa formal e se transforme em realidade concreta. É preciso, portanto, superar a dicotomia entre o discurso normativo e a prática institucional, promovendo uma atuação estatal

eficaz, que assegure a realização dos direitos fundamentais e a consolidação de uma política habitacional efetiva, justa e socialmente comprometida.

A persistência dessas práticas abusivas, mesmo diante de mudanças legislativas e precedentes jurisprudenciais consolidados, demonstra a urgência da atuação coordenada e proativa dos órgãos de controle e fiscalização, especialmente do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para o implemento de medidas estruturais que assegurem a cessação definitiva dessas condutas.

Assim, o presente estudo reafirma a imprescindibilidade de uma postura diligente e comprometida por parte dos operadores do direito, do Poder Judiciário e dos órgãos reguladores, no enfrentamento das práticas abusivas que permeiam o crédito habitacional. Só assim será possível construir um ambiente jurídico mais equilibrado, transparente e justo, que resguarde a dignidade dos consumidores, a legitimidade das políticas públicas habitacionais e a consolidação do direito fundamental à moradia no Brasil.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. *La Poétique de l'Espace*. Disponível em: <https://gastonbachelard.org/wp-content/uploads/2015/07/BACHELARD-Gaston-La-poetique-de-l-espace.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2025.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 479.

BARLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. EFF Eletronic Frontier Foundation, 1996, p. 735 e ss. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 20 mar 2024.

BARROS, João Pedro Leite. *Direito à informação repercussões no direito do consumidor*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, pág. 43.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 129, p. 1, 8 jul. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm. Acesso em: 1 jun. 2025.

BRASIL. Resolução CNSP nº 447, de 10 de outubro de 2022. Dispõe sobre os seguros de morte e invalidez permanente (MIP) e danos físicos ao imóvel (DFI) vinculados a contratos de financiamento habitacional. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 193, p. 30, 11 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/normativos/resolucoes/resolucoes-cnsp/2022/resolucao-cnsp-no-447-de-10-de-outubro-de-2022.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2025.

BRASIL. Resolução CMN nº 3.811, de 19 de novembro de 2009. Dispõe sobre a cobertura securitária prevista no art. 2º da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001, com redação dada pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 223, p. 50, 23 nov. 2009. Disponível

em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=RESOLU%C3%87%C3%83O&numero=3811>. Acesso em: 1 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 176, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 1 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 232, p. 1, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 1 jun. 2025.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 473. O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/NormasJurisprudencia/Sumulas/Paginas/Sumula473.aspx>. Acesso em: 1 jun. 2025.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Tema Repetitivo 972. Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/TemasRepetitivos/Paginas/972.aspx>. Acesso em: 1 jun. 2025.

BUCCI, Maria Paula Neto, p. Administrativo e políticas públicas. Revista Trimestral de Direito Público v. 34, n. 133, jan./mar. 1997 p. 90.

CANUTO, Elza Maria Alves. O Direito à Moradia Urbana. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 268.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Perfil institucional – Caixa Econômica Federal. Dados consultados em 1 jun. 2025.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 281.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do Papel do Estado na Prestação de Serviços Públicos: Realização e Regulação diante do Princípio da Eficiência e Universalidade in: Revista Interesse Público. Ano 8. Nº 40, novembro/dezembro de 2006. p.127.

HEIDEGGER, Martin. Construir, Pensar e Habitar. Disponível em: <https://filosofiaepatrimonio.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/03/martin-heidegger-construir-habitar-pensar.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2025.

LIMA MARQUES, Claudia. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MALFATTI, Alexandre David. O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Moradia e Propriedade: um breve ensaio sobre conflitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 66.

RECLAME AQUI. Reclamação “Venda Casada Caixa”. 26 mai. 2025. Plataforma Reclame Aqui. Acesso em: 1 jun. 2025.

RECLAME AQUI. Reclamação “Venda casada de seguro residencial na assinatura de contrato de financiamento habitacional”. 31 mar. 2025. Plataforma Reclame Aqui. Acesso em: 1 jun. 2025.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Reflexões sobre o dano social. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008.

TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 411 e ss.

SOBRE OS DIREITOS DE DESVINCULAÇÃO UNILATERAL *AD NUTUM* NA NOVA DIRETIVA SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO A CONSUMIDORES (DIRETIVA 2023/2225)

M. Januário da Costa Gomes¹

1. INTRODUÇÃO

I.A Diretiva 2023/2225 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18.10.2023, sobre contratos de crédito aos consumidores revoga a Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.04.2008, também relativa a contratos de crédito a consumidores².

Tal revogação (artigo 47.º) tem efeitos a partir de 20.11.2026, data a partir da qual os Estados-Membros devem aplicar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à diretiva, disposições essas que deverão (artigo 48.º/1) ser adotadas até 20.11.2025.

A nova diretiva 2023/2225 propõe-se assegurar um “elevado nível de defesa” dos consumidores” (Considerando 13), designadamente através da implementação de um “regime harmonizado” (Considerando 10) que permita ultrapassar as fragilidades detetadas na Diretiva 2008/48/CE e na sua transposição para os Estados-Membros, bem como para enfrentar os novos desafios impostos pela “evolução associada à digitalização” (Considerando 3) e à “rápida evolução tecnológica registada” após a diretiva de 2008 (Considerando 4).

Ora, esse “elevado nível de defesa” dos consumidores passa por uma “harmonização plena” ao nível da União e em domínios essenciais, tendo em vista evitar um “quadro regulamentar fragmentado” (Considerando 5), prejudicial aos consumidores – mormente quando ocorre uma “crescente mobilidade dos cidadãos da União” (Considerando 10) – bem como às empresas, para as quais a diretiva considera ser importantes criar “condições de concorrência equitativas”.

A “harmonização plena” apregoada no Considerando 13 – que não é inédita, uma vez que estava já anunciada no Considerando 9 da Diretiva 2008/48/CE³ – não é verdadeiramente plena, não é absoluta, já que os Estados-Membros podem introduzir disposições divergentes das previstas na diretiva quando e na medida

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² A Diretiva 2008/48/CE, por sua vez, revogou (artigo 29.º) a Diretiva 81/102/CE, com efeitos a partir de 12.05.2010.

³ De acordo com este Considerando, a harmonização plena é necessária “para garantir que todos os consumidores da Comunidade beneficiem de um nível elevado e equivalente de defesa dos seus interesses e para instituir um verdadeiro mercado interno”.

em que não existam “disposições harmonizadas” (Considerando 13) aplicáveis. Na falta de indicação específica das “disposições desarmonizadas” e das que o não são, a primeira referência será a previsão do artigo 42.º/2, que identifica as normas da diretiva que facultam aos Estados-Membros “opções regulamentares”. Não parece, porém, que possamos ter aqui grandes certezas, já que, contra o que seria curial, encontramos nos considerandos da diretiva permissões para os direitos internos que as normas da diretiva, incluído o citado artigo 42.º/2, não contemplam.

Não temos, de facto, por positivo que os considerandos acolham comandos ou permissões normativas que o texto da diretiva não contempla.

II. O confronto entre as soluções da Diretiva 2023/2225 com as da Diretiva 2008/48/CE constitui um bom exercício, que não cabe aqui fazer na sua plenitude.

As linhas que se seguem centram-se, tão só e de modo sumário, nas situações em que o consumidor de crédito tem um direito de desvinculação unilateral *ad nutum*⁴, pretendendo-se identificar os traços comuns e os distintivos entre as duas diretivas, tendo também presente, como pano de fundo, o quadro normativo interno vigente em Portugal através e por força do Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho – adiante LCC –, diploma que tem dado lugar a abundante doutrina⁵ e jurisprudência.

Centramo-nos, assim, nas previsões dos artigos 26.º a 28.º da nova diretiva, relativos, sucessivamente (das epígrafes) ao “Direito de livre revogação” (artigo 26.º), aos “Contratos de crédito ligados” (artigo 27.º) e aos “Contratos de crédito de duração indeterminada” (artigo 28.º); na diretiva de 2008, eles correspondem, respetivamente, ao artigo 14.º (“Direito de retratação”), ao artigo 15.º (Contratos de crédito ligados”) e ao artigo 13.º (“Contratos de crédito por tempo indeterminado”).

III. Importa, porém, antes do cotejo assinalado, enfrentar as noções ou definições fundamentais de “Consumidor”, “Mutuante” e “Contrato de crédito”, que encontramos nas alíneas 1) a 3) do artigo 3.º da diretiva de 2023.

4 Também na resolução por incumprimento há um direito de desvinculação unilateral, só que é vinculado ou motivado, que não discricionário e *ad nutum*. A Diretiva 2023/2225 mantém a opção – que já vem da diretiva de 2008 – de não regular a temática do incumprimento do contrato de crédito e da respetiva e eventual resolução. É uma opção que, em função das apregoadas preocupações de harmonização plena, custa aceitar, atenta a importância central, teórica e prática, da matéria do cumprimento e do incumprimento. Lê-se, a propósito, no Considerando 52: “Os Estados-Membros podem oferecer aos consumidores a possibilidade de interpelarem, de forma proporcionada e eficaz, os mutuantes ou os intermediários de crédito em caso de incumprimento da presente diretiva, nos termos do direito nacional”. E ainda: “Uma tal interpelação poderá resultar numa indemnização e numa redução do custo total do crédito para o consumidor ou na resolução do contrato de crédito”.

5 Cf., desde logo, no alvor do diploma, FERNANDO GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Almedina, Coimbra, *passim* e MÁRIO FROTA, *Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma*, in “Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo”, Vol. I/1, março de 2011, 43-77. Na literatura recente, cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2024, 422-467, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito do consumo*, AAFDL, Lisboa, 2023, 262-268 e, especificamente, HIGINA CASTELO, *Crédito ao consumo. Regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores (DL 133/2009, de 2 de Junho)*, in “Estudos de Direito do Consumo”, coordenação de Rui de Mascarenhas Ataíde / Francisco Rodrigues Rocha / Vítor Palmela Fidalgo, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2023, 831-886.

Estamos perante três definições-chave da diretiva, que acompanham de perto, ainda que com alguns cambiantes, as correspondentes definições das alíneas *a*) a *c*) do artigo 3.º da diretiva de 2008.

A noção de *consumidor* é, naturalmente, a que surge em primeiro lugar. Tendo presentes as considerações de Carlos Ferreira de Almeida relativamente ao conceito operativo de consumidor, enquanto “simples veículo e um corolário de política legislativa”⁶, importa vincar que, no caso específico da diretiva de 2023, a definição surge simples e precisa.

Assim, consumidor é “a pessoa singular que atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais”. A definição corresponde à da alínea *a*) do artigo 3.º da diretiva de 2008, com a diferença de que deixa de incluir o segmento relativo às “transações abrangidas pela presente diretiva”, que é delimitativo do conceito⁷.

A segunda definição-chave é a de “mutuante”. O *mutuante* “é a pessoa singular ou coletiva que concede ou promete conceder um crédito no âmbito das suas atividades comerciais ou profissionais”.

Tal definição – que segue *ipsis verbis* a da alínea *b*) do artigo 3.º da diretiva de 2008 – tem, naturalmente de ser vista em função do diploma e para efeitos do diploma, desde logo por ser evidente, sob um ponto de vista técnico-jurídico, que alguns dos sujeitos identificáveis na definição, a começar pelos *promitentes* de crédito, não poderão ser, tecnicamente consideradas “mutuantes”; por outro lado, a colocação do mútuo como figura de referência designativa briga com a pacífica inclusão na definição da alínea *3*) do artigo 3.º (“Contrato de crédito”) de figuras que, manifestamente, não são mútuos⁸. Neste particular as designações que encontramos

6 Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, 49. A doutrina vem realçando a inexistência de um conceito único de consumidor. Assim, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*², cit., 77 e ss., distingue a noção geral”, emergente da Lei de Defesa do Consumidor, das várias “noções setoriais”. Por sua vez, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito do consumo*, cit., 122, refere que “o conceito de consumidor apresenta-se como um problema constante do Direito do Consumo”. E ainda: “Com efeito, a noção de consumidor configura um conceito múltiplo e ambíguo, quando não mesmo uma noção «indeterminada e que escapa a qualquer definição precisa», parecendo evidente a sua heterogeneidade e a sua geometria variável consoante as matérias que são objeto de regulação”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O Direito dos consumidores em Portugal* (2022), in “Estudos de Direito do Consumo”, coordenação de Rui de Mascarenhas Ataíde / Francisco Rodrigues Rocha / Vítor Palmela Fidalgo, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2023 (27-50), 50, refere-se mesmo à noção de consumidor como sendo um “dilema” do Direito do Consumo. Na doutrina recente, é de destacar o estudo de NUNO PINTO OLIVEIRA, *O conceito de consumidor*, in “Estudos de Direito do Consumo”, coordenação de Rui de Mascarenhas Ataíde / Francisco Rodrigues Rocha / Vítor Palmela Fidalgo, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2023, 473-514.

7 Tal delimitação tem tradução, a nível interno, na definição da alínea *a*) do artigo 4.º/1 da LCC, que define *consumidor* como “a pessoa singular que, nos negócios abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional” (itálico nosso).

8 Sobre esta figura e os seus traços típicos, cf., na doutrina, por todos, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, 360 e ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XII. *Contratos em especial* (2.ª Parte), Almedina, Coimbra, 2018, 227 e ss., LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, 381 e ss., MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito bancário*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, 165, e ss., FRANCISCO MENDES CORREIA, *Lições de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2024, 425 e ss., JORGE BRITO PEREIRA, *Contratos bancários*,

nas versões em língua inglesa (“creditor”), italiana (“creditore”) ou alemã (“Kreditgeber”) apresentam-se como mais certeiras⁹.

Não exige a diretiva que a concessão de crédito seja a atividade principal ou habitual do “mutuante”¹⁰, o qual, conforme resulta claramente da definição, pode ser uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva¹¹.

O terceiro conceito-chave é o de *contrato de crédito*. Ele é definido, na alínea 3) do artigo 3.º da diretiva como “o contrato por meio do qual um mutuante concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de pagamento diferido, empréstimo ou qualquer outro acordo financeiro similar”. A mesma alínea definidora excetua “os contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de bens do mesmo tipo com carácter de continuidade, nos termos dos quais o consumidor pague esses serviços ou bens a prestações durante o período de prestação desses serviços ou fornecimento desses bens”.

A definição acompanha muito de perto a da alínea c) do artigo 3.º da diretiva de 2008, não se identificando alterações com relevo material¹².

Os contratos definitivos que aqui estão presentes – dobrados pelas previsões das respetivas promessas – são, *inter alia*, os contratos de compra e venda ou de prestação de serviços a crédito ou a prestações, os contratos de mútuo, de abertura de crédito, as facilidades de descoberto (definidas na alínea 18) do artigo 3.º) e as ultrapassagens de crédito (definidas na alínea 19) do artigo 3.º). Cabem aqui também os contratos relativos à utilização de cartões de crédito¹³, a locação financeira, o aluguer de longa duração e a locação-venda¹⁴.

Almedina, Coimbra, 2023, 250 e ss. e MIGUEL BRITO BASTOS, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, 75 e ss.; cf. ainda M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, 313 e ss..

9 Certamente para evitar desfazamentos flagrantes com o quadro técnico-jurídico, a alínea b) do artigo 4.º/1 da LCC opta, avisadamente, pela designação “credor”, não obstante a alínea b) do artigo 3.º da Diretiva 2008/48/CE optar pela designação “mutuante”.

10 Cf., quanto ao “credor” da alínea b) do artigo 4.º da LCC, FERNANDO GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores*, cit., 27.

11 O segundo parágrafo do Considerando 26 (na linha, de resto, do segundo período do Considerando 15 da diretiva de 2008), informa que a diretiva “não afeta o direito dos Estados-Membros de limitarem a concessão de crédito ao consumidor apenas a pessoas coletivas ou a determinadas pessoas coletivas”. Trata-se de uma afirmação algo escondida nos considerandos, não se captando ao certo porquê, mais não se captando, por outro lado, a *ratio* de uma opção no sentido de limitar a aplicação do regime da diretiva aos “mutuantes” pessoas coletivas ou só a certas pessoas coletivas.

12 Assinale-se, porém, a substituição da expressão final “durante o pedido de validade dos respetivos contratos”, por estoura, mais rigorosa, “durante o período de prestação desses serviços ou fornecimento desses bens”.

13 Cf., por todos, por último, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito bancário*⁴, cit., 479 e ss. Importa dar nota da permissão albergada no artigo 2.º/5 da diretiva: Os Estados-Membros podem isentar da aplicação da diretiva os contratos de crédito sob a forma de cartões de débito diferido quando (i) disponibilizados por uma instituição de crédito ou de pagamento; (ii) nos termos dos quais o crédito tenha de ser reembolsado no prazo de 40 dias; e (iii) o crédito esteja isento de juros, sem prejuízo de poder ter “encargos limitados relacionados com a prestação do serviço de pagamento”.

14 Cf. F. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores*, cit., 28.

2. O “DIREITO DE LIVRE REVOGAÇÃO”

I. De acordo com o artigo 26.º/1 da diretiva de 2023, os Estado-Membros devem assegurar que o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o “direito de livre revogação”¹⁵.

À exceção do facto de o legislador de 2023 ter substituído a designação “direito de retratação”, do artigo 14.º da versão de 2008 – literalmente correspondente ao “droit de rétractación” da versão em língua francesa¹⁶ – pela designação “direito de livre revogação”, estamos, em substância, a falar e a tratar do mesmo regime.

Quanto à nova opção do legislador europeu de 2023, o que podemos dizer é que este segue aqui a designação que encontramos no artigo 17.º da LCC¹⁷, contra a qual não temos objeções de fundo, não obstante preferirmos a designação, mais impressiva, “direito de arrependimento”¹⁸, até porque, *summo rigore*, a “revogação” corresponde a uma realidade diversa, mais concretamente, quando de contrato se trate¹⁹, à da extinção do contrato por acordo das partes²⁰.

15 Por força do artigo 26.º/7, tendo o consumidor direito de livre revogação ao abrigo do artigo 26.º/1 (sendo também mencionados os números 5 e 6), não são aplicáveis os artigos 6.º e 7.º da Diretiva 2002/65/CE, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros.

16 Refere-se MÁRIO FROTA, *Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal*, cit., 63, ao facto de o direito de retratação ser denominado “indistinta e acriticamente, como direito de rescisão, direito de revogação unilateral, direito de resolução, direito de livre resolução... sem qualquer rigor terminológico-conceitual”.

17 F. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores*, cit., 78, limita-se a assinalar a mudança de *nomen iuris* do instituto.

18 Lê-se mesmo em CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, cit., 106, ser o direito de arrependimento hoje “o *ex libris* do direito do consumo, quer por ser o seu instituto mais original quer por ser aquele que melhor apresenta uma ruptura com os pressupostos liberais e voluntaristas da teoria geral dos contratos tal como a herdámos do século XIX.”. Pela nossa parte, temos privilegiado a expressão “direito de arrependimento”; assim no estudo *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, in “RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, n.º 3, 1995, 70-86. Chama JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Almedina Coimbra, 2012, 389, justamente a atenção para o facto de o “critério da designação legal” não ser “um elemento determinante para a interpretação e qualificação da natureza do direito atribuído em cada caso”.

19 Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição (reimpressão), Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 380: “A revogação consiste na livre destruição dos efeitos de um ato jurídico por vontade do seu ou seus autores, com ou sem retroatividade”. E ainda: “É um ato *discricionário* porque não depende de fundamento especial. Resulta do livre querer dos sujeitos, que, assim como deram vida ao ato no exercício da sua autonomia, assim também lha tiram, no exercício da mesma autonomia”. Sobre o tema, cf. também M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina, Coimbra, 1989, 73 e ss..

20 Cf., por todos, J. M. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, 279-280 e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, 109 e ss..

A emblemática figura – que legitima o “dar o dito por não dito”²¹ – tem uma dimensão que percorre todo o direito do consumo²², não sendo, naturalmente, “privativa” do crédito a consumidores²³.

Alguns autores preferem dar à figura a designação “direito de livre desvinculação”²⁴ ou “direito de livre desvinculação unilateral”. Pensamos, porém, que tal expressão, quando utilizada para designar simplesmente e tão só o direito de arrependimento, peca por ser demasiado ampla e incaracterística, até porque também encontramos na figura da *denúncia*²⁵ – que não tem possível confusão com o “direito de arrependimento” – uma livre desvinculação unilateral.

O segundo parágrafo do artigo 26.º/1 da diretiva de 2023 não traz alterações relevantes ao correspondente segundo parágrafo do artigo 14.º/1 da diretiva de 2008, no que concerne à data a partir da qual começam a contar os 14 dias de calendário. Essa data é a da *celebração do contrato de crédito* ou a da *recepção*, pelo consumidor, dos termos e condições contratuais, bem como das informações a que se referem os artigos 20.º e 21.º da diretiva²⁶, quando tal data seja posterior à da celebração do contrato.

Continuando o regime do segundo período da alínea a) do artigo 14.º/3 da diretiva de 2008²⁷, o terceiro parágrafo do artigo 26.º/1 da diretiva de 2023 opta,

21 Cf. MÁRIO FROTA, *Os contratos de consumo. Realidades sociojurídicas que se perspetivam sob novas reflexões*, in “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, n.º 23, 2000, 26.

22 Sobre a dicotomia designativa “direito do consumo” versus “direito do consumidor”, cf., em sentidos diferentes, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, cit., 15 e ss. e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *O Direito do Consumidor em debate: evolução e desafios*, in “I Congresso de Direito do Consumo”, coordenação de Jorge Morais Carvalho, Almedina, Coimbra, 2016 (11-26), 12 e ss..

23 Cf., em geral, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*2, cit., 267 e ss. [“o traço mais emblemático da extinção dos contratos de consumo”] e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito do consumo*, cit., 136 e ss., referindo-se a um “direito de retratação ou de livre resolução”, diferente do direito de revogação, resolução e do direito de denúncia, preferindo, a final, “direito de retratação ou desistência”; cf também JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo*, cit., 389 e ss.. O estudo incontornável é, porém, o de J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo; um verdadeiro direito de resolução?*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, 2010, 219-272.

24 Cf., em especial, CARLOS LACERDA BARATA, *Direito de livre desvinculação do consumidor*, in “Estudos de Direito do Consumo”, coordenação de Rui de Mascarenhas Ataíde / Francisco Rodrigues Rocha / Vítor Palmela Fidalgo, Vol. I., Almedina, Coimbra, 2023, 707-765, direito que caracteriza como de exercício discricionário, potestativo, irrenunciável e incondicional; Idem, *A livre desvinculação do consumidor na contratação à distância e fora do estabelecimento comercial*, in “Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo”, II Série, Vol. 1, número 1, 2024, 38-79.

25 Cf., por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, 132 e ss., RUI PINTO DUARTE, *A denunciabilidade das obrigações contratuais duradouras propter rem*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, ano 70 (2010), 273-297 e M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a vera e própria denúncia do contrato de arrendamento. Considerações gerais*, in “O Direito”, ano 143 (2011), I, 9-32.

26 Na diretiva de 2008, a matéria correspondente à dos artigos 20.º e 21.º da diretiva de 2023 estava reunida no seu artigo 10.º.

27 Com a seguinte redação: “Considera-se que o prazo foi respeitado se a comunicação for enviada antes do termo do prazo, desde que tenha sido efetuada em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do mutuante e ao qual este possa aceder”.

como momento relevante para efeitos da contagem do prazo, pela data do *envio* da declaração de arrependimento pelo consumidor ao credor, o que corresponde à não adoção do regime do artigo 224.º/1 do CC, que, como regra, erige a *receção* como momento da eficácia da declaração negocial que tem um destinatário²⁸. Em inteiro respeito pela previsão da alínea *a*) do artigo 14.º/3 da diretiva de 2008, o artigo 17.º/3 da LCC realça o momento da *expedição* das declaração de revogação, lendo-se em Fernando Gravato Morais²⁹: “Afasta-se a teoria da receção ou do conhecimento, aplicável às declarações recetícias, à luz do artigo 224.º/1, primeira parte, do CC, e acolhe-se, portanto, a teoria da expedição da declaração como mecanismo essencial de tutela do consumidor”.

Prevenindo a hipótese de o consumidor não ter recebido os termos e condições contratuais e as informações a que se referem os artigos 20.º e 21.º e tendo em vista “aumentar a segurança jurídica” (Considerando 64), certamente prejudicada pelo arrastar indefinido da situação, o artigo 26.º/2 vem estabelecer um prazo de *caducidade* para o exercício do direito de revogação, o qual termina, *em todo o caso*, 12 meses e 14 dias após a celebração do contrato de crédito. É, porém, excecionada a situação em que o consumidor não tenha sido informado do direito de revogação de que é titular, em conformidade com a previsão da alínea *p*) do artigo 21.º/1³⁰: nesse caso, como se lê no Considerando 64, “o prazo de livre revogação não deverá terminar se o consumidor não tiver sido informado do seu direito de livre revogação”.

A solução que é consagrada no artigo 26.º/2 da diretiva de 2023 é lógica e equilibrada: por um lado, alarga o prazo para o exercício do direito de arrependimento em situações de falta de informação relevante por parte do credor; por outro, desconsidera a falta desses elementos para efeitos do exercício do direito de revogação após o decurso de um prazo razoável – quiçá mesmo generoso, nalgumas situações. Contudo, há uma natural exigência que, à luz da lógica e da natureza do direito de revogação surge como absoluta e “imperdoável”: aquela em que o consumidor não tenha sido informado da existência desse direito, informação essa que, podemos, neste quadro e para o efeito em causa, considerar como inderrogável.

II. Continuando uma previsão que constava do artigo 14.º/6 da diretiva de 2008, o artigo 26.º/8 da nova diretiva prevê que os Estados-Membros possam determinar a não aplicação do disposto nos números 1 a 6 do mesmo preceito “aos

28 Cf. por todos, os clássicos FERNANDO PESSOA JORGE, *Direito das obrigações*, I, AAFDL, Lisboa, 1975/76, 170 e CARLOS MOTA PINTO, *Têoria geral do direito civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 440.

29 Cf. F. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores*, cit., 81.

30 De acordo com a linha *p*) do artigo 21.º/1 da diretiva, o contrato de crédito deve especificar, de forma clara e concisa, “a existência ou inexistência do direito de livre revogação, o respetivo prazo, quando aplicável, e outras condições para o seu exercício, incluindo o suporte duradouro a utilizar para a notificação a que se refere o artigo 26.º/5, primeiro parágrafo, alínea *a*), e informações sobre a obrigação do consumidor prevista no artigo 26.º/5, primeiro parágrafo, alínea *b*), de pagar o capital levantado e os juros, bem como o montante dos juros diários”.

contratos de crédito que, nos termos do direito nacional, devam ser celebrados por intermédio de um notário, desde que o notário confirme que o consumidor goza dos direitos previstos nos artigos 10.º, 11.º, 20.º e 21.º.

Em substância, o texto europeu admite situações em que *o consumidor não goze do direito de arrependimento*. Para que tal aconteça, não basta que o contrato de crédito seja celebrado por notário: é mister que se trate de contrato de crédito que, nos *termos da lei nacional*, deva ter intervenção de notário, não sendo suficiente, para o efeito, um simples reconhecimento de assinatura notarialmente feito. A redação da diretiva de 2023 em língua francesa é, também ela, bem eloquente: “(...) aux contrats de crédit dont le droit national exige qu’ils soient conclus par-devant notaire”; o mesmo podemos dizer da versão alemã: “die nach nationalem Recht unter Mitwirkung eines Notars geschlossen werden müssen”.

Entende o legislador que a solenidade que o notário naturalmente empresta ao ato constitui, desde logo, uma pré-garantia de que o consumidor pensará bem antes de celebrar o contrato, tendo também presente o rito notarial que lhe é emprestado. Não basta isso, porém: exige o artigo 26.º/8 que “o notário confirme que o consumidor goza dos direitos previstos nos artigos 10.º, 11.º, 20.º e 21.º”.

Em rigor, a exigência só faz pleno sentido relativamente aos direitos previstos nos artigos 20.º e 21.º, preceitos inseridos num capítulo intitulado “Forma e conteúdo dos contratos de crédito”. Já quanto aos direitos previstos nos artigos 10.º (“Informações pré-contratuais”) e 11.º (“Informações pré-contratuais relativas aos contratos de crédito referidos no artigo 2.º, número 6 ou número 7”), o notário não tem forma de “confirmar” que os deveres do mutuante foram cumpridos, tendo de confiar nas informações – nas declarações – das partes, mormente do consumidor, mas podendo também exigir, complementarmente, documentação comprovativa. É esse, se bem vemos, o sentido útil da previsão normativa, já que não faz pleno sentido, se nos guiássemos pela letra da lei, que o notário confirme que o consumidor “goza” de direitos de informação pré-contratual que são atribuídos por lei. As redações das versões inglesa (“confirms that consumer is guaranteed the rights”), alemã (“bestätigt, dass die Rechte des Verbrauchers... gewahrt sind”) ou italiana (“questo confermi che al consumatore sono garantiti i diritti”) surgem como mais precisas, acentuando o estarem “assegurados” ou “garantidos” os direitos em questão.

III O artigo 26.º/5 da diretiva de 2023 regula os termos do exercício e efetivação do direito de arrependimento do consumidor, na linha, de resto, do artigo 14.º/3 da diretiva de 2008, o qual deverá tomar duas medidas: (i) notificar o credor em conformidade com as informações prestadas por este nos termos da alínea p) do artigo 21.º/1, em papel ou suporte duradouro, especificado no contrato de crédito, notificação essa que deve ser naturalmente feita – *enviada* – no prazo de 14 dias de calendário, (ii) pagar ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data de levantamento do crédito até à data de reembolso do capital, devendo

esse pagamento ser feito no prazo máximo de 30 dias de calendário³¹ após o envio da notificação a exercer o direito de livre revogação.

Conforme resulta claramente do último parágrafo do artigo 26.º/5, os juros a liquidar e pagar serão os juros calculados à taxa acordada no contrato de crédito³², não havendo lugar a qualquer indemnização moratória ou de outra natureza, pré-fixada ou não³³.

Admite, porém, o citado parágrafo que o credor possa exigir ao consumidor que suporte “eventuais despesas não reembolsáveis” que o mesmo tenha tido de suportar.

IV. Na linha da previsão do artigo 14.º/4 da diretiva de 2008, o artigo 26.º/6 da de 2023 dispõe que caso um *serviço acessório* relacionado com o contrato de crédito seja prestado pelo mutuante ou por um terceiro com base em contrato celebrado entre esse terceiro e o mutuante, “se o consumidor exercer o direito de revogação do contrato de crédito, deixa de estar vinculado ao contrato relativo ao serviço acessório”.

Importa realçar que, nos termos da alínea 4) do artigo 3.º da diretiva, *serviço acessório* é definido como “o serviço disponibilizado ao consumidor em conjunto com o contrato de crédito”. Em função do carácter acessório do serviço relativamente ao contrato de crédito, não cabe ao consumidor, mas ao credor, promover eventuais diligências junto de eventual terceiro que desempenhe tal serviço, no sentido da plena efetivação da retratação em “modo acessório”.

Importa ainda dar nota das previsões dos números 3 e 4 do artigo 26.º da diretiva de 2023, os quais prevêm, respectivamente, uma *extensão* ou um *encurtamento* do prazo de 14 dias de calendário para o exercício do direito de arrependimento.

Assim, nos termos do artigo 26.º/3, no caso de um contrato de crédito coligado para a aquisição de um bem com uma política de devolução que garanta o reembolso integral durante um determinado período de tempo superior a 14 dias de calendários, ocorre, numa lógica manifestação da “miscigenação contratual”³⁴ que acontece, uma correlativa extensão do período de tempo para o exercício do direito de arrependimento: “o direito de livre revogação é prorrogado de modo a corresponder à duração da referida política de devolução”.

31 O pagamento deve ser feito “sem atrasos indevidos” dentro daquele prazo. O alcance prático de um “atraso indevido”, o que quer que signifique, é tendencialmente nulo, desde que o pagamento seja feito dentro do parâmetro temporal indicado. O incentivo para um pagamento célere radica na lógica da contabilização dos juros.

32 Sobre a temática dos juros, é hoje incontornável a obra de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda. Estudo jurídico e económico*, Almedina, Coimbra, 2021, 511 e ss..

33 Sobre a figura da cláusula penal, avulta a obra de A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, *passim*. Na manualística, cf., v. g., INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª edição (reimpressão), Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 437 e ss..

34 A expressão é de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*2, cit., 463.

Por sua vez, o artigo 26.º/4 – numa certa continuação do regime do artigo 14.º/2 da diretiva de 2008 – prevê que, no caso de um contrato de crédito coligado, se a legislação nacional aplicável em 19 de novembro de 2023 já prever que os fundos não podem ser disponibilizados ao consumidor antes do termo de um prazo específico, “os Estados-Membros podem, em derrogação do número 1 [que consagra o direito de livre revogação em 14 dias de calendário] determinar que o prazo referido nesse número possa ser reduzido para a mesma duração desse prazo específico a pedido expresso do consumidor”.

3. O REFLEXO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO EM CONTRATO COLIGADO COM UM CONTRATO DE CRÉDITO

I. O artigo 27.º da diretiva 2023/2225 cura dos reflexos no contrato de crédito coligado a outro contrato, quando, em relação a este, o consumidor tenha exercido o direito de arrependimento com base em legislação específica.

Mais concretamente, dispõe o artigo 27.º/1 da diretiva – que continua similar previsão do artigo 15.º/1 da diretiva de 2008 – que os Estados-Membros “devem assegurar que um consumidor que tenha exercido o direito de livre revogação, com base no direito da União, referente a um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços deixe de estar vinculado a um contrato de crédito ligado”.

A definição de *contrato de crédito ligado* constante da alínea 20) do artigo 3.º da diretiva – que a alínea a) do artigo 4.º/1 da LCC designa, com maior felicidade, por *contrato de crédito coligado*³⁵ – formula dois requisitos cumulativos para que um contrato de crédito ao consumidor se considere “ligado” a um outro contrato: (i) que o crédito em questão sirva exclusivamente para financiar um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviço específico³⁶; (ii) que os dois contratos constituam uma “unidade comercial de um ponto de vista objetivo”, expressão que, noutras versões da diretiva diversas da em língua portuguesa, tem uma aparente maior amplitude com a referência a “unidade económica”, que não a “unidade comercial”. É o caso da versão em língua alemã, que se reporta a “von einer wirtschaftlichen Einheit”.

De qualquer modo, na transposição para o direito interno português da diretiva de 2008, o legislador nacional optou, e bem, pelo conceito de *unidade económica*³⁷.

35 Cf., v. g., F. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores*, cit., 33 e ss..

36 A subalínea a) da alínea 20) refere-se ao “crédito ou os serviços em questão”, não acompanhando aqui a previsão da subalínea i) da alínea n) do artigo 3.º da diretiva de 2008 que se referia, tão só, ao “crédito em questão”. O acréscimo feito no preceito da diretiva de 2023 destina-se a cobrir a previsão do *serviço acessório*, definido na alínea 4) do artigo 3.º da diretiva.

37 Cf., por todos, F. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores*, cit., 33 e ss.; cf. também JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*², cit., 463-464: “Por conseguinte, nos termos desta lei, estaremos perante um contrato de crédito ligado a um contrato de consumo caso estejam preenchidos dois requisitos fundamentais: *exclusividade e unidade económica*”. Quanto a esta, escreve o autor: “Por outro lado, é ainda necessário que os contratos de crédito e de consumo formem uma unidade económico-funcional objetiva: presume-

De acordo com a definição da subalínea *b)* da alínea 20) do artigo 3.º da diretiva de 2023 – que formula o requisito da “unidade comercial sob o ponto de vista objetivo” – existe *unidade comercial* “quando o crédito ao consumidor for financiado pelo próprio fornecedor de bens ou prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiros, quando o mutuante recorrer aos serviços do fornecedor de bens ou do prestador de serviços de forma conexa com a publicitação, preparação ou celebração do contrato de crédito, ou caso os bens específicos ou a prestação de um serviço específico estejam expressamente previstos no contrato de crédito”.

II. Resulta do artigo 27.º/2 da diretiva de 2023 – que continua a previsão do artigo 15.º/2 da diretiva de 2008 – que, no caso de os bens ou serviços abrangidos por um contrato de crédito coligado não serem fornecidos ou prestados, ou só o serem parcialmente, ou não estejam em conformidade com o respetivo contrato, “o consumidor tem o direito de interpelar o mutuante se tiver interpelado o fornecedor ou o prestador mas não tiver obtido a reparação que lhe é devida nos termos da lei ou do contrato de fornecimento desses bens ou da prestação desses serviços”.

A medida e termos desse direito e respetivo exercício são remetidos para os Estados-Membros, remissão essa que potencia desarmonias de regimes nacionais num matéria nevrálgica³⁸ e em rota com apregoadá filosofia de “harmonização plena” (Considerando 13 e artigo 42.º/1). No caso do direito interno português, e com referência à previsão do artigo 15.º/2 da diretiva de 2008, o artigo 18.º da LCC adota um regime de ampla “propagação” de vicissitudes recíproca ou bidirecionais³⁹, regime esse que não cabe aqui analisar, quer em si, quer na sua “conformidade” com a diretiva de 2023. De qualquer modo, o sistema de “repercussões recíprocas”⁴⁰ ganha em ser mantido; há, como escreve José Engrácia Antunes, “um efeito de contágio intercontratual”⁴¹, o qual é imperativo e automático. Por outro lado, é manifesto que a relevância atribuída pelo legislador a essa “miscegenação contratual”⁴² envolve situações de incumprimento.

se iniludivelmente a existência de tal unidade em todos os casos de financiamento próprio (em que o crédito é concedido pela própria empresa fornecedora do bem ou prestadora do serviço) ou, nos casos de financiamento por terceiro, sempre que aquela empresa tenha recorrido à entidade concedente do crédito para negociar e celebrar o contrato ou sempre que os bens ou serviços de consumo estiverem expressamente previstos no contrato de crédito”.

38 Cf. o reparo de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, cit., 191, com referência à Diretiva 87/102/CEE, depois revogada pela Diretiva 2008/48/CE.

39 Cf., desde logo, GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores*, cit., 85 e ss.; Idem, ainda que antes da LCC, *União de contratos de crédito e de venda para o consumo*, Almedina, Coimbra, 2004; cf. também JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo*, cit., 628 e ss.. Na doutrina mais próxima, cf., por todos, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*2, cit., 462 e ss..

40 Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*2, cit., 465.

41 Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*2, cit., 464.

42 Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do consumo*2, cit., 463.

Na mesma linha de endosso para os direitos nacionais, o artigo 27.º/3 da diretiva de 2023 dispõe, em continuação da previsão do artigo 15.º/3 da diretiva de 2008, que o regime previsto nesse preceito é aplicável “sem prejuízo da aplicação de direito nacional “que torne o mutuante solidariamente responsável por toda e qualquer reclamação que o consumidor ou prestador possa ter contra o fornecedor ou prestador, caso a compra de bens ou serviços ao fornecedor ou prestador tenha sido financiada por um contrato de crédito”.

4. SOBRE A DENÚNCIA DE CONTRATOS DE CRÉDITO

I. O artigo 28.º/1 da Diretiva 2023/2225 – na linha do artigo 15.º/1 da Diretiva 2008/48/CE – impõe aos Estados-Membros que assegurem poderem os consumidores proceder, pela forma habitual, “à resolução de um contrato de crédito de duração indeterminada, em qualquer momento e gratuitamente, a menos que as partes tenham estipulado um prazo de pré-aviso” – prazo esse que, ainda de acordo com o primeiro parágrafo do artigo 28.º/1 citado, não pode exceder um mês.

Manifestamente, a figura a que o legislador aqui se reporta não é a resolução mas a *denúncia*. Na verdade, de acordo com um entendimento que é praticamente pacífico na doutrina, a *denúncia* corresponde ao modo de extinção discricionária, *ad nutum*, nos contratos duradouros de duração indeterminada⁴³, diversamente da *resolução*, que é um modo de extinção unilateral baseado na ocorrência duma *justa causa*, que torne inexigível a continuação da relação contratual⁴⁴, isto independentemente da duração determinada ou indeterminada do contrato.

A única exigência que a lei impõe ao denunciante é a de que a declaração de desvinculação seja feita com uma *antecedência razoável*,⁴⁵ a qual, como acima dito, não pode, *in casu*, ser inferior a um mês.

II. Já quanto a eventual denúncia por parte do credor de contrato de crédito de duração indeterminada, o segundo parágrafo do artigo 28.º/1 da diretiva – que

43 Cf., por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*⁹, cit, 133 e ss.. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*³, cit., 60 e ss., reconhecendo, embora, que a denúncia em sentido técnico corresponde à forma de cessação de relações contratuais estabelecidas por tempo indeterminado, identifica outras duas modalidades de denúncia.

44 Cf., por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*⁹, cit, 140 e ss.. Avultam aqui os estudos de JOÃO BAPTISTA MACHADO *Pressupostos da resolução por incumprimento e A resolução por incumprimento e a indemnização*, ambos recolhidos in “João Baptista Machado. Obra dispersa”, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, 125-193 e 195-213. Sobre a “cláusula resolutiva expressa”, cf., por todos, J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, Porto, 2019, 465 e ss. e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Desvinculação programada*, Almedina, Coimbra, 2021, 546 e ss..

45 No caso do contrato de agência, o artigo 28.º/1 do Decreto-Lei 178/86 indica tempos de antecedência mínima em função da duração do contrato. Contudo, esses prazos podem não ser os devidos à luz do princípio da boa fé, importando distinguir entre os prazos de antecedência mínima e os prazos de antecedência devida; cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Uma lex quasi perfecta. Variações sobre o diploma da agência*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro”, II, “Direito Comercial, Universidade de Coimbra, 2023)357-385), 372 e ss..

continua o regime do artigo 13.º/1 da diretiva de 2008 (segundo parágrafo) – faz depender tal possibilidade de uma previsão específica no contrato de crédito, devendo então o credor dar ao consumidor um pré-aviso de pelo menos dois meses, o qual deve ser efectivado em papel ou noutro suporte duradouro especificado no contrato de crédito.

A previsão da segundo parágrafo do artigo 28.º/1 da diretiva, ao fazer depender a existência do direito de denúncia de uma previsão no contrato de crédito, suscita algumas perplexidades em termos de dogmática geral de Direito dos Contratos, uma vez que briga, *ictu oculi*, com a “inadmissibilidade das vinculações contratuais perpétuas”⁴⁶.

III. O artigo 28.º/2 da Diretiva 2023/2225 reporta-se à hipótese de o credor, em contrato de duração indeterminada, “fazer cessar o direito do consumidor de efetuar levantamentos no âmbito do contrato”, hipótese essa que terá de ser estipulada no contrato de crédito e assentar em “razões objectivamente justificadas”.

Estamos perante situações de “corte de crédito” que, em rigor, não têm, exceccionalmente, de ter na sua base um incumprimento por parte do consumidor. O mesmo ocorre relativamente à “suspensão do crédito”, que não cabe na previsão literal do artigo 28.º/2 mas a que se deverão aplicar as mesmas exigências.

O corte de crédito em causa não tem de corresponder a uma situação de resolução do contrato de crédito, a qual poderá ter ou não lugar.

Querendo e podendo o credor cortar o crédito ao consumidor deve informá-lo da decisão de fazer cessar o direito e das respetivas razões, em papel ou noutro suporte duradouro especificado no contrato de crédito, “sempre que possível antes da cessão do direito e o mais tardar imediatamente a seguir, salvo se a prestação dessas informações for proibida pelo direito da União ou pelo direito nacional ou for contrária aos objetivos de ordem pública ou de segurança pública”⁴⁷.

O Considerando 68 exemplifica razões possíveis: “Essas razões podem ser, por exemplo, a suspeita de uso não autorizado ou fraudulento do crédito ou um risco significativamente acrescido de que o consumidor não possa cumprir as suas obrigações de reembolso do crédito”.

5. ALGUNS (POUCOS) ALINHAVOS CONCLUSIVOS

As parcas linhas deste Nótula evidenciaram o facto de a Diretiva 2023/2225 se manter, no essencial, na linha da Diretiva 2008/48/CE, não se tendo identificado

46 Cf., por todos, JOÃO BATISTA MACHADO, *Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento comercial*, in “João Baptista Machado. Obra dispersa”, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991 (647-681), 649 e ss..

47 Admite-se que, em concreto, possam ocorrer razões explicáveis à luz do regime do segredo bancário ou dos regimes vigentes para combate ao branqueamento de capitais. Sobre o segredo bancário, cf., no direito português, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, 354 e ss..

uma empenhada preocupação em alinhar regimes claros que evitem o identificado “quadro regulamentar fragmentado” (do Considerando 5) a nível dos direitos nacionais.

Pontos essenciais de regime, como seja o da resolução por incumprimento ou o dos contratos coligados, permanecem praticamente ao livre desígnio dos direitos nacionais, não obstante ser a matéria do incumprimento uma das áreas mais sensíveis e das que careceriam de uma maior harmonização, em ordem a garantir o apregoado “elevado nível de defesa” (Considerando 12) dos consumidores.

Finalmente, o legislador europeu não é claro e cristalino sobre as “disposições harmonizadas” e as que o não são, encontrando-se, aqui e ali, alento nos Considerandos para legislação interna não “autorizada” pelo artigo 42.º da diretiva, com o que padece a segurança jurídica e o almejado propósito de harmonização plena.

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1 de junho de 2025.

EMPREITADA CIVIL E DE CONSUMO. ALGUMAS DIFERENÇAS DE REGIME JURÍDICO

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde¹

Resumo: Atendendo à debilidade técnico-jurídica da posição do consumidor, o regime especial das empreitadas de consumo é consideravelmente mais favorável ao dono da obra do que a disciplina geral da empreitada civil, destacando-se dois aspectos essenciais. Por um lado, no âmbito da empreitada de consumo, o empreiteiro responde objectivamente perante o consumidor, ao invés do que sucede com a empreitada civil, em que vigora uma presunção de culpa do devedor. Por outro, o consumidor não tem que provar a existência de desconformidade à data da entrega, beneficiando da presunção legal de que as desconformidades que se manifestem no prazo de dois anos a contar da entrega do bem já existiam nessa data.

Palavras-chave: meios de defesa do consumidor/ responsabilidade objectiva /culpa/ónus da prova/ presunção de desconformidade

1. NOÇÃO LEGAL DE EMPREITADA. DISTINÇÃO ENTRE EMPREITADA CIVIL E EMPREITADA DE CONSUMO

I. O artigo 1207.º do Código Civil define a empreitada como o contrato pelo qual uma das partes se obriga a realizar certa obra, mediante um preço². A empreitada distingue-se das outras modalidades de prestação de serviço a que se refere o artigo 1155º, porque tem por objecto uma obra, que é um acto material, enquanto o mandato tem por objecto a prática de um acto jurídico e o depósito a guarda de uma coisa.

Existe uma forte controvérsia sobre o conceito de obra para efeitos de delimitação do objecto do contrato de empreitada. Pergunta-se se a obra deve ser corpórea no sentido de se reconduzir a um objecto material, criado ou modificado pelo empreiteiro ou se, pelo contrário, pode também ser uma coisa incorpórea, designadamente, de carácter intelectual³.

A orientação maioritária considera que a obra consiste num determinado *resultado material*, correspondente à construção, criação, modificação, reparação ou

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Doravante, os preceitos legais citados sem indicação de fonte, dizem respeito ao Código Civil português em vigor.

³ Tomando partido na controvérsia doutrinária, ANTUNESVARELA, *Parecer sobre a prestação de obra intelectual*, ROA, 1985, pp. 159 e ss, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XII, Contratos em Especial (2.ª Parte), Almedina, Coimbra, 2018, p. 848 e ss e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em Especial*, 14.ª edição, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 509 e ss.

demolição de uma coisa corpórea, móvel ou imóvel (a reparação de um automóvel ou um electrodoméstico, a confecção de uma peça de roupa, a construção de um edifício ou de um barco, a terraplanagem de um terreno, a abertura de um poço, a dragagem de um porto, etc.). Se a prestação de serviço não envolve a verificação deste resultado material, não existe empreitada, mas um contrato atípico de prestação de serviço. Neste sentido, convergem várias disposições do regime legal da empreitada que pressupõem justamente uma obra física; é o caso das regras sobre fiscalização da obra (artigo 1209º), fornecimento de materiais e utensílios (artigo 1210º), propriedade da obra (artigo 1212º), a sua entrega ou aceitação (artigo 1217º/1 e 1224º/1) e o perecimento ou deterioração da coisa (artigo 1228º).

II. O contrato de empreitada configura uma *empreitada de consumo*, quando a relação contratual se estabelece entre sujeitos que preencham os conceitos legais de “profissional” e “consumidor” tal como estão definidos no Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, que veio regular os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Directivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, cujo regime se estende aos contratos de empreitada de bens de consumo nos termos do respectivo artigo 3.º.

Segundo o artigo 2.º, alínea o), entende-se por profissional a pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que actue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

Por seu lado, a alínea g) define consumidor como a pessoa singular que actue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. O uso não profissional consiste na utilização de bens e serviços a título pessoal, familiar ou doméstico.

Em suma, deve considerar-se celebrada uma empreitada de consumo quando a obra for encomendada por uma pessoa singular que a destina a um uso não profissional, desde que o empreiteiro contratado exerça uma determinada atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional que abranja a realização da obra em causa, mediante remuneração. Concluindo: só há empreitada de consumo quando o dono da obra for um consumidor e o empreiteiro for um profissional de acordo com os respectivos conceitos legais, visando a obra satisfazer fins não profissionais.

2. O ÂMBITO OBJECTIVO DE APLICAÇÃO DO ACTUAL REGIME LEGAL DAS EMPREITADAS DE CONSUMO; O PROBLEMA DAS EMPREITADAS DE CONSUMO QUE NÃO SEJAM DE FORNECIMENTO DE BENS

O artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 84/2021 estabelece que o regime legal da compra e venda de bens de consumo é aplicável aos bens *fornecidos* no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens (com as necessárias adaptações), na linha do que já dispunha o artigo 1.º-A, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Deste modo, segundo a letra da lei, não estariam abrangidas as empreitadas de consumo que não envolvessem o fornecimento de bens, estando, portanto, afastadas as empreitadas que tivessem por objecto a mera reparação, conservação ou demolição de bens móveis ou imóveis pré-existentis.

Mantêm-se, assim, os inconvenientes da solução legal que já eram patentes à luz da legislação anterior. São obviamente idênticas ou, no mínimo, similares, as necessidades de protecção de um consumidor que compra um computador e do consumidor que o entrega para reparar, assim como também são equiparáveis as necessidades de protecção do consumidor que, por hipótese, encarrega o empreiteiro de construir uma moradia e daquele que o incumbe de a reconstruir ou remodelar. Como salientava PEDRO ROMANO MARTINEZ ao salientar a discrepância de resultados: se uma casa fosse construída de raiz, aplicar-se-ia o regime das empreitadas de consumo; se foi totalmente reparada, já se aplicava a disciplina comum do Código Civil⁴.

Subsiste, portanto, a necessidade de uma extensão do campo de aplicação do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 84/2021 em ordem a abranger as empreitadas de consumo em geral, incluindo as que tenham por objecto obras de reparação, limpeza, conservação, transformação, remodelação ou demolição de bens móveis e imóveis, por caberem dentro do que possa ter sido a intenção reguladora do legislador, objectivamente interpretada⁵.

Com respeito ao tipo de bens que podem ser objecto das empreitadas de consumo, estão abrangidos, em primeiro lugar, os bens móveis corpóreos (artigo 2.º, c), i)) e, em segundo, os imóveis, concretamente, os prédios urbanos para fins habitacionais, entendendo-se como tal qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro, sendo parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência (artigo 2.º, d)).

3. EMPREITADA CIVIL. OS DEFEITOS DA OBRA E OS MEIOS DE TUTELA DO DONO

I. O regime legal da empreitada civil compreende duas secções que respeitam às perturbações da empreitada: a primeira tem por objecto os defeitos da obra e está prevista nos artigos 1218º a 1226º; a segunda respeita à impossibilidade de cumprimento e risco pela perda ou deterioração da coisa (artigos 1227º e 1228º).

3. 1. Os defeitos da obra. Verificação e denúncia

4 *Empreitada de bens de consumo: a transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, Almedina, Lisboa, 2005, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. 2, 2005, p. 22.

5 Já nos pronunciámos neste sentido em RUI ATAÍDE, *Empreitada de bens de consumo*, Estudos de Direito do Consumo (organizados pelo IDC/Associação para o Estudo do Direito do Consumo e o Centro de Investigação de Direito Privado), Volume II, Coimbra, Almedina, 2023, p. 294.

I. Sem prejuízo de poderem revestir natureza jurídica, os defeitos da obra são, em regra, defeitos materiais, que se podem reconduzir às desconformidades e aos vícios⁶.

Há desconformidade quando a obra não reúna as características e as qualidades fixadas no contrato, gerando a sua inaptidão para realizar o fim a que se destina, enquanto os vícios exprimem a falta de qualidade da obra por inobservância das regras da arte.

Os defeitos tanto podem ser *aparentes* como *localizáveis* ou *ocultos*. Os defeitos aparentes são visíveis sem necessidade de verificação; é o que sucede quando se realiza uma obra diferente ou quando se constrói um edifício sem janelas. Os defeitos são localizáveis quando uma verificação normal os permita detectar e são ocultos quando apenas o tempo os permite apurar com a própria utilização da coisa.

II. A *verificação* da obra é necessária para permitir a sua aceitação consciente pelo dono, nos termos do artigo 1218.º, n.º 1. A verificação deve ser proporcionada pelo empreiteiro e se não o for, não é possível a denúncia de eventuais defeitos. O seu resultado deve ser comunicado ao empreiteiro.

Quanto à aceitação, ela pode ser expressa, tácita (quando o dono assume o controlo material da obra) ou pelo silêncio, nos termos do artigo 1218.º, n.º 5, quando o dono omitir a verificação ou a comunicação dos seus resultados.

Por outro lado, a aceitação tanto pode ser simples como com reserva; neste último caso, a aceitação vem acompanhada da denúncia de defeitos.

A aceitação pode ainda ser recusada, quando se verificarem defeitos que impeçam o uso da obra para o fim pretendido. A aceitação com reserva ou a recusa de aceitação devem ser devidamente comunicadas ao empreiteiro. Se a aceitação for feita sem reserva e com o conhecimento dos defeitos, preclui posteriores denúncias, gerando a irresponsabilidade do empreiteiro nos termos do artigo 1219.º, n.º 1.

III. Segundo o artigo 1220.º, o dono da obra deve, sob pena de caducidade dos direitos conferidos nos artigos seguintes, *denunciar* ao empreiteiro os defeitos da obra dentro dos trinta dias seguintes à sua descoberta. O n.º 2 acrescenta que equivale à renúncia o reconhecimento, por parte do empreiteiro, da existência do defeito. Cabe ao empreiteiro provar que o dono conheceu os vícios mais de 30 dias antes de os ter denunciado. Por seu turno, o dono da obra deve provar a existência do defeito à data da entrega da obra, momento a partir do qual se presume a culpa do empreiteiro.

Embora a lei não o exija, a denúncia deve observar, para efeitos de prova, a forma escrita, devendo explicitar com clareza os defeitos denunciados. Por outro lado, se o dono da obra a aceitar sem reserva e com conhecimento dos defeitos da mesma, o empreiteiro já não responde por eles (artigo 1219º/1) e o n.º 2 acrescenta

6 Sobre o que se deva entender por “defeitos” da obra no contexto da empreitada, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XII, pp. 942 e ss.

que a lei presume conhecidos os defeitos aparentes, tenha ou não havido verificação da obra. Em caso de defeitos aparentes, cabe ao dono da obra provar que não a aceitou ou que a aceitou com reserva.

3. 2. As pretensões do dono da obra

Havendo cumprimento imperfeito pelo empreiteiro, assiste ao dono da obra um importante conjunto de meios de defesa escalonados de forma hierárquica e que lhe permitem reagir contra os defeitos apresentados pela obra.

3. 2. 1. Eliminação dos defeitos e obra nova

A primeira solução e também a mais adequada, em face de um defeito da obra, é a sua supressão pelo empreiteiro (artigo 1221.º, n.º 1). Ao exigir a reparação dos defeitos, o dono da obra tem que estar em condições de provar a sua ocorrência.

O direito à reparação dos defeitos cessa em duas circunstâncias: se não for possível ou se ocasionar despesas desproporcionadas em relação ao proveito.

Caso a reparação não seja possível, o dono da obra pode exigir uma nova construção, conceito que se deve entender em sentido amplo de modo a abarcar a realização de qualquer obra. Cessam estes dois direitos se as despesas forem desproporcionadas em relação ao proveito (artigo 1221.º, n.º 2). Há que entender que esta desproporção deve ser manifesta ou chocante, de modo a evitar que se premeie o empreiteiro pelas suas faltas.

Em face de defeitos não corrigidos pelo empreiteiro, o dono da obra não pode, em linha de princípio, tomar a iniciativa de os mandar corrigir por terceiros à custa do faltoso, embora a jurisprudência o admita em caso de urgência, a qual se verifique sempre que haja ameaça de novos danos ou se a demora prejudicar gravemente o dono da obra. O Código Civil pretendeu assim manter a hierarquia dos meios de tutela: correcção dos defeitos, obra nova, redução do preço e resolução, procurando evitar que o empreiteiro seja posto perante factos consumados que não tivesse podido verificar, em virtude de, depois de feita a reparação, não se conseguir saber se havia vícios e qual a sua extensão.

3. 2. 2. A redução do preço e a resolução

Quando os defeitos não são eliminados nem foi construída uma obra nova, o artigo 1222.º, n.º 1 estabelece que o dono pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, caso os defeitos tornem a obra inadequada ao fim a que se destina. Exige-se assim que exista incumprimento definitivo do contrato para que o dono possa accionar o mecanismo da redução do preço ou da resolução.

3. 3. A hierarquia de meios; procedimento, natureza injuntiva e aplicação alargada

Face à existência de defeitos, a lei prevê quatro remédios: reparação dos defeitos, realização de obra nova, redução do preço e resolução do contrato.

Com excepção das duas últimas soluções, que dependem da opção do dono da obra por uma ou outra, entende-se que existe uma hierarquia entre elas. O dono deve começar por exigir a reparação dos defeitos; caso esta não seja possível, segue-se a construção de obra nova; não sendo viável, a redução do preço ou a resolução. Com esta hierarquia dos meios de tutela, a lei pretendeu, fundamentalmente, proteger o empreiteiro, visto que o dono da obra só os pode utilizar de forma selectiva e na sequência indicada⁷.

3. 4. A ARTICULAÇÃO COM OS REMÉDIOS GERAIS

O sistema específico dos meios de tutela do dono da obra está centrado apenas nos defeitos, pelo que deve ser concatenado com os remédios gerais.

Em primeiro lugar, temos o regime da mora, que se pode aplicar ao dono, relativamente ao preço e ao empreiteiro, no tocante à obra.

Em segundo lugar, o artigo 1223.º estabelece que o exercício dos direitos conferidos pelos preceitos anteriores não exclui o direito de o dono da obra ser indemnizado nos termos gerais. Assim, por exemplo, a correcção dos defeitos tem esse preciso objectivo, descurando saber se ficaram ou não danos por indemnizar.

O cumprimento defeituoso do contrato de empreitada desencadeia a presunção de culpa do artigo 799.º, desde que o vício respeite ao contrato celebrado.

3. 5. A CADUCIDADE DOS REMÉDIOS DO DONO DA OBRA

Segundo o artigo 1224.º, n.º 1, os direitos de eliminação dos defeitos, redução do preço, resolução e indemnização caducam se não forem exercidos dentro de um ano a contar da recusa da aceitação da obra ou da aceitação com reserva, sem prejuízo do prazo de caducidade previsto no artigo 1220.º, que obriga o dono da obra a denunciar os defeitos da obra em 30 dias após o seu descobrimento. Estes prazos curtos só se aplicam quando se trate de defeitos da obra, ou seja, quando o artigo 1224.º, n.º 1 fala de indemnização, refere-se à indemnização prevista no artigo 1223.º que se destina a reparar os danos causados pelos defeitos. Se, em vez disso, a indemnização se fundar em mora ou não cumprimento, aplicam-se os prazos ordinários de prescrição.

Por seu turno, o artigo 1224.º n.º 2 determina que, sendo os defeitos desconhecidos do dono da obra e este a aceitou, o prazo de caducidade conta-se a partir da denúncia; porém, em nenhum caso, esses direitos podem ser exercidos depois de decorrerem dois anos sobre a entrega da obra.

Porém, o prazo de dois anos deve ser interpretado como um prazo para denunciar os defeitos. Depois disso, volta-se ao artigo 1224.º, n.º 1, pelo que, feita a denúncia, haverá um ano para exercer os direitos aí referidos; a não ser assim, se o

7 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XII, pp.957 e ss, entende que a lei não impôs uma hierarquia rígida dos meios de tutela, preocupando-se, sobretudo, em evitar a duplicação de remédios.

defeito fosse conhecido três dias antes de o prazo terminar, restaria esse prazo para fazer a denúncia e depois exercer os direitos⁸.

3. 6. Imóveis de longa duração. Regime

I. Quando a empreitada tem por objecto edifícios ou outros imóveis que, pela sua natureza, se destinem a uma longa duração, justificam-se regras especiais de caducidade e garantia, que estão previstas no artigo 1225.º que, no seu conjunto, constituem um regime especial, mais severo para o empreiteiro. Como se trata de uma disciplina que institui uma protecção especial para o dono da obra, compreende-se que o artigo 1225.º comece por ressaltar o disposto nos preceitos anteriores, pelo que se aplicam igualmente os direitos aí conferidos.

O campo de aplicação do preceito circunscreve-se aos edifícios e outros imóveis que se destinem, pela sua natureza, a longa duração (barragens, pontes, canais, tuneis, poços, etc.). O regime legal apenas funciona para os casos em que há longa duração *ex natura* e não por estipulação contratual, estendendo-se não só à obra edificada, mas ainda à própria obra acessória nela incorporada, como será o caso, por exemplo, de um forno construído numa padaria, de uma piscina incorporada no terreno de uma moradia ou de um sistema de aquecimento central.

A norma funciona quando a obra apresente vício do solo ou da construção, modificação ou reparação, por erros na execução do trabalho ou se apresentar defeitos. Por vício, tanto se pode entender o defeito, como a desconformidade com o contratado. A lei não exige que o vício seja grave: pode relevar o degrau de uma escada que esteja partido, uma fechadura bloqueada ou uma antena desafinada.

O artigo 1225.º consagra uma verdadeira garantia legal por cinco anos a cargo do empreiteiro, o qual apenas pode afastar a responsabilidade, ilidindo a causalidade, ou seja, provando que os defeitos ou a ruína provieram de causas exteriores à sua actuação enquanto empreiteiro (*v.g.*, tremor de terra). Deste modo, trata-se de uma responsabilidade objectiva, que não depende de ilicitude ou culpa do empreiteiro e os beneficiários da responsabilidade são o empreiteiro e o terceiro adquirente.⁹

II. O preceito tem o especial relevo de ampliar, quanto aos edifícios e outros imóveis, os prazos para a denúncia de defeitos da obra e exercício das consequentes pretensões. Vejamos:

- O artigo 1225.º, n.º 1 fixa um prazo de garantia de cinco anos, a contar da entrega, durante o qual o empreiteiro é responsável. Os cinco anos devem ser interpretados, à semelhança do artigo 1224.º, n.º 2, como um prazo de denúncia de defeitos e não como um prazo de caducidade para o exercício de todos os direitos;

⁸ É o exemplo dado por PEDRO DE ALBUQUERQUE/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2019, Volume II, p. 447.

⁹ Sustentando a natureza objectiva da responsabilidade do empreiteiro ao abrigo do artigo 1225.º, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em Especial*, p. 552 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XII, pp. 975-976.

- O artigo 1225.º, n.º 2 prevê que a denúncia do defeito ocorra no prazo de um ano (a lei não diz, mas à semelhança do artigo 1220.º, n.º 1, deve entender-se que o prazo de um ano corre a contar da descoberta do defeito), ao contrário do prazo normal fixado no artigo 1220.º que é de um mês, devendo a indemnização ser pedida no ano seguinte à denúncia;

- O artigo 1225.º, n.º 3 vem dizer que os prazos previstos no número anterior também se aplicam à eliminação dos defeitos prevista no artigo 1221.º, mas deve entender-se que esses prazos também se aplicam à pretensão de nova construção, prevista no artigo 1221.º, n.º 1 e às pretensões de redução do preço e resolução do contrato, previstas no artigo 1222.º, n.º 1;

- O n.º 4 estende o regime do preceito ao vendedor de imóvel que o tenha construído, modificado ou reparado. Por razões teleológicas, os Tribunais apenas aplicam o n.º 4 aos vendedores profissionais, não o aplicando, por exemplo, ao particular que faça obras em causa e depois o venda.

Deve ainda entender-se que os prazos fixados no artigo 1225.º são imperativos quanto aos seus limites mínimos, nada impedindo portanto que as partes os alarguem.

4. EMPREITADA DE CONSUMO. DESCONFORMIDADE E MEIOS DE DEFESA DO DONO DA OBRA

I. A disciplina instituída pelo Decreto-Lei n.º 84/2021 e pela Lei de Defesa o Consumidor, na parte adaptável ao contrato de empreitada, constitui lei especial com respeito às regras gerais estabelecidas no Código Civil para este tipo contratual. Por consequência, às empreitadas de consumo não serão aplicáveis as disposições gerais do Código que se revelem incompatíveis com os referidos regimes especiais, como sucede, nomeadamente, com as regras dos artigos 1218.º a 1225.º, que regem os defeitos da obra e os meios de tutela do seu dono.

Uma das diferenças mais assinaláveis consiste no carácter *objectivo* da responsabilidade do empreiteiro de bens de consumo, ao invés da disciplina comum da empreitada, subordinada à presunção de culpa do devedor em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso (artigo 799º, n.º 1, CC).

Em sede de empreitada de consumo, o empreiteiro responde *objectivamente* perante o consumidor, sem prejuízo do direito de regresso que lhe possa assistir contra o profissional a quem adquiriu os materiais defeituosos com que executou a obra, se esse tiver sido o caso (artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 84/2021). A responsabilidade objectiva teve origem logo na versão originária da Lei de Defesa do Consumidor, que a consagrava de forma expressa, mantendo-se de modo implícito durante a vigência do Decreto-Lei n.º 67/2003¹⁰.

10 JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 212-213, salienta que a versão originária da Lei de Defesa do Consumidor já consagrara a responsabilidade objectiva do empreiteiro.

Os meios de tutela concedidos ao consumidor são cumuláveis com os remédios gerais, designadamente, com a indemnização dos danos sofridos com o cumprimento imperfeito. Dentro do perímetro indemnizatório que assiste ao consumidor, insere-se, por exemplo, o direito à reparação dos prejuízos causados pela privação de uso da coisa enquanto a sua conformidade é reposta, como será o caso de, por hipótese, o dono da obra ser obrigado, em se tratando de imóvel, a encontrar alojamento alternativo durante a reparação dos defeitos de que padecia a sua habitação. Com efeito, além das regras gerais sobre dever de indemnizar, a reparação do dano da privação de uso encontra ainda cobertura ao abrigo do artigo 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, que atribui ao adquirente o direito ao ressarcimento dos danos patrimoniais (e não patrimoniais) resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos no âmbito das relações de consumo.

4. 1. O dever de conformidade

O dever nuclear do empreiteiro consiste na entrega da obra em conformidade com o contrato (artigos 5.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 84/2021). Mantém-se assim a anterior orientação legal de harmonizar a reacção contra os defeitos da coisa através da imposição de uma obrigação de conformidade.

Em termos sistemáticos, o DL 84/2021 separou os critérios de conformidade conforme se trate de bens móveis (artigos 5.º a 21.º), imóveis (artigos 22.º a 25.º) e conteúdos ou serviços digitais (artigos 26.º a 39.º). Como a empreitada apenas pode incidir sobre coisas corpóreas, apenas interessam os critérios de conformidade dos dois primeiros grupos de bens.

Com respeito aos bens móveis, cumpre distinguir entre requisitos *subjectivos* e *objectivos* de conformidade.

Os requisitos de conformidade dizem-se subjectivos quando resultam de forma directa da relação entre o dono da obra e o empreiteiro e são objectivos quando apenas de modo indirecto fazem parte do contrato, uma vez que estão relacionados, principalmente, com a legítima expectativa do consumidor.

Os requisitos subjectivos estão descritos no artigo 6.º e os requisitos objectivos de conformidade estão estabelecidos no artigo 7.º, n.º 1, alíneas a) a d).

4. 2. A verificação da desconformidade

Resulta dos artigos 5.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 84/2021 que a conformidade da obra é averiguada no momento da sua entrega ao consumidor. O artigo 11.º, n.º 1, estabelece que a entrega ocorre quando o dono da obra ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquire a posse física do bem.

Esta solução significa que a transferência do risco apenas se produz com a entrega, representando assim, em alguns casos, um desvio em relação ao regime geral do risco no contrato de empreitada, acolhido no artigo 1228.º, n.º 1, CC, que, seguindo a regra *res perit domino*, faz correr por conta do proprietário o risco de perecimento ou deterioração da coisa.

De facto, ao exigir a conformidade da coisa no momento da entrega, o DL 84/2021 – à semelhança do que já sucedia perante o artigo 3.º, n.º 1, do DL n.º 67/2003 – faz correr por conta do empreiteiro o risco concernente ao período intercalar entre a conclusão da obra e a sua entrega, apesar de o dono da obra já ser seu proprietário nos termos do artigo 1212.º, n.º 1, segunda parte, desde a conclusão da obra. Não seria de facto compatível com o escopo de defesa do consumidor que o risco já estivesse a correr por sua conta antes ainda de a coisa lhe ser entregue.

Outra diferença importante com a empreitada civil reside no *regime do ónus da prova da desconformidade*: segundo as regras gerais, competiria ao consumidor provar a existência de desconformidade à data da entrega, mas o seu esforço probatório está facilitado pelo artigo 13.º, n.º 1 do DL 84/2021, que estabelece a presunção de que as desconformidades que se manifestem no prazo de dois anos a contar da entrega do bem já existiam nessa data.

4. 3. Os meios de tutela do consumidor em caso de desconformidade da obra

I. O profissional é responsável por qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de três anos a contar da entrega do bem (artigo 12.º). Porém, a elevação da garantia legal em um ano foi relativamente esvaziada em termos efectivos, visto a presunção de que a desconformidade já existia à data da entrega apenas se mantém nos primeiros dois anos a contar da entrega do bem.

Em caso de desconformidade, assiste ao dono da obra um importante conjunto de meios de tutela, prescritos no artigo 15.º, n.º 1: reparação ou substituição do bem (alínea a)), redução proporcional do preço (alínea b)) ou a resolução do contrato (alínea c)), os quais mantêm uma relação hierárquica entre si.

Além disso, o artigo 16.º confere ao consumidor o direito de rejeição dos bens quando a falta de conformidade se manifeste no prazo de 30 dias após a entrega. Neste caso, o consumidor pode solicitar a imediata substituição do bem ou a resolução do contrato. Por seu lado, o artigo 15.º, n.º 7, atribui ao consumidor o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ao profissional até que este cumpra os deveres legais previstos no DL n.º 84/2021.

Ainda em termos gerais, assinala-se que o artigo 15.º, n.º 10, estabelece a transmissão dos direitos previstos no preceito ao terceiro adquirente do bem a título gratuito ou oneroso.

Embora o negócio com o terceiro adquirente já não constitua um contrato de consumo dado que o alienante não é profissional, a disposição visa assegurar a neutralidade da transmissão em relação ao empreiteiro que fica perante o terceiro na mesma posição jurídica que detinha perante o dono da obra, visto não haver renovação dos prazos legais concedidos ao primeiro adquirente, sendo ainda indiferente o número de alienações porquanto o empreiteiro responderá sempre perante o último adquirente.

De todo o modo, o terceiro adquirente não poderá em rigor exercer todos os direitos concedidos pelo preceito ao dono da obra. Com efeito, apenas este pode

requerer a redução do preço e a resolução do contrato, porquanto estes mecanismos repercutem-se no contrato de empreitada, modificando-o ou extinguindo-o, pelo que somente as próprias partes os podem activar.

Cabe, agora, analisar em separado os diversos meios de tutela do dono da obra.

4. 3. 1. Reposição da conformidade: reparação ou substituição do bem

Com respeito à reposição da conformidade, o dono da obra pode escolher, nos termos do artigo 15.º, n.º 2 do DL n.º 84/2021, entre a reparação ou a substituição do bem, salvo se o meio escolhido para a reposição da conformidade for impossível ou, em comparação com o outro meio, impuser ao profissional custos desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo o valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade (alínea a), a relevância da falta de conformidade (alínea b) e a possibilidade de recurso ao meio de reposição da conformidade alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor (alínea c).

Segundo o artigo 18.º, n.º 2, o dever de reparar ou substituir o bem deve ser cumprido a título gratuito num prazo razoável a contar do momento em que o profissional tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade e sem grave inconveniente para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade a que o consumidor os destina (alíneas a), b) e c)).

4. 3. 2. Redução proporcional do preço e resolução do contrato

De acordo com a hierarquia dos meios de tutela, o dono da obra só pode recorrer à redução proporcional do preço nos termos do artigo 19.º, ou à resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, quando se verificar uma das hipóteses previstas no artigo 15.º, n.º 4, alíneas a), b), c), d)), todos do DL n.º 84/2021.

Em primeiro lugar, quando o profissional não tiver efectuado a reposição da conformidade da obra nos termos exigidos, quando tiver recusado essa reposição ou se declarar, ou resultar evidente das circunstâncias, que não vai repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor (alínea a)).

Em segundo, se a falta de conformidade reaparecer apesar da tentativa do profissional de repor os bens em conformidade, se ocorrer uma nova falta de conformidade ou quando a gravidade da falta de conformidade justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato (alíneas b), c), d)).

A redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos bens que foram recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que teriam se estivessem em conformidade (artigos 15.º, n.º 5 e 19.º).

4. 3. 3. Caducidade dos meios de defesa do dono da obra

O artigo 17.º do DL n.º 84/2021 estabelece que os direitos atribuídos ao consumidor pelo artigo 15.º, caducam decorridos dois anos a contar da data da

comunicação da falta de conformidade, suspendendo-se nas seguintes situações: a) desde a colocação do bem à disposição do profissional com vista à realização das operações de reparação ou substituição até à reposição da conformidade e disponibilização do bem ao consumidor; b) durante o período temporal em que durar a tentativa de resolução extrajudicial do conflito de consumo que opõe o consumidor ao profissional ou ao produtor.

4. 4. O dever de conformidade dos bens imóveis

A existência de um regime especial da empreitada de consumo de bens imóveis permanece como vantagem adicional concedida aos consumidores pelo legislador interno já desde a Lei de Defesa do Consumidor, uma vez que a Directiva europeia continua a limitar o âmbito dos bens de consumo aos bens móveis (tangíveis).

À semelhança do estabelecido para os bens móveis, o artigo 22.º, n.º 1 determina igualmente que o profissional deve entregar ao consumidor bens imóveis que estejam em conformidade com o contrato e que apresentem características de qualidade, de segurança, de habitabilidade, de protecção ambiental e de funcionalidade, de modo a assegurarem a aptidão dos mesmos ao uso a que se destinam durante o período de vida útil técnica e economicamente razoável.

Ao contrário da solução adoptada com respeito ao fornecimento de bens móveis, o legislador conservou a técnica das presunções de desconformidade, à semelhança do que já constava do regime legal anterior.

O artigo 22.º, n.º 2 configura assim quatro hipóteses de presunções de desconformidade dos imóveis:

- a) Quando os bens sejam desconformes com a descrição que deles foi feita ou não possuam as qualidades apresentadas pelo empreiteiro, através de uma amostra ou modelo apresentados ao consumidor. O âmbito desta previsão excede o alcance do regime geral previsto no Código Civil sobre os defeitos da obra, porquanto abrange, além do clausulado contratual, as simples declarações de ciência do empreiteiro;
- b) Se os bens não forem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine, desde que o profissional tenha sido informado de tal uso aquando da celebração do contrato e o tenha aceite;
- c) Quando não forem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo, ou seja, se não permitirem um uso normal;
- d) Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo profissional, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade. Verifica-se, aqui, um novo caso de relevância de declarações que não faziam parte do enunciado negocial, à semelhança do que se assinalou em relação ao estabelecido na alínea a) deste preceito e alargando nessa medida, a esfera de protecção

do consumidor em relação à disciplina geral da empreitada estabelecida no Código Civil.

Verificado um destes indícios, cabe ao empreiteiro ilidir a presunção de desconformidade. Este regime só não se aplica se, conforme prevê o artigo 22.º, n.º 4, no momento em que for celebrado o contrato, o consumidor tivesse conhecimento da falta de conformidade ou não a pudesse razoavelmente ignorar ou se esta decorrer dos materiais que ele próprio forneceu (designadamente, projectos, estudos, máquinas ou terrenos).

4. 5. Responsabilidade pela desconformidade dos bens imóveis

Segundo o artigo 23.º do DL n.º 84/2021, o empreiteiro responde perante o dono da obra por qualquer falta de conformidade que exista quando o bem imóvel lhe é entregue e se manifeste no prazo de dez anos, em relação a desconformidades relativas a elementos construtivos estruturais (artigo 23.º, n.º 1, alínea a)), ou no prazo de cinco anos, quanto às restantes faltas de conformidade (artigo 23.º, n.º 1, alínea b)).

Foram, assim, reforçados os direitos do consumidor em caso de falta de conformidade dos bens imóveis, alargando-se para 10 anos o respectivo prazo de garantia quando se tratar de desconformidades relativas a elementos construtivos estruturais, mantendo-se o anterior prazo de 5 anos quanto às restantes desconformidades.

Ao invés da deficiente solução adoptada em sede de bens móveis (artigos 12.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1), o tempo de vigência destas presunções de desconformidade corresponde inteiramente aos prazos de garantia legal.

Com efeito, a falta de conformidade que se manifeste nos prazos referidos no artigo 23.º, n.º 1 presume-se existente aquando da entrega do bem imóvel, salvo quanto tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade (artigo 23.º, n.º 4). A solução reverte, assim, no encargo imposto ao empreiteiro de demonstrar, durante o período de garantia, que a desconformidade não existia no momento da entrega do bem.

4. 6. Os meios de tutela do dono da obra

Divergindo da decisão tomada a respeito dos bens móveis, o legislador manteve, no regime dos imóveis, a ausência de hierarquização dos remédios ao dispor do consumidor, em caso de desconformidade da obra. Com efeito, o artigo 24.º, n.º 1 do DL n.º 84/2021 vem estabelecer que “em caso de falta de conformidade do bem imóvel, o consumidor tem direito a que esta seja reposta, a título gratuito, por meio de reparação ou de substituição, à redução proporcional do preço ou à resolução do contrato”.

O artigo 24.º, n.º 2, acrescenta que “o consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos no número anterior, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais”, o que requer um juízo concreto de

proporcionalidade, que poderá redundar, em última análise, numa hierarquização prática dos remédios.

À semelhança da solução adoptada para os bens móveis, também se eliminou o ónus que impedia sobre o dono da obra de denunciar o defeito dentro de determinado prazo após o seu conhecimento, com a consequente caducidade dos seus direitos.

De todo o modo, participados os defeitos, o artigo 25.º, n.º 1 estabelece que os direitos atribuídos ao consumidor caducam decorridos três anos a contar da data da comunicação da desconformidade.

4. 7. A garantia comercial

Além da garantia legal que responsabiliza o profissional pela conformidade do bem durante os prazos fixados nos artigos 12.º e 23.º do DL n.º 84/2021, o empreiteiro pode oferecer de modo voluntário direitos adicionais, conforme se prevê no artigo 43.º.

É a chamada “garantia comercial” cujo conteúdo pode assegurar benefícios complementares ao consumidor, mormente, a fixação antecipada da indemnização devida pelo incumprimento ou a extensão do prazo da garantia legal.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO IMPORTADOR NO FORNECIMENTO DE BRINQUEDOS E A PROTEÇÃO DA SAÚDE E SEGURANÇA DA CRIANÇA

Antonio Carlos Morato

Resumo: O objetivo deste artigo foi o de examinar a responsabilização civil dos importadores de brinquedos diante da possibilidade de lesões à saúde e segurança das crianças, uma vez que preservar a incolumidade física destas constitui um interesse comum nos sistemas de defesa do consumidor dos países lusófonos que integram a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) criada em Lisboa em 17 de julho de 1996, tendo o autor concentrado sua análise em cinco de seus nove integrantes (Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique e Portugal), sendo oportuno destacar a relevância do tema dada o inequívoco aumento do fluxo de bens entre países de diversos continentes nas últimas décadas, apesar de crises políticas e econômicas.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Importação; Responsabilidade solidária; Danos morais e materiais às crianças; Hipervulnerabilidade; Saúde e segurança.

Abstract: The target of this article was to examine the civil liability of toy importers in the face of the potential risks of children's health and safety, given that preserving their physical integrity is a common interest among the consumer protection systems of Lusophone countries that are part of the Community of Portuguese Language Countries (CPLP), established in Lisbon on July 17, 1996. The author focused their analysis on five of its nine member states (Angola, Brazil, Cape Verde, Mozambique, and Portugal), highlighting the relevance of the topic due to the undeniable increase in the flow of goods between countries from different continents in recent decades, despite political and economic crises.

Keywords: Civil Liability; Import; Joint and several liability; Moral and material damages to children; Hypervulnerability; Health and safety.

INTRODUÇÃO

A crescente integração dos mercados internacionais intensificou a importância da atividade de importação, uma vez que o importador desempenha função de irrefutável relevância na cadeia de consumo, ao introduzir no mercado produtos provenientes do exterior e, em tal contexto, sua atividade enseja a necessidade de regulação, em especial no que tange à proteção do consumidor a fim de assegurar a proteção da integridade física, em especial dos consumidores hipervulneráveis ou com vulnerabilidade agravada (tais como os idosos, as pessoas com deficiência e, em especial neste trabalho, as crianças).

Reduz-se, com a regulação estatal, os riscos de vícios de qualidade por insegurança notadamente no fornecimento de produtos às crianças (em especial os brinquedos¹), existindo a regulação mencionada em diversos países lusófonos como Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique e Portugal, sendo o escopo deste artigo estudar a convergência quanto à regulação, responsabilização e dever de informar entre os países mencionados.

Em tal contexto, o risco que representa a produção em escala de brinquedos já existe (tanto aqueles trazidos ao mercado de consumo por fabricantes nacionais como por importadores), sendo ainda maior aqueles oriundos da importação irregular, sem qualquer certificação e que, em última análise, coloca em risco a própria infância.

Nessa ordem de ideias foi irretocável o alerta de Mário Frota, para quem “*há brinquedos menos inocentes que as crianças*”, pois “*há brinquedos que matam*”, considerando que “*exemplos não faltam para ilustrar esta estranhíssima realidade, onde os peculiares cuidados de que há que rodear as escolhas, ante a especial vulnerabilidade das crianças*” diante de brinquedos inseguros.²

Converte-se o importador, pessoa física ou jurídica, em responsável pela comercialização de produto no território nacional como um elo de extrema relevância na cadeia produtiva e de distribuição, devendo assegurar que os produtos importados estejam em conformidade com as normas técnicas e regulatórias estabelecidas pelo ordenamento jurídico do país onde circularem os produtos que importou, tal como ocorre no Brasil por meio da atuação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO)³.

1 Utilizamos aqui a terminologia adotada, no Brasil, pelo art. 58 da Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), no qual foi estabelecida a distinção – quanto aos vícios de qualidade – entre vícios por inadequação (serviços ou produtos que não atingem a finalidade almejada, tal como a geladeira que não resfria alimentos ou bebidas) e por insegurança (em que a incolumidade físico-psíquica do consumidor é atingida, o que ocorre, à guisa de exemplo, em relação aos brinquedos quando há o uso de tintas que ocasionem intoxicação nas crianças). Cumpre destacar que o vício de qualidade por insegurança previsto no art. 58 da lei mencionada (“*As penas de apreensão, de inutilização de produtos, de proibição de fabricação de produtos, de suspensão do fornecimento de produto ou serviço, de cassação do registro do produto e revogação da concessão ou permissão de uso serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando forem constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço*”) pode ocorrer tanto no fato do produto (arts. 12 e 13) como do serviço (art. 14).

2 No programa Direto ao Consumo, veiculado em 23 de dezembro de 2024, no qual tratou dos riscos dos brinquedos comercializado em Portugal e na União Europeia como um todo, bem como no Brasil.

3 Portaria n.º 563, de 29 de dezembro de 2016 do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) (...) Considerando a necessidade de zelar pela segurança de crianças visando à prevenção de acidentes; Considerando o monitoramento feito pelo Inmetro dos acidentes de consumo com brinquedos e a constatação de que há relatos de incidentes envolvendo o objeto em questão; (...) Considerando a necessidade de aprimorar e intensificar as ações de acompanhamento no mercado, para prevenir a ocorrência de acidentes de consumo envolvendo brinquedos; Considerando que é dever de todo fornecedor oferecer produtos seguros no mercado nacional, cumprindo com o que determina a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, independentemente do atendimento integral aos requisitos mínimos estabelecidos pela autoridade regulamentadora, e que a certificação conduzida por um organismo de certificação acreditado pelo Inmetro não afasta esta responsabilidade; (...) Art. 3.º Todo brinquedo, abrangido pelo Regulamento ora aprovado, deverá ser fabricado, importado, distribuído e comercializado, de forma a não oferecer riscos que comprometam

É cediço que a importação de produtos impõe rigorosos controles de qualidade e há países que até a excedem impondo verdadeiras barreiras sanitárias no caso de alimentos, mas embora isso possa ocorrer por razões políticas ou econômicas, é inegável que a vida e a saúde devem ser protegidas e, por isso, há permanente regulação quando ocorre a importação de medicamentos, alimentos e brinquedos, bem como é aplicada a responsabilização objetiva aos importadores nas relações de consumo (quando não houver identificação dos fabricantes) por danos à saúde pública, o que acarretará sanções severas por parte do Poder Judiciário e dos órgãos administrativos de proteção aos consumidores.

Para além da regulamentação estatal, deve o importador adotar medida mitigadora ao contratar seguro de responsabilidade civil a fim de cobrir eventuais danos que sejam causados pelos brinquedos que importou, tendo em vista que tal seguro demonstrará seu compromisso com a segurança dos produtos que inseriu no mercado e com o ressarcimento dos consumidores lesados ao garantir a base financeira para a indenização ao cobrir despesas médicas, danos materiais, morais e demais compensações pelos prejuízos sofridos.

O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) publicou, no ano de 1993, a Portaria n. 47⁴ com o escopo de assegurar que todo

a segurança da criança, independentemente do atendimento integral aos requisitos estabelecidos neste Regulamento. § 1º O Regulamento ora aprovado aplicar-se-á aos brinquedos disponibilizados no mercado nacional, que variam de acordo com as características pertinentes a cada brinquedo e ao grupo de idade para o qual é destinado e se aplica: I. Aos brinquedos novos, projetados ou destinados ao uso por crianças de até 14 (quatorze) anos; II. Aos produtos listados no Anexo A do Regulamento Técnico da Qualidade ora aprovado; III. Aos brinquedos ofertados como brindes; IV. Aos brinquedos distribuídos ou comercializados em promoções sazonais; V. Aos brinquedos anexados a produtos que não são considerados brinquedos; VI. Às partes e peças que correspondam à totalidade de um brinquedo desmontado, quando acondicionados em embalagens individualizadas (N.R.) (redação alterada pela Portaria INMETRO número 217- de 18/06/2020); VII. A um brinquedo acessório de outro brinquedo; VIII. Aos livros infantis que possuam função lúdica posterior ao seu uso principal, como os para banho, livros de tecido, livros com módulos de som, livros que contenham peças para montar brinquedos, livros que contenham imãs e aqueles livros que contenham cenários, e; IX. Aos produtos/peças acessórios e/ou de reposição destinados aos brinquedos, e que por si só exercem a função de brinquedo, quando em embalagem destinada ao consumidor final.

- 4 “O Brasil foi um dos primeiros países do mundo a regulamentar a segurança de brinquedos. Há 30 anos, quando o mercado brasileiro experimentava o boom dos produtos importados, o volume de ocorrência de acidentes envolvendo crianças e brinquedos despertou a necessidade de criação de parâmetros que dessem maior segurança aos produtos infantis. Foi assim que, em 1992, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) publicou a Portaria nº 47, que estabeleceu os requisitos técnicos que deveriam ser seguidos por fabricantes nacionais e importadores. O objetivo era regular o mercado brasileiro, mitigar os riscos à saúde e à segurança das crianças e, em consequência, diminuir as ocorrências de acidentes de consumo envolvendo brinquedos, além de fortalecer a indústria nacional e garantir uma concorrência justa. À época, os produtos vinham de todas as partes do mundo, principalmente da China, e entravam no Brasil a preços muito baixos e sem o menor controle em relação aos impactos na saúde e na segurança dos consumidores. Hoje, 30 anos depois, o regulamento tem um novo desafio: tornar-se ainda mais abrangente, englobando requisitos gerais para artigos infantis e não apenas para brinquedos. (...) Ao longo desses 30 anos, o regulamento de brinquedos passou por várias atualizações, incorporando ensaios e requisitos que suportam o avanço tecnológico, alinhado às melhores práticas internacionais. O objetivo central, entretanto, permanece: aperfeiçoar a qualidade dos produtos e garantir mais segurança às crianças de 0 a 14 anos, mais suscetíveis a acidentes (...) Nesse período, foram inseridos no regulamento outros aspectos de segurança,

brinquedo fosse produzido de modo a garantir segurança e preservação da vida humana atribuindo um certificado de conformidade ao fabricante ou ao importador (os brinquedos importados poderiam ter ou não a certificação do país de origem).

A Portaria mais recente aprovada pelo INMETRO e ainda em vigor (Portaria n. 302/2021) determinou que os brinquedos “*deverão ser fabricados, importados, distribuídos e comercializados, de forma a não oferecerem riscos que comprometam a segurança do usuário*” (art. 4º), que antes da inserção no mercado de consumo estes, sejam “*a título gratuito ou oneroso, devem ser submetidos, compulsoriamente, à avaliação da conformidade, por meio do mecanismo de certificação*” que, por sua vez, “*não exige o fornecedor da responsabilidade exclusiva pela segurança do produto*” (art. 7º, § 2º) e que, mesmo “*durante os prazos de adequação estabelecidos, os fabricantes nacionais e importadores permanecem responsáveis pela segurança dos brinquedos disponibilizados no mercado nacional e respondem por qualquer acidente ou incidente com o usuário, em função dos riscos oferecidos pelo produto*” (art. 18, *caput*).

Posicionam-se os fabricantes nacionais de brinquedos e as associações que os representam (como a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (ABRINQ)) de maneira favorável ao rigoroso controle de qualidade de produtos importados bem como apoiam a coibição⁵ da importação ilegal de brinquedos⁶ e iniciativas do Poder Público como a “*Operação Brinquedo Perigoso*”⁷.

como a revisão da classificação de faixa etária; determinação que os produtos destinados a crianças menores de 3 anos confeccionados para serem levados à boca (chocalhos, mordedores e brinquedos de dentição) utilizem material que resista ao ato de mastigar, sugar e à quebra em pedaços ou fragmentos de tamanho pequeno; inclusão de ensaios para formamida, solvente utilizado em aplicações industriais como a produção de tapetes de EVA (acetato de vinila) destinados ao uso infantil; adoção de novos métodos de testes para ensaios toxicológicos, reduzindo ou substituindo a aplicação dos ensaios *in vivo* com o uso de animais, entre outros.” (Cf. Alana Gandra. Regra que garante segurança de brinquedos no Brasil completa 30 anos. Desafio para os próximos anos é que normas se tornem mais abrangentes. Agência Brasil. Publicado em 26/06/2022. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-06/regulamento-para-brinquedos-no-brasil-completa-30-anos> >. Acesso em: 27 jan. 2025).

- 5 A redução das importações irregulares de brinquedos, de acordo com a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (ABRINQ), deve ser atribuída ao trabalho desenvolvido pela Receita Federal em portos e aeroportos do país, sendo que a associação acredita que a conjugação de medidas de fiscalização e de exigências de certificação para brinquedos importados ocasionou um impacto positivo no comércio do setor de brinquedos (ABRINQ atribui à Receita queda na importação irregular de brinquedos. Receita Federal. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2006/outubro/abrinq-atribui-a-receita-queda-na-importacao-irregular-de-brinquedos>>. Acesso em: 27 jan. 2025).
- 6 Brinquedos estes que, *obviamente*, não são certificados e criam riscos aos consumidores que, inadvertidamente, resolvem adquiri-los pelo baixo custo, olvidando que o valor reduzido decorre do descumprimento de normas trabalhistas, tributárias e de consumo.
- 7 Realizada pela Receita Federal, Inmetro e órgãos de Segurança Pública a *Operação Brinquedo Perigoso* teve “o objetivo de fiscalizar diversos estabelecimentos com suspeita de comercialização de brinquedos sem o certificado de qualidade Inmetro e de mercadorias estrangeiras que ingressaram de forma irregular, configurando suspeita da prática dos crimes de contrabando e descaminho, sonegação fiscal e pirataria”, retirando “de circulação brinquedos que podem causar danos à saúde da população, especialmente na semana em que se comemora o dia da criança, período em que tradicionalmente há grande aumento de compras de brinquedos. Outro objetivo da operação é a conscientização da população para a importância de se adquirir produtos que sejam importados regularmente e que atendam às normas

Justifica-se tal posicionamento, uma vez que os fabricantes estão sujeitos ao estrito cumprimento de normas técnicas e regulatórias para a inserção, no mercado de consumo brasileiro, dos produtos que fabricam e, caso ocorresse um tratamento desigual, no que tange à segurança dos brinquedos importados, seriam violados princípios gerais da atividade econômica consagrados na Constituição da República como a livre concorrência (art. 170, IV) e a defesa do consumidor (art. 170, V).

A HIPERVULNERABILIDADE DA CRIANÇA E O CONSUMO DE BRINQUEDOS

Adota-se, nas relações de consumo, o conceito de hipervulnerabilidade para aqueles que, diante de suas condições físicas, psicológicas, econômicas ou sociais estão em situação de desamparo indubitável, mesmo em comparação com o consumidor em geral que é bem frágil.

Em tal situação encontramos a criança, na qual centraremos nossa análise, o idoso, as pessoas com deficiência ou com baixo grau de escolaridade e, por isso, merecem proteção jurídica diferenciada.

No contexto da hipervulnerabilidade, o Estado (que tem o dever constitucional no Brasil de proteger os consumidores) e os fornecedores (em razão da boa-fé e da harmonização das relações de consumo) devem adotar medidas que garantam a proteção desses direitos, prevenindo práticas abusivas e garantindo que os produtos e serviços sejam adequados às necessidades dos hipervulneráveis, sendo oportuno enfatizar que o Direito do Consumidor, em tal aspecto, efetiva direitos da personalidade assegurados pela Constituição Federal e pelo Código Civil ao resguardar a vida, a integridade física e moral, a honra, a dignidade e a privacidade daqueles que estão em desamparo.

A proteção dos direitos da personalidade, quanto às crianças usuárias de brinquedos, exige que estes sejam seguros e que as peças publicitárias que os divulguem sejam adequadas e evitem dessa forma explorar a ingenuidade infantil difundindo mensagens que induzam ao consumo inadequado ou prejudicial de produtos ou serviços.

Ressalte-se que a regulamentação e a fiscalização promovem um ambiente do consumo seguro e responsável, mas as entidades de defesa do consumidor devem estar atentas aos meios de comunicação atual, pois houve uma campanha maciça de associações contra a publicidade infantil na televisão aberta no Brasil, mas o que ocorreu posteriormente foi a migração das verbas publicitárias para plataformas na Internet e patrocínio de apresentadores adultos ou infantis⁸ em tais plataformas

técnicas". (Operação Brinquedo Perigoso: Receita Federal, Inmetro e órgãos de segurança deflagram operação de combate a brinquedos irregulares. *Legisweb*. 10/10/2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/noticia/?id=6660>>. Acesso em: 27 jan. 2025)

8 Em 2019 o Ministério Público do Estado de São Paulo moveu ação civil pública exigindo que vídeos de *youtubers* mirins que divulgavam produtos fossem retirados da plataforma de vídeos YouTube. A ação

que passaram a inserir a divulgação de brinquedos em seus programas de forma clandestina violando, com isso, o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor⁹.

A DEFESA DO CONSUMIDOR EM PAÍSES LUSÓFONOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO IMPORTADOR DE BRINQUEDOS EM ANGOLA, BRASIL, CABO VERDE, MOÇAMBIQUE E PORTUGAL

Integra-se a responsabilidade do importador por danos causados por brinquedos no contexto da defesa do consumidor e, mais especificamente, da exigência de segurança de produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo lusófono e, não negligenciamos aqui, a benéfica influência recíproca que a experiência comum auferida nas últimas décadas representa para os países lusófonos quanto ao aprimoramento da defesa do consumidor.

Há, inequivocamente, clara influência portuguesa e, em menor grau, brasileira, para a elaboração das leis de defesa do consumidor em vigor nos países lusófonos, ainda que seja imperativo reconhecer que, a seu modo, cada um deles construiu e consolidou um sistema protetivo que decorreu da influência da Organização das Nações Unidas (O.N.U.) por meio da Resolução 39.248/85¹⁰, bem como de países mais próximos ou mais distantes, em que a preocupação com a segurança dos consumidores representou um ponto de confluência.¹¹

foi levada adiante após uma denúncia do Instituto Alana, por meio do programa Criança e Consumo. (...) A maioria dos vídeos sugere ou explicita o consumo, sobretudo nos chamados unboxing, em que as crianças desempacotam produtos recém-lançados, na maior parte das vezes enviados pelas próprias marcas e empresas com o intuito mercadológico de incitar o consumo. (Ministério Público exige retirada de vídeos de youtubers mirins. A denúncia do órgão público aponta que muitos conteúdos de crianças no YouTube fazem publicidade infantil velada. *Lunetas*. Da redação. Publicado em 03.01.2019. Disponível em: <<https://lunetas.com.br/ministerio-publico-youtubers-mirins/>>. Acesso em: 08 fev. 2025).

- 9 Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.
- 10 Diretamente ligadas ao tema da segurança e dos danos causados pelo fornecimento de brinquedos defeituosos, quanto à *Resolução n. 39/248 da ONU*, as observações de Héctor Valverde Santana no sentido de que “a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor foi destacada nas justificativas dos objetivos gerais de proteção internacional do consumidor, inclusive com a afirmação do direito de acesso a produtos inofensivos, tema relacionado à reparação de danos em decorrência de acidente de consumo (fato do produto ou serviço). A Resolução n. 39/248 da ONU indica, de forma específica, que as normas de proteção internacional do consumidor têm os seguintes objetivos: ‘a) auxiliar países a atingir ou manter uma proteção adequada para a sua população consumidora; b) oferecer padrões de produção e distribuição que preencham as necessidades e desejos dos consumidores; c) incentivar altos níveis de conduta ética, para aqueles envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços para os consumidores; d) auxiliar países a diminuir práticas comerciais abusivas usando de todos os meios, tanto em nível nacional como internacional, que estejam prejudicando os consumidores; e) ajudar no desenvolvimento de grupos independentes e consumidores; f) promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor; e g) incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que ofereçam aos consumidores maior escolha, com preços mais baixos’.” (Cf. Héctor Valverde Santana. *Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação*. *Direito Internacional Privado*. v. 11, n. 1, p. 53-64, 2014. p. 57).
- 11 Como é possível depreender da lição de Vincent Lamanda “*la consommation est un phénomène de masse: les intérêts, souvent petitss on les examine un à un, sont considérables dès lors qu’on les prend globalement, dans l’espace et dans le temps. Ces règles nouvelles doivent par conséquent résulter d’une approche différente de celle du droit civil. Elles doivent d’abord être préventives, pour supprimer les germes d’un éventuel conflit et garantir aux consommateurs une*

Manifesta-se a influência mencionada no texto “*Metodologia de Feitura de Leis em Moçambique: O Caso da Lei de Defesa do Consumidor*” de Eduardo Chiziane, no qual o autor considera que “*alguns dirão que ainda não consolidamos o quadro legal em vigor*” constatando que “*falta uma política, e compreende-se que a fonte de inspiração na elaboração da Lei de Defesa do consumidor foi o Direito português, sendo que a Lei sobre esta matéria em Portugal sofreu várias revisões e actualizações. Por exemplo, não seria oportuno criar-se um “Conselho Nacional do Consumo” (como em Portugal)? que regra geral é um órgão independente de consulta e acção pedagógica e preventiva, exercendo a sua acção em todas as matérias relacionadas com o interesse dos consumidores.*”¹²

Em Portugal, Jorge Miranda enfatizou a primazia do texto constitucional daquele país quanto à inclusão do tema das relações de consumo, o que possibilita compreender, além das circunstâncias históricas da colonização portuguesa, o fato de ser considerada um paradigma para normas posteriores, uma vez que foi “*a Constituição portuguesa de 1976 a primeira a conferir relevância à proteção dos consumidores, ao fixar, entre as incumbências prioritárias do Estado no domínio económico- social proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores [art. 81º, alínea m].*”¹³, sendo oportuno destacar, entre os textos constitucionais dos países lusófonos aqui examinados, a Constituição brasileira, de 1988 (arts. 5º, XXXII, 170, V, 150, § 5º¹⁴), a cabo-verdiana, de 1992 (art. 81º)¹⁵

réelle protection sans avoir à tenter unprocès. L'indemnisation du préjudice, dont la mise en oeuvre a un coût humain et financier parfois élevé, n'est pas la panacée pour le consommateur, d'autant que la plupart des litiges portent sur des sommes modestes: le consommateur cherche avant tout un produit ou un service conforme à son attente et répondant à tous les critères de sécurité. Aussi, à la différence du droit civil qui intervient a posteriori pour protéger le débiteur, le droit de la consommation tend à guérir avant de réparer” (Cf. Vincent Lamanda. Le Droit français et européen de la consommation. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 179–195, 2009. p. 183).

12 Eduardo Chiziane. *Metodologia de Feitura de Leis em Moçambique: O Caso da Lei de Defesa do Consumidor. Desenvolvimentos no Âmbito da Protecção do Consumidor, China, Macau e Moçambique*. Augusto Teixeira Garcia (coordenador). Macau: Faculdades de Direito da Universidade de Macau / Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique), p. 63–82, 2024. p. 79–80.

13 Conforme Jorge Miranda, “*merece realce a Constituição brasileira, referindo-se à defesa do consumidor numa ordem económica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170º).*” (Cf. Jorge Miranda. O Direito do consumo na Constituição Portuguesa. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT*. v. 8, n. 4, p. 41–53, jul./dez./2023. p. 42– 43)

14 Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988: art. 5º (...) XXXII– o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; art. 170. A ordem económica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; Art. 150 (...) § 5º – A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços

15 Constituição da República de Cabo Verde, promulgada em 4 de setembro de 1992 e revisada em 3 de maio de 2010 pela Lei Constitucional n.º 1/VII/10. Suplemento ao B.O. n.º 17, I Série: Artigo 81º (Direitos dos consumidores) 1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à adequada informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação dos danos sofridos pela violação de tais direitos. 2. Os poderes públicos fomentam e apoiam as associações de consumidores, devendo a lei proteger os consumidores e garantir a defesa dos seus interesses

e a angolana, de 2010 (art. 78)¹⁶, sem olvidarmos da Constituição moçambicana que prevê igualmente (art. 92)¹⁷ a proteção aos consumidores.

O período histórico em que o Código de Defesa do Consumidor foi aprovado no Brasil, logo após a promulgação da Constituição da República em 5 de outubro de 1988 (que expressamente, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que seria aprovada uma lei de proteção ao consumidor¹⁸), possibilitou, em um ambiente de redemocratização, a reestruturação de conceitos até então sedimentados, mas que necessitavam de revisão, sendo a proteção ao consumidor um vetor para mudanças de interpretação de leis civis, processuais, trabalhistas, penais e ambientais.

A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover assinalou que “o texto constitucional reconheceu expressamente que o consumidor não pode ser adequadamente protegido apenas na base de um modelo privado (autorregulamentação, convenções coletivas de consumo, boicote), e nem mesmo por leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou lacunosas” e, por isso, “o constituinte brasileiro adotou expressamente a ideia da codificação, na trilha da melhor doutrina estrangeira, reconhecendo a necessidade de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.”¹⁹

No mesmo sentido, Adalberto Pasqualotto, recordou que os comandos constitucionais introduziram no Brasil “o conceito de defesa do consumidor, então entre nós ainda pouco conhecido”, sendo o constituinte inspirado pela urgência de protegê-lo, recebendo tal influência dos documentos internacionais que tinham tal escopo, para concluir que “a globalização acentuou as assimetrias entre os consumidores e as empresas, especialmente as multinacionais, que mundializaram as suas marcas, tornando-se cada vez mais poderosas”, uma vez que “o consumo deixou de ser apenas o suprimento de necessidades existenciais” e “passou a significar um estilo de vida, atendendo a padrões comportamentais estereotipados”.²⁰

16 Constituição da República de Angola, promulgada em 27 de janeiro de 2010 e revisada pela Lei n. 18 de 16 agosto de 2021: Artigo 78.º (Direitos do consumidor) 1. O consumidor tem direito à qualidade dos bens e serviços, à informação e esclarecimento, à garantia dos seus produtos e à protecção na relação de consumo. 2. O consumidor tem direito a ser protegido no fabrico e fornecimento de bens e serviços nocivos à saúde e à vida, devendo ser ressarcido pelos danos que lhe sejam causados. 3. A publicidade de bens e serviços de consumo é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou enganosa. 4. A lei protege o consumidor e garante a defesa dos seus interesses.

17 Constituição da República de Moçambique, aprovada em 12 de junho de 2018: Artigo 92. (Direito dos consumidores). 1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas as formas de publicidade oculta, indirecta ou enganosa. 3. As associações de consumidores e as cooperativas têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a serem ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para a defesa dos seus associados.

18 Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

19 Cf. Ada Pellegrini Grinover. O Código de Defesa do Consumidor no sistema sócio-econômico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 91, p. 277-287, 1996. p. 281.

20 Cf. Adalberto Pasqualotto. Defeito do produto: algumas considerações em torno da jurisprudência do

O Código Civil brasileiro de 1916 (Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), que permaneceu até ser revogado pelo texto legal atual (Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002), foi reinterpretado, como macrosistema, pela influência do microsistema de defesa do consumidor em diversos pontos²¹, seja pela jurisprudência ou pelos doutrinadores (em manuais de Direito Civil e também de Processo Civil de então).

Incluímos na interpretação supramencionada a desconsideração da personalidade jurídica, a tendência de objetivação da responsabilidade civil, a inversão do ônus da prova (superando com a utilização da inversão judicial e da inversão legal – mediante o conceito de obrigação de segurança²² – a dicotomia meio x resultado), sendo a última consolidada no art. 373, § 1º da Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil em vigor) com a carga (ou distribuição) dinâmica²³ do ônus da prova.²⁴

Superior Tribunal de Justiça. *Civilistica.com*. a. 9. n.2. 2020. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/553/403>>. Acesso em: 05 mai. 2025.

- 21 O Código de Defesa do Consumidor, como registrou José Geraldo Brito Filomeno, “ao par de ser considerado um conjunto de normas específicas do chamado ‘direito consumerista’, aborda temas bastante variados, constituindo-se num verdadeiro ‘microsistema jurídico’, já que aproveita preceitos de todos os demais ramos do direito – sem ser iconoclasta, ou modernizando institutos considerados obsoletos em face de suas diretrizes –, tais como o próprio direito constitucional, os direitos internacionais público e privado, os direitos civil, comercial, penal, processuais civil e penal, o direito administrativo, etc.” (Cf. José Geraldo Brito Filomeno. *Direitos do Consumidor*. 15. ed.. São Paulo: Atlas, 2018. p. 67).
- 22 Defendida, entre outros, por Roberto Senise Lisboa, em tese de livre-docência defendida em 2000 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e posteriormente publicada como *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*, na qual destacou a relevância do caput do artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor (“Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”) para superar a dicotomia obrigação de meio x obrigação de resultado nas relações de consumo. Sintetizando sua análise, afirmou na ocasião que “a obrigação de segurança impõe ao fornecedor a adoção das medidas necessárias para que o consumidor, desde a constituição da relação jurídica até a sua extinção, não sofra qualquer espécie de dano moral”, sendo que, “na obrigação de segurança, o simples fato da ocorrência do evento danoso, justifica a responsabilidade do prestador de serviços, independentemente de culpa”. (Cf. Roberto Senise Lisboa. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 257).
- 23 “Desde a edição do CDC rompeu-se, ainda que de forma embrionária, a ideia de que regras prévias e abstratas bastam para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, permitindo o início de uma análise das particularidades do caso concreto, perpetrando um maior dinamismo ao processo. Se, como afirmado, o processo é dinâmico, todas as posições processuais devem ser consideradas do ponto de vista dinâmico, não fazendo qualquer sentido, atualmente, que o ônus da prova seja fixo. Assim, surge a necessidade de uma releitura da ideia clássica estatuída no CPC, sustentando-se uma teoria que vislumbre o ônus da prova de forma dinâmica, consentânea com o processo. Essa teoria flutuante do ônus probatório já existe, o que se busca neste trabalho é a sua sistematização, bem como sua adequação ao nosso ordenamento. Chama-se de dinâmica, tendo em vista que se contrapõe à noção estática de prova até então conhecida. Agora, com base nesta teoria, há um dinamismo (mobilidade) para que o sistema se adapte ao caso concreto, atendendo às circunstâncias especiais. A ideia básica é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-lo, à luz das condições do caso concreto. Ressalta-se que para se chegar a tal conclusão, ou seja, de quem ostenta melhores condições de **produzir** tal prova, pode até haver a necessidade de instrução probatória.” (Cf. Haroldo Lourenço. *Têoria dinâmica do ônus*
- 24 Art. 373 do Código de Processo Civil. O ônus da prova incumbe: (...) § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir a prova no novo CPC. Rio de Janeiro: Forense / São Paulo: Método, 2015. p. 89). O encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Voltando ao nosso tema central, no Brasil equipara-se ao fabricante o importador de brinquedos, por este ter introduzido o produto defeituoso no mercado, respondendo objetivamente pelos danos causados ao consumidor, por disposição expressa do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, sejam os defeitos oriundos da concepção, da fabricação ou de informações inadequadas quanto ao brinquedo que foi inserido no mercado.²⁵

Tal dispositivo prevê que o fornecedor do produto, o que inclui o importador, responderá independentemente de culpa pelos danos causados por defeitos do produto e, assim sendo, ao introduzir um produto no mercado brasileiro, o importador assumirá automaticamente a responsabilidade por quaisquer problemas que possam comprometer a segurança dos consumidores, pois, mesmo que não tenha produzido o brinquedo, a inserção no mercado ocorreu sob sua responsabilidade expondo os consumidores e assumindo os riscos associados a falhas que causem danos físicos ou psíquicos às crianças que os utilizem.

Entre as hipóteses de danos psíquicos, é possível exemplificar por meio do risco da erotização precoce, como já decidiu em Apelação Cível o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), pois foi comercializado “brinquedo” denominado grosseiramente de “baby assadinha”.

Em tal contexto, restou evidente a vulnerabilidade psíquica das crianças que seriam o público-alvo da boneca e, em seu voto, o Desembargador Relator Jorge Luís Dall’Agnol, considerou “*manifesta a existência de defeito por insegurança a gerar risco à incolumidade física do consumidor infantil uma vez que a boneca fabricada presta-se à precoce estimulação sexual atropelando o normal desenvolvimento psíquico da criança. Defeito reconhecido, impõe-se a vedação à fabricação e comercialização do produto, devolução do preço pago pelos consumidores mediante comprovação da aquisição e inutilização das bonecas apreendidas*” (TJ-RS – AC: 70039828074 RS,

Relator.: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 13/04/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 26/04/2011)

Mencionamos anteriormente o dever de o importador assegurar que os produtos estejam de acordo com normas de segurança estabelecidas pelos órgãos reguladores, como o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) e, caso o brinquedo seja importado e comercializado sem a devida certificação de segurança, o importador poderá ser responsabilizado tanto no âmbito civil quanto administrativo.

Assim, constituem deveres do importador assegurar que os brinquedos estejam em conformidade com as normas brasileiras, assim como disponibilizar assistência

25 Considera-se, de acordo com as normas brasileiras, como defeituoso um produto que não apresente a segurança dele esperada, o que inclui sua apresentação (e informações que nele constem), o uso que dele se faz e a época em que foi colado em circulação, sendo possível que os defeitos ocorram em diversas etapas que vão desde o momento em que o produto é projetado, passando pela fabricação até a comercialização em que estão ausentes instruções quando ao uso e advertências adequadas quanto aos riscos do produto.

técnica no país (o que inclui a oferta de peças de reposição por tempo razoável nos termos²⁶ do artigo 32 do Código de Defesa do Consumidor) e que preste informações claras e adequadas quanto ao uso e à idade da criança à qual se destina o produto, sob pena de caracterizar-se a vulnerabilidade presumida, por induzir em erro os consumidores, no momento da aquisição do produto, sobretudo pelo risco de sufocamento ao engolir peças destacáveis.

A necessidade de clareza e adequação nas informações prestadas pelo fornecedor no mercado de consumo são um ponto convergente na defesa do consumidor nos países lusófonos examinados neste texto (Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique e Portugal) voltado à responsabilidade civil do importador no fornecimento de brinquedos e à proteção da saúde e segurança da criança.

Com a acuidade habitual, Mário Frota enfatizou que “*relevante é que mediante procedimentos aclaratórios da Carta de Direitos e a compreensão dos que no mercado operam se dissipem os conflitos, se harmonizem os meios, se concertem os interesses*”, pois “*é vulgar dizer-se que ‘a informação previne a lesão’*” e “*que consumidor informado é consumidor advertido que evita as contendas, que supera as controvérsias.*”²⁷

Em Angola, a Lei n. 15, de 22 de julho de 2003 (Lei de Defesa do Consumidor), impõe, tal como no Brasil, a responsabilidade objetiva aos importadores, equiparando-os

aos fabricantes em casos de defeitos no produto, posto que o importador é fornecedor nos termos do art. 3º, 2 e o art. 10, 1 ao dispor, quanto à reparação de danos, sua responsabilização por falhas ocasionadas pelo “*projecto, fabricação, construção, montagem, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus bens, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, excepto quando provar que não colocou o bem no mercado ou que, embora haja colocado o bem no mercado, o defeito não existe ou haja culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*”.

Endossando a visão positiva da edição da Lei n. 15, de 22 de julho de 2003, Carlos Magalhães, em tese de doutorado intitulada “*Responsabilidade Civil do Fornecedor face à Lei Angolana de Defesa do Consumidor: Confronto com o Direito Português*”, frisou sua relevância, pois constituiria “*verdadeiramente, uma lei de função social, lei de ordem público-económica, de origem claramente constitucional*” que “*introduz modificações profundas nas relações juridicamente relevantes na sociedade, tendo em vista tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados débeis, profanos ou vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado*” e “*intervém de maneira imperativa nas relações jurí-*

26 Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

27 Cf. Mário Frota. Direitos dos consumidores: direitos fundamentais. Uma perspectiva Doméstica. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário* – IBEDAFT. v. 8, n. 4, p. 111- 131, jul./dez./2023. p. 122.

dicas de direito privado”, sendo seu objetivo o de “*impor uma nova conduta, visando transformar a própria realidade social*”.²⁸

Quanto ao importador, destacou a importância da responsabilização solidária e da necessidade de sua identificação (devendo ser assim interpretada a autoria do dano) para o devido ressarcimento do consumidor lesado.²⁹

No que diz respeito aos brinquedos, fundada na Lei n. 15, de 22 de julho de 2003, alertou a Associação Angolana dos Direitos do Consumidor (AADIC) para a necessidade de clareza na informação quanto às características, qualidades, quantidade, origem,

composição, preço e garantia atendendo ao art. 20, 2³⁰, assim como em relação às embalagens que devem indicar a idade ou faixa etária para o brinquedo, dados do fabricante, informação quanto ao importador, instruções quanto ao uso e montagem, descrição dos itens incluídos na embalagem, eventuais riscos para as crianças e, por fim, selo de segurança que atenda à legislação angolana.³¹

Apesar de Angola ter adotado um modelo de proteção ao consumidor fundado na responsabilidade objetiva, o país enfrentou dificuldades em sua implementação devido à fragilidade do sistema de fiscalização e à informalidade de parte do mercado.

- Incluir hipervulnerável / saúde – Minha biblioteca
- Incluir artigo Claudia Lima Marques – responsabilidade do importador
- Cabo Verde
- Moçambique
- Portugal – Calvão da Silva

28 Cf. Carlos Magalhães. *Responsabilidade Civil do Fornecedor face à Lei Angolana de Defesa do Consumidor: Confronto com o Direito Português*. Tese no âmbito do Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis, orientada pelo Professor Doutor Filipe Miguel Cruz Albuquerque Matos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Janeiro de 2021. p. 68.

29 “Nos termos do n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 15/03, de 22 de julho, o direito a ver ressarcido os danos causados por falta de informação, informação ilegível, insuficiente ou ambígua (artigo 9.º) prescreve no prazo de cinco anos a partir do conhecimento do dano e da sua autoria. De acordo com a lei, a contagem desse prazo inicia-se logo que se esteja perante a presença de dois elementos: a) o conhecimento do dano e b) o conhecimento do causador do dano, ou melhor, do responsável pelo dano. Embora a lei pareça referir-se apenas a dois elementos, isto é, ao dano e à sua autoria, na verdade, por autoria deve entender-se o defeito e a identidade do fornecedor ou produtor real, aparente ou presumível, construtor, importador, comerciante ou prestador de serviços, uma vez que os danos sofridos pelo consumidor e terceiros não são causados pela conduta do fornecedor ou produtor, mas sim, pelo defeito do bem ou produto em circulação no mercado” (Cf. Carlos Magalhães. *Op. Cit.* p. 549- 551).

30 Art. 20. 2. A oferta e apresentação de bens ou serviços devem assegurar informações correctas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores

31 Diógenes de Oliveira. *Brinquedos vulneráveis para os consumidores*. Associação Angolana dos Direitos do Consumidor (AADIC). Club K. 8 de novembro de 2014. Disponível em: <https://cloud.novaweb.ao/~clubk/index.php?option=com_content&view=article&id=19425:brinquedo_s-vulneraveis-para-os-consumidores-aadic&catid=17&Itemid=1067&lang=pt>. Acesso em: 15 mai. 2025.

CONCLUSÃO

Convergem os países lusófonos examinados neste texto (Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique e Portugal) quanto ao rigor na responsabilização civil do importador, de natureza objetiva, o que inclui a importação de brinquedos em razão da hipervulnerabilidade das crianças, pois é de conhecimento geral os riscos que dela podem surgir, sendo esta a razão pela qual o importador responderá tanto pela inadequação como pela insegurança dos brinquedos se não garantir a conformidade aos padrões exigidos para tais produtos.

A comparação entre tais países revelou que, a despeito das assimetrias estruturais decorrentes das disparidades econômicas e da capacidade de fiscalização, o que é particularmente relevante quando existe a ameaça da importação ilícita de brinquedos, sem que muitos consumidores tenham ciência de sua origem irregular, permanece o padrão comum que mencionamos por meio da responsabilidade do importador e do compromisso com um reequilíbrio nas relações de consumo.

No Brasil e em Portugal, a tradição de uma legislação protetiva em favor do consumidor e, especificamente, das crianças se tornou mais sólida e passou a ser amplamente aplicada, enquanto nos países africanos lusófonos persistem desafios na efetivação dos direitos dos consumidores, o que demanda o fortalecimento das instituições de defesa do consumidor nesses países para garantir a segurança e a qualidade dos produtos voltados às crianças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15. ed.. São Paulo: Atlas, 2018.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense / São Paulo: Método, 2015.

CAPÍTULOS DE LIVROS

CHIZIANE, Eduardo. Metodologia de Feitura de Leis em Moçambique: O Caso da Lei de Defesa do Consumidor. *Desenvolvimentos no Âmbito da Protecção do Consumidor, China, Macau e Moçambique*. Augusto Teixeira Garcia (coordenador). Macau: Faculdades de Direito da Universidade de Macau / Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique), p. 63–82, 2024.

MIRANDA, Jorge. O Direito do consumo na Constituição Portuguesa. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT*. v. 8, n. 4, p. 41–53, jul./dez./2023.

FROTA, Mário. Direitos dos consumidores: direitos fundamentais. Uma perspectiva Doméstica. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT*. v. 8, n. 4, p.111- 131, jul./dez./2023.

ARTIGOS

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código de Defesa do Consumidor no sistema sócio- econômico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 91, p. 277–287, 1996.

LAMANDA, Vincent. *Le Droit français et européen de la consommation*. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 179–195, 2009.

SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. *Direito Internacional Privado*. v. 11, n. 1, p. 53–64, 2014.

TESES

MAGALHÃES, Carlos. *Responsabilidade Civil do Fornecedor face à Lei Angolana de Defesa do Consumidor: Confronto com o Direito Português*. Tese no âmbito do Doutorado em Ciências Jurídico-Civis, orientada pelo Professor Doutor Filipe Miguel Cruz Albuquerque Matos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Janeiro de 2021.

TEXTOS EM MEIO ELETRÔNICO

ABRINQ atribui à Receita queda na importação irregular de brinquedos. *Receita Federal*. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2006/outubro/abrinq-atribui-a-receita-queda-na-importacao-irregular-de-brinquedos>>. Acesso em: 27 jan. 2025

GANDRA, Alana. Regra que garante segurança de brinquedos no Brasil completa 30 anos. Desafio para os próximos anos é que normas se tornem mais abrangentes. *Agência Brasil*. Publicado em 26/06/2022. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-06/regulamento-para-brinquedos-no-brasil-completa-30-anos>>. Acesso em: 27 jan. 2025.

MINISTÉRIO Público exige retirada de vídeos de youtubers mirins. A denúncia do órgão público aponta que muitos conteúdos de crianças no YouTube fazem publicidade infantil velada. *Lunetas*. Da redação. Publicado em 03.01.2019. Disponível em: <<https://lunetas.com.br/ministerio-publico-youtubers-mirins/>>. Acesso em: 08 fev. 2025.

OLIVEIRA, Diógenes de. *Brinquedos vulneráveis para os consumidores*. Associação Angolana dos Direitos do Consumidor (AADIC). Club K. 8 de novembro de 2014. Disponível em: <https://cloud.novaweb.ao/~clubk/index.php?option=com_content&view=article&id=19425:brinquedos-vulneraveis-para-os-consumidores-aadic&catid=17&Itemid=1067&lang=pt>. Acesso em: 15 mai. 2025.

OPERAÇÃO Brinquedo Perigoso: Receita Federal, Inmetro e órgãos de segurança deflagram operação de combate a brinquedos irregulares. *Legisweb*. 10/10/2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/noticia/?id=6660>>. Acesso em: 27 jan. 2025.

PASQUALOTTO, Adalberto. Defeito do produto: algumas considerações em torno da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Civilistica.com*. a. 9. n.2. 2020. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/553/403>>. Acesso em: 05 mai. 2025.

O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA DOS CONSUMIDORES NOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA OFICIAL PORTUGUESA (PALOP): BREVE ANÁLISE COMPARATIVA

Ángelo António Ferreira¹

Fernanda Nunes Barbosa²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo descrever em pontos centrais e sob a perspectiva do direito do consumidor o direito de acesso à justiça nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP). Pretende-se destacar os principais instrumentos normativos e jurídicos que asseguram esse acesso sob diferentes aspectos, incluindo *i.* a disponibilização de informações jurídicas aos consumidores, *ii.* o patrocínio judiciário de causas de consumo e *iii.* a defesa em processos administrativos, civis e penais relacionados às relações de consumo. A atualidade do trabalho está evidenciada na importância do acesso à justiça para os consumidores enquanto grupo econômico vulnerável em um mundo cada vez mais digital e sem fronteiras. A pesquisa atravessa questões estruturais, institucionais e culturais dos países lusófonos aqui referenciados. O estudo justifica-se pela importância do acesso à justiça como direito fundamental da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, mormente em contexto de crescente globalização dos mercados e pela necessidade de mecanismos eficazes de proteção aos consumidores ao redor do mundo. Conclui-se que o direito de acesso à justiça ainda enfrenta muitas limitações nesses países, apesar de ser um direito humano reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981.

Palavras-chave: Direito de acesso à Justiça; Demandas de consumo; Direitos Humanos; Direito nos PALOP.

ABSTRACT: This article aims to describe, in main points and from the perspective of Consumer Law, the right of access to justice in Portuguese-speaking African Countries (PALOP). It aims to highlight the main normative and legal instruments that ensure this access under different aspects, including *i.* the provision of legal information to consumers, *ii.* legal representation of consumer causes and

1 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) com Bolsa CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduado pelo Centro Universitário Metodista (IPA). Integrante do grupo de pesquisa em Direito do Consumidor do CNPq. E-mail: gilofre08@hotmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Líder do grupo de pesquisa em Direito do Consumidor do CNPq. Advogada. E-mail: Fernanda.barbosa@pucrs.br.

iii. defense in administrative, civil and criminal proceedings related to consumer relations. The current relevance of the work is evidenced by the importance of access to justice for consumers as a vulnerable economic group in an increasingly digital and borderless world. The research crosses structural, institutional and cultural issues of the Portuguese-speaking countries referenced here. The study is justified by the importance of access to justice as a fundamental right of the human person in the Democratic State of Law, especially in the context of increasing globalization of markets and the need for effective consumer protection mechanisms around the world. It is concluded that the right of access to justice still faces many limitations in these countries, despite being a human right recognized in the Universal Declaration of Human Rights, proclaimed in 1948 by the United Nations, and in the African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981.

Keywords: Right of access to justice; Consumer demands; Human rights; Right in the PALOP.

INTRODUÇÃO

Antes de abordarmos o tema específico a que se destina este breve artigo, voltado ao estudo do direito de acesso à justiça por parte dos consumidores que fazem parte do PALOP (Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa), importa destacar que os cinco países que são objeto desta pesquisa fazem parte também da Organização Internacional de Associações de Consumidores de Países, Territórios e Regiões Administrativas de Língua Oficial Portuguesa, composta por nove integrantes, a saber: Brasil, Portugal, Angola, Moçambique, Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Macau e Timor Leste. Conforme o art. 1º do estatuto da Organização, ela é constituída como uma associação de direito privado de âmbito internacional, sem fins lucrativos, que adota a denominação de *Consumare*³, e tem como propósito a troca de experiências, a valorização da defesa do consumidor, a afirmação da sociedade civil, a valorização da cidadania, o aumento e a melhoria da informação a todos os cidadãos, a melhoria do funcionamento dos mercados, bem como o incentivo e a fiscalização para que as empresas sejam mais cumpridoras da Lei e com maior qualidade no seu desempenho.⁴

3 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ASSOCIAÇÕES DE CONSUMIDORES DE LÍNGUA PORTUGUESA. **Estatuto**. Portugal, 2014. Disponível em: <https://abre.ai/k7Fc>. Acesso em: 23 set. 2024.

4 Como “Considerandos” da Associação, têm-se: “a) A dimensão global, social, cultural, política, ambiental e económica do consumo; b) O forte contributo que a defesa dos direitos dos consumidores pode dar à democracia, pelo reforço da cidadania obtido através da participação dos cidadãos nas decisões políticas e económicas; c) Que as economias de mercado exigem que os cidadãos se tornem parte activa, mais esclarecidos e mais conscientes do exercício dos seus direitos; d) Que a defesa dos direitos e interesses dos consumidores contribui para um maior equilíbrio na distribuição dos benefícios do mercado; e) A urgência, económica e social, de conferir maior visibilidade e solução aos problemas dos consumidores; f) Que é do interesse comum reforçar a cooperação e os laços de colaboração entre associações de consumidores dos países, territórios e regiões administrativas de língua oficial portuguesa, criando os mecanismos e os modelos que melhor sirvam a troca de experiências e conhecimentos; g) Que as associações de consumidores de língua portuguesa enfrentam nas suas diferentes geografias desafios

Visitando o direito de acesso do consumidor à justiça no ordenamento jurídico dos países africanos de língua oficial portuguesa (Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe⁵), assim como do Timor Leste e de Macau, percebe-se que, apesar de o acesso à justiça ser um dos princípios constitucionais, sua efetivação continua ainda a ser um problema candente nesses países, e um dos mecanismos utilizados para proporcionar aos consumidores acesso de fato à justiça é por meio dos trabalhos voluntários das associações sem fins lucrativos⁶.

Como direito humano que é, o direito do consumidor necessita de instrumentos que o fortaleçam e o garantam, não podendo o Estado deixar a cargo exclusivo (ou mesmo o seu protagonismo) às associações, por mais relevantes e indispensáveis que sejam na defesa de interesses coletivos. O investimento estatal na afirmação e na garantia de direitos humanos individuais é condição indispensável para a sua efetivação, a exemplo do que se verifica com os chamados direitos de primeira geração (ou dimensão). Tanto liberdade quanto igualdade são direitos que possuem um custo (social e orçamentário), que deve ser suportado pelo Estado (ou seja, por toda a sociedade). De fato, “Na medida em que a garantia dos direitos depende da vigilância judicial, os direitos custam no mínimo o montante necessário para recrutar, treinar, fornecer, pagar e (como não?) monitorar os órgãos judiciais que guardam nossos direitos básicos⁷.”

Com efeito, do século XVIII para cá, o culto ao livre mercado vem ofuscando o inafastável papel do Estado de promotor de infraestrutura mínima de desenvolvimento de atividades e de vida aos seus cidadãos, bem como de garantidor contra fraudes, violências e toda forma de abuso do poder econômico. Ainda que se possa argumentar contra o protagonismo estatal a partir da menção aos altos índices de corrupção presentes em

de crescimento e de afirmação do movimento de defesa dos consumidores cujo debate pode contribuir para a melhoria de soluções e concertação de posições comuns; h) A posição privilegiada da língua portuguesa enquanto um dos idiomas mais falados no mundo, como instrumento de cooperação e desenvolvimento e de afirmação do movimento internacional de defesa dos consumidores.”

5 Países que, em diferentes momentos, também ratificaram a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Em seu art. 7º, a Carta assim prevê: “1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: 1. o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor; 2. o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente; 3. o direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha; 4. o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial. 2. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que não constituía, no momento em que foi cometida, uma infração legalmente punível. Nenhuma pena pode ser prescrita se não estiver prevista no momento em que a infração foi cometida. A pena é pessoal e pode atingir apenas o delinquentes.” Disponível em: [Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos | African Commission on Human and Peoples' Rights](#) Acesso em: 29 maio de 2025.

6 Brasil e Portugal, por outro lado, a despeito de eventuais dificuldades pontuais na defesa dos consumidores, encontram-se em outro momento de desenvolvimento da defesa dos vulneráveis em juízo. Especificamente no caso do Brasil, o papel da Defensoria Pública, dos órgãos públicos de defesa do consumidor como os PROCONS (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor) e do Ministério Público têm sido fundamentais para a proteção de direitos deste agente econômico. No que tange às defensorias Públicas no Brasil, veja-se: CASAS MAIA, Maurílio. O acesso à Justiça do consumidor via Defensoria Pública em quatro ondas renovatórias. In: OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Direito do Consumidor Contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 191-206.

7 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos? São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 32.

alguns países, a administração da Justiça e a garantia de seu acesso (inclusive no que toca a questões elementares como aspectos físicos de geografia), a todas as pessoas é uma das condições mais essenciais das democracias e da própria ideia de justiça moderna.

1. ACESSO DO CONSUMIRO À JUSTIÇA NA LEI DE CABO VERDE

A Lei n° 88/V/98, de 31 de dezembro⁸, aprova o regime jurídico de protecção e defesa do consumidor em Cabo Verde, definindo as funções do Estado e das autarquias locais, os direitos dos consumidores e a intervenção das associações de consumidores (arts. 17⁹, 18¹⁰ e 19¹¹). Referida lei é um marco importante na

8 CABOVERDE. Lei n° 88/V/98, 31 de dezembro de 1998. Aprova o regime jurídico de protecção e defesa do consumidor. Disponível em: <https://abre.ai/k6U1>. Acesso em: 21 set. 2024.

9 Artigo 17° (Associações de consumidores) 1. As associações de consumidores são associações dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com o objectivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados. 2. As associações de consumidores podem ser de âmbito nacional, regional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua acção e tenham, pelo menos, 200, 100 ou 50 associados, respectivamente. 3. As associações de consumidores podem ser ainda de interesse genérico ou de interesse específico: a) São de interesse genérico as associações de consumidores cujo fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral; b) São de interesse específico as demais associações de consumidores de bens e serviços determinados.

10 Art. 18° (Direitos das Associações de consumidores) 1. As associações de consumidores gozam dos seguintes direitos: a) Ao estatuto de parceiro social em matérias que digam respeito a política de consumidores, nomeadamente traduzido da indicação de representantes para órgãos de consulta ou concertação que se ocupem da matéria; b) Direito de antena na rádio e na televisão, nos mesmos termos das associações com estatuto de parceiro social; c) Direito a representar os consumidores no processo de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisão susceptíveis de afectar os direitos e interesses daqueles; d) Direito a solicitar, junto das autoridades administrativas ou judiciais competentes a apreensão e retirada de bens do mercado ou a interdição de serviços lesivos dos direitos e interesses dos consumidores; e) Direito a corrigir e a responder ao conteúdo de mensagens publicitárias relativas a bens e serviços postos no mercado, bem como a requerer, junto das autoridades competentes, que seja retirada do mercado publicidade enganosa ou abusiva; f) Direito a consultar os processos e demais elementos existentes nas repartições e serviços públicos de administração central ou local que contenham dados sobre as características de bens e serviços de consumo e divulgar as informações necessárias à tutela dos interesses de consumidores; g) Direito a serem esclarecidas sobre os elementos e condições de formação dos preços de bens e de serviços, sempre que o solicitem; h) Direito de participar nos processos de regulação de preços de fornecimentos de bens e de prestações de serviços essenciais, nomeadamente nos domínios da água, energia, gás, transportes e telecomunicações, e a solicitar os esclarecimentos sobre as tarifas praticadas e a qualidade dos serviços, por forma a poderem pronunciar-se sobre elas; i) Direito a solicitar aos laboratórios oficiais a realização de análises sobre a composição ou sobre o estado de conservação e demais características dos bens destinados ao consumo público e de tornarem públicos os correspondentes resultados, devendo o serviço ser prestado com urgência necessária segundo tarifa que não, ultrapasse o preço de custo; j) Direito à presunção de boa fé das informações por elas prestadas; l) Direito à acção popular, nos termos da lei; m) Direito de queixa e denuncia, bem como direito de se constituírem como assistentes em sede do processo penal e a acompanharem o processo contra-ordenacional, quando o requeiram, apresentando memoriais, pareceres técnicos, sugestões de exames ou outras diligências de prova até que o processo esteja pronto para decisão final; n) Direito à isenção do pagamento de custas, preparos e de impostos do selo, nos termos da lei; o) Direito de receber apoio do Estado, através da administração central, e local para a prossecução dos seus fins, nomeadamente no exercício da sua actividade no domínio da formação e representação dos consumidores; p) Direito a benefícios fiscais idênticos aos concedidos ou a conceder às instituições de utilidade pública. 2. Os direitos previstos nas alíneas a) e b) do número anterior são exclusivamente conferidos às associações de consumidores de âmbito nacional e de interesse genérico. 3. O direito previsto na alínea h) do n° 1 é conferido às associações de interesse específico quando esse interesse esteja directamente relacionado com o bem ou serviço que é objecto da regulação de preços e para os serviços de natureza não local, exclusivamente conferido a associações de âmbito nacional.

11 Art. 19° (Acordos de boa conduta) 1. As associações de consumidores podem negociar com os profissionais ou as suas organizações representativas acordos de boa conduta, destinados a reger as relações entre uns e outros. 2. Os acordos referidos no número anterior não podem contrariar os preceitos imperativos da lei, designadamente os da lei da concorrência, nem conter disposições menos favoráveis aos consumidores do que as legalmente previstas. 3. Os acordos de boa conduta celebrados com associações de consumidores de

proteção dos direitos dos consumidores, pois estabelece princípios e regras que visam garantir a segurança, a informação adequada e o acesso a mecanismos de resolução de conflitos.

Segundo José Inácio Ramos Santos, a realidade de Cabo Verde no âmbito das políticas e estratégias de proteção do consumidor não é muito diversa dos outros países falantes da língua portuguesa. Assim, para além das previsões infraconstitucionais, Cabo Verde também reconhece os direitos do consumidor como um direito fundamental.¹²

O acesso ao direito e à justiça e a alternativa aos tribunais no sistema jurídico de Cabo Verde são feitos pelas “Casas de Direito”, que são estruturas não judiciais que funcionam na dependência do Ministério da Justiça, criadas como instrumentos de facilitação do acesso à justiça das camadas mais vulneráveis da população cabo-verdiana, valendo-se de uma ampla rede territorial. Criadas por meio do Decreto-Lei n. 62/2005, de 10 de outubro¹³, as Casas de Direito são vocacionadas para promover o acesso à justiça e ao direito, garantindo, nomeadamente, a informação e consulta jurídicas, estimulando o desenvolvimento da cidadania e a participação cívica dos cidadãos, divulgando os meios judiciais e extrajudiciais existentes para a resolução de conflitos.

O direito ao acesso à justiça é um direito constitucionalmente garantido na Constituição de Cabo Verde¹⁴ nos termos do art. 22º:

n. 1. A todos é garantido o direito ao acesso à justiça e de obter, em prazo razoável e mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos; n. 2. A todos é conferido, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde, o ambiente, a qualidade de vida e o património cultural; n. 4. A justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos ou indevida dilação da decisão; n. 6. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias individuais, a lei estabelece procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses mesmos direitos, liberdades e garantias.

interesse genérico obrigam os profissionais ou representados em relação a todos os consumidores, sejam ou não membros das associações intervenientes. 4. Os acordos atrás referidos devem ser objecto de divulgação, nomeadamente através da afixação nos estabelecimentos comerciais, sem prejuízo da utilização de outros meios informativos mais circunstanciados.

12 SANTOS, José Inácio Ramos. In: DA SILVA, Carlos Bruno Ferreira (supervisor) et al. **Direitos do consumidor e tutela extrajudicial e judicial**. (Projeto de Capacitação Jurídica de Formadores e Magistrados Brasil – Moçambique. Manual Prática de Atuação, v. 5). 2ª. ed. Brasília/DF: ESMPU; Maputo: CFJJ, 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/manual-de-atuacao-volume-5-consumidor.pdf>. Acesso em: 21 set. 2024.

13 CABO VERDE, Decreto-Lei n. 62/2005, 10 de outubro de 2005. Cria as Casas de Direito. Disponível em: <https://abre.ai/k7lp>. Acesso em: 23 set. 2024.

14 CABO VERDE, Constituição da República de Cabo Verde de 1992. 4ª ed. Praia: Imprensa Nacional, 2010. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xRXgug9JGNlozu5L9e5PmRaE-I25OJKz/view>. Acesso em: 26 maio 2024.

Quanto à utilização de métodos de mediação de conflitos, o sistema cabo-verdiano estabelece, por meio do Decreto-Lei n. 31/2005, de 9 de maio¹⁵, que regula o uso da mediação na resolução dos conflitos, no seu preâmbulo, que podem as Casas de Direito funcionar como centros de mediação, enquanto meio alternativo não judicial de composição dos litígios baseado na voluntariedade e acordo entre as partes, com base na faculdade conferida pela alínea b) do art. 205º e pelo n. 3 do art. 264º da Constituição.

Conforme dispõe o relatório da UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) de 2015, na condição de ex-colônia portuguesa, Cabo Verde, cuja constituição em vigor data de 1992 (com alterações de 2010), possui um sistema legal que reflete o português. O país adotou uma gama de medidas legislativas relativas ao comércio eletrônico, a conteúdos *online*, a segurança cibernética e a proteção de dados. Neste ponto, a legislação nacional é baseada nas regulações da União Europeia¹⁶.

Na Constituição de Cabo Verde, o art. 81º, n. 2 prevê que: “Os poderes públicos fomentam e apoiam as associações de consumidores, devendo a lei proteger os consumidores e garantir a defesa dos seus interesses”¹⁷. Por sua vez, o art. 7º alínea h, da lei de defesa do consumidor do país¹⁸ assegura aos consumidores o direito à resolução judicial dos conflitos de maneira célere, com previsão na legislação, inclusive, do uso de providencias cautelares.

Já em termos infraconstitucionais, a Lei de Defesa do Consumidor cabo-verdiana (LDC - Lei nº 88/V/98, de 31 de dezembro) garante o direito ao acesso à justiça dos consumidores com destaques para as já referidas associações de consumidores, entre as quais se encontra a Associação para Defesa do Consumidor (ADECO), e o MP (Ministério Público). O Art. 20º da Lei¹⁹ estabelece o papel do Ministério

15 CABOVERDE. Decreto-Lei n. 31/2005, 9 de maio de 2005. Regula o uso da mediação na resolução dos conflitos. Disponível em: <https://faolex.fao.org/docs/pdf/cvi119869.pdf>. Acesso em: 23 set. 2024.

16 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. In the Economic Community of West African States. **Review of e-commerce legislation harmonization**, New York, Geneva, p. 1-47, 2015. Disponível em: <https://unctad.org/publication/review-e-commerce-legislation-harmonization-economic-community-west-african-states> (unctad.org). Acesso em: 21 set. 2024.

17 Na íntegra: Artigo 81º (Direitos dos consumidores) 1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à adequada informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação dos danos sofridos pela violação de tais direitos. 2. Os poderes públicos fomentam e apoiam as associações de consumidores, devendo a lei proteger os consumidores e garantir a defesa dos seus interesses. CABOVERDE. Constituição da República de Cabo Verde de 1992. 4ª ed. Praia: Imprensa Nacional, 2010. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xRXgug9JGNlozu5L9e5PmRaE-I25OJKz/view>. Acesso em: 26 maio 2024.

18 CABOVERDE. Lei nº 88/V/98, 31 de dezembro de 1998. Aprova o regime jurídico de protecção e defesa do consumidor. Disponível em: <https://abre.ai/k6U1>. Acesso em: 21 set. 2024.

19 Artigo 20º (Ministério Público) Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores.

Público, atribuindo a ele a responsabilidade pela defesa dos consumidores tanto no âmbito administrativo quanto cível, para proteção dos interesses individuais homogêneos, bem como dos interesses coletivos e difusos. O Art.21²⁰, por sua vez, prevê a criação do Conselho Nacional do Consumo como um órgão consultivo com função pedagógica preventiva.

Assim como Cabo Verde, também Moçambique prevê uma atuação importante tanto das associações como do Ministério Público. Vejamos.

2. ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA NA LEI DE MOÇAMBIQUE

Segundo a Constituição da República de Moçambique (CRM), do ano de 2004²¹, com as alterações introduzidas pela Lei nº 1/2018, de 12 de junho (“Lei da Revisão da Constituição da República de Moçambique”), em seu art. 92 (Direito dos Consumidores), tem-se que:

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas as formas de publicidade oculta, indireta ou enganosa.
3. As associações de consumidores e as cooperativas têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a serem ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para a defesa dos seus associados. (g.n.)

Consoante bem aponta Nicols²², “os problemas dos consumidores diferem em razão dos níveis de desenvolvimento económico, social e cultural de cada país, da geografia, da demografia que distinguem a comunidade humana.” Por sua vez, Paulino²³ destaca que, em Moçambique, a proteção dos consumidores começou a impor-se como exigência geral à política legislativa com a sua consagração constitucional em 2004, o que se seguiu com a aprovação de legislação com o mesmo desiderato.

Destaca-se também na CRM seu art. 255, que traz a figura do Provedor de Justiça: “O Provedor de Justiça é um órgão que tem como função a garantia dos

20 Artigo 21º (Conselho Nacional do Consumo) 1. O Governo providenciará a criação do Conselho Nacional do Consumo que será um órgão de consulta e ação pedagógica e preventiva, exercendo a sua ação em todas as matérias relacionada com o interesse dos consumidores e de coordenação e execução de medidas tendentes à proteção, informação e apoio aos consumidores e suas organizações.

21 MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique. Promulgada em 16 de novembro de 2004. 2ª. ed. Maputo: Imprensa Nacional, 2004. Disponível em: <https://abre.ai/k7JY>. Acesso em: 23 set. 2024.

22 NICOLS, Mouzinho. **Proteção do consumidor na ordem jurídica moçambicana**. Maputo: Maputo Publiflix, 2010, p. 88.

23 PAULINO, Augusto. **A tutela dos consumidores de produtos e serviços financeiros no direito moçambicano**. Lisboa: Edições Almedina, 2017, p. 36. Ibidem, p. 84.

direitos dos cidadãos, a defesa da legalidade e da justiça na actuação da Administração Pública”. Já o art. 62 da CRM consagra o direito de acesso aos tribunais²⁴, no que também fazem coro os arts. 69 e 70. O direito de petição, por sua vez, encontra-se no art. 79, o qual consagra que: “Todos os cidadãos têm direito de apresentar petições, queixas e reclamações perante autoridade competente para exigir o restabelecimento dos seus direitos violados ou em defesa do interesse geral”. Novamente, aponta Nicols:

a região da Comunidade de Desenvolvimento de África Austral (Sadec), da qual Moçambique faz parte, enfrenta o desafio do acesso limitado à justiça. Esse fato torna longo, difícil, dispendioso e, muitas vezes, simplesmente impossível, para os consumidores exercerem os seus direitos em casos de abusos. [...] não existe uma política uniforme sobre a defesa do consumidor. **O que existe são associações e/ou instituições independentes e dependentes do Estado vocacionadas à defesa do consumidor.** (g.n.)

A Lei n° 22/2009, de 28 de setembro (Lei de Defesa do Consumidor de Moçambique - LDCM)²⁵ de Moçambique, instituída ao abrigo do n. I do artigo 179 da Constituição e regulamentada por meio do Regulamento da Lei de Defesa do Consumidor aprovado pelo Decreto n° 27/2016, de 18 de julho²⁶, definiu os elementos da relação de consumo no seu glossário ao final do documento, definindo, ainda, as “Instituições de Promoção e Tutela dos Direitos do Consumidor” em seu Capítulo VI, que assim destaca já no dispositivo de abertura (Art. 34. Associações de Consumidores):

As associações de consumidores são associações dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com objectivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores e seus associados.

As associações de consumidores podem ser de âmbito nacional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua acção.

As associações de consumidores podem ser ainda de interesse genérico ou de interesse específico: a) são de interesse genérico, as associações de consumidores cujo fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral e cujos órgãos

24 Art. 62. 1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário. 2. O arguido tem o direito de escolher livremente o seu defensor para o assistir em todos os actos do processo, devendo ao arguido que por razões económicas não possa constituir advogado ser assegurada à adequada assistência jurídica e patrocínio judicial.

25 MOÇAMBIQUE. Lei n° 22/2009, 28 de setembro de 2009. Aprova a Lei de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.imahanjane.co.mz/wp-content/uploads/2021/03/Lei_22_2009_DefesaConsumidorMocambique.pdf. Acesso em: 23 set. 2024.

26 MOÇAMBIQUE. Decreto n° 27/2016, 18 de julho de 2016. Aprova o Regulamento da Lei de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/490577212/Decreto-n-27-2016-Lei-da-Defesa-do-Consumidor-pdf>. Acesso em: 23 set. 2024.

sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados; b) são de interesse específico, as demais associações de consumidores de bens e serviços determinados, cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados.

As cooperativas de consumo são equiparadas, para os efeitos do disposto na presente Lei, às associações de consumidores.

A atuação do Ministério Público também merece referência na Lei moçambicana. No país, o Ministério Público, tão logo tome conhecimento de alguma demanda de consumo, pode seguir uma das seguintes soluções: resolução do caso por via extrajudicial mediante mecanismos de conciliação ou mediação; recurso às prerrogativas especiais dos magistrados do Ministério Público; e, em última instância, o recurso à via judicial²⁷. “O Ministério Público é, pois, um dos intervenientes diretos na resolução de casos relacionados com violação dos direitos do consumidor que repercutam na sociedade como direitos coletivos e difusos”²⁸.

No que tange ao direito de acesso aos tribunais, já no art. 4, alínea c) da referida Lei encontra-se disposta a previsão de “assegurar o acesso do consumidor ao direito e aos tribunais em condições apropriadas às especificações das relações e dos conflitos de consumo”. A LDCM trata, pois, do direito à proteção jurídica e do direito a uma justiça acessível e pronta. Nos termos do art. 18, é assegurado ao consumidor o direito à isenção de preparos nos processos em que pretenda a proteção dos seus interesses ou direitos, a condenação por incumprimento do fornecedor de bens ou prestador de serviços, ou a reparação de perdas e danos emergentes de fatos ilícitos ou da responsabilidade objetiva definida nos termos da lei, desde que o valor da ação não exceda a alçada do Tribunal Judicial de Distrito de 1ª Classe.

Por fim, merece referência, ainda, o fato de encontrar-se, entre os direitos do consumidor enunciados no art. 5 da LDMC, o direito à “proteção jurídica e a uma **justiça acessível e pronta**”, bem como a “participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses” (g.n.).

3. ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA NA LEI DE ANGOLA

A Constituição angolana de 2010, com Revisão da Lei n.º 18/21, em seu art. 78º, dispõe sobre os direitos do consumidor, assim referindo:

27 DA SILVA. Carlos Bruno Ferreira (supervisor) et al. **Direitos do consumidor e tutela extrajudicial e judicial**. (Projeto de Capacitação Jurídica de Formadores e Magistrados Brasil – Moçambique. Manual Prática de Atuação, v. 5). 2ª. ed. Brasília/DF: ESMPU; Maputo: CFJJ, 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/manual-de-atuacao-volume-5-consumidor.pdf>. Acesso em: 21 set. 2024.

28 DA SILVA. Carlos Bruno Ferreira (supervisor) et al. **Direitos do consumidor e tutela extrajudicial e judicial**. (Projeto de Capacitação Jurídica de Formadores e Magistrados Brasil – Moçambique. Manual Prática de Atuação, v. 5). 2ª. ed. Brasília/DF: ESMPU; Maputo: CFJJ, 2022, p. 93. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/manual-de-atuacao-volume-5-consumidor.pdf>. Acesso em: 21 set. 2024.

ARTIGO 78.º (Direitos do consumidor): 1. O consumidor tem direito à qualidade dos bens e serviços, à informação e esclarecimento, à garantia dos seus produtos e à proteção na relação de consumo. 2. O consumidor tem direito a ser protegido no fabrico e fornecimento de bens e serviços nocivos à saúde e à vida, devendo ser ressarcido pelos danos que lhe sejam causados. 3. A publicidade de bens e serviços de consumo é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou enganosa. 4. A lei protege o consumidor e garante a defesa dos seus interesses.²⁹

Entre as entidades com competência para defesa dos interesses dos consumidores estão o Ministério Público, sendo órgão essencial à função jurisdicional do Estado, dotado de autonomia e estatuto próprio; o Instituto Nacional de Defesa do Consumidor; e as Associações de Consumidores previstos nos respetivos artigos (arts. 34º, 35º e 31º da Lei de Defesa do Consumidor). O art. 27º, §2º³⁰, e o art. 28º³¹, ambos da Lei de Defesa do Consumidor angolana (Lei nº 15/2003)³², dispõem sobre a defesa do consumidor em juízo, mencionando, o *caput* do aludido art. 27, caber ao órgão da administração pública especificamente destinado à defesa dos interesses e direitos protegidos pela referida lei promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo.

Segundo Rodrigues³³, no domínio da defesa do consumidor na ordem jurídica angolana, a lei prevê um conjunto de entidades, algumas delas condicionadas pelas suas competências, para agirem quando a ofensa apresenta caráter coletivo. No âmbito privado, são as associações de consumidores devidamente reconhecidas, constituídas no mínimo há um ano; no âmbito estatal, o Ministério Público e o Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (Inadec). Apesar de a Constituição propriamente dita não outorgar esse poder às associações, a lei especial de defesa do consumidor garante a legitimidade ativa às associações em defesa dos interesses dos consumidores.

Abel Carlos Buzi Nduli³⁴ sublinha que o Ministério Público se caracteriza, tradicionalmente, pela diversidade das funções que lhe são conferidas, com base

29 ANGOLA. Constituição da República de Angola. Promulgada em 05 de fevereiro de 2010. Disponível em: [Gov_AngolaConstituição190102230948141675284494.pdf](#) Acesso em: 29 maio 2025.

30 “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta lei, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

31 “Têm legitimidade para intentar as ações previstas no 2.º parágrafo do artigo anterior: a) os consumidores directamente lesados; b) as associações de consumidores legalmente constituídas há pelo menos um ano; c) o Ministério Público; d) o Instituto Nacional de Defesa do Consumidor, quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.”

32 ANGOLA. Lei nº 15/2003, de 22 de julho de 2003. Disponível em: [lei-n-o-15-03-de-22-de-julho-assembleia-nacional-lex-ao.pdf](#) Acesso em: 29 maio 2025.

33 RODRIGUES, Raúl Carlos de Freitas. **O consumidor no direito angolano**. Coimbra: Edições Almeida AS, 2009. p.164.

34 NDULI, Abel Carlos Buzi. A protecção jurídica do consumidor em Angola: contratos relativos a comunicações

no art. 186º da Constituição angolana, que determina que “ao Ministério Público compete representar o Estado, defender a legitimidade democrática e os interesses que a lei determinar, promover o processo penal e exercer a ação penal, nos termos da lei, nomeadamente: (...) d) Defender os interesses coletivos e difusos. (...)”, combinado com o art. 34º da Lei de Defesa do Consumidor Angolana (LDCA), segundo o qual dar-se-á a sua intervenção “em ações administrativas tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores”.

José Mateus Francisco³⁵ destaca a competência do Ministério Público para intentar ações para obter a nulidade de determinadas cláusulas contratuais desvantajosas ou mesmo abusivas em relação ao consumidor com base no art. 19-C da Lei das Cláusulas Gerais do Contrato (LCGC)³⁶. Trata-se da tutela dos interesses legítimos dos consumidores nos casos em que disposições pré-elaboradas pelos fornecedores põem em risco os direitos da parte menos protegida na relação negocial. Considerando tal disparidade de forças, inclusive, é que a lei angolana, no que toca à responsabilidade por vício do bem adquirido, dispõe que os fornecedores de bens de consumo duradouros e não duradouros respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade em relação às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (art. 11º).

Por fim, a Lei de Defesa do Consumidor angolana estabelece critérios, em seu art. 33º³⁷, para que as associações de consumidores possam negociar com os profissionais ou com suas organizações representativas acordos de boa conduta, os quais são destinados a reger as relações entre uns e outros.

electrónicas. 2014. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 55. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16884/1/Nduli_2014.pdf. Acesso em 23 set. 2024

35 FRANCISCO, José Matheus. A proteção do consumidor nos contratos à distância face ao ordenamento jurídico angolano. 2016. 84 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 45. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/20307/1/Francisco_2016.pdf. Acesso em 23 set. 2024.

36 ANGOLA. Lei nº 04/2003, de 08 de janeiro de 2003. Disponível em: [lei-n-o-4-03-de-18-de-fevereiro-assemb-leia-nacional_lex-ao.pdf](#). Acesso em 29 de maio 2025.

37 Artigo 33º (Acordos de boa conduta) 1. As associações de consumidores podem negociar com os profissionais ou as suas organizações representativas acordos de boa conduta, destinados a reger as relações entre uns e outros. 2. Os acordos referidos no número anterior não podem contrariar os preceitos imperativos da lei, designadamente, os da lei da concorrência, nem conter disposições menos favoráveis aos consumidores do que as legalmente previstas. 3. Os acordos de boa conduta celebrados beneficiam todos os consumidores, sejam ou não membros das associações intervenientes. 4. Os acordos atrás referidos devem ser objecto de divulgação, nomeadamente, através da afixação nos estabelecimentos comerciais, sem prejuízo da utilização de outros meios informativos mais circunstanciados.

4. ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA EM GUINÉ-BISSAU

A Constituição guineense garante um conjunto selecionado de direitos fundamentais em ambos os seus títulos – “I. Princípios Fundamentais” e “II. Direitos, liberdades, garantias e deveres”. Este conjunto inclui o direito à igualdade perante a lei e o de obter reparação nos tribunais, bem como o direito ao devido processo e garantias de um julgamento justo.

O art. 29º da Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB)³⁸ prevê, explicitamente, que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros direitos incluídos na legislação nacional ou internacional e devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Conforme destaca Sangreman³⁹, o acesso à justiça é um direito básico no Estado de Direito. Nesse sentido, se esse acesso não existir, seja qual for a causa, as populações não podem ter a sua segurança, propriedade e direitos humanos em geral assegurados. Como é lógico, os grupos sociais mais vulneráveis são os principais prejudicados por um deficiente acesso à justiça: minorias, populações vivendo no espaço rural em um grande isolamento, mulheres e crianças.

O direito ao acesso à justiça é um direito constitucionalmente previsto nos termos do art. 32º, o qual estabelece que “todo o cidadão tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais contra os actos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”, combinado com o art. 34º, segundo o qual “todos têm direito à informação e à protecção jurídica, nos termos da lei”. Destaque-se que a Guiné-Bissau passou por várias reformas, inclusive económica e política, após a sua adesão à UEMOA (União Monetária Oeste Africana) e, conseqüentemente, sua atual Constituição também passou por várias reformas.

Embora estejamos em 2025, faz-se indispensável referir que, à diferença dos países anteriormente mencionados, Guiné-Bissau não possui uma lei específica de defesa do Consumidor. Assim, é com base na previsão constitucional e em outras normas, fundamentalmente, que o direito de acesso à justiça das pessoas que se sentem lesionadas por fornecedores, bens ou serviços postos à disposição no mercado do país é assegurado. O art. 2º da Lei Orgânica dos Tribunais (LOT)⁴⁰ prevê que “competem aos tribunais judiciais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesse públicos e privados”.

38 GUINÉ-BISSAU. Constituição da República da Guiné-Bissau. Promulgada em 16 de maio de 1984. Bissau: Imprensa Nacional, 1996. Disponível em: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/gw/gw001pt.pdf>. Acesso em: 23 set. 2024.

39 SANGREMAN, Carlos et al. **Justiça e Direitos Humanos na Guiné-Bissau: debates e perspectivas**. Lisboa: Acep/Cesa, 2019, p. 21.

40 Lei n. 3/2002 alterado pela Lei 6/2011.

O Decreto-Lei nº 11/2010⁴¹ do governo guineense fornece um quadro jurídico para o apoio judiciário⁴². Em 2011, foi aprovado o Decreto nº 11/2011, que criou o Gabinete de Informação e Consulta Jurídica e os Centros de Acesso à Justiça aos cidadãos.

O art. 125º, nº 1, da CRGB prevê que “o Ministério Público é órgão do estado encarregado de, junto dos tribunais, fiscalizar a legalidade e representar o interesse público e social e é o titular da acção penal.” Assim, pode-se dizer que ele, enquanto Estado, tem o papel de proteção ao consumidor.

Finalmente, os Centros de Acesso à Justiça (CAJs) na Guiné-Bissau continuam a promover mecanismos alternativos de resolução de conflitos por meio de mediação e conciliação, na prestação de serviços de apoio jurídico gratuito às populações, contribuindo assim para o cumprimento dos direitos humanos nas regiões. Os CAJs fazem parte do Programa de Estado de Direito e Segurança (ROLS), liderado pelo Ministério da Justiça, com a finalidade de fornecer informação aos grupos mais vulneráveis da população sobre os seus direitos e o sistema de justiça, bem como prover aconselhamento, assessoria e assistência jurídica gratuita.

5. ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA NA LEI DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

No sistema jurídico santomense, o acesso à justiça é considerado um direito fundamental, consagrado no art. 20º da Constituição de São Tomé e Príncipe, baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Tratados da União Africana.

41 GUINÉ-BISSAU. Decreto-Lei nº 11/2010, 14 de junho de 2010. Procede ao enquadramento legal de soluções que assegurem aos cidadãos condições eficazes de acesso ao direito e à justiça que lhes garantam o exercício ou a defesa dos seus direitos. Disponível em: https://pgr.gw/wp-content/uploads/2024/08/Decreto-Lei-n.o-11_2010.pdf. Acesso em: 23 set. 2024.

42 Consta como antecedente ao art. 1º do Decreto o quanto segue: “As diferentes problemáticas conexas com a efectivação dum real direito de acesso dos cidadãos ao Direito e à Justiça têm merecido resposta da sociedade desde tempos recuados da Humanidade. Há notícias históricas de que já em Atenas se nomeavam advogados para defesa dos pobres e de que em Roma a defesa dos indigentes era espontaneamente assumida por advogados. Embora a prática de garantir assistência judiciária aos mais necessitados se mantenha também durante a Idade Média, é apenas no século XX que, na maioria dos países, se estabeleceu como garantia constitucional mente consagrada. A Constituição da República da Guiné-Bissau consagrou um amplo direito dos cidadãos não apenas no acesso à Justiça como igualmente à informação e a protecção jurídica. (...) No caso específico da Guiné-Bissau, o instituto da assistência judiciária não conseguirá garantir aos cidadãos um efectivo acesso à justiça se a intervenção ficar apenas pela implementação normativa de mecanismos destinados a permitir a litigância, de forma mais ou menos gratuita, aos mais desfavorecidos economicamente, sem resolver ou minorar os bloqueios estruturais que mais frequentemente afastam os cidadãos de recorrer aos órgãos jurisdicionais. Referimo-nos à necessidade de mudança de atitudes, sob o ponto de vista cultural, que contribuam para que a justiça seja encarada prioritariamente como função destinada a satisfazer um direito pertencente à população em geral e, concomitantemente, proporcione os meios adequados aos operadores judiciais para a sua administração eficaz. O equilíbrio na prossecução de tais finalidades impõe que o Estado pro ceda a um investimento racional dos escassos meios financeiros disponíveis de forma a que as instituições judiciais criadas possam ser efectivamente utilizadas pela sociedade a que se destinam, sem descuidar a manutenção das condições necessárias ao exercício das diferentes profissões da área da justiça. (...). Disponível em: [BO_24_.pdf](#) Acesso em: 29 maio 2025.

O art. 20º da Constituição de São Tomé e Príncipe consagra que: “Todo o cidadão tem direito de recorrer aos tribunais contra os actos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.”⁴³

Importante destacar que a tutela do consumidor no ordenamento jurídico santomense é exercida de forma individual e coletiva e encontra sustentação na sua lei de defesa do consumidor do ano de 2017. No âmbito de atuação do Ministério Público nas ações consumeristas em decorrência dos direitos coletivos ou homogêneos, a Lei de Defesa do Consumidor santomense dispõe, também no art. 20º, a competência do Ministério Público para a defesa dos consumidores no âmbito das relações de consumo, intervindo em ações administrativas e civis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores.⁴⁴ Nesse contexto, o método da mediação e conciliação tornou-se fator chave para a resolução dos litígios.

Durães e Santos afirmam que, em São Tomé e Príncipe, há vozes locais que advogavam a desnecessidade da intervenção do Estado na regulamentação da relação

43 SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. Constituição da República Democrática de S.Tomé e Príncipe. Promulgada em 25 de janeiro de 2003. Disponível em: [Constituição da República Democrática de S.Tomé e Príncipe — Assembleia Nacional de S.Tomé e Príncipe](#) Acesso em: 29 maio 2025. Em seu Preâmbulo, lê-se: “Durante cinco séculos o Povo São-tomense travou contra a dominação colonial, um combate difícil e heróico, pela libertação da sua Pátria ocupada, pela conquista da Soberania e Independência Nacional, pela restauração dos seus direitos usurpados e pela reafirmação da sua dignidade humana e personalidade africana. A 12 de Julho de 1975, sob a esclarecida direcção do Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe (MLSTP), o Povo São-tomense alcançou a sua Independência Nacional e proclamou perante a África e a Humanidade inteira a República Democrática de São Tomé e Príncipe. Essa vitória, a maior da nossa história, só foi possível graças aos sacrifícios e à determinação de valerosos e heróicos filhos de São Tomé e Príncipe que, durante séculos, sempre resistiram à presença colonial, e em 1960 se organizaram em CLSTP e mais tarde, 1972, em MLSTP, até atingir o supremo objectivo da libertação nacional. Com a proclamação da Independência Nacional, a Assembleia Representativa do Povo São-tomense confiou ao Bureau Político do MLSTP, através do estipulado no Artigo 3.º da Lei Fundamental então aprovada, a pesada responsabilidade de, como mais alto órgão político da Nação, assumir a direcção da sociedade e do Estado em São Tomé e Príncipe, visando o nobre objectivo de garantir a independência e a unidade nacionais, mediante a construção dum Estado Democrático, segundo o programa máximo do MLSTP. Quinze anos depois, e após análise aprofundada da experiência de exercício legítimo do poder pelo MLSTP, o Comité Central, na sua sessão de Dezembro de 1989, fiel ao dever patriótico de promover o desenvolvimento equilibrado e harmonioso de São Tomé e Príncipe, decidiu ratificar as justas aspirações nacionais, expressas durante a Conferência Nacional, de 5 a 8 de Dezembro de 1989, no sentido da abertura do necessário espaço à participação de outras forças politicamente organizadas, com vista ao aprofundamento da democracia, em prol da modernidade em São Tomé e Príncipe. Inspirada na necessidade histórica de se promover a participação cada vez mais ampla e responsabilizada do cidadão nos vários domínios da vida nacional, a presente revisão ao texto constitucional, para além de consagrar o princípio de que o monopólio do poder não constitui por si só garantia suficiente de progresso, representa a vontade colectiva dos São-tomenses em darem a sua parcela de contribuição à universalidade dos direitos e liberdades fundamentais do Homem. Nestes termos, após a aprovação pela Assembleia Popular Nacional, no uso das atribuições que lhe são conferidas ao abrigo da alínea i) do artigo 32.º, e ratificação por Referendo Popular, ao abrigo do n.º 2 do artigo 70.º, todos da Constituição vigente, promulgo a seguinte Constituição:”

44 SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. Lei N° 09/2017, de 28 de junho de 2017. Disponível em: [Consumer Protection Law no 9-2017 \(in Portuguese\).pdf](#) Acesso em: 29 maio 2025.

de consumo e, conseqüentemente, da existência de um Direito do Consumidor, pois, para eles, outras leis avulsas dariam conta de tais negócios jurídicos, em especial o Código Civil.⁴⁵ A nosso sentir, considerando fenômenos globais como a ampliação dos mercados de consumo, o crescimento do comércio eletrônico e das trocas digitais e o capitalismo que marca os tempos atuais, os consumidores ao redor do mundo necessitam de políticas públicas e legislativas para sua maior proteção.

Com efeito, na linha do que sustentam os autores, não é preciso esforço para observar a vulnerabilidade dos consumidores diante dos fornecedores, pois o próprio preâmbulo da Lei 09/2017 já apresenta essa presunção legislativa⁴⁶. A ideia que transcende da norma de proteção do consumidor é a sua vulnerabilidade, advindo daí a importância da atuação do Estado, da Sociedade Civil Organizada, das Associações, do Ministério Público e do Conselho Nacional de Consumo (vide arts.17-21 da Lei 09/2017). “Assim, há de se reconhecer que a Lei santomense concebeu uma rigorosa estrutura para a proteção do consumidor vulnerável no seio da relação de consumo”⁴⁷.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo apresentar um paralelo entre os países africanos de língua oficial portuguesa a partir de uma perspectiva consumerista de acesso à justiça. As realidades nesses países também revelam um cenário plural quanto ao desenvolvimento do direito do consumidor e de sua proteção em juízo. Em comum entre todos eles mostra-se, por outro lado, a previsão constitucional do direito de acesso à justiça.

Ampliando a análise para países como Portugal e Brasil, sem dúvida percebe-se que as realidades africanas são, significativamente, distintas daquela do país europeu e um pouco mais próximas do Brasil enquanto país sul-americano, a despeito das evidentes distinções culturais, estruturais, normativas e econômicas que separam,

45 DURÃES, Ivan de Oliveira e SANTOS, Aleksander Lombá Henriques. Definição Jurídica de Consumidor em São Tomé e Príncipe: Estudo Propositivo em Homenagem aos Consumidores Santomenses. **Revista de Direito Civil**, v. 3, n. 1, p. 53-65, jan./jun. 2021, p. 56.

46 SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. Lei nº 09/2017, de 28 de junho de 2017. Preâmbulo: “A presente Lei versa sobre a protecção do Consumidor, que se inicia a partir do momento em que se verifica a existência de vulnerabilidade deste perante o fornecedor, numa relação jurídica de consumo, que tem como facto marcante a presença de ambos transaccionando bens e serviços. Discorre sobre a importância do Direito do Consumidor que foram aprovadas em 1985 pela ONU, tendo novas directrizes com relação ao Direito do Consumidor. A partir daí, iniciou-se um movimento de protecção ao Consumidor pelo mundo, primeiramente nos países desenvolvidos. Por isso, é necessária a intervenção do poder público através de normativas incidentes na possibilidade de auto-regulação dos interesses particulares. Assim, a Assembleia Nacional decreta, nos termos da alínea b) do artigo 97.º da Constituição, o seguinte:” Disponível em: [Consumer Protection Law no 9-2017 \(in Portuguese\).pdf](#) Acesso em: 29 maio 2025.

47 DURÃES, Ivan de Oliveira e SANTOS, Aleksander Lombá Henriques. Definição Jurídica de Consumidor em São Tomé e Príncipe: Estudo Propositivo em Homenagem aos Consumidores Santomenses. **Revista de Direito Civil**, v. 3, n. 1, p. 53-65, jan./jun. 2021, p. 58.

por exemplo, o contexto brasileiro e o guineense (apenas para tomar por base a nacionalidade dos autores deste breve artigo).

Com efeito, verifica-se na realidade dos consumidores brasileiros uma importante evolução desde a aprovação, no país, da Constituição Federal de 1988, com a ascensão do direito do consumidor a direito fundamental no art. 5º, XXXII, até a entrada em vigor de uma Lei (ou melhor, um Código), no início dos anos 1990, o Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Já na Guiné-Bissau, ainda em 2025 uma lei especial que tutele os consumidores carece de ser editada, à diferença dos demais países aqui analisados. Em Guiné-Bissau, é com base na previsão constitucional e em outras normas do sistema legal que o direito de acesso à justiça dos consumidores é assegurado, mostrando como os consumidores ainda não encontram uma proteção globalizada a despeito da incontestada abertura dos mercados que hoje se vivencia.

Por fim, não poderíamos deixar de destacar o papel das associações de defesa dos consumidores nas leis examinadas, atuantes como agentes tanto de disponibilização de informações jurídicas aos consumidores, como de patrocínio judiciário de causas de consumo, fazendo valer, em alguma medida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos para os consumidores do continente.

REFERÊNCIAS

ANGOLA. Constituição da República de Angola de 2010. Luanda: Assembleia Nacional, 2010. Disponível em: https://www.vicepresidente.gov.ao/wp-content/uploads/2019/02/CRA_PT_VERSAO_DIGITAL.pdf.

ANGOLA. Lei nº 15/03, 22 de julho de 2003. Estabelece os princípios gerais da política de defesa do consumidor. Disponível em: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao017pt.pdf>.

ANGOLA. Lei nº 04/2003, de 08 de janeiro de 2003. Disponível em: [lei-n-o-4-03-de-18-de-fevereiro-2003-1.pdf](https://www.legislação.gov.ao/leis/lei-n-o-4-03-de-18-de-fevereiro-2003-1.pdf).

BELARMINO, Lucas; SOARES, Elisabete; DIAS, Paulino (consult.). Estudo sobre a situação da justiça em Cabo Verde. Cabo Verde, Ministério da Justiça e do Trabalho, 2017. Disponível em: https://www.dgpj.cv/images/Relatorio_FINAL_Estudo_Sit_Justica_CV_2017_17_12_2017.pdf.

CABO VERDE. Constituição da República de Cabo Verde de 1992. 4 ed. Praia: Imprensa Nacional, 2010. Disponível em: <https://abre.ai/k6Vj>.

CABO VERDE. Decreto-Lei n. 31/2005, 9 de maio de 2005. Regula o uso da mediação na resolução dos conflitos. Disponível em: <https://faolex.fao.org/docs/pdf/cvi119869.pdf>.

CABO VERDE. Decreto-Lei n. 62/2005, 10 de outubro de 2005. Cria as Casas de Direito. Disponível em: <https://abre.ai/k7Ip>.

CABO VERDE. Lei nº 88/V/98, 31 de dezembro de 1998. Aprova o regime jurídico de protecção e defesa do consumidor. Disponível em: <https://abre.ai/k6U1>.

CASAS MAIA, Maurílio. O acesso à Justiça do consumidor via Defensoria Pública em quatro ondas renovatórias. In: OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Direito do Consumidor Contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DA SILVA. Carlos Bruno Ferreira (sup.) et al. **Manual prático de atuação**: direitos do consumidor e tutela extrajudicial e judicial. 2. ed. Brasília, DF: ESMPU; Maputo: CFJJ, 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/manual-de-atuacao-volume-5-consumidor.pdf>.

DURÃES, Ivan de Oliveira e SANTOS, Aleksander Lombá Henriques. Definição Jurídica de Consumidor em São Tomé e Príncipe: Estudo Propositivo em Homenagem aos Consumidores Santomenses. **Revista de Direito Civil**, v. 3, n.1, p. 53-65, jan./jun. 2021.

FRANCISCO, José Matheus. A proteção do consumidor nos contratos à distância face ao ordenamento jurídico angolano. 2016. 84 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 45. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/20307/1/Francisco_2016.pdf.

GUINÉ-BISSAU. Constituição da República da Guiné-Bissau. Promulgada em 16 de maio de 1984. Bissau: Imprensa Nacional, 1996. Disponível em: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/gw/gw001pt.pdf>.

GUINÉ-BISSAU. Decreto-Lei n. 11/2010. 14 de junho de 2010. Procede ao enquadramento legal de soluções que assegurem aos cidadãos condições eficazes de acesso ao direito e à justiça que lhes garantam o exercício ou a defesa dos seus direitos. Disponível em: https://pgr.gw/wp-content/uploads/2024/08/Decreto-Lei-n.o-11_2010.pdf.

GUINÉ-BISSAU. Lei n. 3/2002 alterado pela Lei 6/2011.

MAGALHÃES, Carlos. Responsabilidade civil do fornecedor face à lei angolana de defesa do consumidor: confronto com o direito português. 2021. 629 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Civis) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique. Promulgada em 16 de novembro de 2004. 2. ed. Maputo: Imprensa Nacional, 2004. Disponível em: <https://abre.ai/k7JY>.

MOÇAMBIQUE. Decreto nº 27/2016, 18 de Julho de 2016. Aprova o Regulamento da Lei de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/490577212/Decreto-n-27-2016-Lei-da-Defesa-do-Consumidor-pdf>.

MOÇAMBIQUE. Decreto-Lei nº 47.344/66, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação – Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 22/09, 28 de setembro de 2009. Institui um sistema moçambicano de defesa do consumidor, com o objectivo de assegurar os seus direitos,

e dá outras providências. Disponível em: [Lei_22_2009_DefesaConsumidorMocambique.pdf](#) (imahanjane.co.mz).

MOÇAMBIQUE. Lei nº 24/2007, 20 de agosto de 2007. Revoga a Lei nº 10/92, de 6 de maio, e aprova a Lei de Organização Judiciária. Disponível em: Lei - 24 - 2007 de 20 de agosto | PDF | Juiz | Lei Estatutária (scribd.com).

MOÇAMBIQUE. Lei nº 24/2007, de 20 de agosto de 2007. Revoga a Lei nº 10/92, de 6 de maio, e aprova a Lei de Organização Judiciária. Disponível em: Lei n. 24/2007, de 20 de agosto — REFORMAR – Research for Mozambique.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 3/2017, de 9 de janeiro de 2017. Estabelece os princípios, normas gerais e o regime jurídico das transacções electrónicas em geral, do comércio electrónico e do governo electrónico em particular, visando garantir a protecção e utilização das tecnologias de informação e comunicação. Disponível em: <https://abre.ai/k6U2>.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 4/17, 18 de janeiro de 2017. Lei que altera a Lei n. 22/2007, de 1 de agosto, Lei Orgânica do Ministério Público e aprova o Estatuto dos Magistrados do Ministério Público. Disponível em: Lei 4.2017 de 18 de janeiro Lei Orgânica Do MP | PDF | Ministério (departamento governamental) | Ministros (governo) (scribd.com).

MOÇAMBIQUE. Lei nº 4/2017, de 18 de janeiro de 2017. Altera a Lei n. 22/2007 de 1 de agosto, Lei Orgânica do Ministério Público e aprova o Estatuto dos Magistrados do Ministério Público. Disponível em: https://reformar.co.mz/documentos-diversos/lei_4_2017_pgr.pdf/view.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 8/82, de 23 de junho de 1982, que aprova a Lei sobre Crimes contra a Saúde Pública no Âmbito da Higiene Alimentar. Disponível em: [mz-government-gazette-series-i-supplement-no-3-dated-1982-06-23-no-24.pdf](#) (gazettes.africa).

MOÇAMBIQUE. Lei nº 9/87, de 19 de setembro de 1987. Adota algumas medidas punitivas dos crimes anti-económicos previstos na Lei de Defesa da Economia e introduz novos artigos na Lei nº 5/82 de 9 de julho, pertinentes ao comércio não autorizado em moeda convertível e à denuncia dos crimes e um novo capítulo vii. Disponível em: [mz-government-gazette-series-i-supplement-no-3-dated-1987-09-19-no-37.pdf](#) (gazettes.africa).

NDULI, Abel Carlos Buzi. A protecção jurídica do consumidor em Angola: contratos relativos a comunicações electrónicas. 2014. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 55. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16884/1/Nduli_2014.pdf.

NICOLS, Mouzinho. **Proteção do consumidor na ordem jurídica moçambicana**. Maputo: Maputo Publifix, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ASSOCIAÇÕES DE CONSUMIDORES DE LÍNGUA PORTUGUESA. **Estatuto**. Portugal, 2014. Disponível em: <https://abre.ai/k7Fc>.

PAULINO, Augusto. **A tutela dos consumidores de produtos e serviços financeiros no direito Moçambique**. Lisboa: Edições Almedina, 2017.

RODRIGUES, Raúl Carlos de Freitas. **O consumidor no direito angolano**. Coimbra: Edições Almeida AS, 2009.

SANGREMAN, Carlos et al. **Justiça e Direitos Humanos na Guiné-Bissau: debates e perspectivas**. Lisboa: Acep/Cesa, 2019.

SANTOS, José Inácio Ramos. In: DA SILVA. Carlos Bruno Ferreira (supervisor) et al. **Direitos do consumidor e tutela extrajudicial e judicial**. (Projeto de Capacitação Jurídica de Formadores e Magistrados Brasil – Moçambique. Manual Prática de Atuação, v. 5). 2ª. ed. Brasília/DF: ESMPU; Maputo: CFJJ, 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/publicacoes/docs/manual-de-atuacao-volume-5-consumidor.pdf>.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. Constituição da República Democrática de S.Tomé e Príncipe. Promulgada em 25 de janeiro de 2003. Disponível em: [Constituição da República Democrática de S.Tomé e Príncipe — Assembleia Nacional de S.Tomé e Príncipe](#).

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. Lei N° 09/2017, de 28 de junho de 2017. Disponível em: [Consumer Protection Law no 9-2017 \(in Portuguese\).pdf](#).

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos?** São Paulo: Martins Fontes, 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. In the Economic Community Of West African States. **Review of e-commerce legislation harmonization**, New York, Geneva, p. 1-47, 2015. Disponível em: [Review of e-commerce legislation harmonization in the Economic Community of West African States - ECOWAS \(unctad.org\)](#).

ADVOCACIA, CONSENSO E ESTRATÉGIAS CATALIZADORAS DO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS.

Carlos Eduardo de Vasconcelos¹

RESUMO

No contexto do Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas, busco verificar se as suas dinâmicas estão sendo compreendidas e aplicadas de modo adequado e equitativo. Prefiro adotar a locução portas auto-organizáveis, porquanto tais dinâmicas ou práticas – quando compatíveis com o sistema normativo aplicável – são livres criações negociadas, mediadas, arbitradas e facilitadas, em face da autonomia das vontades dos protagonistas. Observo que, nas disciplinas processuais, a despeito dos méritos e inovações dos novos e brilhantes processualistas brasileiros, não prevalecem pedagogias ativas. Como consequência, cursos e concursos induzem os estudantes à memorização de uma enormidade de textos normativos e suas fontes. Textos que vão sendo esquecidos. Quando no exercício da advocacia, migram esses novos advogados para o oásis da IA, facilitados pelos chats de preferência. Alívio! Consoante o nosso Sistema Multiportas, nós, advogados, exercemos o equilíbrio entre a norma jurídica, linear, e a dialética do sistema aberto, não linear, que nos convida a informar, negociar, colaborar, facilitar, interagir, amadurecer, requerer, mediar e resolver cooperativamente, inclusive nas desiguais relações de consumo. Daí porque, entre a dogmática das normas de conduta e a hermenêutica das normas sobre normas, impõe-se a comunicação do mundo da vida como realidade jurídica. Por tais razões este autor propõe que o CFOAB seja reestruturado para estimular, estrategicamente, a colaboração entre as advocacias privadas e públicas na integração e cooperação de institutos catalizadores, a exemplo dos 1- negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico, 2 - a cooperação judiciária, 3 - a produção antecipada de provas e 4 - o livre trânsito entre portas e técnicas. Com vistas a agregar organicidade a tal intento, o autor propõe, no CFOAB, a inserção de uma Comissão Nacional de Agregação das Estratégias da Advocacia Multiportas.

ABSTRACT

¹ Carlos Eduardo de Vasconcelos é Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e Professor Visitante da PUC/RIO. Bel. em Direito pela UNICAP/PE. Prof. Honoris Causa pela Faculdade de Olinda. Medalha Joaquim Amazonas pela OAB/PE. É Cofundador do Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa. Foi Diretor e Coordenador das Práticas Jurídicas e Restaurativas da UNIFG/PE. Integrou Comissão de Juristas e Especialistas, no Ministério da Justiça do Brasil, que colaborou na redação da Lei de Mediação 13.140/2015. É autor da obra *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*, em sua 8ª edição.

In the context of the Brazilian Multi-Door Justice System, I seek to verify whether its dynamics are being understood and applied in an appropriate and equitable manner. I preferred to adopt the expression self-organizing doors, since such dynamics or practices – when compatible with the applicable normative system – are free creations that are negotiated, mediated, arbitrated and facilitated, in view of the autonomy of the wills of the protagonists. I observe that, in procedural disciplines, despite the merits and innovations of the new and brilliant Brazilian proceduralists, active pedagogies do not prevail. As a consequence, courses and competitions induce students to memorizing a huge number of normative texts and their sources. Texts that are gradually forgotten. When practicing law, these new lawyers migrate to the oasis of AI, facilitated by preferred chats. Relief! According to our Multi-Door System, we, lawyers, exercise the balance between the linear legal norm and the dialectic of the open, non-linear system, which invites us to inform, negotiate, collaborate, facilitate, interact, mature, request, mediate and resolve cooperatively, including in unequal consumer relations. That is why, between the dogmatics of the rules of conduct and the hermeneutics of the rules about rules, the communication of the world of life as a legal reality is imposed. For these reasons, this author proposes that the CFOAB be restructured to strategically stimulate collaboration between private and public law firms in the integration and cooperation of catalytic institutes, such as 1 – legal business on the way to solve a legal problem, 2 – judicial cooperation, 3 – the advance production of evidence and 4 – the free movement between doors and techniques. With a view to adding organicity to this intent, the author proposes, in the CFOAB, the insertion of a National Commission for Aggregation of Multi-Door Advocacy Strategies.

Palavras-chave: Advocacia; Sistema; Autocomposição; Empatia; Mediador; Consumo; Cooperação; Integração; Portas; Estratégias; Multiportas.

A - ASPECTOS E OBSERVAÇÕES INICIAIS SOBRE A ADVOCACIA NO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIORTAS.

Desde a sua 4ª edição, em 2015, o Capítulo 2 da minha obra “Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas” (Rio de Janeiro: Método, 2023) hoje em sua 8ª edição –, aprecia “O CPC (Lei 13.105/2015) e a Lei de Mediação (13.140/15) no Sistema Multiportas de Acesso à Justiça”. Eu havia integrado a Comissão de Juristas e Especialistas, no âmbito do Ministério da Justiça do Brasil, e colaboramos na redação da Lei de Mediação. Atuei na qualidade de autor, professor e Diretor de Mediação do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA.

Três décadas antes, nós, brasileiros, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, havíamos estabelecido os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, consoante as regras e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desde então avançaram discussões sobre a implementação de normas processuais voltadas para uma ordem jurídica que efetivamente contribuisse para a

solução pacífica das controvérsias. Demos o primeiro passo com a Lei de Arbitragem de 1996. Em 2007, nos termos da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, iniciava-se a construção das normas processuais de um embrionário Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas.

As memórias dessas evoluções são contadas na obra “A Mediação de conflitos no Brasil: memórias e vivências”, coordenada por Adolfo Braga Neto e Fernanda Levy, com apoio de Conselho Editorial integrado por Carlos Eduardo de Vasconcelos, Lia Justiniano dos Santos (in memoriam), Lília Maia de Moraes Sales, Marilene Marodin e Tania Almeida. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2023. Na obra incluímos entrevista do Prof. Kazuo Watanabe, que relata, em vinte páginas, o passo a passo e curiosidades da mediação no Brasil e no mundo, dos anos oitenta aos dias atuais.

Naquele ano de 2023, coincidentemente, deparei-me com o brilhante ensaio de Fredie Didier Jr e Leandro Fernandez, intitulado “Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalizadores” (Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 88, abr./jun. 2023).

Prelecionaram esses autores que, no Brasil, o Sistema Multiportas é auto-organizado, não linear, a partir da interação dos seus elementos concretos. Que tal sistema tem no CPC a sua norma central de organização. Que será sempre necessária a integração com cooperação, especialmente em questões que envolvem diferenciados entes públicos, porquanto as portas não são isoladas. Que o processo passa a ser compreendido como um método de solução de problemas jurídicos. Que a jurisdição deixa de ser a via preferencial.

Que, em decorrência do princípio do autorregramento da vontade, é possível a celebração de negócios sobre a solução de alguns problemas jurídicos, no âmbito de qualquer das portas de acesso à justiça, observada a disciplina normativa aplicável a cada uma delas. A obra fundamenta-se na teoria dos sistemas.

Enfim, aduzem que a integração entre portas de acesso à justiça – uma das características do sistema brasileiro de justiça multiportas –, é beneficiada pela existência de institutos catalizadores, sendo possível identificar ao menos quatro deles: os negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico, a cooperação judiciária, a produção antecipada de provas e o livre trânsito entre portas e técnicas. Esse ensaio foi um alento. Repercutiu e inspirou.

Busquei verificar se as dinâmicas do nosso Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas estão sendo compreendidas e aplicadas de modo adequado e equitativo. Irei elencar portas ativáveis, auto-organizáveis, bem como avaliar o nível de eficiência das integrações, interações e cooperações em seu âmbito. Preferi adotar a locução portas auto-organizáveis, ao invés de auto-organizadas, porque tais dinâmicas ou práticas – quando compatíveis com o sistema normativo aplicável – são livres criações negociadas, mediadas, arbitradas e facilitadas, em face da autonomia das vontades dos protagonistas.

A pedagogia das disciplinas processuais, a despeito dos méritos dos novos e brilhantes processualistas brasileiros, parece ainda dominada por comentários redundantes, em torno das normas processuais e jurisprudenciais. Nesse sentido, os cursos e concursos induzem e obrigam os estudantes a memorizarem uma enormidade de textos normativos e jurisprudências, com pouco tempo para compreenderem a realidade das pedagogias ativas. Ademais, consoante o preâmbulo da CF/88, as pessoas – sejam elas duas ou milhões – devem ser vistas como protagonistas, em busca de soluções pacíficas, efetivas e bem-informadas. Porquanto, conforme o nosso Sistema Multiportas, nós, advogados, devemos priorizar a dialética do sistema aberto, não linear, que nos convida a informar, negociar, cooperar, facilitar, interagir e resolver.

Em face dessas razões, a OAB deve estar estruturada a atuar na cooperação de institutos catalizadores, a exemplo dos 1- negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico, 2 - a cooperação judiciária, 3 - a produção antecipada de provas e 4 - o livre trânsito entre portas e técnicas.

B - A COMPLEXIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS – DESAFIOS E AVANÇOS.

São inúmeros os benefícios que esse sistema trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Mas será que ele está sendo bem operado? Os seus possíveis benefícios estão sendo equitativos, ensejando o acesso adequado de todas as classes sociais? A integração, interação e cooperação intrassistêmica estão sendo geridos eficazmente pelos respectivos operadores? A inteligência artificial está sendo competentemente aproveitada para agilizar soluções estratégicas, contribuindo para reduzir os custos da burocracia e para facilitar a fluidez das múltiplas atividades?

O Poder Judiciário – átrio maior do sistema –, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública, as Procuradorias e a Diplomacia estão sendo eficientes? O formalismo monológico da antiga pedagogia processual ainda exerce influência? É verdade que o realismo sistematizado das pedagogias ativas, dialógicas; prioritárias no âmbito do sistema de justiça Multiportas, efetivamente prevalece na conduta dos nossos processualistas? É fato ser mais simples e vantajoso para os patrocinadores de concursos públicos e editoras de textos jurídicas publicarem obras apenas teóricas, que prestigiam as pedagogias tradicionais? Enfim; o que o Direito nos pode oferecer?

Frente a essas indagações, reencontrei a lição de Marcelo Neves, jusfilósofo brasileiro, em sua obra “Entre Hidra e Hercules: Princípios e Regras Constitucionais”. Concorro com ele ao prelecionar que a justiça diz respeito ao processamento do paradoxo de uma decisão jurídica ao mesmo tempo consistente e socialmente adequada, envolvendo o abstrato e o concreto, o geral e o individual. A justiça é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente.

O autor entende que, no âmbito do Direito, qualquer solução é parcial e que devemos substancialmente buscar soluções realistas, afastando a expansão e o imperialismo dessas lógicas sistêmicas monológicas, no sentido de evitar que a sociedade se submeta ao império do dinheiro, da técnica, da ciência, do poder, e da juridificação dogmática.

Também crítico dessa juridificação da cultura processual, o jusfilósofo José Souto Maior Borges, em sua obra “O Contraditório no Processo Judicial: uma visão dialética”, inspirado em Aristóteles, distingue a lógica analítica a partir de proposições verdadeiras, da lógica dialética, também ela dedutiva, mas a partir de opiniões ou premissas verdadeiras (as denominadas premissas dialéticas). Essa dialética como arte da discussão regrada era, na antiguidade clássica, o método filosófico por excelência.

Ao seu modo, Souto Borges também condena os abusos historicistas impropriamente chamados de dialéticas por pensadores da modernidade, a exemplo de Hegel e Karl Marx. Diz ele que, em sentido próprio, a dialética não se impõe como verdade científica. A lógica dialética é, por excelência, a lógica *more jurídico* (estilo jurídico), em contraposição à lógica monológica, *more geométrico* (estilo geométrico).

Acresce Souto que, em seu sentido originário, a dialética engloba a retórica; arte da argumentação organizada. E insiste: “O mais grave erro do cientificismo e sistematismo modernos foi abandonar a dialética, lógica do diálogo, e abraçar a lógica do monólogo; do discurso jurídico empreendido por um só: o autor da teoria, o exegeta dos textos legais, o comentarista, o glosador, o simples anotador, o atualizador, etc”.

Também discordo da ideia de que o Direito pode ser aplicado de maneira puramente técnica e neutra, como defendido por correntes formalistas. Considero verdadeira a constatação de que as decisões judiciais são sempre influenciadas por fatores políticos, econômicos e culturais. Não há uma única verdade jurídica objetiva; o que se tem são diferentes interpretações e discursos concorrentes, dizem os retóricos realistas.

Até porque a “verdade” jurídica é, em última instância, o resultado de um processo de persuasão e legitimação; dentro de determinado contexto institucional. Percebe-se aí, pois, que a dialética dessa retórica realista contribui para uma visão mais crítica e consequente do Direito; destacando aí a importância do discurso e a inevitável influência de fatores extrajurídicos nas decisões. Em ambiente de diálogo e de democracia, viabilizam-se a legitimação comunicativa e a razoabilidade (legitimidade) institucional.

Eu gostaria de avançar na reflexão sobre os sistemas e problemas no campo do Direito, incluído o Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas. A juridificação é um reducionismo cientificista contra a dimensão dialógica do fenômeno humano, na crença de que esse formalismo excessivo e sua exegese substituem o mundo da vida com vantagem, graças à sua dogmática supostamente impecável. Vã e autoritária pretensão. Entre as inadequações da juridificação costuma-se destacar a redução

do espaço para as deliberações políticas e éticas, em benefício da burocratização e formalização excessiva das relações sociais, da desumanização alienante das relações cotidianas e da reprodução de desigualdades sociais e econômicas.

Feitos esses esclarecimentos, sigamos na senda do sistema multiportas como um todo, para compartilhar algo mais. Operado no campo do Direito como método de solução adequada de disputas, a prática desse sistema necessita de ambiente de liberdade e de boa-fé, que integre, a) o garantismo de regras jurídicas de conduta; b) a comunicação do mundo da vida na humanidade das pessoas reunidas em busca de adequada solução da disputa e c) em última instância, o consequencialismo das normas sobre normas, aplicado conforme os princípios e postulados constitucionais.

Eis o âmbito desse sistema, conforme dispõe o Art. 8º do CPC: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Despontando, no sistema multiportas, a humanidade da consensualização (sistema aberto), respeitados os limites do ordenamento jurídico aplicável (sistema fechado). Enfim, enquanto a lei democrática orienta a legitimidade do decidido, o justo consenso assegura a legitimação do Direito alcançado.

Isto posto, O que precisamos pesquisar, conversar e aperfeiçoar para o êxito maior desse método de solução de problemas, conforme previsto, com razoabilidade, no CPC e na Lei de Mediação/15? Que tal uma reflexão fundada na pragmática da comunicação humana e no papel do mediador de conflitos?

C - HABILIDADES E COMPETÊNCIAS DO MEDIADOR E DEMAIS FACILITADORES DE CONSENSOS, NA BASE DO SISTEMA.

Vamos nessa. Para além da sua dimensão linear, normativa, fechada, na proteção da liberdade, da igualdade e da dignidade, o chamado sistema brasileiro de justiça multiportas engloba a dimensão dialética, aberta, em que a ideia de imparcialidade não é a mais adequada. Vamos tentar entender? O mediador, nesse sistema aberto, empático, deve atuar com equiparcialidade; qual seja: ele se envolve com os protagonistas, porque não pode ser diferente na mediação, posto que, nessa condição, o seu dever é de equidade. Em outras palavras, ele será igualmente parcial ao agir com equidade. Entenda-se que a comunicação empática ou compassiva do mediador, inclusive em círculos de diálogos, ocorre num encadeamento de compreensões, que avança na metamorfose dialética, a ponto da solução, ao final, ser uma variável da questão inicialmente trazida a discussão. A isto se dá o nome de comportamento equifinal; qual seja, comportamento mutante, circular, que se vai transformando à medida que as fases do procedimento vão sucedendo, podendo chegar ao extremo da solução formalizada ao final parecer estar desvinculada da questão inicialmente reivindicada. No campo do Direito tal sistema dialético, aberto, costuma estar limitado por um modelo linear de equilíbrio, entre nós um ordenamento jurídico, com a característica de sistema fechado.

Esta reflexão, aplicável a dinâmicas do nosso Sistema Multiportas, assemelha-se ao referido na obra “Pragmática da Comunicação Humana. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação”, escrito por Paul Watzlavick, Janet Beavin e Don Jackson; na época pesquisadores do Instituto de Pesquisa Mental de Palo Alto, Califórnia. Pouco adiantaria trazer esse enfoque sem que o advogado compreenda as seguintes noções basilares sobre como evolui uma mediação bem conduzida.

Mundo afora, instituições especializadas, universidades, instituições públicas e o próprio judiciário oferecem boas formações básicas, especializadas ou avançadas sobre esse Direito ao Consenso. Eis algumas dicas simples e práticas. Não sobre as normas jurídicas, mas sobre a conduta e a comunicação no procedimento de mediação. Apenas um breve enfoque. O mediador é, antes de tudo, alguém que acolhe, escuta e esclarece. Que precisa estar em paz consigo mesmo. E atuará com linguagem apreciativa. Conflito é coisa da vida. Acontece. O mediador normaliza. Ele aprendeu a escutar. Pratica uma escuta ativa, proativa, compassivamente. Escuta a voz e o corpo que fala. Porque o corpo fala.

Os mediandos podem ser atendidos em separado, em conjunto, em círculos maiores, a depender do método de trabalho adotado e da quantidade de participantes. Ademais, o mediador pergunta. E as perguntas circulam. São, por natureza, perguntas circulares. E circulam na sequência das falas, silêncios e atitudes dos mediandos e demais protagonistas. É como se a pergunta do mediador estivesse pegando carona nas falas dos mediandos. A pergunta do mediador pede carona naquilo que ele escuta ou observa. Eis algumas dicas sobre a arte e estratégias das perguntas nas diversas fases de uma mediação.

Farei isto a partir de uma brincadeira do professor e amigo Marcelo Giradi em um podcast com o apoio da IA. Ele, que é uma das maiores referências na utilização das perguntas de forma estratégica; fundamental na mediação. A ideia é entender que essas perguntas não apenas estão em busca de informações. Perguntas podem destravar a conversa e levar os mediandos para um caminho de solução que funcione para todos. Vamos desempacotar isso, porque a mediação, no fundo, está aí. O mediador está ali para facilitar, e as perguntas são instrumentos chave. Elas não são jogadas ao acaso, não são aleatórias. São intervenções pensadas. O ponto não é só o que perguntar, mas por que e quando. Elas ativamente constroem o diálogo.

Há várias categorias de perguntas, conforme a etapa e circunstâncias da mediação. As perguntas abertas, aquelas para a pessoa falar livremente; tipo poderia me contar um pouco mais sobre a sua visão disso tudo? A ideia é deixar a pessoa trazer a sua própria perspectiva, sem filtro inicial. Dá espaço para que todos se sintam na mesma condição. São sucedidas por perguntas de esclarecimento, tipo pode me dar um exemplo disso que você falou? Essas perguntas visam a evitar mal-entendidos, construir uma base comum e levar as pessoas a irem um pouco mais fundo nas questões. É quando surge o momento para as perguntas de reflexão, que são ótimas para conectar a pessoa com o que está sentindo, com as necessidades reais dela por trás da posição inicial, ajudando-a a compreender o conflito. Quando o mediador

percebe essa evolução, poderá avançar para perguntas focadas em soluções. Tipo: que ideias você já tem sobre como a gente poderia começar a resolver isso ou, pensando em tudo o que a gente conversou, que opções parecem possíveis agora? Busca-se tirar o foco do problema e começar a olhar para frente e, com isso, mudar a energia da conversa do passado para o futuro. Nesse sentido há uma categoria de pergunta que acho muito poderosa. São as perguntas de reenquadramento. Essas são transformadoras, tipo: se você estivesse no lugar do outro, como acha que veria essa situação? Ou, será que você tem alguma outra forma de olhar para essa atitude? Tais perguntas desafiam aquela visão fixa. Ajudam a pessoa a pelo menos considerar outro ângulo; isso pode gerar mais empatia ou ao menos flexibilidade. É quase como virar um caleidoscópio; mudar a forma de ver as mesmas peças sob uma nova perspectiva.

Como se pode verificar, essas várias categorias de perguntas não funcionam isoladamente; elas se complementam; não se trata de uma receita de bolo, obviamente. É uma dança que você exercita para inspirar outra escuta ou pergunta, com vistas a aprofundar a busca dos reais interesses e necessidades por baixo das posições iniciais dos mediandos. Sim. Para gerar alguma conexão entre as partes e, principalmente, para empurrar o diálogo para frente, para um lugar mais construtivo. O mediador precisará de sensibilidade para sacar qual pergunta cabe naquele momento específico. O mediador organiza e mapeia pelas fases da mediação.

Na abertura, a pergunta é para criar o clima. São perguntas para estabelecer as regras do jogo, as expectativas tipo o que cada um de vocês espera conseguir aqui hoje? Exatamente para criar um ambiente seguro e definir o objetivo comum, mesmo que inicial. Na fase de exploração, quando cada um conta a sua história, as perguntas abertas e de esclarecimento, para garantir que tudo venha à tona e seja entendido. Perfeito. Depois é o momento de ouvir e entender as perspectivas, quando se tenta identificar os interesses. Aí entram mais as perguntas de reflexão, para que se vá além daquelas posições iniciais. Exemplo. Por que isso é tão importante para você? Exatamente para descobrir o que realmente move cada um. Segue-se o momento de gerar opções; e o foco muda de novo. Entram as perguntas focadas em solução, necessitando, talvez, de perguntas de enquadramento, para estimular a criatividade. Que outras ideias a gente poderia ter? Ou, como podemos combinar as necessidades de vocês? Esse é um momento de pensar fora da caixa. Por fim, a negociação e acordo. As perguntas ficam mais práticas. São perguntas de avaliação tipo: quais são os prós e contras dessa ideia? Vocês se sentem confortáveis com esse caminho para confirmar o entendimento? Conclui-se com o Termo Final da Mediação; com ou sem acordo.

É importante destacar que essa estrutura de encadeamento varia em função das circunstâncias. A dinâmica, em sua dialética de sistema aberto, comporta idas e vindas. Caberá à habilidade do mediador, em diálogo com os mediandos e com os advogados participantes, adaptar o andamento ao contexto. Especialmente ao contexto das pessoas que estão ali e ao ritmo da conversa. Observar e sentir o clima,

a flexibilidade e a sensibilidade dos protagonistas é ofício do mediador. A grande mensagem é que, na mediação, as perguntas são muito mais do que só pedir informação. Elas são, na verdade, intervenções estratégicas, escolhidas a dedo, para moldar a conversa, facilitar o entendimento e ajudar os mediandos a construírem soluções.

Em todos os campos do Direito há espaço para a negociação, para a facilitação de diálogos, para a mediação, para a cooperação e para o consenso; enfim, para a autocomposição. Inclusive no campo do Direito do Consumidor, em que prevalece um significativo desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. Sobre essa matéria de incrível relevância social, econômica e jurídica, interna e internacionalmente, tenho procurado acompanhar as orientações do professor português Mário Frota, fundador e presidente do Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo, que dialogou conosco em recente evento na Escola Superior da Advocacia da OAB Pernambuco.

Mário Frota tem explorado temas que vão do Regime Europeu da Inteligência Artificial à Agenda Europeia do Consumidor, do Consumo e Sustentabilidade ao Novo Direito à Reparação, da Prevenção do Sobre-endividamento ao Regime dos Contratos de Crédito na Europa, do Comércio Eletrônico à Proteção dos Serviços Financeiros na Europa, da Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital, à Tutela do Consumidor na Sociedade Digital, das Comparações do Direito do Consumo em Portugal e do Direito do Consumidor no Brasil, das Garantias dos Contratos de Consumo à Obsolescência Programada, do Consumidor Digital às Práticas Fraudulentas em Meio Virtual.

Ele reconhece que todos esses temas demandam uma maior cooperação entre as instituições e protagonistas responsáveis pelos respectivos desenvolvimentos, sempre em colaboração. Naquele evento estávamos ao lado do professor Ricardo Borges, anfitrião e interlocutor do mestre. E trocamos ideias sobre as questões que tendo a honra de trazer à ciência dos qualificados leitores da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

D - COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS INSTITUTOS CATALIZADORES DO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS.

O Sistema Multiportas comporta institutos catalizadores, que estimulam a organização, a inclusão e a integração. Entre os institutos catalizadores destacam-se os negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico, a cooperação judiciária, a produção antecipada de provas e o livre trânsito entre portas e técnicas. As práticas concretizam a agregação e a cooperação: Arts. 3º, 15, 327 § 2º, 926 e 1.049 do CPC.

Conforme o art. 926 do CPC e em decorrência do princípio do autorregramento da vontade, é possível a celebração de negócios sobre a solução de problema jurídico no âmbito de qualquer das portas de acesso à justiça, observada, é claro, a disciplina normativa aplicável a cada uma delas. A existência de um marco legal para

o tema, instituído pelo CPC, permitiu ao Conselho Nacional de Justiça avançar em sua regulamentação, a exemplo da Resolução n. 350/2020, que consolidou as ideias contidas nas Recomendações n. 28/2009 e n. 38/2011, no próprio CPC e em diversas propostas doutrinárias a respeito da matéria e lições extraídas a partir de experiências práticas bem-sucedidas, promovendo a sistematização, o aprofundamento e o detalhamento da disciplina da cooperação judiciária. Resolução n. 394/2021, que institui regras de cooperação e de comunicação direta com juízos estrangeiros de insolvência para o processamento e julgamento de insolvências transnacionais. Resolução n. 421/2021, que dispõe sobre a cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem, e, em âmbito penal, a Resolução n. 404/2021, que dispõe sobre a transferência e o recambiamento de pessoas presas.

Destacamos que o CPC, Art. 694, Parágrafo único dispõe: “A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”.

A Resolução n. 420/2021 e a Recomendação n. 104/2021 preveem a celebração de protocolos institucionais com entidades integrantes do sistema de justiça com os objetivos, respectivamente, de realização da digitalização de processos em papel e de criação de condições para a ampliação da comunicação digital de atos processuais.

Além disso, o CNJ editou a Recomendação n. 107/2021, que incentiva os tribunais à inclusão do tema da cooperação judiciária nos cursos iniciais de aperfeiçoamento e de formação continuada de magistrados(as) e servidores(as).

A cooperação judiciária desempenha relevante papel para o desenvolvimento do sistema de justiça multiportas. A cooperação facilita:

- a)** o estímulo ao uso de outras portas, de acordo com um juízo de adequação;
- b)** o trânsito entre portas, à semelhança de um sistema de vasos comunicantes;
- c)** o aproveitamento, quando possível, de atos ou, ao menos, de informações relevantes sobre o litígio ou os litigantes;
- d)** uma integração planejada e coordenada (não improvisada) de métodos de solução de conflitos conduzidos por instituições externas à estratégia institucional de administração da justiça (Exemplo: a agregação de ODR's públicas ou privadas ao PJe);
- e)** a celebração de protocolos institucionais com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, universidades, entidades corporativas e outros centros de pesquisa, em colaboração com os laboratórios de inovação instituídos pela Resolução do CNJ n. 395/2021, que permitam a união de esforços – com redução de investimentos diretos pelo Judiciário – para reformulação/ampliação de serviços, numa perspectiva de tribunal alargado.

Atualmente, não é mais possível pensar em justiça multiportas sem considerar a importância da cooperação judiciária.

A produção antecipada de provas merece espaço de destaque. Ela é, em si mesma, uma porta de acesso à justiça, uma vez que pode ser suficiente para satisfazer o interesse do indivíduo ou para seu convencimento quanto à impertinência ou à desnecessidade de adoção de outras providências (art. 381, III, CPC). Mas, além disso, ela também é uma porta que qualifica o acesso a outras portas, assegurando condições mais apropriadas para a utilização de outro meio adequado para a solução do problema jurídico (art. 381, II, CPC), como a conciliação, a mediação, a arbitragem ou os tribunais administrativos, por exemplo.

A criação do SIREC (Sistema Informatizado para a Resolução de Conflitos por meio da Conciliação e Mediação), por determinação do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 358/2020), após experiências de sucesso com ODR's públicas (como a plataforma consumidor.gov.br) e privadas (como a do Mercado Livre) e o estabelecimento de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito da Administração Pública (art. 174, CPC; arts. 32 a 39, Lei n. 13.140/2015), após a criação, em 2007, da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal CCAF/AGU ilustram bem como uma política de solução de problemas jurídicos pode, quando reconhecida como proveitosa, influenciar outros sujeitos do sistema.

Conforme se observa, o Código de Processo Civil prevê um instrumento versátil, passível de utilização a partir do princípio da cooperação do sistema de justiça, com dupla finalidade: solucionar, de forma imediata, o problema jurídico ou, não sendo possível, prover o interessado de elementos que permitam um acesso aprimorado a outras portas.

É possível, ilustrativamente, a exportação para o processo judicial ou arbitral de técnicas previstas na Lei n. 13.140/2015 ou de técnicas disciplinadas no processo perante determinada agência reguladora, quando compatíveis com o caso.

Os Centros de Inteligência do Poder Judiciário, previstos na Resolução n. 349/2020 do CNJ, também podem colaborar com essa atividade, notadamente a partir dos estudos elaborados para identificação das causas geradoras de litígios de dimensão coletiva e para a formulação de estratégias para o seu enfrentamento.

Não à toa, a Resolução n. 227/2016 prevê que os Centros de Inteligência devem atuar em cooperação com as equipes de trabalho remoto, principalmente quando constituídas para o tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas e de massa (art. 12-A, § 2º). Também é possível contar com a colaboração, por exemplo, do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), criado pela Resolução n. 238/2016 do CNJ (posteriormente alterada pela Resolução n. 388/2021).

Em um Comitê de revisão, é possível considerar configuração próxima à do comitê de adjudicação (Dispute Adjudication Board). Iniciativas de cooperação

judiciária podem regulamentar a divisão da prática de atos de instrução e decisão entre diferentes juízos para a definição das sucessivas etapas de solução de um problema estrutural.

Em um sistema integrado de justiça multiportas, sob a perspectiva da solução de problemas jurídicos, a distinção entre processo privado (arbitral ou negocial, por exemplo), administrativo e judicial tem sua importância esmaecida. Ressalvadas, é claro, questões concernentes ao regime jurídico aplicável a cada caso, o mais relevante é a possibilidade de resolução adequada do problema, independentemente da(s) instituição(ões) envolvida(s).

A primeira via para o trânsito entre portas são os negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema. Por meio deles, é possível, por exemplo, como visto, pactuar cláusulas de med-arb ou arb-med, em que haverá a transição cooperativa, de acordo com a circunstância, entre as figuras do árbitro, do mediador, do negociador e do facilitador de diálogos, etc. Poderá haver encaminhamento das partes, notadamente pelo Judiciário, para outras portas de acesso à justiça, a partir de um juízo de adequação. Essa providência não precisa ser adotada necessariamente na etapa inicial do processo. É possível haver a integração de sistemas (informatizados ou não) para permitir o deslocamento entre portas, de acordo com o momento oportuno no desenvolvimento do conflito, de acordo com suas peculiaridades, com o propósito de assegurar a tutela mais adequada à luz das circunstâncias do caso e dos envolvidos.

Os exemplos são variados:

a) após a provocação do Judiciário, pode haver o encaminhamento das partes para tentativa de autocomposição por meio, por exemplo, da plataforma consumidor.gov.br, caso não tenha havido qualquer tentativa prévia de solução direta do conflito; **b)** nas ações de família, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (art. 694, parágrafo único, CPC); **c)** em matérias de elevada complexidade técnica envolvendo entes públicos, pode ser conveniente, mesmo na pendência de processo judicial, que as tratativas para tentativa de autocomposição sejam realizadas perante uma câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com o acompanhamento por agentes especializados no tema; **d)** é possível a suspensão de processo judicial ou arbitral para tentativa de solução da controvérsia por mediação (art. 16, Lei n. 13.140/2015); **e)** assim como são possíveis a regulamentação e a atuação conjunta de agências reguladoras (arts. 25 a 35, Lei n. 13.848/2019), também é possível a articulação na atividade decisória por essas instituições (Lei n. 14.210/2021); **f)** prática conjunta de determinados atos – ou o aproveitamento de atos já praticados perante outro sujeito do sistema –, como a realização de audiência pública ou a produção de prova pericial; **g)** por meio de protocolo institucional, é possível, ainda que em caráter experimental, transferir do Poder Judiciário para outro sujeito, como as serventias extrajudiciais, execuções que possuam determinado perfil. Há, também, exemplos de entrelaçamento de portas.

A Lei da Mediação n. 13.140/2015 prevê que, em caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de Direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do litígio, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

E - EXEMPLIFICAÇÃO DE PORTAS (DINÂMICAS OU PRÁTICAS) DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS.

Este é um elenco exemplificativo, para que se perceba a amplitude do Sistema Multiportas.

- 1 - Negociação, Mediação e Conciliação (Art. 2º, V, da Lei n. 13.140/2015 e art. 166, § 4º do CPC). Exemplos de modelos de mediação: Facilitativa (Escola de Harvard), Avaliativa (Conciliação), Transformativa (Folger e Bush), Humanista (Dominique Morineau), Circular-narrativa (Sara Cobb).
- 2 - Arbitragem (Arts. 3º e 19 da Lei n. 9.307/1996).
- 3 - Práticas Restaurativas (Howard Zehr), Círculos de Diálogo e educação à não violência (Kay Pranis).
- 4 - Tribunais administrativos (Art. 26 da LINDB).
- 5 - Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (a partir da Resolução 125/2010).
- 6 - Instituições responsáveis pela manutenção de ODR's.
- 7 - Ministério Público (Resolução n. 118/2014 do CNMP).
- 8 - Advocacia Pública (art. 19, Lei n. 10.522/2002).
- 9 - Advocacia Resolutiva. Estratégias de trabalho incluindo Desenho de Sistema de Disputas (DSD), jurimetria e dinâmicas personalizadas, com eventuais apoios de profissionais especializados e/ou multidisciplinares, inclusive da IA (inteligência artificial).
- 10 - Advocacia Colaborativa (com pactos de não judicialização). Os advogados, seus clientes e outros especialistas atuando apenas extrajudicialmente, com destaque para questões de família.
- 11 - Atendimentos Multidisciplinares em Questões de Família. Mediação extrajudicial e abordagens terapêuticas, que não excluem a livre opção por constelações sistêmicas (CPC, art. 694, Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar).
- 12 - Comitês de Resolução de Disputas, ou DRB (Dispute Resolution Board). Art. 3º, §3º, do CPC. Costumam ser compostos por especialistas contratados para prevenção ou resolução de disputas durante o andamento de obras de longa duração. Podem ser de três modalidades: de recomendação, de sentença, e/ou de função mista.

- 13 – Negócios Processuais (Art. 190 com os arts. 3º, §§ 2º e 3º e art. 15, do CPC).
- 14 – Composição de Conflitos na Administração Pública (art. 174, CPC; arts. 32 a 39 da Lei n. 13.140/2015. Lei 13.988/2020).
- 15 – Ombudsman (Provedor de Justiça). Investiga queixas e recomenda soluções, especialmente no setor público.
- 16 – Online Dispute Resolution (ODR). Amplamente utilizada em disputas de comércio eletrônico, direitos digitais, serviços financeiros, relações de consumo (Consumidor.gov) e contratos empresariais.
- 17 – Facilitação (Facilitation). Um facilitador treinado para guiar grupos em busca de consenso, especialmente em disputas que envolvem múltiplas partes interessadas, como conflitos empresariais, ambientais ou comunitários.
- 18 – Julgamento Antecipado por Peritos (Early Neutral Evaluation – ENE). Art. 381, III, do CPC). Essa porta pode ser utilizada tanto no contexto privado quanto público, antes de o litígio progredir, especialmente em disputas complexas como propriedade intelectual ou litígios empresariais.
- 19 – Serventias extrajudiciais (Resolução 125/2010 do CNJ. Lei n.11.441/2007).
- 20 – Câmaras Privadas de Mediação e Arbitragem.
- 21 – Práticas multiportas no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDIC). Cooperação dos diversos atores. PROCONs, Ministério Público, Defensoria Pública e associações civis). Art. 4º, V, do CDC (Lei nº 8078/1990).
- 22 – CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), Resolução 125/2010 do CNJ.
- 23 – Instituições Privadas de Pesquisa e Formação: CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem; CBAR – Comitê Brasileiro de Arbitragem; FONAME – Fórum Nacional de Mediação; CBMA – Comitê Brasileiro de Mediação e Arbitragem; IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil; ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos; Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas – IBPC; Instituto Luso-Brasileiro de Direitos do Consumo; Mediadores Brasil LTDA.

F - INSERÇÃO DE COMISSÃO NACIONAL DE INTEGRAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DA ADVOCACIA MULTIPORTAS.

Verificamos, neste ensaio, o importante papel da advocacia na cooperação e integração dos institutos catalizadores do sistema brasileiro de justiça multiportas. A Resolução n. 420/2021 e a Recomendação n. 104/2021 preveem a celebração de protocolos institucionais com entidades integrantes do sistema de justiça com os objetivos, respectivamente, de realização da digitalização de processos em papel e de criação de condições para a ampliação da comunicação digital de atos processuais.

Além disso, o CNJ editou a Recomendação n. 107/2021, que incentiva os tribunais à inclusão do tema da cooperação judiciária nos cursos iniciais de aperfeiçoamento e de formação continuada de magistrados(as) e servidores(as).

Vimos que a cooperação judiciária desempenha relevante papel para o desenvolvimento do sistema de justiça multiportas. A cooperação facilita: a) o estímulo ao uso de outras portas, de acordo com um juízo de adequação; b) o trânsito entre portas, à semelhança de um sistema de vasos comunicantes; c) o aproveitamento, quando possível, de atos ou, ao menos, de informações relevantes sobre o litígio ou os litigantes; d) uma integração planejada e coordenada (não improvisada) de métodos de solução de conflitos conduzidos por instituições externas à estratégia institucional de administração da justiça (Exemplo: a agregação de ODR's públicas ou privadas ao PJe); e) a celebração de protocolos institucionais com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, universidades, entidades corporativas e outros centros de pesquisa, em colaboração com os laboratórios de inovação instituídos pela Resolução do CNJ n. 395/2021, que permitam a união de esforços – com redução de investimentos diretos pelo Judiciário – para reformulação/ampliação de serviços, numa perspectiva de tribunal alargado.

Após memorável evento em Porto Alegre (dezembro/24), promovido pela OAB, em colaboração com a ESA/RGS, temos trocado ideias com dirigentes do CFOAB e com colegas e instituições de reconhecida importância, a propósito do melhor modo de concretizar, entre nós advogados, a efetividade do Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas. Pesquisamos e encaminhamos uma preliminar de proposta, com o objetivo de instrumentalizar um Provimento para a inserção de COMISSÃO NACIONAL (PERMANENTE), no âmbito do Conselho Federal da OAB.

Com efeito, passados 10 anos de introdução, em nosso ordenamento jurídico, de um Sistema de Justiça Multiportas, através do CPC/2015, da Lei de Mediação n° 13.140/2015 e fundamentos basilares no Preâmbulo da Constituição de 1988 etc., parece chegado o momento de discutir a inserção, no CFOAB, da Comissão Nacional Permanente aqui pleiteada.

Eis o que dispõe o Provimento n° 115, de 12 de março de 2007:

“O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 54 da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, e nos termos do parágrafo único do art. 64 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, considerando a necessidade de definir as suas Comissões Permanentes e as competências e os efeitos das suas manifestações, bem como a estrutura organizacional respectiva, resolveu o seguinte:

“Art. 1º As Comissões Permanentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujos membros serão de livre designação e dispensa pelo Presidente, deverão ser presididas por Conselheiros Federais, efetivos ou suplentes, Membros Honorários Vitalícios do Conselho Federal e agraciados com a Medalha Rui Barbosa, são assim definidas: I – Comissão Nacional de Acesso à Justiça;

- II – Comissão Nacional de Advocacia Pública;
- III – Comissão Nacional da Advocacia Jovem; (Inserido pelo Provimento 171/2016)
- IV – Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia;
- V – Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas e Valorização da Advocacia;
- VI – Comissão Nacional de Direito Ambiental;
- VII – Comissão Nacional de Direitos Difusos e Coletivos;
- VIII – Comissão Nacional de Direitos Humanos;
- IX – Comissão Nacional de Direitos Sociais;
- X – Comissão Nacional de Educação Jurídica; (NR. Alteração da nomenclatura da Comissão conforme decisão da 26ª Reunião da Diretoria do CFOAB- Triênio 210/2013)
- XI – Comissão Nacional de Estudos Constitucionais;
- XII – Comissão Nacional de Exame de Ordem;
- XIII – Comissão Nacional de Legislação;
- XIV – Comissão Nacional de Promoção da Igualdade;
- XV – Comissão Nacional de Relações Institucionais;
- XVI – Comissão Nacional de Relações Internacionais;
- XVII – Comissão Nacional de Sociedades de Advogados;
- XVIII – Comissão Nacional da Verdade da Escravidão Negra no Brasil (Inserido pelo Provimento 160/2014);
- XIX – Comissão Nacional da Mulher Advogada (Inserido pelo Provimento 163/2015);
- XX – Comissão Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Inserido pelo Provimento 177/2017);
- XXI – Comissão Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa (Inserido pelo Provimento 181/2018);
- XXII – Comissão Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Inserido pelo Provimento 194/2020).

Parágrafo único. A Comissão Nacional da Advocacia Jovem deverá ser presidida por um dos Presidentes das Comissões congêneres dos Conselhos Seccionais, mediante escolha e designação do Presidente do Conselho Federal. (Inserido pelo Provimento 198/2020).

Art. 2º As Comissões serão compostas por até 15 (quinze) membros efetivos, incluídos o Presidente, o Vice-Presidente, o Secretário e o Secretário-Adjunto. Os efeitos da designação dos membros das Comissões cessarão automaticamente na data do término do mandato do Presidente que as designou. (NR. Alterado pelo Provimento 189/2019).

Art. 3º Por decisão da Diretoria do Conselho Federal, as Comissões, visando ao regular desempenho de suas atividades, poderão designar colaboradores e criar

coordenações, estas dirigidas por um de seus membros, cujos cargos serão de exercício gratuito.

Art. 4º A Diretoria do Conselho Federal propiciará às Comissões os meios materiais e funcionais necessários ao desempenho de suas atribuições, na sede da Entidade ou fora dela.

Art. 5º A edição das regras sobre a estrutura e os procedimentos das Comissões é de competência da Diretoria do Conselho Federal, nos termos do parágrafo único do art. 64 do Regulamento Geral.

Art. 6º Compete às Comissões:

I – assessorar o Conselho Federal e a Diretoria no encaminhamento das matérias de suas competências;

II – elaborar trabalhos escritos e pareceres, promover pesquisas e eventos que estimulem o estudo, a discussão e a defesa de temas afetos às suas áreas de atuação;

III – mediante autorização da Diretoria do Conselho Federal, cooperar e promover intercâmbio com organizações de objetivos iguais ou assemelhados, bem como convocar e organizar as reuniões e encontros de presidentes, com a participação das comissões congêneres criadas nos Conselhos Seccionais; (NR. Alterado pelo Provimento 190/2019).

IV – criar e manter atualizado centro de documentação relativo às suas finalidades;

V – orientar os trabalhos das comissões congêneres criadas nos Conselhos Seccionais e Subseções;

VI – expedir instruções normativas, estabelecendo critérios de ordem técnica, nos limites das suas áreas de atuação, ad referendum da Diretoria do Conselho Federal.

Art. 7º Os casos omissos serão resolvidos pela Diretoria do Conselho Federal.

Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogados os Provimentos nºs 76/92, 78/95, 79/95, 82/96, 85/96, 87/97, 90/99 e 93/2000 e o art. 6º do Provimento nº 114/2006. (DJ, 16.03.2007, p. 978, S.1)”

Em 2007, quando entrou em vigor o importante Provimento nº 115, o nosso ordenamento jurídico ainda não contava com o CPC de 2015. Será este o motivo da não inserção, desde aquela época, no âmbito CFOAB, de uma Comissão Permanente de Integração das Estratégias da Advocacia Multiportas?

Justificativa:

Desde os primeiros anos das nossas militâncias na advocacia deparamo-nos com a angústia de clientes em busca do ajuizamento de alguma demanda. Nas décadas passadas não hesitávamos em ajuizar e ajuizar. Hoje já estamos conscientes da existência de alternativas. Conversamos com o cliente, podemos oferecer solução mais adequada para aquele caso. Somos bons na arte da conversa, estamos orientados a agir com ética e podemos dispor da inteligência artificial, da jurimetria e de outros apoios, na efetivação de práticas de justiça e pacificação social. Isto nos

gratifica. E podemos naturalizar negociação entre nós mesmos, com a anuência e em benefício dos clientes.

Sim. Estamos estimulados pelas facilidades que a IA nos enseja. E temos consciência de que essas facilidades tecnológicas pressupõem maior cuidado e responsabilidade do mundo jurídico, mediante o desenvolvimento de práticas menos dependentes de judicialização e mais voltadas para a construção de consensos estratégicos e adequados.

A Comissão ora pleiteada não se chocará com a já existente Comissão Nacional de Acesso à Justiça. Muito pelo contrário, com ela dialogará operacionalmente, na judicialização e na desjudicialização, e concorrerá para que a OAB prestigie outros modos de acesso a uma ordem jurídica justa, em benefício de todos. Com ela, teremos um instrumento estruturado para fortalecer o diálogo entre os advogados, o Poder Judiciário, as diferentes instituições e demais protagonistas.

No campo do Direito, com destaque para a consensualidade do sistema multiportas, tais práticas costumam ser ativadas pela cidadania, protagonista do mundo da vida, em busca do seu advogado, do seu defensor privado ou público. Com efeito, o sistema Multiportas comporta o **átrio judicial – o mais amplo e relevante – e átrios extrajudiciais**, onde se constroem as articulações, desenhos, estimulações e intercâmbios estratégicos. Pois o conceito de átrio, no Brasil, não abrange apenas o Tribunal Multiportas dos tempos de Frank Sander. Trata-se de um complexo de normas, instituições e funções, nos âmbitos judicial e extrajudicial, nacional e internacionalmente, que integram, cooperam e estimulam.

Com a inserção da Comissão Permanente aqui referida, a advocacia estará nacionalmente estruturada e organizada para cumprir o seu papel de cooperação e integração no âmbito do sistema. E poderá ativar tais ações com o apoio de Comissões Especiais a ela vinculadas, para coordenação de portas específicas.

A inserção e ativação da COMISSÃO NACIONAL DE INTEGRAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DA ADVOCACCIA MULTIPORTAS é crucial para o Conselho Federal da OAB, para a advocacia, para o Poder Judiciário, assim como para as instituições públicas e para a cidadania em geral, face à crescente demanda pelas inúmeras práticas e estratégias de solução consensual de disputas; carentes de melhor organicidade. Ao concretizar essa iniciativa, o CFOAB poderá orientar as Seccionais a instituírem Comissões congêneres.

Enfim, no campo dos métodos e metodologias de consensualização devem prevalecer os basilares, a exemplo da Negociação, da Mediação, da Arbitragem e da Facilitação, em seus vários modelos; em âmbitos públicos e privados, nacional e internacionalmente. Conforme temos verificado na prática, as habilidades, competências, éticas, técnicas e normas orientadoras desses métodos basilares são comumente aplicados em combinação com as variadas estratégias que a advocacia tem crescentemente experimentado.

É de se destacar que, ao reforçar a sua atuação no âmbito do Sistema de Justiça Multiportas, a advocacia estará com maior autoridade para protagonizar iniciativas

compatíveis com as novas exigências de cooperação e integração interinstitucional. Os escritórios de advocacia, ao articularem com outros – diretamente ou em parceria com mediadores, peritos e/ou instituições especializadas –, não estarão apenas atuando como operadores do direito; a eles será reconhecida ainda maior legitimidade junto à cidadania, aos profissionais de outros campos do conhecimento e ao Judiciário.

Eis uma sugestão de Comissões Especiais a serem agregadas à COMISSÃO NACIONAL (PERMANENTE) objeto da proposta.

1 – Advocacia em **Arbitragem** (Arts 3º e 19 da Lei n. 9.307/1996); Advocacia em **Mediação** e Advocacia em **Negociações** (Art. 2º, V, da Lei n. 13.140/2015 e art. 166, § 4º do CPC). Exemplos de modelos de mediação: Facilitativa (Escola de Harvard), Avaliativa (Conciliação), Transformativa (Folger e Bush), Humanista (Dominique Morineau), Circular-narrativa (Sara Cobb),

2 – Advocacia Resolutiva. Estratégias de trabalho incluindo Desenho de Sistema de Disputas (DSD), jurimetria e dinâmicas personalizadas, com eventuais apoios de profissionais especializados e/ou multidisciplinares, inclusive da IA (inteligência artificial), do Design, do Visual Law, do Blockchain e outras tecnologias.

3 – Advocacia Colaborativa (pactos de não judicialização e/ou de desjudicialização). Os advogados, seus clientes e outros especialistas atuando exclusivamente com vistas à consensualização, com destaque para questões de família.

4 – Advocacia em Comitês de Resolução de Disputas (DRB-Dispute Resolution Boards). Art. 3º, §3º, do CPC. Costumam ser compostos por especialistas contratados para prevenção ou resolução de disputas no andamento de obras de longa duração.

5 – Advocacia em Composição de Conflitos na Administração Pública (art. 174, CPC; arts 32 a 39 da Lei n. 13.140/2015. Lei 13.988/2020).

6 – Advocacia em apoio às Práticas Restaurativas. Encontros e/ou círculos de diálogo e reconciliação nas comunidades, no ambiente do sistema familiar, nas instituições de educação e entre os povos, consoante Resoluções das Nações Unidas e outras políticas públicas (Resolução 225/2016 do CNJ etc.).

7 – Advocacia na cooperação dos diversos atores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDIC). PROCONs, Ministério Público, Defensoria Pública e associações civis). Art. 4º, V, do CDC (Lei nº 8078/1990).

8 – Advocacia em CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania). Em diálogo com o FONAIMEC. Resolução 125/2010 do CNJ. Advocacia no CMC (Centro de Mediação e Conciliação do STF), Resolução 697/2020 do STF). Advocacia na Rede Federal de Negociação e Mediação – RESOLVE, Decreto Federal 12.091/2024.

9 – Advocacia nas Instituições Privadas de Pesquisa, Formação e Promoção: CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem; CBAR – Comitê Brasileiro de Arbitragem; FONAIME – Fórum Nacional de Mediação;

CBMA – Comitê Brasileiro de Mediação e Arbitragem; IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil; ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos; Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas – IBPC; Mediadores Brasil LTDA.

Foi com estes fundamentos que propusemos a referida Comissão. Estamos confiantes de que, na atual gestão, o Conselho Federal da OAB, presidido pelo colega e líder Beto Simonetti e digna Diretoria – cultores do diálogo e de decisões rápidas e informadas –, agregarão essa inovadora Comissão Nacional (permanente); por uma advocacia mais humanizada, cooperativa, dialógica e eficiente.

REFERÊNCIAS

BORGES, Souto Maior. O Contraditório no Processo Judicial: uma visão dialética. 3ª ed. rev. – São Paulo: Noeses, 2021. 150p.

FREDIE, Didier Jr e FERNANDEZ, Leandro. Sistema Brasileiro de Justiça Multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalizadores. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 88, abr./jun. 2023.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. (Biblioteca Jurídica WMF). 270p,

WATZLAVICK, Paul; BEAVIN, Janet; JACKSON, Don. Pragmática da Comunicação Humana. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Tradução: direitos adquiridos pela Editora Cultrix LTDA. São Paulo, 1967. 263p.

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO EM PORTUGAL - BREVE PONTO DA SITUAÇÃO EM 2025

Fernando Manuel Martins Viana¹

RESUMO

A resolução alternativa de conflitos em Portugal é ainda relativamente recente, onde se integra a resolução de conflitos de consumo, provavelmente o tipo de conflitualidade mais prevalente nas nossas sociedades de consumo altamente desenvolvidas. O primeiro Centro de Arbitragem (o de Lisboa) criado para a resolução deste tipo de conflitos data de 1989. Entretanto, em 2015 foi criada a rede de arbitragem de consumo que cobre o território nacional, tendo o país sabido dotar-se de um sistema que é extremamente eficiente e tem dado excelentes resultados, sendo exemplar à escala da União Europeia. Os constrangimentos mais importantes residem no financiamento, na imagem de marca do serviço e na falta de uma plataforma informática que cumpra os requisitos legais. Este artigo faz o ponto da situação da rede de arbitragem em 2025.

ABSTRACT

Alternative dispute resolution in Portugal is still relatively recent, including consumer dispute resolution, which is probably the most prevalent type of dispute in our highly developed consumer societies. The first Arbitration Center (in Lisbon) created to resolve this type of dispute dates back to 1989. However, in 2015, a consumer arbitration network covering the entire country was created, providing the country with an extremely efficient system that has yielded excellent results and serves as a model for the European Union. The most significant constraints lie in financing, the brand image of the service, and the lack of an IT platform that meets legal requirements. This article takes stock of the situation of the arbitration network in 2025.

PALAVRAS CHAVE

Arbitragem, arbitragem voluntária, arbitragem necessária, conflitos de consumo, Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, Resolução Alternativa de Litígios (RAL), rede de arbitragem de consumo, serviços públicos essenciais.

INTRODUÇÃO

O conflito, a oposição entre diferentes entendimentos, o embate entre forças divergentes, é algo que faz parte da natureza humana e que surge continuamente

¹ Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, possui uma pós-graduação em Direito do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e um Mestrado em Direito e Informática pela Escola de Direito da Universidade do Minho. É Diretor-Executivo do CIAB-Tribunal de Consumo e Coordenador da Atividade do CNIACC-Tribunal de Consumo

na convivência social, a tal ponto que pode ser apresentado como uma condição de vida e de integração na sociedade. Não tenhamos ilusões, em qualquer momento e situação, ocorrem conflitos, a sua dimensão é que varia. Em muitos casos, são de imediato sanados, através de um processo de autorregulação dos indivíduos ou dos interesses em causa. Porém, em algumas situações podem evoluir para formas mais visíveis e produzirem consequências profundas. Por exemplo, uma guerra entre dois países, como aquela que neste momento afeta a Ucrânia, é o exemplo máximo de um conflito de dimensões tais que afeta a vida de milhões de pessoas, senão de todos à escala mundial. A maior parte dos conflitos cingem-se a uma dimensão interpessoal geograficamente localizada e a sociedade criou formas de lidar com essas forças que se confrontam, de forma a resolvê-los de uma forma pacífica e sem provocar grandes danos. A existência de Tribunais, obedece justamente a essa necessidade imperiosa das sociedades politicamente organizadas, de dar uma solução aos conflitos, que seja considerada aceitável pelos seus membros. Esses conflitos que ocorrem na sociedade, são categorizados em função da sua natureza e submetidos a formas de resolução que ofereçam uma solução enquadrada em determinados pressupostos pré-definidos em função da natureza desse conflito.

A organização e desenvolvimento social, levaram à criação de órgãos de onde emanam regras, normas, que se impõem a todos e que, em caso de incumprimento determinam uma imposição coativa. Temos assim, por exemplo, os conflitos familiares, aqueles que surgem no seio da família, de que o divórcio é o exemplo paradigmático. Para os resolver podemos recorrer a advogados, Conservatórias do Registo Civil, ao Sistema de Mediação Familiar ou aos Tribunais Judiciais. Temos também os conflitos laborais que opõem empregadores aos respetivos trabalhadores, como seja aquele em que estes procuram forçar um aumento salarial e, para o efeito recorrem à greve. Para estes, existem também Tribunais de Trabalho e outras formas de resolução (Mediação Laboral, por exemplo). Se os exemplos de conflitos apresentados envolvem, frequentemente um elevado envolvimento emocional por parte dos protagonistas envolvidos, já os conflitos de consumo, que serão porventura ainda mais frequentes, não oferecem normalmente esse grande impacto psicológico, mas também necessitam de uma resolução simples, célere e a um custo mínimo. É exclusivamente desses conflitos que falamos neste artigo, procurando demonstrar a qualidade de solução que o nosso país consegue oferecer aos seus protagonistas principais: os consumidores e as empresas.

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO EM PORTUGAL

Na verdade, os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (doravante CACC) procedem essencialmente à resolução de conflitos de consumo, como parte mais relevante e significativa da sua atividade². Conflitos de consumo são “os

2 Mas não exclusiva. Na verdade, para além da resolução de conflitos de consumo, os CACC dispõem de uma vertente informativa, exclusivamente sobre Direito do Consumo. Os serviços dos Centros respondem

que decorrem da aquisição de bens, da prestação de serviços ou da transmissão de quaisquer direitos destinados a uso não profissional e fornecidos por pessoa singular ou coletiva, que exerça com carácter profissional uma atividade económica que visa a obtenção de benefícios”³.

Os conflitos de consumo, na atualidade, em nossa opinião caracterizam-se por um reduzido valor económico⁴, regra geral⁵; por um acentuado desequilíbrio de poder entre o consumidor e o agente económico, em desfavor daquele⁶; pela necessidade de resolução célere⁷ e ainda por uma profusa legislação aplicável.

Mais à frente iremos dar alguns exemplos de conflitos de consumo, apresentando casos concretos de consumidores que recorreram à rede de arbitragem de consumo para os dirimir.

Considerando a nossa participação numa sociedade de consumo desenvolvida, com uma elevada oferta e procura dos mais diversos bens e serviços, disponíveis em diversas plataformas e modalidades contratuais, esta conflitualidade é atualmente bastante significativa, até porque os consumidores estão cada vez mais conscientes dos seus direitos e, também por isso, dispostos a lutar por eles.

Com a adesão de Portugal à CEE, em 1986, rapidamente se constatou que a justiça convencional, assente em tribunais judiciais, não possuía meios para efetivar esses direitos. De facto, a construção do projeto europeu, para além de exigir mercados fortes e empresas robustas, passou também pelo reforço dos direitos dos consumidores, quiçá, por se considerar também ser esta provavelmente a melhor forma para a obtenção de produtos e serviços de qualidade.

Não são conhecidas as exatas razões da aposta de Portugal⁸ em CACC para a resolução deste tipo de conflitualidade⁹, mas em 1989 surge o CACCL, como

quotidianamente a muitas dúvidas e questões sobre o funcionamento da rede de arbitragem de consumo, competências dos Centros e direitos dos consumidores, nomeadamente, conforme resulta dos respetivos estatutos e despacho de autorização. Mais recentemente, por via do disposto no artigo 23º-A do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 70-B/2021, de 6 de agosto, os CACC integraram a rede de apoio a clientes bancários (RACE), cujo âmbito de atuação se encontra definido no artigo 27.º do mesmo diploma.

3 Segundo o n.º 2 do artigo 4.º do RH, que se extrai da definição de consumidor constante do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor).

4 CARVALHO, Jorge Morais, João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho, “Manual de resolução alternativa de litígios de consumo”, Coimbra, Edições Almedina, 2017, p. 13.

5 Nos termos do Relatório de Atividades do CIAB relativo a 2024 (disponível em www.ciab.pt), pg. 21, o valor médio dos 1.767 processos de reclamação arquivados em 2024 foi de 942,99€.

6 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática”, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. I, 2002, p. 25; Carvalho, Jorge Morais, Direito do Consumo, Coimbra, Edições Almedina, 2017, p. 34

7 Cfr. epígrafe do artigo 14.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (LDC)

8 Na verdade, as soluções ao nível dos diferentes Estados-Membros da União Europeia para a resolução extrajudicial de conflitos de consumo são muito diversas.

9 De acordo com a nossa análise, são essencialmente duas as razões para esta opção: O facto de Espanha, mesmo ao lado ter apostado na arbitragem de consumo e a, então, recente publicação da nossa primeira lei

projeto-piloto apoiado pela Comissão Europeia. Face ao êxito obtido vão surgindo outros, estando o país atualmente completamente coberto por estruturas deste tipo¹⁰.

Estes Centros, contrariamente ao que sucede em Espanha, que também apostou na arbitragem como forma de resolução extrajudicial dos conflitos de consumo, mas em que esta é pública, no nosso país é exercida por associações de direito privado, sem fins lucrativos, resultantes da institucionalização de parcerias da sociedade civil, em diferentes regiões do país. São Centros de Arbitragem com uma abrangência territorial limitada, de competência especializada¹¹ na área da conflitualidade de consumo e também com uma competência em razão do valor delimitada¹². Um pouco diferente dos demais CACC, é o CNIACC, que foi criado por impulso governamental, para suprir a falta deste tipo de serviços em determinadas regiões do país. Assume assim, declaradamente um carácter supletivo em relação aos demais¹³: atua nas regiões e localidades que não estão cobertas por um centro regional e assume ainda os processos que sejam recusados por outros CACC (por exemplo, em função do valor do processo).

A publicação da Diretiva RAL¹⁴ em 2013, surge da necessidade de regular ao nível europeu as entidades de resolução alternativa de litígios (entidades RAL), garantindo aos consumidores o acesso “*a mecanismos extrajudiciais de reparação de elevada qualidade, transparentes, eficazes, e equitativos independentemente do lugar da União em que residam (...)*”¹⁵. A Diretiva RAL é transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro (Lei RAL), a qual prevê a criação de uma Rede de Arbitragem de Consumo (RAC, doravante), “*que integra os centros de arbitragem*

de arbitragem voluntária (a LAV, publicada pela Lei n.º 31/86, de 29 de agosto), que abria uma nova via, mais célere e simples para a resolução de litígios. De facto, em 1978 Espanha aprova uma nova Constituição, a qual determinou no artigo 51.º que “*os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e utentes (...)*”, vindo, na sequência, a ser publicada uma lei de defesa dos consumidores (Ley 26/1984, de 9 de julho).

o, denominada “Ley General para la Defensa de los Consumidores e Usuarios”), que refere no artigo 31.º o dever de o Governo estabelecer um Sistema Arbitral de Consumo. Na sequência, são criadas diversas Juntas Arbitrais de Consumo pelo território do país vizinho.

10 O mais recente a ser criado foi o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo dos Açores (CIMARA), autorizado pelo Despacho n.º 12783/2022, de 4 de novembro.

11 Embora os despachos de autorização dos Centros refiram que a sua competência é genérica, consideramos que deve ser antes considerada especializada, na medida em que a sua competência é específica para a resolução de conflitos de consumo, com exclusão de outros, a não ser que a lei o determine.

12 Neste momento a competência em razão do valor varia entre os €5.000 do CACCL ou do CACCRC e os €30.000 dos restantes. Também este é um aspeto em que a harmonização de regras e procedimentos dos CACC está em discussão. De facto, no que diz respeito a este ponto, seria útil e vantajoso para a RAC que a sua competência em razão do valor se encontrasse estabilizada.

13 Cfr. artigo 3.º do Regulamento do CNIACC.

14 Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios. Articula-se com o Regulamento (UE) n.º 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio sobre a resolução de litígios em linha.

15 Está neste momento em curso a revisão desta Diretiva, após a Comissão Europeia ter aprovado em 17 de outubro de 2023 uma proposta de revisão do atual quadro europeu da RAL.

16 N.º 3 do artigo 2.º da Diretiva RAL.

*de conflitos de consumo autorizados para prosseguir as atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem destes litígios*¹⁷”.

Esta rede tem por objetivos, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei RAL “assegurar a coordenação, a utilização de sistemas comuns e a harmonização dos procedimentos seguidos nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo”. O n.º 2 prossegue, afirmando que compete ainda à rede “promover o funcionamento integrado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo e a recolha de toda a informação estatística relevante relativa ao seu funcionamento”.

A Lei RAL preconiza na alínea j) do artigo 3.º “a mediação, a conciliação, e a arbitragem”, como procedimentos de RAL para a resolução de conflitos de consumo. Contudo, em parte alguma desta Lei se define e regulam concretamente cada um destes procedimentos de RAL, embora regule alguns dos aspetos mais essenciais das entidades de RAL, como seja os relativos às suas obrigações¹⁸, os conhecimentos e qualificações dos colaboradores¹⁹, os princípios que regulam a sua atuação²⁰ e algumas regras procedimentais da sua atuação²¹, assim como dos CACC²².

OS CENTROS DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO QUE INTEGRAM A RAC

No nosso país a resolução de conflitos de consumo é essencialmente feita através dos CACC²³, que, repete-se, são associações de direito privado, mas não possuem fins lucrativos, sendo ainda dotadas de utilidade pública²⁴.

Os CACC que integram a RAC²⁵ são os seguintes por ordem de aparição:

O Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL)²⁶ foi, como se sabe, o primeiro centro de arbitragem a ser criado entre nós (1989). Este Centro possui competência territorial limitada à área metropolitana de Lisboa

17 Cfr. alínea a) do artigo 3.º da Lei RAL.

18 Artigos 6.º e 6.º-A da Lei RAL.

19 Artigo 7.º da Lei RAL.

20 Artigos 8.º e 9.º da Lei RAL, por exemplo.

21 Artigos 10.º e seguintes da Lei RAL

22 Como sejam as obrigações dos CACC previstas no artigo 6.º-A da Lei RAL e as respetivas bolsas de árbitros no artigo 6.º-B.

23 Estamos assim no domínio da arbitragem institucionalizada, regulada pelo Dec-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro.

24 O estatuto de utilidade pública é definido pela Lei n.º 36/2021, de 14 de julho (Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública) e confere diversos privilégios às entidades beneficiárias.

25 Existem muitos outros Centros de Arbitragem no nosso país e, alguns, também tratam de conflitos de consumo (ex. CAUAL, CIMPAS), mas por diversas razões, não são considerados centros de arbitragem de conflitos de consumo. Desde logo, porque tratam de outra conflitualidade para além da de consumo. Os CACC, como o seu nome indica apenas tratam de conflitos de consumo, com exclusão de quaisquer outros.

26 Acessível na Internet em <http://www.centroarbitragemlisboa.pt>.

onde vivem mais de 2.800.000 habitantes, possuindo competência em razão do valor limitada a €5.000.

Já no Porto existe, desde 1992, o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP)²⁷, com competência territorial que se estende a todos os municípios da área metropolitana do Porto, onde habitam cerca de 1.725.000 de consumidores. A competência em razão do valor é de 30.000€.

Outro Centro que também entrou em funcionamento em 1992 foi o Centro de Arbitragem de Consumo da Região de Coimbra²⁸ (CACRC) e que abrange a totalidade dos municípios daquele distrito que conta com perto de 440.000 habitantes. Possui competência em razão do valor limitada a € 5.000

Posteriormente, em 15 de março de 1997, nasce o CIAB – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo)²⁹, que abrange atualmente, 24 municípios pertencentes a quatro Comunidades Intermunicipais: a totalidade dos que integram a CIM do Alto Minho, da CIM do Cávado e da CIM do Alto Tâmega e Barroso e ainda dois que integram a CIM do Ave (Vieira do Minho e Póvoa de Lanhoso). O território onde atua o CIAB conta com cerca de 800.000 habitantes.

Ainda em 1997, entra em funcionamento o TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave, Tâmega e Sousa³⁰, com 30.000€ em termos de limite para a competência em razão do valor e que tem competência relativamente aos municípios das respetivas Comunidades Intermunicipais, com uma população de perto de 1.000.000 de habitantes.

O Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve³¹ (CIMAAL) foi criado em 2000. Como o nome indica abrange o Algarve (distrito de Faro) onde residem cerca de 460.000 pessoas. Possui competência até 30.000€ em razão do valor

Finalmente, o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo³² (CNIACC) foi o último centro de arbitragem de conflitos de consumo a ser criado no território do continente, tendo iniciado a sua atividade em 2009. Funciona de forma residual e supletivamente em todo o território nacional, nas áreas geográficas não abrangidas pelos demais meios extrajudiciais de resolução de

27 Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto, disponível em <https://cicap.pt>

28 Centro de Arbitragem de Consumo da Região de Coimbra, disponível em <https://cacrc.pt>

29 CIAB – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo), disponível em <https://ciab.pt>.

30 Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa disponível em <https://www.triave.pt>.

31 Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve, disponível em <https://consumoalgarve.pt>.

32 Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, disponível em <https://www.cniacc.pt>.

conflitos de consumo, possuindo uma competência em razão do valor até 30.000€. Abrangerá uma população estimada de 2.600.000 habitantes³³.

COMPETÊNCIAS E CARACTERÍSTICAS DESTES CACC

Os CACC possuem regulamentos internos, que são um conjunto de normas de valor infra legislativo³⁴, de caráter processual, sobre a tramitação do processo de reclamação e os procedimentos de RAL aplicáveis ao mesmo (mediação, conciliação e arbitragem).

Com a entrada em vigor da Lei RAL tornou-se imperativo proceder à harmonização de diversos aspetos relativos ao funcionamento integrado dos CACC, suscitando desde logo como aspeto prioritário a harmonização dos seus regulamentos. Desta forma, considerando que “*as entidades agregadas na rede de arbitragem de consumo devem utilizar o sistema de informação comum e adotar procedimentos harmonizados nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo mencionados no n.º 1, incluindo o regulamento harmonizado elaborado pela Direcção-Geral do Consumidor e pela Direcção-Geral da Política de Justiça*”³⁵, estas entidades apresentaram aos CACC uma proposta de Regulamento Harmonizado em finais de 2015, a qual foi aprovada em sede assembleia geral por cada um dos CACC, com ligeiras alterações, entrando em vigor em cada um em diferentes datas no decurso do ano de 2016. Está neste momento em curso um processo de revisão do Regulamento Harmonizado (RH doravante), pelo que em breve haverá novidades. Um dos aspetos que se discutem e é defendido pelos CACC no processo de revisão do RH é a forma da sua implementação. Essencialmente, o que se discute é saber se volta a ser apresentada uma proposta elaborada pela DGC e pela DGPJ a ser aprovada em assembleia de cada CACC, ou constar o RH de uma fonte legal *stricto sensu* (sob a forma de um decreto-lei, por exemplo)³⁶. Como direito adjetivo subsidiário os Regulamentos dos Centros remetem para a Lei da Arbitragem Voluntária e para a Lei da Mediação³⁷.

Como já foi referido supra, a RAC integra os CACC autorizados para prosseguir as atividades de informação, mediação conciliação e arbitragem de consumo.

33 Os números relativos à população abrangida pela competência territorial dos Centros, foram apurados com base nos Censos de 2021, apresentando-se de forma aproximada. No caso particular do CNIACC, considerando a sua supletividade, a população abrangida poderá ser muito maior, na medida em que também incluirá a população da área metropolitana de Lisboa e a de Coimbra, que a ele terão de recorrer se o conflito de consumo tiver um valor superior a 5.000€.

34 Na medida em que são aprovados pelas assembleias gerais das respetivas associações.

35 N.º 3 do artigo 4.º da Lei RAL.

36 A fonte do RH terá consequências importantes. Caso se opte pela apresentação de uma proposta a ser implementada em assembleia geral de cada CACC, há sempre o risco de discrepâncias entre Centros, comprometendo a harmonização. Caso se opte por uma fonte legislativa, isso também contribuirá para a divulgação e credibilização da RAC, embora, a posteriori, se torne mais difícil a introdução de alterações.

37 Alguns remetem ainda para o Código de Processo Civil. É o caso do Regulamento do CIAB (cfr. n.º 3 do artigo 19.º). Já o Regulamento do CNIACC não prevê a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil.

Estas competências resultam dos respetivos estatutos e despachos de autorização. Por exemplo, os estatutos do CIAB dispõem que: “O Centro tem por objeto promover a resolução de conflitos de consumo, no seu âmbito de atuação, através da mediação, conciliação e arbitragem, bem como outros conexos com aqueles, desde que devidamente autorizado para tal; estabelecer um serviço de informação para os utentes do Centro sobre os seus direitos e deveres, abrangendo as matérias para que possua autorização para realizar arbitragens institucionalizadas.”³⁸

Todos os CACC desenvolvem estas competências (informação e resolução de conflitos de consumo), tendo ainda mais recentemente passado também a integrar a rede extrajudicial de apoio a clientes bancários (RACE)³⁹. Contudo, a atividade dos CACC no âmbito da RACE não é objeto de tratamento neste artigo, na medida em que não se reconduz à conflitualidade de consumo.

Como características comuns destas entidades podemos referir as seguintes:

a) Gratuitidade dos serviços;

Desde a sua criação que estes mecanismos extrajudiciais disponibilizam os seus serviços de forma gratuita ou mediante o pagamento de taxas de valor reduzido, embora o RH no seu artigo 19.º preveja que “os procedimentos de resolução de litígios podem ser sujeitos ao pagamento de taxas de valor reduzido, sendo nesse caso definida a existência da obrigatoriedade e a forma da sua cobrança em documento anexo ao presente regulamento”.

Resulta também claramente da Lei RAL que os procedimentos de RAL devem ser disponibilizados aos consumidores de forma gratuita ou contra o pagamento de uma taxa de valor reduzido (n.º 3 do artigo 10.º). Contudo, a partir de 2019 o número de processos de reclamação resolvidos em sede de arbitragem tem vindo a aumentar exponencialmente⁴⁰. Em especial, os processos a que se refere o n.º 2 do artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor⁴¹. Este facto, tem levado os CACC a ponderarem a introdução de taxas de valor reduzido a aplicar exclusivamente à arbitragem e apenas aos processos de reclamação que não se reconduzam a serviços públicos essenciais⁴².

38 N.º 1 do artigo 4.º.

39 Cfr. n.º 1 do artigo 23.º-A do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, artigo aditado pelo Decreto-Lei n.º 70-B/2021, de 6 de agosto.

40 Se em 2019 foram resolvidos 765 processos em sede de arbitragem, em 2023 esse número passou para 2.451 (um aumento de 220% em 5 anos). Em 2024 o número de processos que passaram para a fase de arbitragem foi de 2.913, quase mais 500 de um ano para o outro.

41 Dispõe aquele inciso que “os conflitos de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados.” O n.º 3 do mesmo artigo esclarece o que são conflitos de consumo de reduzido valor económico: até 5.000€.

42 Os serviços públicos essenciais (SPE) encontram-se definidos no artigo 2.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho. Considerando que os CACC que integram a RAC celebraram em 2019 e 2020 protocolos de cooperação com quatro entidades reguladoras daqueles SPE, respetivamente a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT), a Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM), a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) e a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), a disponibilização do serviço informativo e dos procedimentos de RAL (mediação, conciliação e arbitragem) aos conflitos de consumo relativos a SPE é completamente gratuita.

O CIMAAL, CACCL e CICAP já introduziram essas taxas, que constam de uma tabela com valores que foram harmonizados por todos os CACC. Significa isto que quando os restantes CACC introduzirem taxas (o que poderá acontecer em breve⁴³), os respetivos valores serão idênticos. A parte informativa e o procedimento de mediação continuará a ser disponibilizado de forma gratuita aos processos de reclamação de reduzido valor económico. Para processos de reclamação (e serviço informativo) relativos a SPE a gratuitidade continua a ser total em todos os procedimentos. A gratuitidade destes serviços é um aspeto muito importante e é, na maior parte das vezes, decisivo para que os consumidores decidam recorrer à RAC para a resolução dos seus conflitos de consumo e possibilidade de efetivar os seus direitos de consumidores, desta forma cumprindo a epígrafe do artigo 14.º da LDC (Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

b) Proximidade;

A proximidade prende-se com a disponibilização da RAL o menos distante que seja possível dos consumidores, o que é um aspeto particularmente sensível, a par da gratuitidade, na medida em que, embora o acesso à RAL de Consumo esteja hoje muito facilitado por via da disponibilização de meios cibernéticos, constituindo mesmo uma obrigação destas entidades, existem muitos consumidores que não possuem acesso a estes meios ou não estão familiarizados com a sua utilização. Recorde-se que Portugal tem hoje uma das populações mais envelhecidas do mundo, constituindo a Internet um desafio para muitos consumidores séniores (com mais de 65 anos). É assim importante que os CACC disponibilizem serviços físicos situados perto da residência dos consumidores. No caso, por exemplo, do CIAB, essa proximidade tem sido feita com a abertura de polos em várias localidades (Braga, Chaves e Viana do Castelo), mas sobretudo através de um funcionamento em rede com os 24 municípios associados, aos quais os munícipes se podem deslocar e aí apresentar as suas reclamações de consumo, que são depois encaminhadas para o Centro. Essa proximidade é ainda reforçada por via da disponibilização dos serviços de mediação e de arbitragem localmente (itinerância da mediação e do tribunal arbitral), evitando deslocações dispendiosas às partes. Toda a RAC procura concretizar esta maior proximidade, aspeto que, no caso concreto do CNIACC se afigura particularmente complexa, que tem sido o CACC que, em função da limitação de meios e da grande área territorial abrangida, tem vindo a funcionar essencialmente por meios à distância. Mas, mesmo aqui, através de parcerias que este CACC tem vindo a conseguir estabelecer com Câmaras Municipais e Comunidades Intermunicipais da sua área de abrangência, estão neste momento a ser implementados diversos polos daquele CACC em diversas parcelas do território nacional⁴⁴.

43 Aguarda-se apenas a publicação do novo RH, que conterà a orientação da DGC e da DGPJ relativamente a esta questão, que também deverá acompanhar o que está a ser previsto em sede de revisão da Diretiva RAL a nível europeu.

44 Em 7 de outubro de 2024 foi inaugurado um polo do CNIACC em Viseu e em 15 de janeiro de 2025 foi celebrado um protocolo de cooperação com a Câmara Municipal de Santarém que visa a abertura de um

c) Facilidade de acesso;

A facilidade de acesso prende-se com a disponibilização de canais de acesso à RAC e aos CACC aos utentes do Centro e utilização de procedimentos informais, simplificados e intuitivos que sejam fáceis de utilizar, de perceber e que tornem a RAL uma verdadeira ferramenta à disposição dos consumidores e das empresas. Por exemplo, a disponibilização de um formulário de reclamação harmonizado, que se encontra disponível em todos os sítios eletrónicos de Internet dos CACC, permite aos consumidores de forma muito fácil, através de um *smartphone* ou do seu computador pessoal, dar entrada 24/7/365 de pedidos de informação ou de processos de reclamação nos CACC⁴⁵. Após receberem a reclamação, os serviços do Centro entram em contacto com o consumidor, explicando os passos a seguir e o que é necessário para que o processo vá sendo tramitado até ao seu encerramento. Os procedimentos de RAL, que são disponibilizados num sistema *multistep* são facilmente percebidos pelas partes. Na verdade, o primeiro procedimento a ser disponibilizado é sempre a mediação, onde as partes procuram chegar a um acordo com a ajuda de um mediador. Na maior parte das vezes este procedimento é suficiente para a resolução do processo e, como se verá mais adiante, é aqui que são resolvidos a maior parte dos processos de reclamação no âmbito da RAC. Não se conseguindo resolver na mediação, o consumidor pode decidir da passagem do processo à fase de arbitragem⁴⁶, que comporta uma fase prévia de tentativa de conciliação⁴⁷.

d) Celeridade;

A falta de celeridade na resolução dos processos é um dos maiores problemas que afeta o funcionamento da Justiça e que no caso português é muito referido a propósito de milhares de processos que se arrastam durante anos, sem solução à vista. No caso dos conflitos de consumo a celeridade é absolutamente crucial. Pensemos num consumidor que recebe um aviso de corte de água se não efetuar um determinado pagamento com o qual não concorda num determinado prazo, normalmente curto. Pensemos igualmente no caso do consumidor que discute uma questão de conformidade de um telemóvel que utiliza diariamente. Ou, pensemos no consumidor que discute uma questão de fidelização contratual junto do seu operador de comunicações que entende que os contrato se renovou e pretende impedir a sua mudança para outro operador. Pensemos, finalmente, no caso do consumidor que discute o

polo naquela cidade.

45 Podendo ainda ser feito o *download* da reclamação e enviado por email ou por correio para o respetivo CACC ou apresentado presencialmente nos serviços do Centro.

46 Em bom rigor, não se resolvendo na mediação, o consumidor pode desistir da sua reclamação ou decidir submete-la à fase seguinte. Contudo, essa submissão, se disser respeito a um processo de reclamação que não esteja sujeito a arbitragem necessária ou que não envolva uma empresa com adesão plena, ficará dependente da anuência do agente económico (regime da arbitragem voluntária).

47 Cfr. artigo 11.º do RH

preço da reparação do seu automóvel com a oficina que impede o seu levantamento enquanto o preço não for pago. Nestes casos e em milhares de outros exemplos, a rapidez na resolução da questão é um dos aspetos que mais importa ao consumidor e à empresa e é algo que os CACC devem conseguir assegurar. Na verdade, a Lei RAL determina que “os procedimentos de RAL devem ser decididos no prazo máximo de 90 dias a contar da data em que a entidade de RAL receba o processo de reclamação completo”⁴⁸.

Em termos concretos os CACC, no seu conjunto, conseguiram encerrar 9.381 processos de reclamação⁴⁹ em 2024 num prazo médio de 57 dias. No caso dos processos de reclamação relativos a SPE esse prazo médio de resolução ainda foi mais reduzido: 41 dias de calendário.

e) Segurança das decisões;

A segurança das decisões é um aspeto fundamental. Os processos de reclamação encerrados por mediação com acordo, por conciliação ou por sentença arbitral na RAL têm que dar aos consumidores e às empresas certeza jurídica de que aqueles acordos e aquelas sentenças possuem um valor idêntico àquele que teriam se tivesse havido recurso a um Tribunal Judicial.

No caso dos acordos de mediação, se estes cumprirem o disposto no artigo 9.º da Lei da Mediação, possuem força executiva. Já as sentenças arbitrais, nos termos do número 7 do artigo 42.º da LAV “...tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença do tribunal estadual”⁵⁰.

f) Unilateralidade ou unidirecionalidade

A Diretiva RAL determina no seu considerando 16 que se aplica “às queixas apresentadas pelos consumidores contra os comerciantes. Não deverá aplicar-se às queixas apresentadas por comerciantes contra consumidores nem a litígios entre comerciantes. Contudo, não deverá impedir os Estados-Membros de aprovar ou manter em vigor disposições em matéria de procedimentos de resolução extrajudicial desse tipo de litígios”. Por seu turno, a Lei RAL consagrou a unilateralidade no funcionamento das entidades de RAL ao determinar no número 1 do artigo 2.º que: “A presente lei é aplicável aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios (RAL), quando os mesmos sejam iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços e respeitem a obrigações contratuais resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços (...)”.

Por conseguinte, a RAC apenas promove a resolução de conflitos de consumo quando os processos de reclamação são iniciados por um consumidor e visam como

48 Cfr. n.º 5 do artigo 10.º da Lei RAL. Ver também o número 6 do mesmo artigo que prevê a prorrogação deste prazo por duas vezes no máximo, “caso o litígio revele especial complexidade”. Esta celeridade também é imposta pelo artigo 17.º do RH.

49 Relativos à conflitualidade de consumo em geral.

50 Do conhecimento que temos, as taxas de cumprimento dos acordos e das sentenças é muito elevada, próxima dos 100%.

contraparte uma empresa (ou várias), mas como condição prévia à sua intervenção, o consumidor deverá ter tentado resolver diretamente com o profissional a questão que os opõe⁵¹. Pensamos que o grande objetivo desta opção é evitar que estas entidades tratem de questões que as colocariam nos antípodas das razões que levaram à sua criação, como seja a cobrança de dívidas pelas empresas aos consumidores, quicá, o principal motivo para as suas reclamações contra consumidores.

g) Capacidade de resolução

No nosso entendimento, a característica que verdadeiramente diferencia faz sobressair os CACC no quadro dos meios RAL, é a sua elevada eficiência de atuação, isto é, a sua capacidade de resolução relativamente aos conflitos de consumo que lhe são submetidos. O que resulta perfeitamente evidente nos resultados que a mesma tem logrado atingir, sem paralelo, no nosso país relativamente a outras entidades de RAL, bem como à escala de qualquer outro Estado-Membro da União Europeia⁵². Esta eficiência e esta elevada capacidade de resolução resultam da implementação da arbitragem dita necessária, que certos autores denominam de potestativa⁵³. Até 2011, a arbitragem promovida pelos CACC era exclusivamente voluntária e, como tal, por natureza, a menos que o agente económico estivesse vinculado por adesão plena à jurisdição de um CACC (ou de vários), poderia sempre recusar a intervenção do referido Centro para dirimir o conflito de consumo, na sequência de reclamação apresentada por um consumidor contra si. E, em boa verdade, até essa altura o número de recusas era elevado, gerando no consumidor um sentimento de revolta e de impotência, face às alternativas que se lhe ofereciam nesse caso: recorrer a um dispendioso e demorado processo num Tribunal Judicial, ou eventualmente, se existisse um Julgado de Paz disponível, apresentar aí a sua queixa. De facto, resulta incompreensível para o consumidor que o agente económico aceite alegremente vender-lhe um bem ou prestar-lhe um serviço, mas, depois, face à ocorrência de um problema, recuse a escolha do consumidor relativamente à entidade que promovia a resolução do conflito.

Atento a este problema, ainda mais grave quando se trata de conflito relativo a serviços públicos essenciais, onde está em causa o fornecimento de água, saneamento, energia, comunicações eletrónicas ou postais ou transporte de passageiros, em muitos casos prestados por entidades em situação de monopólio, ou oligopólio, mas em qualquer caso, de grandes empresas com um evidente desequilíbrio de poder económico e técnico face aos consumidores, o legislador decidiu criar um mecanismo de arbitragem necessária, alterando para o efeito a Lei dos Serviços Públicos Essenciais⁵⁴, passando a redação do número 1 do artigo 15.º a prever que “*os litígios de consumo no âmbito*

51 Decorre da alínea a) do número 1 do artigo 11.º da Lei RAL e do n.º 5 do artigo 4.º do RH.

52 Cfr. nos seguintes links: https://commission.europa.eu/publications/revision-adr-directive-all-documents_en e <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>.

53 CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, pp. 109 a 116, Almedina, Coimbra, 2017 (Com João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho)

54 Alteração introduzida pela Lei n.º 6/2011, de 10 de março.

dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”.

Esta alteração constituiu uma verdadeira revolução no Direito do Consumo nacional e vem postular, na prática, o alerta deixado por Jean Calais-Auloy, eminente jusconsumerista francês, considerado por muitos como o pai do Direito do Consumo, que afirmou em 1992, numa conferência internacional realizada no nosso país⁵⁵:

“Não basta fazer leis para proteger os consumidores. É necessário ainda dar aos consumidores os meios para fazer respeitar os seus direitos. Se esses meios não existirem, o Direito do Consumo não será mais do que uma matéria teórica sem aplicação prática.”

Face aos bons resultados da arbitragem necessária nos serviços públicos essenciais, o legislador em 2019, através de uma alteração ao artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor⁵⁶, estendeu-a aos conflitos de consumo de reduzido valor económico.

De então para cá a conflitualidade de consumo submetida aos CACC não tem cessado de aumentar.

A EVOLUÇÃO DOS CACC DESDE O SEU APARECIMENTO ATÉ AO PRESENTE

Consideramos a evolução dos CACC, desde o seu aparecimento até ao presente, dividida por três fases:

- Primeira fase: 1989/2011 – Fase da arbitragem exclusivamente voluntária;
- Segunda fase: 2011/2019 – Regime misto (arbitragem voluntária e arbitragem necessária);
- Terceira fase: a partir de 16 de agosto de 2019 – Arbitragem dita necessária como dominante e arbitragem voluntária como residual.

Na primeira fase, que se inicia com o aparecimento em 1989 do primeiro CACC, o de Lisboa, a atividade de resolução de conflitos de consumo é completamente dominada pela adesão voluntária das partes à arbitragem de consumo, como já se disse supra. A intervenção do CACC na resolução de um conflito de consumo decorre sempre da iniciativa do consumidor, na observância do princípio da unilateralidade⁵⁷. É sempre e apenas o consumidor que pode apresentar uma reclamação contra um agente económico nos centros de arbitragem, solicitando a sua resolução através da mediação, conciliação ou arbitragem. O profissional reclamado é completamente livre de aceitar ou recusar a mediação e a arbitragem pelo Centro de Arbitragem, ou aceitar a mediação e recusar a arbitragem, ou vice-versa.

55 Conferência europeia sobre o acesso dos consumidores à justiça organizada pelo Instituto Nacional de Defesa do Consumidor em Lisboa, 21-23 de Maio de 1992

56 Alteração efetuada pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

57 Também já referido supra, conforme decorre da alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei RAL.

Nesta fase, os CACC vão criar a figura da adesão plena das empresas⁵⁸, tendo em vista garantir uma maior participação das empresas no sistema arbitral. De facto, face à relativamente frequente recusa das empresas em aceitar a jurisdição dos conflitos através dos CACC, provocando uma insatisfação acrescida dos consumidores, que não compreendiam porque é que as empresas se podiam eximir a assumir a sua responsabilidade, mediante uma mera recusa ou falta de resposta à notificação do CACC para aí ser dirimido o conflito de consumo, tornou-se necessário criar uma figura que assegurasse uma maior participação das empresas.

Esta adesão plena das empresas é formalizada através da emissão de um documento subscrito pelas empresas, no qual declaram que aderem plenamente ao centro⁵⁹. Contudo, esta adesão é voluntária, livremente revogável e, embora alguns Centros, como é o caso do CIAB, tenham conseguido um elevado número de adesões⁶⁰, a mesma apenas representa uma pequena parcela dos agentes económicos abrangidos pela sua competência, não vinculando a maioria, em especial, as grandes empresas dos setores da distribuição de bens e da prestação de serviços públicos essenciais, bancos ou seguradoras.

No mesmo sentido, por inspiração comunitária, diversas Diretivas foram impondo a adesão das empresas dos respetivos setores à resolução extrajudicial de litígios. Contudo, ao serem transpostas para o direito interno, o legislador ignorou a realidade da nossa RAL, assente sobretudo em entidades com competência regional. Assim, por exemplo, quando o artigo 144.º do Dec.-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, entretanto alterado pelo Dec.-Lei n.º 66/2023, de 8 de agosto, pela Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro e pela Lei n.º 1/2025, de 6 de janeiro⁶¹, determina que os prestadores de serviços de pagamento e os emitentes de moeda eletrónica devem oferecer aos respetivos utilizadores o acesso a meios extrajudiciais eficazes, concretizando o seu número dois que “*A oferta referida no número anterior efetiva-se através da adesão dos prestadores de serviços de pagamento e dos emitentes de moeda eletrónica a, pelo menos, duas entidades que possibilitem a resolução alternativa de litígios nos termos das Leis n.º 63/2011, de 14 de dezembro, 144/2015, de 8 de setembro, e 29/2013, de 19 de abril*”, está a ser completamente ignorada a natureza territorial da nossa RALC. De facto, aquilo que os prestadores de serviços de pagamento se limitaram a fazer,

58 A adesão plena traduz-se numa “*proposta contratual que tem como principal característica a indeterminação dos destinatários*”. Cf. CARVALHO, Jorge Morais; João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho, *op. cit.*, pp. 177 a 183.

59 O RH, prevê esta figura no n.º 3 do artigo 10.º que determina que “...os fornecedores de bens e prestadores de serviços poderão efetuar uma adesão plena ao Centro”.

60 O CIAB possui atualmente 17.503 empresas aderentes, conforme consta do respetivo sítio de Internet, disponível em <https://ciab.pt>. [consultado em 16 de maio de 2025].

61 Que contém o regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda eletrónica, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2015/2366/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, que altera as Diretivas n.º 202/65/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, e revoga a Diretiva 2007/64/CE.

na sua esmagadora maioria, foi uma adesão burocrática a duas entidades de RAL⁶², deixando os utilizadores não abrangidos por essas entidades de RAL, sem acesso à resolução extrajudicial de litígios.

A insatisfação referida era ainda maior, como vimos, quando estavam em causa bens ou serviços essenciais⁶³, fornecidos em regime de monopólio ou oligopólio por meia dúzia de empresas de grande dimensão, muitas à época públicas, ou de capitais maioritariamente público, e no caso do fornecimento de água e serviços associados (gestão de resíduos sólidos e saneamento), através de entidades gestoras, maioritariamente câmaras municipais ou serviços municipalizados. O desequilíbrio de poder é aqui evidente e, por outro lado, trata-se de serviços de interesse geral, sem os quais as pessoas dificilmente conseguem viver com dignidade.

O legislador português consagrou a tutela específica destes direitos na Lei n.º 23/96, de 26 de julho (Lei dos SPE), entretanto objeto de diversas alterações⁶⁴, ampliando o leque dos serviços públicos essenciais abrangidos e a proteção dos utentes, que inclui designadamente o direito de participação, o direito à boa fé na prestação do serviço, o dever de informação pelo prestador, o direito à fatura detalhada, a proibição de cobrança de serviços mínimos, o direito à qualidade dos serviços prestados, o direito à quitação parcial, ou ainda a existência de normas a estabelecer prazos de prescrição e caducidade para o exercício dos direitos do prestador e a proibição de exigência de cauções para o acesso ao serviço, tendo em vista tolher as ameaças e violações que amiúde são colocadas no acesso e utilização dos SPE.

Sendo um processo em construção, desde há muito que se fazia sentir a necessidade de garantir ao cidadão o acesso a meios que garantam o pleno exercício daqueles direitos.

Nas vésperas da comemoração do Dia Mundial dos Direitos do Consumidor de 2011, foi publicada a Lei n.º 6/2011, de 10 de março, já referida supra, que aprovou um mecanismo de arbitragem necessária⁶⁵ no âmbito dos serviços públicos essenciais, através de uma alteração ao artigo 15.º da Lei dos SPE. Tinha início a segunda fase da evolução dos CACC. A partir do momento em que os consumidores foram tendo conhecimento daquela alteração, passaram a recorrer cada vez mais a

62 Normalmente as sediadas nas maiores cidades do país (CACCL e CICAP),

63 Que a lei e a doutrina designam de serviços públicos essenciais (SPE).

64 Alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, pela Lei n.º 24/2008, de 2 de junho, pela Lei n.º 6/2011, de 10 de março, pela Lei n.º 44/2011, de 22 de junho, pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro e pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho.

65 A qualificação desta arbitragem como necessária não é consensual, antes pelo contrário. PINTO-FERREIRA, João Pedro, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no contexto da Lei n.º 144/2015”, in Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira, DECO, Lisboa, 2016, p. 327, fala em “arbitragem potestativa”. De igual forma, CARVALHO, Jorge Morais, João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho, *op. cit.*, 2017, p. 188, referem que: “A lei confere ao consumidor um direito de opção, podendo recorrer a um tribunal arbitral ou a um tribunal estadual. Por definição, não estamos, portanto, perante um caso de arbitragem necessária.”

estes meios para a resolução dos conflitos de consumo no âmbito dos SPE, já que aquela alteração legislativa contribuiu decisivamente para o empoderamento dos consumidores. De tal forma que, passados pouco anos da sua entrada em vigor, a conflitualidade relativa a SPE passou a ser dominante naqueles Centros. Por exemplo, no ano de 2016 deram entrada no conjunto dos 7 CACC do continente 6.652 processos de reclamação, sendo 4.522 relativos a SPE (67,9% do total)⁶⁶.

Passamos então a ter uma realidade distinta nos CACC: fruto da arbitragem dita necessária⁶⁷, a conflitualidade relativa a SPE passou a apresentar percentagens de resolução⁶⁸ extremamente elevadas. Já a conflitualidade de consumo fora dos SPE apresentava percentagens de resolução muito inferiores, na medida em que esses conflitos eram resolvidos apenas com base na arbitragem voluntária, exceto se as empresas reclamadas possuísem uma adesão plena ao centro de arbitragem, o que na maior parte das vezes não acontece, como resulta do supra exposto. Até porque, analisando as grandes fontes de conflitualidade, extra SPE, uma das mais importantes prende-se com a questão da venda de bens de consumo (e das garantias a ela inerentes), muitos deles fornecidos por empresas de grande dimensão do setor da distribuição, que não possuíam adesão plena aos CACC e que, por via de regra, quando demandadas nos Centros, recusavam a arbitragem. Também esta situação não era facilmente compreendida pelos consumidores. De facto, por exemplo, se o consumidor tivesse um litígio com o seu operador de comunicações eletrónicas a propósito da velocidade de Internet disponibilizada, insuficiente segundo o consumidor para as suas necessidades e abaixo do contratado, poderia colocar, com êxito, uma reclamação no Centro de Arbitragem competente. Mas, caso no decurso do processo ficasse provado que a pouca velocidade de internet se devia afinal a um problema no equipamento que o consumidor utiliza, e o consumidor pretendesse seguidamente responsabilizar o vendedor pela falta de conformidade do equipamento, era muito provável que este declinasse a intervenção do Centro, embora a empresa vendedora também fosse a operadora de comunicações, que também possui lojas onde vende estes equipamentos.

Em 16 de setembro de 2019, entrou em vigor a Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, a qual “*sujeita os conflitos de consumo de reduzido valor económico, por opção do consumidor, à arbitragem necessária ou mediação*”⁶⁹.

66 Já no ano de 2017, deram entrada apenas no CACCL 1.261 processos de reclamação, dos quais 961 eram relativos a SPE, representando assim 75% dos processos entrados. Os dados estatísticos dos CACC podem ser acedidos na Estatísticas da Justiça, constantes do sítio de Internet da Direção-Geral da Política de Justiça. <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt>

67 Ver nota de rodapé 52.

68 A percentagem de resolução mede a relação entre os processos resolvidos (por mediação com acordo, conciliação e arbitragem) e os processos arquivados

69 Esta Lei altera, como referimos anteriormente, o artigo 14.º da LDC. Nos termos do n.º 3 daquele artigo “*Consideram-se conflitos de consumo de reduzido valor económico aqueles cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância*”.

Esta lei representou uma nova revolução no âmbito do Direito do Consumo nacional e colocou Portugal na linha da frente dos países europeus mais avançados no que à proteção do consumidor diz respeito. Entramos assim na terceira fase da evolução dos CACC, caracterizada pelo facto da arbitragem dita necessária, poder aplicar-se, por opção do consumidor, à generalidade dos conflitos de consumo aí dirimidos e a arbitragem voluntária passar a ser residual.

De facto, no quadro dos meios colocados à disposição dos consumidores para efetivação dos seus direitos, os CACC posicionam-se como um dos mais poderosos instrumentos para dirimir, com êxito, conflitos de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais⁷⁰, bem assim como naqueles configurados como de reduzido valor económico⁷¹, graças à arbitragem dita necessária⁷². Para além destes conflitos de consumo, considerando que existem CACC⁷³ cuja competência em razão do valor vai até ao limite da alçada dos tribunais da Relação, o CACC poderá dirimir os conflitos de consumo cujo valor se situe entre os 5.000,01€ e os 30.000€, caso o agente económico contraparte no processo de reclamação possua uma adesão plena. Já se o valor do conflito de consumo se situe dentro daquele intervalo e a empresa não possua uma adesão plena, então fica submetido ao regime da arbitragem voluntária, podendo o agente económico aceitar ou rejeitar a jurisdição arbitral de consumo para a sua resolução.

Esquemáticamente:

Conflitos de consumo relativamente aos quais o consumidor possui um direito potestativo à arbitragem (designada de forma impressiva por “arbitragem necessária”):

- Os relativos à prestação de serviços públicos essenciais (independentemente do valor);
- Ou relativos à venda de bens de consumo e prestação de serviços (até 5.000,00€);
- E ainda os que envolvam empresas com adesão plena (5.000,01€ a 30.000,00€).

Conflitos de consumo submetidos a arbitragem voluntária⁷⁴:

⁷⁰ Independentemente do seu valor.

⁷¹ O limite da alçada dos tribunais de primeira instância está atualmente fixado em 5.000€, conforme resulta do n.º 1 do artigo 44.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

⁷² Como já se referiu (cfr. nota de rodapé 39) para alguns autores a expressão “arbitragem necessária” é incorreta, já que se trata verdadeiramente de um direito potestativo do consumidor recorrer à arbitragem. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais; João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho, *op. cit.*, p. 189.

⁷³ É o caso do CIAB-Tribunal Arbitral de Consumo conforme resulta do n.º 1 do artigo 6.º do seu Regulamento, disponível em www.ciab.pt.

⁷⁴ Caso a competência em razão do valor do CACC não ultrapasse os 5.000€, o Centro poderá resolver todos os conflitos de consumos que lhe sejam submetidos. Caso a competência em razão do valor seja superior, como no caso do CIAB, estes são os conflitos de consumo que poderão não ser resolvidos pelo CACC, se aí derem entrada, com fundamento em recusa ou falta de resposta do agente económico.

- Os relativos à venda de bens de consumo e à prestação de serviços fora dos SPE (de 5.000,01€ a 30.000,00€);
- E que envolvam empresas sem adesão plena.

EXEMPLOS DE PROCESSOS DE RECLAMAÇÃO SUBMETIDOS AOS CACC

Vejamos agora, com base em casos reais (apenas com os dados que pudessem possibilitar a identificação alterados) e recentes, exemplos de conflitos de consumo que foram tramitados na RAC:

a) Garantias

António, residente em Beja adquiriu em 25/09/2024 uma fritadeira (Air Fryer) num estabelecimento comercial. Poucos meses depois o revestimento interior do equipamento ficou cheio de bolhas e o revestimento das grelhas começou a sair, ficando cheio de ferrugem, mesmo tendo todos os cuidados de limpeza adequados.

Notificada a empresa vendedora pelo Tribunal de Consumo competente em razão do território (CNIACC), ainda na fase de mediação, reconheceu a falta de conformidade do produto e disponibilizou-se para realizar a troca do produto defeituoso por um novo, nos termos peticionados pelo consumidor.

b) Comunicações eletrónicas

Bernardo celebrou em 23/01/2024 um contrato de prestação de serviços (pacote Tv, Net, Voz e Móvel) com uma operadora para a sua habitação sita em Estarreja, com um período de fidelização de 24 meses. Bernardo, teve de mudar a sua residência de Estarreja para Murtosa em 20/01/2025, estando a decorrer a fidelização do contrato. Contudo, a operadora não consegue prestar o serviço na nova habitação. A empresa pretendia que o consumidor celebrasse um novo contrato com serviços diferentes para não suportar os custos associados pela rescisão antecipada do contrato.

Com a apresentação da reclamação do consumidor no Tribunal de Consumo competente (CNIACC) a operadora, após ter sido notificada para a fase de mediação, rescindiu o contrato sem aplicação de quaisquer encargos relacionados com o incumprimento do período de fidelização.

c) Energia

Carla, residente em Moimenta da Beira celebrou, telefonicamente, a 26/12/2024 um contrato de prestação de serviços de eletricidade com uma empresa comercializadora de eletricidade, sendo estipulado o preço para a potência contratada o valor de 0,4088€ + IVA. Contudo, na primeira fatura emitida, Carla verificou que o valor cobrado foi de 0,6655€ + IVA.

Apresentada reclamação ao Tribunal de Consumo e notificada a empresa, esta reconheceu que na chamada telefónica que está na origem do contrato foram prestadas informações contraditórias no que diz respeito ao preço para a potência contratada. Neste sentido, em fase de mediação, chegou a acordo com o consumidor, emitindo uma nota de crédito no valor de 98,10€ + IVA (correspondente ao valor da diferença entre os preços), para o período de 12 meses.

d) Fornecimento de água

Daniel celebrou com a empresa de águas da área da sua residência, um contrato de prestação de serviços de água e saneamento. Em janeiro de 2024 recebeu uma fatura que incluía acertos de faturação relativo ao período de 09/04/2022 a 05/06/2023.

Em julho de 2024, o consumidor apresentou reclamação no Tribunal de Consumo da área da sua residência (CIAB) alegando a caducidade dos valores referentes aos acertos nos termos legalmente previstos.

A empresa em sede de mediação não reconheceu a caducidade dos valores, alegando que esta foi interrompida pelo aviso de corte emitido em fevereiro de 2024. Não tendo sido alcançado acordo na fase de mediação, o processo prosseguiu para a fase de arbitragem, tendo sido, em sede de conciliação, celebrado um acordo onde a empresa anula os valores em causa, emitindo uma nota de crédito.

e) Banca

Ernesto celebrou em 06/02/2024 com uma instituição financeira (Banco) um contrato de crédito ao consumo. A 29/05/2024, o consumidor solicitou ao seu Banco a alteração do dia de pagamento da prestação do crédito (do dia 6 para o dia 20 de cada mês).

Na reclamação apresentada junto do Tribunal de Consumo, o consumidor alega que o funcionário ao balcão lhe garantiu a troca do dia do pagamento, tendo assinado um documento a confirmar a mesma troca. No entanto, o banco cobrou o valor da prestação no dia anteriormente previsto no contrato (06/06/2024).

A requerida alegou que o pedido de mudança se realizou apenas com 5 dias úteis de antecedência, pelo que no primeiro mês após a alteração não foi possível, em tempo útil, alterar a data da cobrança desse mês, sendo certo que todas as restantes foram cobradas no dia 20.

Em sede de mediação não foi possível alcançar um acordo, tendo o processo prosseguido para a fase de arbitragem, tendo sido proferida sentença. A sentença absolveu o banco por não se provar a ilicitude no comportamento do banco, atendendo à sucessão dos factos no tempo.

f) Seguros

Fernanda celebrou com uma companhia de seguros, um contrato de seguro para um automóvel que incluía assistência aos ocupantes em caso de avaria do automóvel.

Acontece que o automóvel avariou, tendo sido reportado à seguradora a avaria, e tendo o respetivo apoio ao cliente garantido a existência da cobertura e que deveriam seguir as suas indicações, nomeadamente pernoitar num hotel declarando que todas as despesas seriam cobertas.

Fernanda e os restantes ocupante do automóvel seguiram as indicações. No entanto, a seguradora não prestou a assistência contratualizada nem assumiu o pagamento das despesas associadas.

Assim, o consumidor apresentou reclamação no CNIACC. Tendo sido notificada, a seguradora pronunciou-se no âmbito do processo e de forma a encerrar o mesmo, reembolsou as despesas apresentadas por Fernanda.

OS RESULTADOS DA REDE DE ARBITRAGEM DE CONSUMO EM PORTUGAL EM 2024

Verifiquemos os resultados mais recentes da conflitualidade de consumo nacional (que são os relativos a 2024) tratados ao nível da rede de arbitragem de consumo (RAC). Sabemos já que esta rede é constituída por um conjunto de entidades (os denominados Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, que abreviadamente designamos por CACC) que, de forma estruturada, recebem reclamações dos consumidores, através de um processo próprio, que depois de tramitados são encerrados com um determinado resultado. A RAC procura assegurar a efetivação dos direitos dos consumidores.

Não nos esqueçamos também de que os direitos dos consumidores assumem no nosso país uma relevância enorme, na medida em que constam da Constituição da República Portuguesa (cfr. artigo 60.º da CRP). São, por conseguinte, direitos fundamentais.

Tendo em vista a efetivação desses direitos substantivos, a própria Lei de Defesa do Consumidor preconiza um “*direito a uma justiça acessível e pronta*” no seu artigo 14.º. Estamos a considerar na rede de arbitragem de consumo os sete CACC do continente (excluindo o CACC-RAM, porque depende diretamente do Governo da Região Autónoma da Madeira nos termos do Despacho Legislativo Regional n.º 14/2004/M, de 14/07, bem como o CIMARA nos Açores, que iniciou a sua atividade apenas em 22 de outubro de 2024). Os dados que se seguem são relativos a toda a conflitualidade de consumo registada pela RAC em 2024.

	CNIACC (Centro Nacional)	CIMAAL (Algarve)	CACCRC (Coimbra)	CACCL (Lisboa)	CICAP (Porto)	TRIAVE (Ave, Tâ- mega e Sousa)	CIAB (Minho e Alto Tâmega)
Proces- sos En- trados	1217	458	427	1984	1780	1604	1743
Pro- cessos Arqui- vados	1174	495	446	2008	1877	1614	1767
Proces- sos Re- solvidos	979	290	250	1912	1411	1398	1629

Fig. 1 – Quadro resumo dos processos entrados/arqui-
vados/resolvidos nos diferentes CACC em 2024

Do quadro anterior, resulta que a RAC recebeu um total de 9.216 processos de reclamação (mais 354 do que em igual período de 2023), arquivou 9.381 (mais 164 do que em 2023) e resolveu 7.869 (mais 270 do que em 2023) no ano de 2024.

Já o quadro seguinte espelha as diferentes formas de encerramento dos processos de reclamação arquivados em 2024 no âmbito da RAC:

QUADRO DE INFORMAÇÃO DETALHADA							
Resultados dos Arquivamentos	CNIACC	CIMAAL	CACCRC	CACCL	CICAP	TRIAVE	CIAB
Mediação com Acordo	739	141	102	1173	645	862	1294
Conciliação	57	20	32	185	141	179	34
Arbitragem	183	129	116	554	625	357	301
Incompetência	83	61	95	40	224	86	54
Desistência	81	112	98	41	157	120	49
Mediação Sem Acordo	0	4	0	0	0	0	0
Recusa / Falta de Resposta	28	12	0	6	9	7	10
Outros	3	16	3	9	76	3	25

Fig. 2 – Quadro resumo do resultado dos arquivamentos nos diferentes CACC em 2024

Como se pode ver, o número de processos encerrados com resolução (compreendendo o somatório dos arquivados por mediação com acordo, conciliação e arbitragem) é muito elevado. Em termos relativos, a percentagem de resolução da RAC em 2024 atingiu os 84% considerando toda a conflitualidade submetida à sua apreciação.

Por outro lado, considerando agora alguns indicadores de eficiência, como sejam a percentagem de resolução, o número de processos pendentes, o tempo médio de resolução e as pendências relativas, os dados obtidos pelos diferentes CACC que integram a RAC foram os seguintes em 2024:

Outras Informações:	CNIACC	CIMAAL	CACCRC	CACCL	CICAP	TRIAVE	CIAB
Percentagem de resolução / Relação total dos Arquivamentos	83 %	59%	56%	95%	75%	87%	92%

Outras Informações:	CNIACC	CIMAAL	CAC- CRC	CACCL	CICAP	TRIAVE	CIAB
Pendências ⁷⁵	173	48	53	236	157	214	283
Tempo Médio de Duração	47	72	65	57	49	57	66
Pendências Relativas ⁷⁶	16%	17%	23%	12%	11%	15%	17%

Fig. 52 – Indicadores de eficiência nos diferentes CACC em 2024

Todos os dados apresentados, assumem, seja no quadro dos indicadores estatísticos das entidades do setor da Justiça, seja no das entidades de RAL, seja no quadro da União Europeia, uma grande relevância, colocando a RAC num patamar de excelência.

Considerando que os serviços públicos essenciais assumem uma relevância estatística importante na litigiosidade de consumo, sendo mesmo em termos relativos, no seu conjunto, a área onde ainda há mais processos de reclamação (40% em 2024, em relação ao total), estes distribuíram-se da seguinte forma, pelos CACC (este quadro apenas reflete os processos entrados, não referimos, por economia de espaço, os arquivados e resolvidos):

Entrada de Processos	CNIACC	CIMAAL	CACCRC	CACCL	CICAP	TRIAVE	CIAB
Serviços Postais	26	17	17	31	42	16	13
Comu- nicações Eletrónicas	308	63	63	372	251	597	605
Água	32	3	5	32	29	33	61
Eletricidade	122	44	24	192	102	188	238
Gás	7	1	1	9	8	11	15
Transportes	25	15	3	36	13	17	19
Total	520	143	113	672	445	862	951

**Fig. 53 – Quadro resumo dos processos
entrados nos diferentes CACC em 2024 (SPE)**

⁷⁵ A 31 de dezembro de 2024.
⁷⁶ Percentagem de processos pendentes em relação aos entrados no ano, sem considerar as incompetências.

CONSTRANGIMENTOS

Relativamente aos principais constrangimentos que afetam o funcionamento dos CACC e, por via deles, a própria RAC, consideramos apenas três, os mais importantes neste momento: o financiamento; a imagem da marca do serviço e a falta de uma plataforma informática que cumpra os requisitos legais.

a) O financiamento da RAC

As dificuldades ao nível financeiro prendem-se essencialmente com a exiguidade das fontes e a definição dos critérios de financiamento. Na verdade, como já vimos, conjugando o disposto no artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor e o artigo 10.º da Lei RAL, resulta que os procedimentos de RAL devem ser disponibilizados aos consumidores de forma gratuita ou contra o pagamento de uma taxa de valor reduzido.

Determina o artigo 4.º-A da Lei RAL, que a forma de financiamento dos centros de arbitragem que integram a RAC resulta do somatório de duas componentes, sendo uma fixa e outra variável.

A componente fixa é atribuída anualmente pelo Estado (através da DGPJ) e pelas Entidades Reguladoras de serviços públicos essenciais, nos termos do Despacho n.º 6909/2020, de 6 de julho.

Já a componente variável encontra-se definida nos Protocolos de Cooperação a que alude o artigo 4.º-B da Lei RAL, que foram celebrados pelos Centros de Arbitragem que integram a RAC e as Entidades Reguladoras de serviços públicos essenciais em 2019 (envolvendo a ANACOM, ERSAR e ERSE) e em 2020 (com a AMT)⁷⁷.

Antes de avançar, devemos referir aqui que a celebração destes protocolos revelou-se absolutamente decisiva para elevar o nível de qualidade do serviço prestado pelos CACC para um patamar nunca antes atingido. De facto, é justo reconhecer que as Entidades Reguladoras de Serviços Públicos Essenciais (SPE) referidas anteriormente foram absolutamente decisivas para, por um lado, permitir algum alívio financeiro aos CACC, já que estas entidades têm conhecido desde sempre uma situação de subfinanciamento que impede o normal desenvolvimento da sua atividade e, por outro, elevar o nível técnico dos colaboradores que prestam serviço na RAC, que se reflete depois no enquadramento e tratamento das informações e dos processos de reclamação, já que a formação profissional é uma das vertentes essenciais das obrigações das entidades protocoladas: as Entidades Reguladoras como formadoras e os técnicos dos CACC na qualidade de formandos⁷⁸.

Desta forma, bem estiveram todas as entidades que se envolveram na celebração destes protocolos que hoje em dia constituem uma parte essencial do sistema que sustenta o funcionamento e financiamento da RAC.

⁷⁷ O conteúdo destes Protocolos pode ser consultado nos sítios de Internet de cada um dos CACC que integra a RAC.

⁷⁸ A cláusula primeira dos Protocolos dispõe que “o protocolo tem por objeto estabelecer a cooperação entre a ENTIDADE REGULADORA e o CENTRO DE ARBITRAGEM quanto à disponibilização de apoio técnico e financeiro necessário ao seu funcionamento dentro do respetivo âmbito setorial, nos limites das atribuições e competências daquela.”

Sem embargo de referir que este modelo de financiamento suportado parcialmente pelas Entidades Reguladoras de SPE tem-se mostrado insuficiente desde o seu início por diversas razões. Uma delas prende-se com o facto de o Estado (através da DGPJ) ter, logo após a celebração dos referidos Protocolos de Cooperação, diminuído em cerca de 50% o montante do seu financiamento que passou de 300.000€ para 160.000€⁷⁹ que constam do Despacho referido supra, os quais, ainda por cima, são distribuídos pelos Centros de forma desigual e sem critérios que sustentem essa desigualdade.

Outra razão, não menos importante, prende-se com a nova realidade da arbitragem de consumo que se configurou após a entrada em vigor da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto. Através desta medida, tendo-se o sistema tornado tendencialmente obrigatório – porque a maioria dos conflitos de consumo ou respeitam a serviços públicos essenciais ou não ultrapassam 5000 euros – a respetiva eficiência foi altamente potenciada. Ora, tendo-se o sistema tornado mais eficiente, a procura aumentou consideravelmente e, em especial, de forma desproporcionada em relação a esse aumento, dispararam o número de processos resolvidos em fase de arbitragem.

De facto, se em 2019 os serviços públicos essenciais representavam 62% dos processos entrados nos CACC, progressivamente foram diminuindo em termos relativos e absolutos e, em 2023 esse valor já era de apenas 43%, reduzindo-se ainda mais em 2024, como vimos supra para 40% e, se os conflitos resolvidos por arbitragem representavam, em 2019, 15% da totalidade de litígios com resolução, em 2023 esse indicador já ia nos 32% em 2023, atingindo 37% em 2024.

Uma nova realidade, portanto, que obriga, necessariamente, a um reforço do financiamento do Estado para que seja sustentável.

Uma outra linha de financiamento dos CACC tem sido materializada por via do recurso pelos CACC ao Fundo para a Promoção dos Direitos do Consumidor, criado pelo artigo 6.º-B do Decreto-Lei n.º 100/2007, de 2 de abril.

O Fundo foi regulado pela Portaria n.º 1340/2008, de 26 de novembro, alterada pela Portaria n.º 39/2012, de 10 de fevereiro e do seu preâmbulo e do artigo 2.º consta igualmente que o Fundo se destina ao financiamento dos mecanismos extrajudiciais de acesso à justiça pelos consumidores e de projetos de âmbito nacional, regional ou local de promoção dos direitos dos consumidores. Em 23/11/2023 foi publicada a Portaria n.º 384/2023, de 22 de novembro, tendo em vista alterar o regime e o funcionamento do Fundo, através de um novo Regulamento anexo à Portaria. Para ter acesso a este financiamento, quando é aberta uma fase de candidaturas, cada CACC que pretenda aceder ao financiamento deve apresentar uma candidatura a um projeto.

Na verdade, ao longo da existência do Fundo, é importante confessar, o mesmo tem-se constituído como um complemento absolutamente essencial para assegurar a sustentabilidade financeira dos Centros. Contudo, considerando que o mesmo,

⁷⁹ Para a totalidade dos CACC.

desvirtuando a sua natureza inicial, tem vindo a financiar essencialmente projetos e não a atividade corrente dos CACC, bem como a falta de regularidade das candidaturas e a incerteza dos montantes de financiamento, não tem sido uma fonte de financiamento estável e regular. Existem ainda CACC que contam com financiamento proveniente de autarquias e comunidades intermunicipais, aproveitando o disposto no artigo 4.º-C da Lei RAL. Contudo, este financiamento é negociado concretamente por cada um dos CACC e as respetivas autarquias, variando consideravelmente de Centro para Centro e há CACC que não contam com qualquer financiamento deste tipo, como é o caso do CNIACC. Temos assim uma situação de financiamento dos CACC muito heterogénea, incerta e insuficiente, para fazer face às necessidades atuais da RAC, de onde têm vindo a resultar resultados líquidos negativos nas contas de diversos CACC que, caso se mantenham nos próximos exercícios, determinarão necessariamente a deterioração da prestação do serviço e, no limite, a médio prazo, o encerramento destas entidades por asfixia financeira.

b) A imagem de marca do serviço

Um outro problema que afeta bastante este serviço é a falta de uma imagem identitária. Na medida em que os CACC surgiram e se desenvolveram de forma isolada no território, foram adotando siglas e denominações de acordo com a sua realidade regional. Apenas a partir da publicação da Lei RAL, com a necessidade de harmonização subjacente à mesma, os CACC começaram a sentir a necessidade de criar uma marca identitária definidora do serviço comum que prestam.

Até aí eram identificados como, por exemplo, Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, cuja sigla é CACCL, ou Centro de Informação e Arbitragem de Consumo do Porto, ou CICAP e assim por diante. Para confundir ainda mais, são também muitas vezes designadas por entidades de RAL na medida em que fazem parte da família das entidades de resolução alternativa de litígios (entidades RAL). Têm sido vulgarmente designados por centros de arbitragem de conflitos de consumo, surgindo também a designação de mecanismos de resolução extrajudicial. Num país com pouca tradição em formas de resolução alternativa de litígios, a divulgação e comunicação destas entidades junto dos consumidores e das empresas, tem sido feita de forma lenta e ainda hoje estas entidades são relativamente desconhecidas, face a toda esta profusão de siglas e denominações. Como, por outro lado, no nosso país, na área do consumo, há uma marca muito forte criada logo a seguir à revolução de 1974, com o surgimento da Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, por todos conhecida como DECO, verifica-se em termos de conhecimento real destes serviços por parte dos utentes, um verdadeiro eclipse dos CACC face à DECO. Assim, é relativamente frequente os consumidores confundirem os CACC com a DECO. Mais recentemente, os CACC têm vindo finalmente a ter a perceção da importância de trabalhar este tema e adotaram a designação “Tribunal Arbitral de Consumo” e, desde 2024, têm vindo a trabalhar juntamente com as entidades que monitorizam e acompanham a sua atividade (DGC e

DGPJ), mas também com as entidades reguladoras de SPE (AMT, ANACOM, ERSAR E ERSE) na utilização de uma designação ainda mais simples e fácil de entender pelos consumidores e pelas empresas: Tribunal de Consumo.

Esta última designação, se utilizada de forma permanente e sistemática nos instrumentos e canais de comunicação dos CACC permitirá, cremos, a curto prazo, adquirir o alcance e a notoriedade que este serviço público pretende.

c) A falta de uma plataforma informática que cumpra os requisitos legais

Os meios de resolução alternativa de litígios, designadamente a mediação pública, os julgados de paz, a arbitragem em geral e os CACC em particular, têm vindo a contribuir decisivamente para melhorar a oferta da justiça em Portugal.

Atualmente, o funcionamento integrado de serviços públicos na área da Justiça (veja-se, por exemplo o caso do CITIUS nos Tribunais Judiciais) depende da existência de aplicações informáticas que permitam a apresentação e arquivo, por meio eletrónico, de todas as peças apresentadas pelas partes, das sentenças, despachos e decisões proferidas pelos árbitros e, por conseguinte, permitem também a notificação dos advogados das partes e facilitam a consulta atualizada do andamento do processo de reclamação por parte de todos os intervenientes (incluindo as próprias partes, que devem poder aceder diretamente ao processo).

A existência de um processo eletrónico permite a utilização das novas tecnologias para desburocratizar os processos de reclamação, criando automatismos que facilitem o trabalho, eliminem atos desnecessários e permitam uma melhor gestão e organização do trabalho nos CACC. Tudo isto, naturalmente, com vista a um processo mais rápido e mais transparente.

A Lei RAL determina na alínea a) do n.º 6 do artigo 4.º que compete à Direção-Geral da Política de Justiça” *a) Apoiar a identificação dos procedimentos e a implementação de um sistema de informação comum para os centros arbitragem de conflitos de consumo que permita: i) A prática de atos e a consulta do processo pelas partes, nomeadamente a entrega de peças processuais, a consulta das diligências efetuadas, do estado do processo e a possibilidade de realização de comunicações por transmissão de meios telemáticos; ii) A produção de indicadores estatísticos, bem como de outros elementos necessários para a atividade dos centros de arbitragem de conflitos de consumo;*”.

Os CACC têm vindo a beneficiar de uma plataforma informática disponibilizada pelo Ministério da Justiça a partir de 2006, que permite a gestão processual informatizada dos pedidos de informação e dos processos de reclamação. Contudo, esta plataforma não permite o desiderato referido no ponto i) daquela alínea.

Foi, entretanto, publicado o Decreto-Lei n.º 26/2024, de 3 de abril, cujo objeto, constante do artigo 1.º é justamente criar e regular “o sistema de informação de suporte à gestão e tramitação dos procedimentos nos sistemas públicos de mediação familiar e laboral e dos procedimentos e dos processos nos julgados de paz e nos centros de arbitragem de conflitos de consumo que integram a rede de arbitragem de consumo, designado “Plataforma RAL+””.

Esta Plataforma RAL+ tem vindo a ser produzida e já está em funcionamento nos sistemas públicos de mediação e em alguns julgados de paz. Contudo, no caso dos CACC, tem vindo a ser adiada a sua entrada em vigor. Efetivamente, o número 4 do artigo 10.º daquele diploma dispõe que “*o presente decreto-lei aplica-se aos procedimentos e processos nos centros de arbitragem de conflitos de consumo que integram a rede de arbitragem de consumo a partir de 1 de outubro de 2024.*” Contudo, primeiro por via da publicação do Decreto-Lei n.º 56/2024, de 10 de setembro e, mais recentemente, por força do Decreto-Lei n.º 18/2025, de 18 de março, a aplicação daquela Plataforma RAL+ aos CACC foi adiada para 1 de janeiro de 2026.

CONCLUSÃO

Portugal possui um dos mais eficientes sistemas de resolução de resolução alternativa de litígios de consumo a nível da União Europeia, embora não existam muitos estudos claros e absolutamente transparentes relativamente ao estudo comparado do funcionamento das entidades de RAL na União Europeia⁸⁰. Este sistema que foi apresentado no presente artigo de forma muito resumida e incompleta, até porque, por falta de espaço, nem sequer efetuámos a caracterização dos procedimentos de resolução de litígios que a RAC disponibiliza (mediação, conciliação e arbitragem), encontra-se num momento dilemático. Por um lado, temos aí prestes a chegar, a revisão da Diretiva RAL que se prevê seja publicada em breve e que terá certamente um forte impacto nas entidades de RAL à escala europeia, que será provavelmente maior em Portugal, onde estas entidades já se encontram num processo muito elevado de maturação, carecendo de alguns ajustes que referimos no ponto anterior. Por outro lado, paradoxalmente, o sistema encontra-se em situação de pré-ruptura face ao crescimento de procura que tem tido, também devido aos excelentes resultados que consegue atingir, mas que não tem sido acompanhado pelo devido aumento ao nível dos meios necessários para fazer face às legítimas expectativas dos consumidores, referimo-nos aos meios financeiros e a uma plataforma informática adequada à atual realidade da RAC e que cumpra com as exigências legais.

O ano de 2025 vai ser determinante no futuro da RAC: para se saber se, finalmente, ruma ao céu, ou está definitivamente condenada ao inferno. De purgatório já estamos fartos.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, Almedina, Coimbra, 2017 (Com João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho);

⁸⁰ Ver Relatório da Comissão da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social sobre a aplicação da Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e do Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a resolução de litígios em linha para litígios de consumo de 17.10.2023, disponível no sítio oficial da Comissão Europeia, na página dedicada à Resolução Alternativa de Litígios de Consumo. Na mesma página também pode ser consultado o Relatório de 2019 sobre a aplicação da RAL.

CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática”, *in* Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. I, 2002, p. 25;

PINTO-FERREIRA, João Pedro, “A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no contexto da Lei n.º 144/2015”, *in* Estudos de Direito do Consumo – Homagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira, DECO, Lisboa, 2016

VIANA, Fernando Manuel Martins, “Resolução de Conflitos de Consumo em Linha em Portugal e na União Europeia – A Plataforma Europeia de Resolução de Conflitos de Consumo”, *in* Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXV, n.º 341, 2016, pp.207-240 (com Francisco Andrade e Paulo Novais);

- A Resolução Alternativa de Litígios e as Tecnologias de Informação e Comunicação – O caso particular da resolução de conflitos em Internet em Portugal e na UE, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2015 (policopiado)

WEB SITES CONSULTADOS:

<http://www.centroarbitragemlisboa.pt>. – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa

<https://cicap.pt>. – Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto

<https://cacrc.pt> – Centro de Arbitragem de Consumo da Região de Coimbra

<https://ciab.pt>. – CIAB – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo)

<https://www.triave.pt>. – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa

<https://consumoalgarve.pt>. – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve

<https://www.madeira.gov.pt/cacc/>. – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira

<https://www.cniacc.pt>. – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo

<https://www.cimpas.pt>. – Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros

<https://www.consumidor.pt>. – Direção-Geral do Consumidor

<https://dgpj.justica.gov.pt/>. – Direção-Geral da Política de Justiça

MEDIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO JUDICIAL PARA AUTOCOMPOSIÇÃO DO CONFLITO DE ORIGEM NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Ricardo José Souto Maior Borges¹

RESUMO

A mediação intercorrente, motivada por conflitos judicializados de origem na relação de consumo. A necessária ocorrência da transmutação processual, resultando na desjudicialização do conflito. Adoção da mediação de interesses na modalidade avaliativa, preferencialmente com a abordagem transformativa para melhor cognição e empoderamento das partes envolvidas na autônoma e adequada tomada de decisão à satisfação dos interesses envolvidos. O desenvolvimento do tema está em fundamentado nas disposições da CRFB/1988, da lei 8.078/1990, da Resolução 125, CNJ, da lei 13.105/2015 e da lei 13.140/2015.

Palavras chave: Relação de consumo. Conflito judicializado. Transmutação processual. Desjudicialização do conflito. Mediação intercorrente avaliativa. Abordagem transformativa. Conflito de interesses na relação de consumo.

ABSTRACT

Intercurrent mediation, motivated by judicialized conflicts arising from consumer relations. The necessary occurrence of procedural transmutation, resulting in the dejudicialization of the conflict. Adoption of interest-based mediation in the evaluative modality, preferably combined with the transformative approach to enhance the understanding and empowerment of the parties involved in the autonomous and appropriate decision-making aimed at satisfying the interests at stake. The development of the theme is grounded in the provisions of the 1988 Federal Constitution of Brazil (CRFB/1988), Consumer Protection Code (Law No. 8,078/1990), National Council of Justice Resolution No. 125, the Civil Procedure Code (Law No. 13,105/2015), and the Mediation Law (Law No. 13,140/2015).

Keywords: Consumer relations. Judicialized conflict. Procedural transmutation. Dejudicialization of conflict. Intercurrent evaluative mediation. Transformative approach. Conflict of interests in consumer relations.

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídico Empresariais, pela Universidade (Clássica) de Lisboa. Formação em Justiça Restaurativa, pela FUNDAJ. Formação em Mediação Judicial, pelo TJPE. Experiência ampla em mutirões de Conciliação nas relações de consumo. Professor Universitário Advogado.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo delinea a importância da mediação, na modalidade avaliativa, adotada no curso do processo judicial, como método resolutivo aplicado ao conflito judicializado.

Juridicamente, a suspensão do processo judicial é de fundamental importância para que o esforço da facilitação, na busca da construção do consenso, evolua de forma independente, relativamente, ao processo judicial e ao magistrado. A atuação do mediador é, da mesma forma, independente como independente deve ser o processo de mediação.

A mediação e a conciliação são consideradas métodos extremamente eficazes enquanto aplicados de forma preventiva ou resolutive de conflitos de interesses no contexto da aplicação das práticas autocompositivas.

A Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ao instituir a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, sinalizando à adoção dos métodos consensuais, para alcançar os objetivos traçados quanto à resolução consensual dos litígios, em suas considerações, expressamente, reconhece, em menção especial, a mediação e a conciliação como métodos consensuais exitosos de resolução de conflitos de interesses porque aplicadas pela via adequada de abordagem, facilitam a solução do conflito, a harmonização da relação de consumo, e a prevenção de novos conflitos, bem como a desjudicialização do conflito e a pacificação social.

A presente exposição teórica pretende resolver duas questões práticas fundamentais: (a) ocorrendo a transmutação processual e a concomitante desjudicialização do conflito, a mediação “judicial” pode ser considerada endoprocessual? (b) tendo em vista o comando normativo da preferência para aplicação da conciliação, nas relações de consumo, pode a mediação ser aplicada para facilitação do conflito antes judicializado?

A relação de consumo é desequilibrada em razão do poder econômico a favor do fornecedor de bens e/ou serviços. É necessária a aplicação da metodologia resolutive adequada em atenção às exigências da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

No âmbito da dimensão resolutive do conflito de interesses, a opção pela mediação e pela conciliação deve ser entendida como uma decisão autônoma e consensualmente tomada pelos litigantes no curso do processo judicial ou fora dele.

A partir de uma posição tomada por critérios estritamente objetivos, nos casos em que não exista vínculo anterior entre as partes (CPC, art. 165, § 2º), a conciliação, como método preferencial, pode ser assistida pelas técnicas aplicadas na mediação.

Na dimensão da heterocomposição, a autonomia da vontade, exercida unilateralmente e assim motivadora do autor para protocolar a petição inicial e dar início ao processo judicial.

Na dimensão da autocomposição, a autonomia da vontade é exercida bilateralmente pelos conflitantes, ou seja, o autor e o réu exercem a autonomia de suas

respectivas vontades para iniciar o processo de mediação e assim abdicar da dimensão resolutiva da heterocomposição.

Nessa transição do ambiente adversarial da heterocomposição para o ambiente colaborativo da autocomposição, ocorre o fenômeno da transmutação processual, ou seja, dois sistemas distintos, resolutivos de conflitos de interesses, com características próprias, se opõem e pelo exercício bilateral da autonomia da vontade, autor e réu abdicam de suas posições originárias na dimensão da resolução do conflito judicializado e migram para a dimensão do consenso, para autonomamente buscarem uma solução adequada e satisfatória aos seus respectivos interesses. Nessa dimensão resolutiva, ao contrário da dimensão da heterocomposição, em que o magistrado decide pelos conflitantes, a decisão é autonomamente tomada pelos mediandos, a partir da facilitação do mediador.

Uma vez judicializado o conflito, seja decorrente da relação de consumo ou não, abre-se a possibilidade para a mediação intercorrente como consequência da transmutação processual forçada pela autonomia da vontade dos litigantes e fundada nos princípios da suspensão do processo judicial e no princípio da independência.

Desta forma, procura-se esclarecer a necessidade da adoção do método da mediação aplicado na modalidade a na abordagem adequadas à facilitação das reais necessidades do consumidor e do fornecedor de bens e/ou serviços.

A TRANSMUTAÇÃO PROCESSUAL

A transmutação, enquanto fenômeno processual, em abordagem ampla, corresponde ao mecanismo de transição do sistema heterônomo para o sistema autônomo, relativamente à resolução do conflito originariamente judicializado.

Com a transmutação do processo cível para a dimensão autocompositiva, ocorre, concomitantemente, a desjudicialização do conflito (RODRIGUES, Carolina M, 2024). Os litigantes, na condição de conciliandos ou mediandos, pela via adequada do método resolutivo da mediação e motivados pelo exercício da livre disposição de suas respectivas vontades, passam a desfrutar das condições necessárias à autônoma e adequada tomada de decisão para satisfação de seus respectivos interesses.

É necessário analisar cada uma das duas dimensões processuais (heteronomia e autonomia), para demonstrar as diferenças entre os dois sistemas resolutivos processuais e apontar a necessária transmutação processual, observada a partir da livre manifestação da vontade das partes litigantes (consumidor e fornecedor de bens e de serviços) no sentido da adoção da resolução autocompositiva.

A dimensão da heterocomposição no processo civil

A dimensão do processo civil é heterocompositiva, competitiva, adversarial, polarizada. Autor e réu ocupam, desde a gênese processual e em face dos seus respectivos interesses, posições antagônicas bem definidas. Enquanto o autor detém o pretenso direito pleiteado na peça processual vestibular, o réu suporta o pretenso ônus da responsabilidade, dele reclamada.

Um outro aspecto é importante ressaltar. A formalidade no processo cível. Mesmo nos casos do rito sumário está presente. Exige que o conteúdo produzido, a exemplo dos depoimentos pessoais, sejam reduzidos a termo, flexibilizando o princípio da oralidade.

Embora o processo civil tenha avançado significativamente, a partir da codificação de 2015², especialmente no que se relaciona com a cooperação, conforme o comando normativo do CPC, art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem **cooperar entre si** para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
(grifos nossos)

A cooperação pretendida é, pelo comando normativo do dispositivo em comento, regida pela reciprocidade. Todos os participantes envolvidos devem estar, em face do comando legal em destaque, motivados pela cooperação relativamente aos atos praticados, no curso do processo judicial.

Por essa via, justifica-se o estímulo à aplicação dos métodos autocompositivos, enquanto colaborativos (cooperativos), conforme se observa nas disposições do CPC, art.3º, § 3º, *in verbis*:

Omissis

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos **deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (grifos nossos)

O dever de cooperação pressupõe, mecanismos de colaboração à disposição dos envolvidos no processo judicial, desta forma alcança não só os litigantes (consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços), também estão sujeitos ao comando normativo, os magistrados, membros do Ministério Público, advogados, defensores públicos.

A dimensão da autocomposição no processo de mediação

No ambiente consensual e autocompositivo, o cuidado com a linguagem se faz necessário. As expressões verbalizadas precisam ser medidas, bem postas, desprovidas de ambiguidades. Enfim, a facilitação, para a construção do consenso, exige uma linguagem não violenta, na acepção de Marshall Rosenberg.

Sendo a facilitação a essência do processo de conciliação e da mediação, não se deve utilizar expressões relacionadas às ideias contrárias à construção do consenso, ao final das contas, a construção do consenso exige facilidade e não dificuldade.

O processo de conciliação e o processo de mediação, assim denominados porque são procedimentos autocompositivos que apesar de informais, são estruturados

2 Lei 14.105, de 16 de março de 2015.

por três fases, sobrepostas e até mesmo interpostas no curso da sessão. São elas: (a) fase precognitiva, (b) fase cognitiva e (c) fase conclusiva.

A aplicação do método de conciliação e/ou mediação tem início, meio e fim, ou seja, essa simples argumentação nos conduz a conclusão de que esses métodos consensuais resolutivos são estruturados também como processos. Processos inseridos na dimensão da autocomposição. Mas são processos resolutivos facilitados por um mediador (terceiro imparcial sem poder decisório).

A dimensão resolutiva do processo de conciliação e do processo de mediação é autocompositiva. O ambiente autocompositivo é colaborativo, empático, harmônico e informal.

Sendo a isonomia um princípio que fundamenta a autocomposição, os mediandos gozam do mesmo status jurídico no processo mediatório, o mesmo não ocorre em quaisquer dos ritos do processo judicial.

Mas, desde a gênese do processo judicial, em face dos seus respectivos interesses, as posições entre autor e réu são antagônicas e bem definidas. Enquanto o autor pretensamente detém o direito pleiteado na peça processual vestibular, o réu suporta o pretensão ônus da responsabilidade, dele reclamada.

Princípio da Suspensão do Processo

A suspensão do processo judicial, *in casu*, decorre do exercício da autonomia da vontade dos litigantes. O autor e o réu, enquanto envolvidos nas questões relacionadas ao conflito demandado em juízo, consensualmente requerem a suspensão do processo, para transferir a solução das questões para a dimensão resolutiva autocompositiva.

A suspensão do processo está contemplada na lei 13.140/2015, art. 16, *caput*, *in verbis*:

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, **hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo** por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

Observe-se que o comando normativo pela suspensão do processo judicial em curso está no *caput* do dispositivo legal, fundamentando a transmutação processual que por sua vez ocorre em função do requerimento dos litigantes motivado pela autonomia de suas respectivas vontades. O consenso progressivamente, ao tempo em que expressa a sua força, também empodera os litigantes.

No curso do processo judicial, se autor e réu anuem pela via autocompositiva, para resolução do conflito demandado em juízo, o magistrado atendendo aos rigores da lei, defere o pedido para atender, em primeiro lugar, a fundada e manifesta vontade dos litigantes, em seguida, decide pela suspensão do processo judicial.

A força intensa do consenso, expressa pela autonomia da vontade dos litigantes, torna irrecorrível a decisão pela suspensão processual, como também expressa o mesmo artigo 16, da lei 13.140/2015, §1º, *in verbis*:

Art. 3º. Omissis

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos **re-
queridos de comum acordo pelas partes.**

(grifos nossos)

Em outras palavras, a autonomia da vontade dos litigantes veda a via recursal para impedir o exercício do contraditório em outro grau de jurisdição. A decisão consensualmente tomada à transição da dimensão da heterocomposição para a dimensão da autocomposição implica em renúncia ao duplo grau de jurisdição

Princípio da independência.

Como visto, a transmutação da dimensão heterocompositiva para a dimensão autocompositiva é necessária, em razão da autonomia da vontade das partes. É o efeito da transição de um modelo para outro modelo resolutivo processual com características distintas.

A transmutação processual exige para a mediação, enquanto método resolutivo adequado eleito autonomamente pelos litigantes, uma aplicação independente.

Pela mediação de interesses os conflitantes no exercício da autonomia das suas respectivas vontades, alcançam o consenso, para que as possibilidades de acordo sejam analisadas.

A independência é atributo da mediação intercorrente. Em face de suas características próprias, a aplicação do método da mediação é necessariamente independente, não fora dessa forma, a transmutação processual, no caso em tela, não faria sentido algum.

A independência reforça às garantias da blindagem procedimental na dimensão da autocomposição e confere sentido a transmutação processual, sendo necessária e pressuposto, no quadro axiológico da aplicação dos demais princípios que disciplinam, não só a conciliação, mas também a mediação, conforme o comando expresso do CPC, art. 166, *in verbis*:

Art. 166. A **conciliação e a mediação** são informadas pelos princípios da **independência**, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

(grifos nossos)

Sendo a mediação de interesses um método com características próprias, não admite a qualificação endoprocessual. A mediação de interesses, uma vez requerida pelas partes, suspende o processo em evidente demonstração da sua independência em relação ao processo judicial. Se na perspectiva objetiva e procedimental, a mediação, por força de lei, não guarda relação com o processo judicial, subjetivamente no âmbito resolutivo da autocomposição, o mediador, enquanto conduza a facilitação, está imune às interferências do magistrado.

Mas, os efeitos do princípio da independência alcançam também os litigantes. O processo judicial é suspenso, em razão da vontade autônoma dos litigantes.

Na dimensão da autocomposição, sendo a mediação o método adequado, aplicado à resolução do conflito, a autonomia da vontade uma vez exercida, motiva a independente tomada de decisão pelos próprios mediandos que consensualmente decidem pela solução satisfatória dos seus respectivos interesses.

A oralidade no procedimento de mediação de interesses

O cuidado na utilização do vocabulário deve ser uma constante no curso de todo o procedimento de mediação para atendimento às exigências da facilitação.

A oralidade, enquanto princípio da mediação, deve ser exercida em consonância com a boa-fé, este também princípio norteador do processo de mediação de interesses.

Pela oralidade, o discurso de cada um dos mediandos deve ser facilitado e monitorado, no sentido de proporcionar conteúdo cognitivo bastante para a facilitação promovida pelo mediador que, por sua vez, no exercício da escuta ativa, busca favorecer o consenso para consequente obtenção do acordo. No caso em tela, o consenso e o possível acordo serão facilitados pelo mediador, mas a decisão resolutiva do conflito será tomada pelo consumidor e pelo fornecedor de bens e/ou serviços.

Sendo princípio basilar, a oralidade informa todo o processo de mediação de interesses. A verdade, em regra está no discurso de cada um dos mediandos. No dito e não-dito. Nas afirmativas e nas negativas. Nas omissões e nas refutações. Sendo exigida a comprovação documental apenas em situações tópicas.

A dignidade da pessoa humana como fundamento à transmutação processual

Em decorrência da eleição da mediação como método resolutivo adequado pelos litigantes, no curso do processo judicial, como visto, promove a ocorrência do fenômeno da transmutação processual.

Para a ocorrência da transmutação processual é necessária a expressa manifestação da vontade dos litigantes, no sentido da transição da dimensão heterocompositiva para a dimensão autocompositiva,

Não só a manifestação de vontade dos litigantes pela mediação, mas também a decisão do magistrado para deferir o pedido de mediação e suspender o processo judicial, são motivados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se observa no CPC, art. 8º, *in verbis*:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo **a dignidade da pessoa humana** e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a **eficiência**.

(grifos nossos)

Observados os princípios arrolados no *caput* do disposto acima em destaque, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada conforme a aplicação sistemática do ordenamento jurídico, especialmente, em se tratando de relações de consumo,

pelo manifesto desequilíbrio econômico entre consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços.

Nos conflitos originários nas relações de consumo, o CDC, art. 4º, ao disciplinar a Política Pública das Relações de Consumo, comanda o respeito à dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, **o respeito à sua dignidade**, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(Omissis)

O Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar a Política Pública das Relações de Consumo, pelo dispositivo legal acima destacado, expressamente atribui sentido teleológico ao respeito à dignidade da pessoa humana em atenção aos princípios arrolados nos incisos subsequentes.

O socorro ao princípio da dignidade da pessoa humana, como visto é recorrente, no ordenamento jurídico brasileiro. E não poderia ser diferente por ser um princípio estruturado pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, conforme a expressão do seu artigo, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos**:

(Omissis)

III - a **dignidade da pessoa humana**;

(Omissis)

Como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, estabelece as diretrizes para aplicação do ordenamento jurídico em disciplina jurídica das relações intersubjetivas.

Desta forma, a própria CRFB/88 encontra fundamento na dignidade da pessoa humana para a disciplina jurídica relativa ao exercício da atividade econômica, como se observa no artigo 170, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(Omissis)

Ora, a dignidade da pessoa humana também fundamenta as relações de consumo. O fornecedor de bens e/ou serviços, enquanto agente econômicos, está sujeito à ordem jurídica constitucional e por ela deve pautar a sua conduta em benefício do consumidor, este a parte vulnerável na relação de consumo.

INTERCORRÊNCIA COMO FENÔMENO PROCESSUAL MOTIVADO PELA AUTONOMIA DA VONTADE DO CONSUMIDOR E FORNECEDOR DE BENS E/OU SERVIÇOS

A etimologia da palavra intercorrência remete para o latim *intercurrents*, cujo significado pode ser traduzido como o “que ocorre no curso de algo” (Michaelis, 2025).

É a partir dessa ideia de interposição que vamos desenvolver o esforço no sentido de qualificar a aplicação da mediação, no curso do processo judicial, como intercorrente.

Sendo o conflito judicializado de origem na relação de consumo e, por requerimento motivado pela autonomia da vontade do consumidor e/ou do fornecedor de bens e serviços (por representação/preposição), expressa pelo exercício da autonomia, o magistrado decide pela suspensão do processo judicial.

Não obstante não se exclua a ameaça ou lesão a direito da apreciação jurisdicional³, incentivar a solução consensual das controvérsias é dever do Estado, especialmente, a solução obtida pela via autocompositiva, a partir da adoção não só conciliação, mas também da mediação e outros métodos consensuais, no curso do processo judicial, conforme o CPC, art. 3º, *in verbis*:

CPC, art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º *omissis*

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a **solução consensual** dos conflitos.

§ 3º A **conciliação, a mediação** e outros métodos de **solução consensual** de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, **inclusive no curso do processo judicial**.

(grifos nossos)

Também na relação de consumo, judicializado o conflito dela originário, é possível verificar a intercorrência enquanto fenômeno processual decorrente da expressão da vontade autônoma do consumidor e do fornecedor de bens e/ou serviços, na promoção dos métodos resolutivos consensuais, como a mediação de interesses, conforme expressamente comanda o CPC, conforme visto acima, no dispositivo em destaque.

A mediação de interesses, como intercorrência processual, decorre do exercício da autonomia da vontade do consumidor e do fornecedor de bens e/ou serviços, no processo judicial ou na arbitragem.

3 A exclusão da ameaça ou da lesão a direito à apreciação jurisdicional seria inadmissível, tendo em vista o Estado Democrático de Direito.

A intercorrência, ora abordada, ocorre no curso do processo judicial. As questões relacionadas com a intercorrência no processo arbitral, por não estarem no âmbito da demarcação do tema, ora desenvolvido, não são abordadas neste artigo.

É importante demonstrar a mediação intercorrente – porque requerida no curso do processo judicial – enquanto via de acesso à justiça, aplicada na abordagem transformativa, enquanto método resolutivo autonomamente eleito e aceito como adequado pelos litigantes, para resolução do conflito oriundo da relação de consumo.

Nas situações em que o conflito é judicializado, não é diferente. Ocorre, pela via heterocompositiva judicial, uma sucessão de atos regidos por princípios processuais que fundam a decisão a ser tomada, em quaisquer das instâncias do Poder Judiciário, por terceira pessoa imparcial: um magistrado.

Uma vez que se tenha o conflito judicializado, a possibilidade de solução consensual obtida pela autonomia da vontade dos litigantes, passa a ser uma realidade considerada no plano da satisfação dos interesses envolvidos.

Portanto, a partir do exercício da autonomia da vontade dos litigantes, a adoção da mediação como método resolutivo adequado à solução do conflito judicializado, o processo judicial será suspenso para quando estejam os conflitantes fundados no princípio da independência, se efetive a possibilidade da abertura resolutive na dimensão da autocomposição.

MEDIAÇÃO INTERCORRENTE ENQUANTO MÉTODO ADOTADO A PARTIR DA TRANSMUTAÇÃO PROCESSUAL

Entre os mecanismos de cooperação, catalogados no sistema brasileiro multipartas ou pluriprocessual de acesso à justiça, estão à disposição dos conflitantes não só a conciliação, mas também a mediação de interesses. Dois dos métodos consensuais, amplamente utilizados em decorrência dos seus respectivos potenciais de êxito, relativamente à resolução do conflito demandado.

Considerando a necessidade de equilíbrio entre os polos da relação de consumo, relativamente ao potencial econômico favorável ao fornecedor de bens e/ou serviços, a mediação é o método resolutivo adequado, especialmente quando se aplicada pela via de abordagem transformativa e pela modalidade avaliativa. Desta forma, a definição pela modalidade e pela abordagem, em relação à aplicação do método de mediação é uma opção para além de doutrinária (BORGES, José Souto Maior, 1999), pragmática,

O conflito é fenômeno inerente à condição humana. Não é o conflito positivo ou negativo, bom ou ruim, intenso ou leve, simples ou complexo. O conflito, apenas acontece em decorrência dos interesses divergentes nas relações intersubjetivas

Paradoxalmente, na dimensão autocompositiva, cada conflitante passa a se conhecer (MACEDO, 1986) dotados de empoderamento para a autônoma e recíproca tomada de decisão. Descortina-se no plano axiológico, valores antes não percebidos.

A relação de consumo não é um sistema hermeticamente fechado, imune a incidência de desequilíbrios provocados pelo dissenso. Assim, tem a relação de consumo o conflito como um fenômeno fruto da sua própria dinâmica.

A intercorrência motivada pela expressa manifestação da vontade dos litigantes (consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços) no processo judicial, como consequência da transmutação processual, transfere a resolução do conflito demandado para a dimensão da autocomposição.

Um sistema processual autocompositivo diverso, se interpõe ao sistema heteroprocessual, motivado pela força da autonomia da vontade das litigantes.

Sendo o processo judicial suspenso, a aplicação do método da mediação não é dele dependente, em atenção ao princípio da independência.

Sendo o processo judicial suspenso, a aplicação do método da mediação não é dele concorrente, porque as duas vias processuais são alternadamente neutralizadas em razão da opção, por uma ou por outra dimensão resolutiva, motivada pela vontade soberana dos conflitantes, a exemplo da aplicação das cláusulas escalonadas.

Sendo o processo judicial suspenso, a aplicação do método da mediação não é síncrona. A aplicação do método da mediação não ocorre simultaneamente ao transcurso do processo judicial, porque este está suspenso.

Pelos motivos acima apresentados, em atenção à lei e enquanto método resolutivo eleito pelos litigantes para resolução do conflito judicializado, em manifesto exercício de suas respectivas vontades, bem como, sob a perspectiva objetiva da técnica, a mediação de interesses é qualificada como intercorrente.

Mas, se os conflitos de origem na relação de consumo já estão judicializados, qual a importância da mediação de interesses?

A resposta, deve considerar a dogmática jurídica instrumentalizada pelo Código de Processo Civil e por outros diplomas legais.

Importância da mediação de interesses pela dogmática jurídica

Entre os métodos consensuais de resolução de conflitos o Código de Processo Civil, observadas outras possibilidades metodológicas autorizadas por lei, expressamente reconhece a conciliação e a mediação como métodos autocompositivos, facilitadores da construção do consenso. Neste sentido, CPC, art. 3º, §3º, *in verbis*:

CPC, art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

omissis

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, **a solução consensual dos conflitos.**

§ 3º **A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual** de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, **inclusive no curso do processo judicial.** (grifos nossos)

O dispositivo, acima transcrito, está expresso pelo Capítulo I do Código de Processo Civil, sob o título: das normas fundamentais. Portanto, os comandos normativos, relativos à conciliação e à mediação de interesses, são disposições fundamentais no contexto do sistema processual civil brasileiro.

No CPC, artigo 3º, §2º, acima transcrito, embora o comando normativo seja pela adoção dos métodos consensuais amplamente considerados, a conciliação e a mediação são expressamente mencionadas e gozam também de importância fundamental, em razão do potencial de êxito alcançado, reconhecido inclusive pela Resolução nº 125/2010, do CNJ.

No parágrafo terceiro, acima transcrito, a dimensão do consenso é referenciada, sendo destacada, mais uma vez, a sua importância. Desta feita, não só considerando a conciliação e a mediação como métodos resolutivos de conflitos, consignados de forma expressa, dentre os demais métodos consensuais, mas também esse dispositivo comanda o dever de incentivo para aplicação desses métodos por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Ou seja, aqueles que atuam no processo judicial, no exercício de suas respectivas competências, devem ser incentivados à utilização da conciliação e da mediação, bem como dos demais métodos resolutivos consensuais, corroborando a importância dos métodos em destaque.

Ainda no parágrafo terceiro, se observa que a conciliação e mediação poderão ser aplicadas no curso do processo judicial. É o comando jurídico para a fundamentação da aplicação da mediação intercorrente, como adiante será visto.

O elevado *status* axiológico conferido à conciliação e a mediação de interesses pelo sistema cível processual, eleva os mediadores e os conciliadores à condição de auxiliares da justiça conforme expressamente se verifica no CPC, art.149, *caput*, *in verbis*:

Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, **o mediador, o conciliador judicial**, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

(grifos nossos)

E se não bastasse ser a conciliação e a mediação fundamentais para o sistema jurídico processual e o mediador ser considerado, ao lado do conciliador, auxiliar da justiça, também temos a previsão para atuação, desses facilitadores do consenso, para obtenção do acordo, em razão de suas competências relativamente à existência ou não de vínculo entre os conflitantes, conforme as disposições do CPC, art. 165, *in verbis*:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de **solução consensual** de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de **conciliação e mediação** e pelo desenvolvimento de programas destinados a **auxiliar, orientar e estimular a autocomposição**.

Omissis

§ 2º O conciliador, que **atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes**, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O **mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes**, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

(grifos nossos)

Sobre o dispositivo acima transcrito, é necessário acentuar o alcance jurídico atribuído não só a conciliação, mas também à mediação de interesses pelo sistema processual cível.

Preferencialmente, os conflitos oriundos das relações de consumo são resolvidos pela conciliação, vez que consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços não mantêm vínculo prévio à formação do conflito.

Embora a mediação de interesses tenha uma aplicação preferencial para os conflitos relacionados à existência prévia de vínculo entre as partes envolvidas, enquanto método resolutivo pode ser aplicado, nas situações previstas pela lei 13.140/2015, art. 3º, *caput*, *in verbis*:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Sendo os direitos disponíveis ou indisponíveis, mas que admitam transação, consideradas as duas situações jurídicas apontadas pelo dispositivo em comento, não existe vedação legal para a utilização da mediação de interesses à hipótese de inexistência de vínculo prévio entre os conflitantes.

Não havendo vedação legal, em quaisquer dessas situações apontadas pelo dispositivo em comento (inexistência/existência de vínculo entre os conflitantes), a mediação pode ser o método adotado para resolução dos conflitos de interesses, ao menos por extensão, pelo conciliador.

E ainda, mesmo na inexistência de vínculo prévio, a aplicação do método da mediação, pela via de abordagem e dos modelos adequados, favorece a compreensão das questões demandadas, possibilitando o restabelecimento da comunicação e estimulando a autonomia da vontade para que os mediandos adotem posições reciprocamente consideradas à satisfação dos seus respectivos interesses.

As obrigações, consensualmente assumidas, tornam o acordo sinalagmático e são facilmente cumpridas pela distribuição paritária da carga de responsabilidade entre os mediandos, proporcionando maior segurança no que se refere ao cumprimento dos compromissos reciprocamente assumidos.

Embora o Código de Processo Civil regulamente a impropriamente denominada mediação judicial⁴, o legislador processualista não excluiu outras formas de mediação, conforme dispõe o CPC, art. 175, *caput*, *in verbis*:

Art. 175. As disposições desta Seção **não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais** vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

(grifos nossos)

Nos casos em que o conflito não seja judicializado, não só a conciliação extrajudicial, mas também a mediação extrajudicial pode ser aplicada, para solução da controvérsia demandada, em quaisquer das modalidades indicadas pela doutrina especializada, a exemplo da mediação avaliativa (VASCONCELOS, 2023).

Para a solução dos conflitos judicializados de origem na relação de consumo, nas situações em que ocorra a transmutação processual, a mediação de interesses, enquanto método resolutivo à disposição dos litigantes, pode ser adotada na modalidade avaliativa ou em quaisquer outras modalidades.

Ao adotar a mediação avaliativa, pela via da abordagem transformativa, indicada para a relação de consumo conflituosa, o ponto de discordância entre os mediandos é observado como oportunidade de aprendizado. A evolução do procedimento mediatório adotado, empodera o consumidor e também o fornecedor de bens e/ou serviços, no sentido da cognição das informações necessárias para a solução do conflito. E pelas informações objetivas e subjetivas colocadas à mesa de mediação, o mediador, a partir de uma escuta ativa apurada e da aplicação de outras técnicas facilitadoras da construção do consenso, junto com os mediandos, avalia o material cognitivo para facilitação do desdobramento educativo através da abordagem transformativa do conflito.

Entretanto, nada mais decisivo para demonstrar a importância da mediação enquanto método resolutivo de conflito de interesses que o comando normativo expresso na Lei 13.140/2015, art. 16, ora transcrito, *in verbis*:

Art. 16. **Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso**, as partes poderão submeter-se à mediação, **hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo** por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

(grifos nossos)

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

4 A mediação Judicial é nomenclatura imprópria, devendo ser assim considerada, em face das proposições normativas que resguardam a independência desse método autocompositivo, no contexto do conflito judicializado.

A sessão III da Lei 13.140/2015, sob o título “Do Procedimento de Mediação”, disciplina o processo de mediação para solução de conflito de interesses.

Ainda que judicializado o conflito, os conflitantes podem requerer a suspensão do processo judicial – o mesmo ocorre no processo arbitral – para, em tempo suficiente, chegarem à solução adequada obtida em função da facilitação do consenso.

Observe a inexistência de previsão expressa relativamente ao prazo da suspensão. O tempo deve ser suficiente para, a partir do consenso instalado, os mediandos resolvam as questões demandadas, pela via da solução adequada, o que demonstra a intensão de privilegiar a autonomia da vontade dos mediandos pela adoção da mediação de interesses. Dessa forma, o tempo é um vetor variável em função da natureza e do grau de complexidade das questões manifestas e/ou subjacentes ao conflito demandado.

E ainda, sendo a autonomia da vontade um princípio basilar na seara dos métodos autocompositivos, a decisão pela suspensão do processo judicial é irrecorrível, porque os litigantes consensualmente requerem, nos autos processuais, a suspensão do processo judicial e o magistrado deve deferir o pedido, evidenciando a prevalência da autonomia da vontade dos litigantes pela prática da autocomposição dos respectivos interesses.

A importância atribuída ao método da mediação de interesses pela interpretação sistemática das disposições do código de processo civil brasileiro, é verificada ainda que a relevância desse método consensual resolutivo se faça perceber pela não vedação à utilização de outros métodos resolutivos, vez que a mediação, ao lado da conciliação (ou mediação avaliativa) estão expressamente contempladas pela lei processual e pela lei 13.140/2015.

Mas, qual a importância a ser destacada para a aplicação da mediação transformativa nos conflitos que tenham origem nas relações de consumo?

Ora, nas relações de consumo, pela preferência, seria aplicável a conciliação porque não se observa existência de vínculo anterior entre as partes envolvidas no conflito. Porém, é possível e é também adequada a adoção do método da mediação na modalidade avaliativa (conciliação), pela via da abordagem transformativa, potencializando os efeitos das técnicas empregadas à facilitação do mediador.

Assim, o CDC, expressamente indica a mediação ao lado da conciliação, como métodos resolutivos adequados a serem aplicados à facilitação da solução dos conflitos de origem nas relações de consumo, conforme observa-se no artigo 5º, inciso VII, *in verbis*:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

Omissis

VII – instituição de núcleos de **conciliação e mediação de conflitos** oriundos de superendividamento.

(grifos nossos)

Em atenção às exigências da Resolução 125/2010, CNJ, no que se relaciona à desjudicialização do conflito e a pacificação social, no âmbito das relações de consumo, especialmente quando eivadas pelo superendividamento, o Código de Defesa do Consumidor, atualizado pela lei 14.181/2021, ao tempo em que reconhece expressamente a importância da conciliação e da mediação como métodos consensuais autocompositivos, em face do potencial de êxito que esses métodos proporcionam, também lhes atribui a qualidade de instrumentos à disposição das diretrizes traçadas pela Política Nacional das Relações de Consumo.

A prospecção normativa da importância do método da mediação de interesses expressa, ao longo dos vários dispositivos legais, é fundamental para uma cognição clara e próxima ao processamento da intercorrência, como expressão da transmutação processual, fenômeno necessário à aplicação do método da mediação na modalidade avaliativa, conforme a exposição adiante desenvolvida.

O sistema processual cível, enquanto sistema heterônomo, tem características próprias e é regido por princípios próprios. O sistema processual mediatório, enquanto sistema autônomo, embora tenha princípios coincidentes com os princípios do sistema processual cível, a exemplo dos princípios da oralidade e boa-fé, também é regido por princípios próprios e tem suas próprias características

Ao optar pela mediação, pela efetiva e necessária restauração do diálogo, consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços têm a oportunidade de exercerem a autonomia de suas próprias vontades para a construção do consenso e a possível e consequente obtenção do acordo.

Dessa forma o conflito demandado à solução adequada é resolvido a partir da decisão reciprocamente considerada pelo consumidor e pelo fornecedor de bens e/ou serviços (autonomia), ao invés de ser submetido à decisão unilateral tomada por um magistrado (heteronomia). Esse método facilitador e colaborativo não apenas promove uma solução mais rápida e menos onerosa, como também restaura a relação de consumo enquanto vetor recorrente para o consumidor e o fornecedor de bens e/ou serviços.

Além disso, a aplicação intercorrente do método de mediação contribui para a desjudicialização do conflito de interesses e para o descongestionamento do sistema judiciário, possibilitando a concentração de esforços, pelos magistrados, em casos que demandem uma intervenção direta, consequentemente, gerando eficiência, celeridade e economia à administração da justiça, bem como mais segurança jurídica, em benefício do equilíbrio nas relações de consumo e do bem-estar da sociedade.

O modelo avaliativo da mediação de interesses aplicado ao conflito de origem na relação de consumo

Enquanto método autocompositivo adequado à resolução de conflito de origem na relação de consumo, a mediação de interesses possibilita a promoção e/ou a retomada do diálogo entre o consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços

em bases estruturadas pela facilitação avaliativa do mediador, em processo conjunto com os mediandos.

Recorrentemente, a conciliação é citada em textos legais ao lado da mediação e especialmente no CPC, art. 165, §2º, sua aplicação está relacionada à satisfação dos interesses, uma vez que preferencialmente deve ser aplicada à resolução do conflito em que não se verifique vínculo prévio entre as partes, como, em regra, ocorre na relação de consumo. Assim, pela satisfação dos interesses envolvidos, as técnicas são aplicadas objetivando a facilitação da resolução do conflito e a harmonização da relação de consumo é uma consequência, potencializada pela abordagem transformativa, p.ex..

Para os doutrinadores, a exemplo de Carlos Eduardo Vasconcelos (2023, p.111), a mediação avaliativa e conciliação têm a mesma natureza.

Este é o modelo sugerido para a facilitação da resolução do conflito de origem na relação de consumo porque (a) centrado na satisfação dos interesses envolvidos, objetiva o acordo entre os mediandos, e, (b) é compatível com a abordagem transformativa, especialmente para harmonização da relação de consumo, como visto adiante.

A abordagem transformativa aplicada à relação de consumo

Ocorrido o fenômeno da transmutação no curso do processo judicial e instalada a mediação como método resolutivo autonomamente eleito pelo consumidor e pelo fornecedor de bens e/ou serviços, abre-se o espaço no plano resolutivo das controvérsias para a mediação intercorrente.

Não obstante, se tenha a preocupação relativa à satisfação dos interesses, daí a opção pela mediação avaliativa, a abordagem do conflito originário na relação de consumo, ora proposta, é transformativa.

Na abordagem transformativa do conflito, o mediador facilita a resolução das questões manifestas e subjacentes através do empoderamento progressivamente introjetado pelos mediandos, em face da assimilação das informações suficientes para, além da autônoma e adequada tomada da decisão, satisfativa dos interesses envolvidos, também se possibilite a harmonização da relação entre consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços.

Tanto mais transparentes sejam as informações, melhor assimiladas e mais empoderados à decisão estarão o consumidor e o fornecedor de bens e/ou serviços, no que se relaciona não só à resolução do conflito demandado à sessão de mediação, como também à prevenção e à formação de novos conflitos, no âmbito da relação de consumo.

Em outras palavras, o método da mediação confere poder (empoderamento) decisório aos mediandos tanto mais assimilem o conhecimento (saber), necessário à tomada de decisão (.BORGES. José Souto Maior, 20223)

A cognição das informações, pelos mediandos decorre da aplicação de uma metodologia baseada em técnicas facilitadoras à construção do consenso e tem

como sentido teleológico, entre outros, a atenção para a educação e informação relativamente aos direitos e deveres não só dos consumidores, também dos fornecedores de bens e/ou serviços, conforme se verifica no CDC, art.4º, IV, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento **das necessidades dos consumidores**, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a **proteção de seus interesses econômicos**, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (*Omissis*)

IV – **educação e informação de fornecedores e consumidores**, quanto aos seus **direitos e deveres**, com vistas à melhoria do mercado de consumo.
(grifos nossos)

Desta forma, a Política Nacional das Relações de Consumo, através da legislação consumerista procura estabilizar toda e qualquer relação de consumo, eivadas pelo abismo econômico que destorce o equilíbrio entre consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços.

A educação para o consumo responsável e a consciência dos limites impostos à livre iniciativa (CRFB/1988, art.170) são fatores resultantes da cognição pedagógica, por sua vez indutora do empoderamento das partes envolvidas no conflito de origem na relação de consumo e atenua a distância entre consumidores e fornecedores de bens e/ou serviços.

Nesse sentido, o protocolo pedagógico não alcança apenas o consumidor. Para a harmonia nas relações de consumo é necessário que os fornecedores de bens e/ou serviços também sejam alcançados pela transparência das informações e consequentemente tomem consciência da necessidade do equilíbrio na relação de consumo, enquanto vetor teleológico a orientar o exercício da atividade econômica.

A mediação, enquanto método resolutivo intercorrente, aplicada na modalidade avaliativa e pela via da abordagem transformativa, ao tempo em que promove o acesso à justiça e resolve o conflito de origem nas relações de consumo, também educa e consequentemente previne a formação de novas controvérsias, contribuindo para a desjudicialização do conflito, para a pacificação social, para uma relação de consumo, além de justa, harmônica e, portanto, digna. Desta forma. contribuindo para o exercício da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação intercorrente só é possível, como demonstrado, ao ser induzida pela expressa e autônoma manifestação da vontade dos litigantes no curso do processo judicial.

Pelas razões expostas, uma vez deferida a necessária suspensão do processo judicial, a solução do litígio migra da dimensão resolutiva adversarial heterônoma

à dimensão resolutiva colaborativa autônoma, como metodologia adequada à satisfação dos interesses envolvidos, na persecução teleológica do resultado reciprocamente pretendido.

A intercorrência processual, tal como ora abordada, decorre da efetivação pragmática do princípio da autonomia da vontade, princípio essencial no contexto das práticas autocompositiva.

Como visto, a mediação de interesses é método consensual resolutivo diverso do processo judicial, dotado de características próprias e regido por um núcleo axiológico que se distingue e, no caso da mediação intercorrente, se interpõe ao processo judicial, pelo exercício soberano da vontade dos litigantes, envolvidos no conflito judicializado.

Reconhecida a decisão autônoma tomada pelos litigantes no processo judicial, pela adoção da mediação como metodologia autocompositiva adequada à solução do conflito demandado, o processo judicial será necessariamente suspenso, em decorrência da heterogeneidade, objetiva, subjetiva, substantiva e procedimental existente entre as duas dimensões resolutivas.

Portanto, pela simples observância dos princípios da independência e suspensão do processo judicial, não é possível qualificar a mediação como método resolutivo endoprocessual, pela simples constatação de que, para serem suas técnicas aplicadas com independência objetiva e subjetiva, é necessária a suspensão do processo judicial.

A impossibilidade da aplicação endoprocessual da mediação, seja em quaisquer das suas modalidades, resulta das vedações legais sistematicamente expressas pelo próprio sistema jurídico processual.

Entretanto, nada impede a utilização das técnicas de mediação, pelo magistrado, no exercício de suas funções e ao longo do processo judicial, quando assim sejam utilizadas em extensão.

É possível a utilização, em extensão, das técnicas de mediação, pelo conciliador, com o objetivo de potencializar as suas habilidades no exercício das suas funções na facilitação da construção do consenso para obtenção do acordo.

Mesmo existindo, comando normativo processual para aplicação preferencial do método da conciliação nos casos em que não exista vínculo anterior entre as partes (CPC, art. 165, §2º), tal comando normativo não é taxativo, é meramente facultativo, podendo ser aplicado o método da mediação, especialmente na modalidade avaliativa, para possibilitar, além da satisfação dos interesses do consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços, uma abordagem transformativa do conflito e assim possibilitar uma cognição transparente e objetiva das questões conflituosas, facilitando o empoderamento necessário à construção do consenso e o equilíbrio na relação de consumo. .

A abordagem transformativa, ao tempo em que percebe o conflito de origem na relação de consumo, como oportunidade de aprendizado e empoderamento dos consumidores e fornecedores de bens e/ou serviços, possibilita uma postura

preventiva diante de controvérsias que motive a formação de conflito da mesma ou de diversa natureza.

Pragmaticamente, a relação de consumo é configurada por um ambiente adversarial, polarizado, antagônico, acentuado pela disparidade econômica e, quando o conflito dela derivado é judicializado, a formalidade é também adotada, para resolução do conflito na via heterocompositiva.

Não obstante, a relação de consumo seja caracterizada na forma do parágrafo anterior, o conflito que nela tenha origem pode ser resolvido pela mediação, mesmo sendo um método autocompositivo, caracterizada por valores colaborativos e não por vetores adversariais.

Ocorrendo a transmutação do processo civil em processo de mediação, pelo exercício da manifestação expressa da vontade do consumidor e do fornecedor de bens e/ou serviços, a resolução do conflito de origem na relação de consumo, adota o protocolo típico para a resolução autônoma do conflito.

Na persecução de soluções justas, adequadas e duradouras para as controvérsias e pelo incentivo, à cultura de paz, à autocomposição, ao empoderamento, à responsabilidade dos conflitantes, a mediação de interesses é o método resolutivo adequado, especialmente quando aplicada na modalidade avaliativa e pela via da abordagem transformativa, não só resolve a controvérsia demandada, mas porque facilita, (a) o necessário empoderamento do consumidor e do fornecedor de bens e/ou serviços (educação) e evita a formação de novos conflitos de interesses (prevenção).

Não sendo endoprocessual porque não está situada na dimensão da heterocomposição, a mediação de interesses é intercorrente porque ocorre no curso do processo judicial, mas transcorre integralmente na dimensão da autocomposição.

O magistrado, reconhecendo a força da autonomia da vontade dos litigantes, suspende o processo judicial para que a aplicação do método de mediação tenha assegurada (a) a sua independência relativamente ao processo judicial e (b) a independência do mediador, relativamente ao magistrado. Por isso tem lugar a transmutação da dimensão heterônoma para a dimensão autônoma, relativamente à resolução do conflito.

A aplicação da mediação de interesses na modalidade avaliativa e pela via da abordagem transformativa é adequada porque não só objetiva a satisfação recíproca dos interesses dos mediandos, mas também estabiliza as tensões na relação de consumo, possibilitando ao consumidor e ao fornecedor de bens e/ou serviços, em face da intercorrência manifesta na adoção do método resolutivo da mediação, seguirem o curso da resolução da controvérsia, pela dimensão autocompositiva, empoderados das informações necessárias à satisfação de seus respectivos interesses, em contribuição à pacificação social, ao exercício da cidadania, ao resgate do equilíbrio e ao respeito da dignidade da pessoa humana na relação de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988.

- Brasil. Lei 13.105, de 16 março de 2015. (Código de Processo Civil)
- Brasil. Lei 13.140, de 23 de junho de 2015. (Lei Geral da Mediação)
- Brasil. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. (Código de Defesa do Consumidor)
- Brasil. Lei 14.181, de 1º de julho de 1921. (Lei que altera o Código de Defesa do Consumidor)
- BORGES, José Souto Maior. Ciência Feliz. 4ª ed. NOESES. SÃO PAULO, 2021.
- BORGES, José Souto Maior. Obrigação Tributária – Uma introdução metodológica. 2ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 1999.
- MICHAELIS. <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/intercorrecia#:~:text=ETIMOLOGIA20der%20do%20lat%20intercurrens,ia2%C2%20como%20ingl%20intercurrence>. 26.05.2025
- MACEDO, Silvio de. Curso de axiologia jurídica. Forense. Rio de Janeiro, 1986.
- RODRIGUES, Carolina M. Desjudicialização: Uma análise da desconcentração de litígios no sistema judiciário brasileiro
<https://www.migalhas.com.br/depeso/413134/desjudicializacao-uma-analise-da-desconcentracao-de-litigios> .30.05.2025.
- ROSEMBERG, Marshall. Trad.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação e Práticas Restaurativas

RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO (OMC): PROBLEMAS ACTUAIS E PERSPECTIVAS FUTURAS

António Malheiro de Magalhães¹

RESUMO

Não é legítimo admitir que o Direito perde a sua validade e a sua vigência tão só e apenas porque um «sistema institucional», nele alicerçado, sofre um abalo em sede de eficácia! Assim sucede, em nosso entender, com Direito Internacional *proprio sensu*, enquanto conjunto de normas jurídicas que regula o magno acervo de relações que se estabelecem na «Comunidade Mundial», sendo de realçar, no domínio económico, o caso paradigmático do Consumo e dos (Direitos dos) Consumidores. Acresce a ideia de que é ao Direito, enquanto ordem normativa garantidora do equilíbrio, da Justiça e da Paz Social, que cabe resolver pacificamente os litígios que podem ocorrer entre os diversos sujeitos internacionais. É esse o escopo da Organização Mundial de Comércio (OMC), cujo sistema de resolução pacífica de conflitos (ORL, foi considerado essencial para a realização da justiça e segurança de um sistema multilateral de comércio livre ao serviço dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, nas suas mais variadas dimensões.

Ora, de há uns anos para a esta parte que este modelo específico de composição de conflitos tem vindo a passar por uma «crise» de eficácia, a qual se prende com as dificuldades de composição/funcionamento do seu «Órgão de Recurso», desencadeada por uma postura «obstrutiva» das sucessivas Administrações Norte-Americanas, que continuamente aí vêm exercendo um peculiar «poder de veto». Consequentemente, este Órgão de Recurso não pode funcionar à míngua de «Juízes» legitimamente escrutinados. Não obstante, têm sido testadas algumas alternativas, cuja solução mais acabada é o designado «Mecanismo Provisório Multipartes em Matéria de Arbitragem de Recursos nos termos do artigo 25.º do Sistema de Resolução de Litígios» (MPIA), por recurso à arbitragem. Contudo, o sistema «originário» de resolução de controvérsias da OMC está indiscutivelmente abalado, distorcido e inoperante! É, pois, este o problema que suscitamos e que abordamos neste percurso discursivo!

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio, Multilateralismo, Comércio Livre, Direitos Humanos, Direitos dos Consumidores, Resolução Pacífica de Controvérsias, Órgão de Resolução de Litígios, Órgão de Recurso, Arbitragem.

ABSTRACT

¹ Doutor em Direito Público. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Auxiliar Convidado da Universidade Lusófona - Porto

It is not legitimate to admit that the Law loses its validity and validity simply and solely because an “institutional system” based on it suffers a shock in terms of effectiveness! This is what happens, in our opinion, with International Law proper sensu, as a set of legal norms that regulate the vast body of relations established in the “World Community”, with emphasis on the paradigmatic case of Consumption and Consumer (Rights) in the economic field. In addition, the idea is that it is the Law, as a normative order that guarantees balance, Justice and Social Peace, that is responsible for peacefully resolving disputes that may arise between the various international entities. This is the scope of the World Trade Organization (WTO), whose system for the peaceful resolution of disputes (DSR) was considered essential for the achievement of justice and security in a multilateral free trade system that serves the Fundamental Rights of the Human Person, in its most varied dimensions.

Now, for some years now, this specific model of dispute resolution has been going through a “crisis” of effectiveness, which is linked to the difficulties in the composition/operation of its “Appellate Body”, triggered by an “obstructive” stance by successive North American Administrations, which have continually exercised a peculiar “veto power”. Consequently, this Appellate Body cannot function without legitimately scrutinized “Judges”. Nevertheless, some alternatives have been tested, the most complete solution of which is the so-called “Multiparty Interim Mechanism for Arbitration of Appeals under Article 25 of the Dispute Settlement System” (MPIA), by recourse to arbitration. However, the “original” WTO dispute resolution system is indisputably shaken, distorted and ineffective! This is, therefore, the problem that we raise and address in this discursive journey!...

Keywords: World Trade Organization, Multilateralism, Free Trade, Human Rights, Consumer Rights, Peaceful Dispute Resolution, Dispute Settlement Body, Appellate Body, Arbitration.

«Em casa onde não há pão, todos ralham e ninguém tem razão»²

1. – Por certo que se afiguraria bem mais exigível, quiçá, pura e simplesmente, mais adequado ao momento que ora se partilha, caso déssemos início a esta nossa exposição – a qual não subirá, por certo, ao *podium* da novidade, após atentarmos em tudo o que de quão relevante e desafiante para este *Fórum* tem vindo a ser convocado –, tomando mão de um «*clássico*» excerto de erudição, a retirar dos preciosos volumes e do eloquente pensamento dos seus Autores que sobre o Direito Internacional, *maxime* Económico, abundam por essas Livrarias afora!

2 O Texto que ora se dá à estampa, corresponde, no essencial, pese embora reformulada, à Comunicação por nós proferida, com o mesmo título, nas Jornadas Coimbra Santiago de Compostela, realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Colégio da Trindade- Casa da Jurisprudência, a 19 e 20 de Outubro de 2023, no âmbito do 5.º Painel – Direito Internacional Público, subordinado ao tema «*Desafios à Regulação Económica da Organização Mundial de Comércio*».

Preferimos não o fazer!

Destarte, tendo por anseio evitar dar causa a maiores maçadas e elevadas expectativas ao distinto Público a quem *hic et nunc* nos dirigimos, entendemos por bem *ir directos ao assunto*, tomando mão de um *provérbio popular* que, *por um lado*, tão bem condensa e expressa o *problema da escassez de bens* como *fundamento último da Economia*, mas que, *por outro lado*, também indicia, frontal e brutalmente, as *consequências sociais e jurídicos* que a *míngua de bens* vai gerar – tem vindo a gerar e pode gerar – nesta «*casa grande*», a qual, em consonância com o «*ideal kantiano*», antes se deve revelar, hodiernamente, como uma «*res publica mundial*», *edificada como federalismo livre de direito internacional (...), e povoada por cidadãos do mundo*» («*república mundial de cidadãos iguais*»). É dizer, como um «*reino de fins em que os indivíduos são vistos como fins em si mesmos*» – para prestar intencional e respeitoso tributo às palavras tão caras a Jónatas Machado, no seu magistral ensino do Direito Internacional Público³.

Talvez e muito provavelmente *este nosso intróito possa ser entendido*, na melhor das hipóteses, como assaz *redutor do problema económico*, sobretudo do *Consumo de bens e serviços*, o que necessariamente poderia *fazer supor, inclusive, uma desvalorização dos Direitos dos Consumidores*, ora no seu estatuto abrangente de «*cidadãos do Mundo*», em especial, dos seus *Direitos Fundamentais, dogmaticamente reconhecidos e normativamente consagrados*, ao mais alto nível, tanto em *sede jurídico-constitucional, no plano interno dos Estados*, como no domínio específico do *Direito originário e derivado das organizações supranacionais*, do mesmo modo que, em última instância, no *Direito Internacional proprio sensu*, enquanto *conjunto de normas jurídicas que regula o magno acervo de relações que se estabelecem entre os diversos sujeitos internacionais* – Estados, Organizações Internacionais e Indivíduos – na «*Comunidade Mundial*»⁴, abrangendo, obviamente, o *domínio económico, as suas grandezas e dimensões*, como sucede, precisamente, com o caso paradigmático do *Consumo* e dos (*Direitos dos*) *Consumidores*.

A tal propósito, impõe-se não olvidar as pertinentes e elucidativas considerações tecidas por Rui de Moura Ramos, (ainda) a propósito da «*necessidade de uma política externa*» a formular pelos Estados, no contexto da comunidade internacional, com

3 Cfr. Jónatas E. M. Machado, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico aos Pós-11 de Setembro*, 5.ª Edição. GESTLEGAL, Coimbra, 2019, pp. 92, 93, 395 e 396.

4 Jónatas Machado prefere a designação «*comunidade internacional*» à de «*sociedade internacional*» por entender que «*a mesma tem subjacentes ideais universais de igual dignidade e liberdade dos indivíduos, pré-contratuais, que devem estruturar política e juridicamente qualquer comunidade, nacional ou internacional, em detrimento dos factores de integração étnica, linguística, cultural, religiosa, etc.*». Cfr. Jónatas E. M. Machado, *Direito Internacional...*, cit., pp. 19 e 20.

Nesta esteira, o Autor define o *Direito Internacional* como «*um conjunto de normas que, num dado momento, disciplinam a comunidade internacional e regulam as relações que no seu seio se estabelecem entre Estados, OI's, particulares e outros sujeitos sui generis, definindo os seus direitos e obrigações*». *Ibidem*, p. 24.

Problematicando uma opção radical por qualquer daquelas designações, diga-se «*sociedade internacional*» v.s. «*comunidade internacional*», Francisco Ferreira de Almeida não deixa de sublinhar que «*nos últimos anos, se assiste a um reforço dos laços comunitários num agrupamento onde antes predominavam características predominantemente societárias*». Cfr. Francisco António M. L. Ferreira de Almeida, *Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, GESTLEGAL, Coimbra, pp. 22-24.

especial incidência no *domínio económico*, quando afirma que «o crescendo no número de questões que apenas a uma escala que as ultrapassa podem ser resolvidas ou simplesmente encaradas forçou a um aumento da interdependência entre as sociedades estaduais, com o correlativo acréscimo da necessidade de cada uma se organizar em ordem à gestão da sua participação no complexo relacionamento daí resultante».

Consequentemente, sublinha ainda que uma tal «organização» se torna «indispensável na medida em que a escassez de bens relevantes disponíveis a nível internacional transforma a competição de que eles são objecto num zero's sum game em que a cada um importa minimizar o máximo de perdas». Destarte, os Estados carecem de «definir os objectivos essenciais que devem orientar a sua actuação no concerto internacional, de programar um conjunto integrado de passos para os atingir e de decidir em cada momento as actuações concretas que em tal direcção os podem conduzir»⁵.

Não obstante, estamos em crer que, por certo – para nossa pouca sorte –, os efeitos deveras negativos que podem resultar deste nosso exórdio de análise, em particular no respeitante ao bem-estar económico, têm vindo a ser inequivocamente revelados e comprovados pela realidade humana-social, tanto passada, como presente, tanto estadual, como internacional. É, pois, uma verdade incontestável que, por não haver «pão» na «casa grande» e «comum», todos «ralham», e, ao ralhar, ninguém tem «razão» – ou porque nunca a teve ou porque a perdeu... Isto, sem embargo da inevitabilidade de manter a «ordem na casa» – sempre escorada em critérios de Justiça Social – continue a ser bem mais do que uma «quimera», antes se impondo, não só aos Economistas, mas também, preferencialmente, ao Direito e aos Juristas, como um múnus determinante e essencial

2. – Ora, o que se pretende, muito em especial com este modesto alerta que tomamos por mister – mesmo correndo o risco de repetir o que muitos outros já disseram por diferentes palavras e estrutura discursiva peculiar – mais não é do que reforçar a ideia de que é ao Direito enquanto ordem normativa garantidora do equilíbrio, da Justiça e da Paz Social, que cabe resolver esses conflitos, controvérsias ou litígios – cujo eventual sentido específico de cada um destes termos, aparentemente sinónimos, não cabe aqui ou neste contexto tratar de distinguir.

A Mundialização ou, como soi dizer-se em *modus* mais comum, a internacionalização do supra mencionado e radical «problema» económico, exige essa intervenção directa e imediata do Direito para criar ou constantemente restaurar a «ordem» possível – é certo –, mas imperativamente, na «casa global». A *ratio essendi* do Direito também se revela neste cenário alargado dos conflitos de interesses que há muito ultrapassaram as linhas fronteiriças dos Estados soberanos de matriz funcional vestefaliana.

Aliás, se, presentemente, a «*res publica mundial*» de indivíduos, elevados estes a «unidade primária e principal sujeito de Direito Internacional», perspectiva o alcance dos

5 Cfr. Rui Manuel Gens de Moura Ramos, *Política Externa Portuguesa – Esboço de uma Interpretação*, in *Da Comunidade Internacional e do seu Direito – Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 125 e 126.

Direitos Fundamentais da Pessoa Humana *muito para além das fronteiras jurídico-políticas do Estado*, a verdade é que, desde tempos não muito recentes, já Rogério Ehrhardt Soares vinha defendendo e ensinando que «o Estado moderno não é compreensível sem a comunidade de homens, como qualquer coisa que está acima ou para além dessa comunidade, com os seus valores próprios, diferentes ou mesmo antagónicos em relação aos da comunidade»⁶.

Cabe, pois, ao Direito, e, agora, necessariamente ao Direito Internacional, enquanto ordenamento normativo da comunidade mundial, o qual, como já sublinhámos, visa regular e pacificar, definir, em guisa de concertação, as posições razoáveis, justas e equilibradas que os diversos sujeitos actuates nesse incomensurável cenário de interesses, sobretudo económicos, devem assumir, sempre em prol do respeito pelo seu fundamento último que é a Dignidade da Pessoa Humana.

É dizer que, desta forma, incumbe ao Direito Internacional – ora «axiologicamente fundado» ou «comprometido», no dizer de Francisco Ferreira de Almeida⁷ –, por via dos sujeitos que o produzem – Estados ou Organizações – porque dele podem dispor, sempre no maior do respeito pelas normas imperativas que integram a «constituição» da consciência axiológico-jurídica internacional (*jus cogens*), em conformidade como o almejado movimento de «constitucionalização do Mundo»⁸, determinar a resolução pela via pacífica dos problemas económicos, quaisquer que eles sejam, e não só – se bem que, em bom rigor, muitos dessoutros, nomeadamente de natureza política e, circularmente, jurídica, resultem forçosamente daqueles.

Desiderato esse nem sempre fácil de concretizar, mau grado também não deixe de ser verdade que o Direito é um «dever ser que é» – relembrando Castanheira Neves – e assim também o é Direito Internacional Económico, bem como, no limite, os Direitos Fundamentais (ou Humanos) dos Consumidores, os quais se impõe que hodiernamente, em nosso entender, devam ser concebidos como Direitos Fundamentais da Pessoa Humana – sendo esta, a nosso ver, a essência da sua vera e propria «circunstância» (Vieira de Andrade)⁹, em cujo contexto, ora alargado ao parâmetro da «mundialização», definitivamente situamos estas nossas reflexões. Por essa via, abre-se a porta para impedir que «todos ralhem» e que, a final, possa ser reconhecida, a cada um, a razão que lhe assiste, ou lhe seja facultado ver asseguradas as suas legítimas «razões».

3. – Ora, recuando para lá na História, é consabido que, como *consequência directa das preocupações económico-financeiras* sentidas em Bretton Woods, ainda antes

6 Cfr. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito Constitucional: Introdução, o Ser e a Ordenação Jurídica do Estado*, in *Instituições de Direito II*, Enciclopédia Jurídica, Paulo Ferreira da Cunha (Org.), Almedina, Coimbra, pp. 68 e 69.

7 Cfr. Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Direito Internacional Público*, cit., p. 65.

8 Cfr. Gaetano Azzaritti, *La Costituzione come Norma e la Crisi del Costituzionalismo Contemporaneo*, in *Crisi del Costituzionalismo e Ordine Giuridico Sovranazionale*, L'Europa del Diritto, Edizioni Scientifiche Italiane, 6, Napoli, 2014, pp. 30-33.

9 Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos dos Consumidores como Direito Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º 5, Coimbra, 2003, pp. 140 a 144.

do *terminus* da Segunda Guerra Mundial, diga-se 1944, assim como, simultaneamente, do anseio generalizado dos potenciais vencedores para as superar, o *Direito Internacional* veio (tentar) dar uma resposta, tida por adequada à «governança global», logo por via da criação do *Banco Mundial – Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)* e do *Fundo Monetário Internacional (FMI)*, hoje concebidas como «*organismos especializados das Nações Unidas*» ou qualificados como «*organizações internacionais independentes*» que, respectivamente, têm por móbil específico fazer face às *necessidades de concessão de crédito, económicas/estruturais e financeiras/conjunturais*, sentidas pelos Estados, isto é, seja *a longo, médio ou curto prazo*¹⁰.

Diga-se contudo que, em bom rigor, o «*tríptico*» no qual veio a assentar o *Direito das relações ou das operações económicas internacionais*¹¹, é dizer das *grandezas macroeconómicas ao nível global* – actividades financeira, industrial, comercial, investimento e desenvolvimento – ficaria como que «*inacabado*» no respeitante ao seu «*terceiro pilar*», é dizer, da *promoção do acesso aos mercados internacionais, alicerçada no primado da liberdade das trocas comerciais, como «condição essencial de desenvolvimento económico» e de combate à pobreza e dependência» de Estados e Indivíduos.*

Mau grado, já na mira de efectivar o que mais tarde viria a ficar gradualmente sedimentado, em sede de *política comercial internacional*¹², como a «consagração jurídica de uma *open door policy*, assente na *diminuição das restrições aduaneiras* – imposições fiscais – e *não aduaneiras ao comércio* – tais como as «*restrições quantitativas*» ou a *atribuição estadual de subvenções às exportações e à produção* – foi celebrado, ainda em 1947, o *Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, vulgarmente conhecido por GATT ou Acordo GATT*, nos termos do qual, como bem sublinha Jónatas Machado «*a redução das barreiras comerciais permite a redução de outras barreiras políticas, sociais e culturais que*

10 Cfr. Jónatas E.M. Machado, *Direito Internacional*, cit., pp. 489 e ss.

11 Na opinião de Albino Azevedo Soares, «*as relações internacionais no domínio económico não têm autonomia suficiente para constituírem o objecto de um ramo distinto dos mais ramos da ciência jurídica*», o que não significa dizer que «*as relações económicas não tenham nada de específico. Têm-no de certeza, como o têm sempre, por comparação com as já existentes, as normas que respondem a novas necessidades da comunidade internacional*».

Em resumo, a seu ver, *não há justificação para defender a existência de um «direito económico» autónomo ou um «direito económico internacional»* - seria «*exagerado*». Pelo que *as relações internacionais económicas são reguladas por «um capítulo do direito internacional, em geral», entendido como um «direito de cooperação, pela interdependência que provoca a regulamentação internacional da circulação de bens e serviços*». Correspondendo, em nosso entender, ao que se designa por «*Direito Internacional Económico*». Cfr. Albino Azevedo Soares, *Lições de Direito Internacional Público*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1996, pp. 407-410.

12 Segundo Albino Azevedo Soares, «*tendo como objectivo restituir às relações comerciais internacionais a liberdade de troca que o liberalismo preconizara*, fixava-se no Acordo Geral, o tratamento segundo a cláusula da nação mais favorecida e a interdição de condições comerciais discriminatórias, a protecção da indústria nacional por meios não tarifários e a obrigação do abaixamento geral e progressivo das barreiras alfandegárias, e regulamentava-se o regime jurídico da zonas de comércio livre e o das uniões aduaneiras». Contudo, no entender do Autor, resultava dos termos do GATT de 1947 que «*as suas disposições teriam um campo de aplicação natural entre os Estados desenvolvidos de economia de mercado*», ao invés do que sucederia quanto ao «*número incessantemente crescente de Estados recém-independentes saídos da descolonização operada a partir da segunda guerra mundial*». Cfr. Albino Azevedo Soares, *Lições de Direito Internacional Público*, cit., pp. 413 e 416.

separam os povos», com particular incidência, em sede de protecção, defesa e efectivação dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

Como adverte o Autor, «mais importante do que uma abordagem humanitária e assistencialista da pobreza no mundo, que veja os pobres como objecto da nossa compaixão, é a concepção de um enquadramento aberto e justo para o comércio mundial entre nações industrializadas e em vias de desenvolvimento, que possibilite às nações mais pobres a participação como sujeitos nos mercados internacionais aí colocando os seus produtos, criando condições para o seu desenvolvimento efectivo a longo prazo».

Daí que a «importância do acesso aos mercados» venha ser sublinhada por «economistas insuspeitos» ao afirmarem que «o desenvolvimento económico é uma dimensão essencial do progresso humano para a liberdade», sendo «esta visão humanamente positiva e construtiva do comércio internacional» que tanto determina a valorização jurídico-internacional do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) e da Organização Mundial de Comércio (GATT)¹³. Com efeito, tem-se por assente que «comércio internacional tem um papel crucial no bem-estar material do ser humano», sendo que, simultânea e «paradoxalmente, está na origem de tensões sociais e políticas, internas e internacionais, de maior ou menor grau de amplitude e conflitualidade»¹⁴.

4. – Sendo certo que o GATT de 1947 está na base de um «verdadeiro sistema multilateral de comércio», sempre lhe foi assacado um certo carácter de «provisoriidade», sendo que, só a após sucessivas «Rondas» enriquecedoras, maxime a Ronda do Uruguai (1986-1994), é que, finalmente, foi criada a Organização Mundial de Comércio (OMC), pelo Protocolo ou Acordo de Marraquexe – assinado em Abril de 1994 e em vigor a partir de 1 de Janeiro de 1995 –, tendo por anexo o «novo» GATT de 1994¹⁵, em cujo cômputo aqueloutro hoje se integra¹⁶.

Ora, na esteira – mesmo que «parcial» – do «velho» GATT de 1947¹⁷, o GATT de 1994, por vezes encarado como uma parte da «constituição económica global» (Jónatas Machado) movida pelo escopo do «livre-câmbio», contempla um tríptico de princípios fundamentais, como sejam o «Princípio da Nação mais Favorecida», o «Princípio do Congelamento dos Direitos Alfandegários» e «Princípio do Tratamento Nacional»,

13 Cfr. Jónatas E.M. Machado, *Direito Internacional*, cit., pp. 516 e ss.

14 Cfr. José Pedro Teixeira Fernandes, *O que Aconteceu à Organização Mundial do Comércio*, in *Relações Internacionais*, Instituto Português de Relações Internacionais, Universidade Nova de Lisboa, Março, 2021, n.º 69, p.163.

15 Cfr. Anexo 1A.

16 Cfr. Jónatas E.M. Machado, *Direito Internacional*, cit., pp. 526 e ss. Isto, apesar de projectada desde 1944, em Bretton Woods, mas contando, já então, com a oposição do Congresso dos Estados Unidos. *Ibidem*, p. 521.

17 Na opinião de Eduardo Raposo de Medeiros, «a criação da OMC veio reformar definitivamente o quadro normativo de tratamento das questões complexas atinentes às relações económicas internacionais», diferindo «completamente da sua predecessora», ou seja, da «actuação» GATT de 1947. Cfr., Eduardo Raposo de Medeiros, *Organização Mundial de Comércio (OMC)*, in *Organizações Internacionais*, João Mota de Campos (Coordenador) e Outros, 2.ª Edição, revista e actualizada, Fundação Calouste Gulbenkian – Serviço de Educação e Bolsas, Lisboa, 2006, pp. 331 e ss.

também não deixa de ser verdade que, em nosso entender, conjuntamente com o *Acordo GATS (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços)*¹⁸ e o *Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionadas com o Comércio)*¹⁹, dá forma ao «tripé» fundamental do Direito substantivo da Organização Mundial do Comércio.

Todavia, se assim é, numa perspectiva estritamente substancial, feita não só de «regras» mas também de fundadas e legitimadas «excepções», bem como das normas atinentes à respectiva estrutura interna e à definição de competências, a verdade é que o ordenamento jurídico próprio desta organização internacional contempla um corpo nuclear de normas processuais ou adjectivas, privativas e peculiares, tendo por finalidade primeira a resolução de controvérsias, conflitos ou litígios, que podem ocorrer e amiúde ocorrem entre os diversos Membros (Estados, UE, Macau e HK) em sede de interpretação e de aplicação daqueloutro Direito substantivo de natureza convencional e unilateral.

Tais normas, que ora se tornam alvo preferencial da nossa atenção – como *ab initio* se vislumbrava – constituem o designado «mecanismo» ou «sistema de resolução de disputas» comerciais da OMC, o qual mereceu acolhimento formal no Memorando de Entendimento (MERL), Anexo II²⁰, e em cujo artigo 1.º se procede a uma enumeração alargada dos instrumentos normativos sujeitos à sua «jurisdição». A verdade é que, como não olvida Jónatas Machado, *todo o poder corrompe, «incluindo o poder económico, comercial e negocial. Daí que seja necessário complementar a mão invisível do mercado com a mão visível do direito, garantindo uma solução justa para as disputas comerciais»*²¹.

Não temos dúvidas de que, na sua origem, aquele «mecanismo» ou «órgão de resolução de litígios» é instituído com o móbil de aprofundar a juridificação, senão a «jurisdicionalização», da ténue praxis diplomática internacional de resolução de conflitos resultantes da política de liberalização das trocas comerciais. Com efeito, as traves mestras deste *modus* de resolução de litígios «juridificado» já constavam de disposições normativas insertas no GATT de 1947, respeitantes a um sistema de consultas, mediação e conciliação, nomeadamente dos seus artigos XXII e XXIII, as quais, em bom rigor, o Memorando de 1994 veio coroar em desenvolvimento e especificação, «tendo por fim fazer imperar uma abordagem jurídica, assente na primazia do direito (...) de forma a evitar que as disputas extravasem para os planos político e militar».

Pelo que, em guisa de síntese parcial, o «sistema de resolução de litígios» da Organização Mundial de Comércio assume uma natureza «compulsória e unificada», sendo

18 Cfr. Anexo 1B

19 Cfr. Anexo 1C.

20 Acordo de Marraquexe – ANEXO 2 – «Entendimento sobre regras e procedimentos que regem a solução de disputas». Acresce que, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 4.º do Acordo de Marraquexe – Acordo OMC – «O Conselho Geral reunir-se-á conforme apropriado para cumprir as responsabilidades do Órgão de Resolução de Litígios previstas no Entendimento sobre a Resolução de Litígios. O Órgão de Solução de Controvérsias poderá ter seu próprio presidente e estabelecerá as regras de procedimento que julgar necessárias para o cumprimento dessas responsabilidades».

21 Cfr. Jónatas E.M. Machado, *Direito Internacional...*cit., p. 541.

considerado como «um elemento fulcral da segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio»²², o qual – acrescentamos nós – funciona ou deve funcionar como (mais) um mecanismo de garantia e de protecção dos Direitos Fundamentais ou Humanos. maxime na sua «circunstância» ou qualidade de Consumidor, na seara jurídico-internacional.

5. – Não nos demitindo de dedicar, mesmo que resumidamente, algum do tempo e do espaço que gentilmente nos foi concedido, tanto à orgânica que estrutura, como ao processo por que se rege este «sistema de resolução de conflitos» no domínio do comércio internacional, importa assacar-lhe uma dimensão nada desprecienda e que muito diz acerca da sua natureza e sentido.

Estamos, antes de mais, perante um meio de resolução pacífica de conflitos, no domínio restrito do comércio internacional, é certo, mas em perfeita consonância com o actual modelo de Direito Internacional da Carta das Nações Unidas, pós 1945-1948 – o qual preferimos designar, pelo cunho substancial que lhe imprime, Modelo de Direito Internacional dos Direitos Humanos – de um modo muito particular com o princípio imperativo da resolução pacífica dos conflitos, positivado no artigo 2.º, 3), da Carta, assim como do elenco pormenorizado dos «meios» de «solução pacífica de controvérsias», vertido no seu artigo 33.º. Um «mecanismo» que não corre – ou que não corria - o risco de concorrência de outros meios de resolução pacífica de controvérsias, sobretudo de índole inquestionavelmente jurisdicional, como é o caso do Tribunal Internacional de Justiça, posto que «opera num subsistema muito especializado» do Direito Internacional²³.

Inquestionável é, pois, que, a partir de 1994/95 foi criado mais um meio internacional de resolução pacífica de conflitos dotado de especificidade e um âmbito delimitado de actuação, que pretende ser mais uma laje no grande caminho que é o multilateralismo jurídico-internacional. Em termos a explanar muito brevemente, somos de opinião que, até certo ponto ou momento, parece ter consigo realizar os seus desideratos. Presentemente, adiantamos, desde já, que está inelutavelmente aquém da efectivação da função para a qual foi criado. Todavia, que nos seja perdoado o vulgo da linguagem: é uma pena perdê-lo!

6. – Como vínhamos de dizer, no respeitante à estrutura deste mecanismo específico, importa salientar que ele acaba por se confundir, *prima facie*, com o «órgão de resolução de litígios». É neste quadro organizatório que se desenvolve a actividade – dizemos, já - «jurisdicional» de resolução de litígios desencadeados entre os Membros da Organização Mundial de Comércio, a propósito da interpretação e aplicação das suas normas jurídicas. Ora, de acordo com o preceituado no n.º 3 do artigo 4.º do Acordo OMC, as «responsabilidades» inerentes ao Órgão de Resolução de Litígios, tal como estatuídas no respectivo Memorando, cabem ou são assumidas pelo Conselho Geral da OMC que apropriadamente reunirá para o efeito.

22 *Ibidem*, p. 544. Para Eduardo Raposo de Medeiros, o funcionamento deste «órgão de resolução de diferendo» entre os membros da OMC, significa que se recorre à «boa-fé» de todos eles, «tendo por objectivo relevar os direitos e obrigações dos acordos que integram o Uruguai Round, buscando sempre a segurança e a previsibilidade inerentes a um sistema comercial multilateral». Cfr. Eduardo Raposo de Medeiros, *Organização Mundial de Comércio (OMC)*, cit., loc. cit., pp. 334 e ss.

23 Cfr. Jónatas E.M. Machado, *Direito Internacional...* cit., p. 544.

Apresentada uma queixa por um Membro – sempre por um Membro e nunca por um terceiro, público ou privado, por falta de legitimidade processual activa – dá-se início ao primeiro passo processual, as «Consultas» entre os litigantes, em jeito de «negociação». Imaginemos que uma empresa de um Estado membro é objecto de discriminação relativamente a outras empresas, de nacionalidade diversa, por força da imposição de restrições quantitativas infundadas ou de um lançamento acrescido de impostos aduaneiros sobre os bens «importados». Deve desencadear-se, antes de tudo, um «procedimento de consultas», a pedido de um dos Membros já em litígio, normalmente o que se sente «lesado», ao qual o alegado lesante deve aceder – pedido este comunicado ao ORL (artigo 4.º do Memorando).

Também nada impede que, segundo o preceituado no artigo 5.º do Memorando, por acordo, as partes tomem logo mão de outros meios de resolução pacífica de conflitos, bem nossos conhecidos, como os Bons Ofícios, a Conciliação e a Medição, em qualquer fase do procedimento de resolução do litígio. Pode surtir efeito ou não. Caso não, o «procedimento» seguirá os seus termos normais, que, em face do regime normativo desenhado no Memorando, significa que a «parte reclamante» prosseguirá com um pedido de constituição ou de estabelecimento de um «Painel», tal como previsto no artigo 6.º. Isto, sem embargo de, se as partes o consentirem, o painel desenvolver a sua actividade «jurisdicional» em paralelo com os procedimentos daqueles outros meios de resolução de litígios.

7. – A constituição de um «Painel» é solicitada ao ORC que apreciará o pedido e decidirá acerca da sua constituição, tendo por função analisar a questão suscitada, pela «parte reclamante» à luz das normas aplicáveis de modo a facultar elementos suficientes ao Órgão de Resolução de Litígios, para que este fique habilitado a (recomendar ou) decidir em 1.ª instância (artigo 7.º) – diremos nós -, pois, a nosso ver, é de uma verdadeira decisão substancialmente jurisdicional que se trata. Para nós, começa aqui a «fase jurisdicional» propriamente dita do Procedimento de Resolução de Litígios.

Em regra, os «Painéis» são constituídos por três membros, sendo de realçar que os indivíduos que os compõem devem ser «bem qualificados», para além de que devem ser seleccionados de forma a assegurar a sua «independência», devendo para o efeito ser detentores de uma «formação suficientemente diversificada» e de um amplo «espectro de experiência» (artigo 8.º, n.º 1 e n.º 2 do Memorando). Como se denota, já aqui se antevêm requisitos típicos de quem exerce uma função jurisdicional ou, no mínimo, «quase-jurisdicional».

O artigo 11.º do Memorando reforça esta ideia: o Painel deverá fazer uma avaliação objectiva do assunto que lhe é submetido, impondo-se uma avaliação imparcial dos factos e da aplicação do Direito, sobretudo dos «acordos» OMC, de modo a facultar ao ORL os elementos necessários à tomada das devidas decisões (deliberações). Não deve ser descurado que ao painel se impõe respeitar e implementar o Contraditório entre as Partes.

Nesta esteira, segue-se, primeiro, a elaboração de um «relatório intercalar» pelo Painel, o qual será remetido às partes que sobre ele se poderão pronunciar. Depois, terminada esta fase, produz-se o «relatório final» que será distribuído aos Membros e posteriormente remetido ao Órgão de Resolução de Litígios que o adoptará, para efeitos decisórios, «a menos que

uma parte no litígio notifique formalmente o ORL da sua decisão de recorrer ou ele próprio «decida por consenso (negativo) não aprovar o relatório» (artigo 16.º do Memorando). O mesmo é dizer que «não havendo rejeição ou intenção de interpor recurso, a decisão torna-se definitiva»²⁴. Sublinhe-se, ainda que, segundo o prescrito no artigo 21.º do Memorando, «O pronto cumprimento das recomendações ou decisões do ORL é essencial para garantir a resolução eficaz de disputas em benefício de todos os Membros» (n.º 1)²⁵.

8. – Aqui chegados, podemos afirmar, em bom rigor, que, *lastimavelmente*, as coisas começaram - não somente hoje, mas de há uns anos para cá - a correr muito mal, em sede do funcionamento e eficácia deste modelo de resolução de controvérsias específico ou privativo da Organização Mundial de Comércio. Tudo se prende com o funcionamento - ou, em boa verdade, do não funcionamento - do «Órgão de Recurso» ou, também dito, «Órgão de Apelação», que mais não é do que um Tribunal de 2.ª Instância, neste sistema peculiar de composição de conflitos.

Juízos estritamente político-ideológicos à parte, a verdade é que, tal como muito certeira e opina e desabafa Pedro Infante Mota, «visto como um dos mais reputados tribunais internacionais de sempre, o Órgão de Recurso da Organização Mundial do Comércio, mostrou-se particularmente vulnerável aos ataques de uma administração norte-americana que, guiada pelos instintos mercantilistas e nacionalistas do seu presidente, gerou uma crise institucional sem precedentes (...) e paralisou a sua “jóia da coroa”». Diríamos, nós, em boa verdade, dos seus Presidentes!!!...

Como sublinha o Autor, num período temporal de «apenas 25 anos (até Junho de 2020) foram adoptados 234 relatórios de painéis e 146 relatórios do Órgão de Recurso». Desde o seu estabelecimento em 1995, cerca de 600 litígios comerciais foram julgados pelo Sistema de Resolução de Litígios da OMC, tendo o Órgão de Recurso passado a ser, em seu entender, um dos mais respeitados tribunais internacionais e «o mecanismo de recurso de maior sucesso na história internacional (James Crawford)»²⁶.

Ora, de facto, *subsistem razões mais do que suficientes para recear pelo futuro deste «mecanismo»* que vimos de caracterizar, equivalendo a dizer que o primeiro escopo da Organização Mundial de Comércio, entendido este como a regulação juridicamente institu-

24 Cfr. Jónatas E. M. Machado, *Direito Internacional...*cit., pp. 552.

25 Nas palavras de Paulo Pitta e Cunha, «a principal diferença entre o mecanismo consagrado no plano do GATT-1947 e o que foi definido no âmbito da OMC reside em que as partes num conflito deixam de poder bloquear a adopção do relatório do painel incumbido da análise do caso». Isto, porque sendo o ORL «composto por representantes de todos os Estados-membros da Organização, a exigência de que exista um consenso contra a adopção de relatórios dos painéis ou do Órgão de Recurso – regra do “consenso negativo” – torna altamente improvável que seja bloqueada a adopção dos relatórios, o que, sem dúvida, vem em reforço da eficácia do mecanismo de resolução de litígios no âmbito da OMC». Cfr. Paulo Pitta e Cunha, *A Organização Mundial do Comércio na Estrutura da Ordem económica Internacional*, Comunicação apresentada em 13 de Maio de 1997 na Conferência «The World Trade Organization and Conflict Resolution», promovida pela Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento e pelo Grupo de Ciências Jurídico-Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ponto 4, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 57 n.º III (Dez.1997), pp. 963 e 964.

26 Cfr. Pedro Infante da Mota, *De Venerável a Vulnerável: Trumping o Órgão de Recurso da OMC*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, (RFDUL/LLR), LXII (2021) 1, pp. 839 e 840.

cionalizada e efectiva do livre acesso aos Mercados Internacionais, porque multilateralmente acordada ao longo de um paulatino e conseguido percurso temporal de sedimentação dessa ideia de liberdade e de facilitação das trocas comerciais ao serviço do desenvolvimento económico da comunidade mundial, e da realização dos Direitos Humanos – seja do acervo clássico dos Direitos Civis e Políticos, proporcionado por uma estadualidade de direito democrática de Liberdade e de Igualdade, seja da panóplia dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, alicerçado numa estadualidade de direitos democrática de socialidade e de bem-estar dos indivíduos e dos Povos – se perspectiva fatalmente frustrado. Sim! Será andar para trás no tempo!

9. – Não obstante, estamos em crer que o desabafo acima comentado peca por redutor! Não se põe em causa que tem sido a Administração Norte-Americana a «paralisar» ou a neutralizar o «órgão de recurso» ou de «apelação» do mecanismo de resolução de litígios da OMC. Contudo, para além disso, importa não olvidar que paralisar o funcionamento deste órgão de características «acentuadamente jurisdicionais, próximas de um tribunal superior de competência especializada»²⁷, significa, a nosso ver, paralisar substancialmente a própria Organização Mundial de Comércio no mais íntimo da sua génese, do seu fundamento multilateral e do seu escopo protector dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. O que, desde logo, se afigura deveras paradoxal, visto terem sido precisamente os Estados Unidos que historicamente «foram o usuário mais frequente do Sistema de Resolução de Litígios da OMC e tiveram um papel particularmente relevante na legalização e judicialização da OMC»²⁸.

Em bom rigor, tem sido uma postura «destrutiva» transversal à Administração Americana, das últimas décadas, pelo menos, desde a Administração Bush (Filho), ou seja, desde 2007, passando pela Administração Obama, acentuada na Administração Trump, pese embora continuada e nunca resolvida pela Administração Biden – contrariamente ao que alguns esperavam – e, no presente, inquestionavelmente assumida pela «nova» Administração de Donald Trump. E assim tem sido, pois, sempre que os Juízes do Órgão de Recurso vão atingindo o fim do seu mandato de quatro anos e se impõe a sua substituição ou, então, se propõe a sua renovação, os Estados Unidos vetam a proposta, inclusive quando se trata de um candidato ou membro de nacionalidade norte-americana. Resultado: o Órgão de Recurso foi sendo sucessivamente esvaziado de juízes e, como qualquer órgão, não funciona sem titulares.

Note-se que este «poder de veto» – ostensivamente utilizado pelos Estados Unidos – tal como pode vir a ser usado por um qualquer outro Membro da OMC – funda-se legitimamente na obrigatoriedade da eleição por consenso dos juízes para o «Órgão de Recurso» – e não por maioria, como já chegou a ser adiantado como solução para ultrapassar esta «crise» institucional. A votação por maioria seria ilegítima. Quem escolhe, por votação, os Juízes é o Órgão de Resolução de Litígios, melhor dizendo o Conselho Geral investido nessas funções. Ora, de acordo com a nota n.º 3, integrada nas Observações constantes do Acordo de Marraquexe que cria a OMC, «As decisões do Conselho

27 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Direito Internacional...* cit., pp. 552.

28 Cf. Pedro Infante da Mota, *De Venerável a Vulnerável: Trumping o Órgão de Recurso da OMC*, cit., loc. cit., pp. 841 e 842.

Geral, quando convocado como órgão de Solução de Controvérsias, serão tomadas apenas em conformidade com o disposto no parágrafo 4 do artigo 2.º do Memorando de Entendimento sobre a Resolução de Conflitos». Por seu turno, pode ler-se neste último preceito que «Quando as regras e procedimentos deste Memorando previrem que o ORL tome uma decisão, ele o fará por consenso». Destarte, resulta desta interpretação sistemática que todos os Membros do Conselho Geral, diga-se, agora Órgão de Resolução de Litígios têm que estar de acordo quanto à eleição de um Juiz para o Órgão de Recurso. Se assim não for, um voto contra corresponde a um veto. Logo, não é possível preencher legitimamente a vaga.

10. – Contudo, o que se afigura mais grave neste «impedimento» orgânico crónico é que, para além na descrença, para não dizer, desvalorização da OMC, obviamente, por parte dos Estados Unidos, mau grado e nunca esquecendo as críticas que vêm apontando ao Órgão de Recurso, pelas suas tentativas de instaurar uma cultura de activismo judicial extra-função – muito em particular por ter vindo a criar ou a impor ilegalmente um «sistema de precedentes» vinculantes do ORL²⁹ – todo o mecanismo judicial de resolução pacífica de conflitos no seio da OMC fica bloqueado, ou, na melhor das hipóteses, está distorcido³⁰.

De facto, as decisões do Órgão de Resolução de Litígios, normalmente alicerçadas nos «relatórios» dos Painéis, apenas se tornam definitivas, vinculativas e executórias, se estiver decididamente excluída a hipótese de recurso, por não se vislumbrar in casu qualquer intenção de uma das partes na «controvérsia» em recorrer – apenas em matéria de direito, é certo – para «órgão de apelação», nos termos convencionalmente previstos no Memorando de Entendimento.

Determina o artigo 17.º, n.º 1, do Memorando que o «órgão de recurso» será estabelecido pelo Órgão de Resolução de Litígios, o qual, sendo composto por sete pessoas, «de autoridade reconhecida, com competência comprovada em direito, comércio internacional e na matéria dos acordos abrangidos» (n.º 3). O recurso é «limitado às questões jurídicas abrangidas pelo relatório do painel e às interpretações jurídicas desenvolvidas pelo painel» (n.º 6), sendo que o «Órgão de Recurso pode manter, modificar ou reverter as constatações e conclusões jurídicas do painel» (n.º 13). Por seu turno, preceitua o n.º 13 deste artigo 17.º que «Um relatório do Órgão de Apelação será adoptado pelo Órgão de Resolução de Litígios e aceite incondicionalmente pelas partes na controvérsia, a menos que o Órgão de

29 Sobre a panóplia de críticas que, há vários anos, vinham sendo tecidas ao OR pelos EUA, vide Larissa Anacleto Lopes, *A Paralisia do Órgão de Apelação da OMC e Alternativas de Governança*, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob Orientação do Pro. Dr. Fábio Costa Morosini, Porto Alegre, 2022, Publicação informática, via Google, Ponto 3.

30 Para José Pedro Teixeira Fernandes, não deixa de ser verdade que outros países «compartilham das preocupações dos Estados Unidos quanto à necessidade de revisão do ORL, os norte-americanos foram os que levaram mais longe a sua crítica e contestação radical, com essa estratégia de bloqueio. Estes conflitos comerciais e bloqueios no âmbito da OMC sugerem, também, uma perda de impulso da globalização económico-comercial, ou até um retrocesso desta, no que seria uma nova fase de desglobalização». Cfr. José Pedro Teixeira Fernandes, *O que Aconteceu à Organização Mundial do Comércio? cit., loc. cit., pp. 170 e 171.*

Resolução de Litígios decida, por consenso», não adoptar esse Relatório – diríamos nós, sentença ou acórdão – dentro de 30 dias após a sua distribuição aos membros.

11. – Por último, *é mais do que evidente que se uma parte quiser recorrer, mas o «Órgão de Apelação» não está constituído, nem funciona...isso é o mesmo que recorrer «para o vazio» (in to the void)³¹! Tudo pára. E pára também a possibilidade de o «Órgão de Resolução de Litígios» adoptar como decisão definitiva...o relatório do painel recorrido, posto que a «parte em litígio vencida na sua pretensão terá direito de veto contra qualquer relatório de um painel emitido após 10 de Dezembro de 2019» – data em passou a existir um só membro, ou seja, em que o «órgão de recurso» perdeu a colegialidade, deixando de funcionar.*

Perante tal situação de «paralisa» ou de «inoperância», tem-se entendido que a «reforma» do Órgão de Recurso ou de Apelação *«é certamente a alternativa mais almejada e permitiria a recuperação do sistema de solução de controvérsias de forma mais definitiva».* Contudo, por mor da dependência de «negociação e de consenso dos Membros», também *é tido como a mais difícil de ser alcançada».* mesmo assim, na Conferência Ministerial da OMC, ocorrida entre 12 e 16 de Junho de 2022, os Membros *«reconheceram expressamente a necessidade de reforma da OMC e afirmaram a importância de resolver os impasses do sistema de solução de controvérsias com urgência, pactuando compromisso de conduzir as discussões a fim de ter um OSC recuperado e acessível a todos os membros até ao anos de 2024»³².* No entanto, ora já chegados a 2025, estamos em crer que contexto político internacional não se afigura risonho a tal optimismo!!!!...

12. – No entanto, em face da paralisa do sistema já foram adiantados «mecanismos» alternativos, como que enxertados no «Mecanismo de Resolução de Litígios», ainda desenhados, a custo, no Memorando de Entendimento, precisamente para obviar a ausência de apelação. Assim, principalmente por iniciativa da União Europeia³³ tomou-se mão da via contemplada no artigo 25.º daquele Memorando, isto é, da utilização da arbitragem, em sede de recurso (MPLA ou MPAR)³⁴.

31 Cfr. Pedro Infante da Mota, *De Venerável a Vulnerável: Trumping o Órgão de Recurso da OMC*, cit., loc. cit., pp. 853 e 854.

32 Cfr. Larissa Anacleto Lopes, *A paralisa do Órgão de Apelação...*cit. publicação informática, Ponto 4.1.

33 Com efeito, foi a UE e os seus Estados-Membros, juntamente com outros 25 membros da OMC, que lançaram uma iniciativa destinada a criar aquele mecanismo alternativo, então designado de *mecanismo provisório em matéria de arbitragem de recursos (MPAR)*, constituído por 10 árbitros, que se ocupam dos recursos dos relatórios do painel da ORL, no âmbito do MPAR.

34 Sobre a caracterização e funcionamento do «*Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement*», em especial, acerca do prévio entendimento do disposto no artigo 25.º do Memorando de Entendimento em sede de arbitragem, vide, Larissa Anacleto Lopes, *A paralisa do Órgão de Apelação...*cit. publicação informática, Pontos 4.2.1. e 4.2.2.

A Autora também não deixa de dar nota relativamente a outros mecanismos «alternativos unilaterais», como sucede com: (i) *A Seção 301, Título III da Lei Norte Americana de Comércio de Tarifas de 1974 (Trade Act of 1974)*, na qual se estabelecem «medidas para a «execução dos direitos dos estados Unidos sob acordos de comércio e respostas a certas práticas de comércio exterior», autorizando «acções coercitivas tais quais a imposição de sanções e a retaliação, quando necessárias para garantir dos direitos dos Estados Unidos no âmbito do comércio internacional». Trata-se de um «instrumento unilateral, criado como resposta à falha do GATT 47 em relação à solução de disputas, contrapondo-se directamente aos modelos multilaterais do

Nunca deixou de ser verdade que a *arbitragem se encontra normativamente prevista como «meio alternativo» e autónomo de resolução de conflitos* (n.º 1), desde que haja *«acordo mútuo entre as partes»* (n.º 2), sendo que as partes no processo *se comprometem a acatar a sentença arbitral, ou seja são vinculativas* (n.º 3). Por outro lado, estas sentenças arbitrais, segundo o disposto no n.º 3, *«apenas» são notificadas ao Órgão de Resolução de Litígios, o mesmo será dizer que valem por si.*

Como vimos de dizer, este regime alternativo é que está na base da legitimação do criado *«Mecanismo Provisório Multipartes em Matéria de Arbitragem de Recursos nos termos do artigo 25.º do Sistema de Resolução de Litígios»*, considerado *«até agora a melhor solução para enfrentar o problema criado pelos Estados Unidos»* (MPIA), o qual tem vindo a contar com a adesão de um número substancial de membros da OMC³⁵. Acresce que, tal *«Mecanismo Provisório» ou Procedimento de Arbitragem de Recurso» baseia-se nos aspectos substantivos e processuais de revisão do recurso de acordo com o artigo 17.º do Memorando da OMC, «a fim de manter as suas características essenciais, incluindo a independência e a imparcialidade»* (artigo 3.º do MPIA).

Na verdade, mau grado a criação do MPIA implicar um sistema de várias camadas de membros da OMC, sendo improvável que tal sistema resulte numa *jurisprudência internamente coerente*, “a razão de ser de ser de qualquer processo de recurso”, somente o recurso ao artigo 25.º permite a manutenção de uma fase de recurso de um sistema de resolução de conflitos “automaticamente vinculativo”. Pelo contrário, qualquer decisão de não recorrer desiste da revisão de recurso, ainda que proteja a adopção dos relatórios do painel pelo Órgão de Resolução de Litígios por consenso negativo (...); e os recursos “para o vazio” excluem a fase de recurso e a aceitação automática das conclusões do painel»³⁶.

É indubitável que sendo produzido um relatório por um Painel, a parte vencida tem sempre à sua disposição a possibilidade de recorrer à arbitragem em sede de *«recurso de apelação»*, nos devidos termos do artigo 25.º do Memorando. No entanto, a decisão arbitral de recurso é, tão só e apenas, *«comunicada» ao Órgão de Resolução de Litígios e não adoptada por este!*

comércio internacional» (4.3.1.); (ii) O Regulamento da União Europeia n.º 654/2004, alterado pelo Regulamento 2021/137 EU, que estabelecem as «regras e procedimentos para garantir dos direitos da EU sob acordos de comércio internacional, sendo que o segundo veio adaptar o primeiro ao «contexto das “apelações para o vazio”», por inoperância do Órgão de Recurso, por via da introdução de disposições específicas, exigidas por aquela situação anómala do ORL (4.3.2.); (iii) e a Lei Brasileira n.º 14.353, de 26 de Maio de 2022, em cujo artigo 1.º se preceitua que «esta lei dispõe sobre procedimentos de suspensão de concessões ou de outras obrigações na hipótese de descumprimentos de obrigações multilaterais por membro da Organização Mundial de Comércio (OMC). Nesta ordem de ideias, prescreve o respectivo artigo 2.º que a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) está autorizada a retaliar «unilateralmente» Membros contra os quais o Brasil «possua controvérsia, desde que haja painel favorável ao Brasil», o Estado terceiro «tenha optado por apelar para o vazio e tenha transcorrido o prazo de 60 dias após notificação do Brasil a essa Parte» (4.3.3).

35 Cfr. Pedro Infante da Mota, *De Venerável a Vulnerável: Trumping o Órgão de Recurso da OMC*, cit., loc. cit., pp. 853 e 854.

36 *Ibidem*, p. 859.

CONCLUSÃO

Em jeito de síntese, somos de opinião que *apesar de ser entendido e apelidado como uma «distorção» da natureza, da estrutura e da eficácia do «Mecanismo de Resolução de Litígios» qua tale, tal «adaptação» assume-se como o mecanismo «alternativo» possível. Surge enxertado no «Sistema de Resolução de Litígios» da OMC - é certo – mas tão só e apenas porque este se encontra «decapitado». É alternativo, mas, em bom rigor, não deixa de ser «distorcido»!*

Eis a razão para dizer que, *hic et nunc*, *«algo vai mal no Reino da Organização Mundial de Comércio»*.

E, se começamos com um provérbio popular, assim acabámos: *«remendos novos...em pano velho» nunca foi alternativa!*

Em nosso pensar, talvez seja, sim, de apostar em *reconquistar a confiança! Aí está o caminho certo para o Direito Internacional Económico!*

“SLAPP” E LITIGÂNCIA RETALIATÓRIA: QUANDO O DIREITO AO BOM NOME DÁ MAU NOME AO DIREITO

João Paulo Batalha¹

Paulo de Moraes²

Resumo: O uso estratégico de litigância judicial espúria e sem fundamento, como ferramenta para amedrontar ou punir a crítica, o debate livre e a participação pública tem sido identificado a nível internacional como uma perversão do Direito e uma modalidade perniciosa de “lawfare”, usada pelos poderosos para condicionar o escrutínio à sua atividade. Recentemente, na Europa, a aprovação de recomendações e medidas legislativas da União Europeia e do Conselho da Europa visa limitar este tipo de abuso do Direito e impedir que os tribunais sejam usados como armas táticas em ataques à liberdade de expressão e participação. Neste artigo, são abordados os mais recentes instrumentos adotados pela União Europeia e o Conselho da Europa e discutidos os desafios que se colocam à sua boa implementação.

Palavras-chave: SLAPP, Difamação, Lawfare, Diretiva, Jornalistas, Liberdade de Expressão, Ativismo

Abstract: The strategic use of spurious and unfounded court litigation as a tool to intimidate or punish criticism, free debate and public participation has been identified internationally as a perversion of the law and a pernicious form of ‘lawfare’, used by the powerful to limit scrutiny of their activities. Recently in Europe, the approval of a recommendation by the Council of Europe and a directive by the European Union aims to limit this type of abuse of the law and prevent the courts from being used as tactical weapons in attacks on freedom of expression and participation. This article looks at the most recent instruments adopted by the European Union and the Council of Europe and discusses the challenges facing their proper implementation.

Keywords: SLAPP, Defamation, Lawfare, Directive, Journalists, Freedom of Expression, Activism

UM LASTRO DE VIOLÊNCIA

«Há bandidos em todo o lado para onde se olha. A situação é desesperada»³

Daphne Caruana Galizia

1 Consultor em políticas de combate à corrupção, vice-presidente da Frente Cívica, representante portuguesa da CASE.EU, Coligação Europeia de ONG Anti-SLAPP

2 Professor auxiliar da Universidade Portucalense, presidente da Frente Cívica, representante portuguesa da CASE.EU, Coligação Europeia de ONG Anti-SLAPP

3 Última publicação no blogue de Daphne Caruana Galizia, 16 de outubro 2017, 14h35, in <https://daphnecaruanagalizia.com/2017/10/crook-schembri-court-today-pleading-not-crook/> Traduzido do inglês pelos autores.

Faltavam poucos minutos para as três da tarde do dia 16 de Outubro de 2017 quando a jornalista Daphne Caruana Galizia saiu de sua casa na aldeia de Bidnija, na ilha de Malta, e entrou no seu carro, a caminho do banco. Momentos depois, usando um telefone celular, um grupo criminoso acionou uma bomba instalada debaixo do assento do automóvel da jornalista, provocando uma enorme explosão que lhe causou morte imediata.

O assassinato de Daphne Caruana Galizia, que se tinha notabilizado por investigar e denunciar suspeitas de corrupção envolvendo a elite política e económica de Malta, provocou uma onda de choque no país e em toda a Europa, pouco habituada a atos de violência tão extrema contra repórteres e ativistas. Na União Europeia, gerou-se um movimento de solidariedade, exigindo a responsabilização dos assassinos e o combate ao crime organizado na pequena ilha mediterrânica. Nos dias seguintes, a frase que rematava o seu último comentário, publicado no seu blogue pessoal poucos minutos antes da sua morte, apareceu pichada nas paredes em Malta: “Há bandidos em todo o lado para onde se olha. A situação é desesperada”. Hoje, a sala de imprensa do edifício do Parlamento Europeu, em Estrasburgo, tem o nome de Daphne, e um importante prémio europeu de jornalismo, entregue anualmente perto da data da sua morte, foi também batizado em sua memória.

O crime não tinha vindo sem aviso. Durante anos antes do seu assassinato, Daphne Caruana Galizia tinha enfrentado ameaças de morte e ataques vários, contra si e a sua família. A sua casa foi incendiada por duas vezes, três dos cães da família foram mortos – um envenenado, outro abatido a tiro, um terceiro deixado à porta de casa, com a garganta cortada. Mas a forma mais comum de ataque à jornalista era judicial. À data da sua morte, Daphne enfrentava 43 processos cíveis e cinco processos criminais por difamação, interpostos por altas figuras como o então primeiro-ministro, Joseph Muscat, o líder da oposição, Adrian Delia, e outros políticos e homens de negócios de Malta⁴. Além da dor da perda, a morte da jornalista impôs à sua família uma herança pesada: o seu marido e filhos foram forçados a assumir a defesa da sua mãe assassinada na litigância por difamação, que se manteve ativa ao abrigo de uma lei maltesa que permite aos queixosos prosseguirem uma queixa, mesmo depois da morte do réu. Alguns desses processos permanecem em litigância até hoje.

Os filhos de Daphne Caruana Galizia assumiram essa herança, não só prosseguindo a defesa da sua mãe nos processos por difamação, mas criando uma fundação para continuar o trabalho de investigação jornalística sobre as redes de corrupção que operam em Malta – e que, a partir deste país, estabelecem ligações criminosas com inúmeras outras jurisdições. A Fundação Daphne Caruana Galizia assumiu também outro combate fundamental, pela proteção dos jornalistas e da liberdade de expressão, juntando-se a um conjunto alargado de organizações da sociedade civil

4 <https://www.daphne.foundation/en/justice/vexatious-libel-cases>

da Europa na denúncia e combate a processos judiciais usados como mecanismos de litigância retaliatória contra jornalistas, ativistas e cidadãos.

Em Março de 2021, na sequência destes esforços, foi lançada a CASE (Coalition Against SLAPPs in Europe), uma rede de organizações cívicas de toda a Europa que, desde então, organiza os esforços de académicos, peritos e associações de defesa da liberdade de expressão e de imprensa. Composta por mais de 110 organizações europeias, a CASE bate-se contra esta litigância retaliatória, batizada nos EUA como SLAPP – “Strategic Litigation Against Public Participation”. A agenda dos ativistas visa fortalecer os mecanismos legais e institucionais de defesa das liberdades dos cidadãos, contra os poderosos que recorrem abusivamente ao sistema judicial para punir e reprimir a crítica.

Em abril de 2024, com poucos dias de distância, duas importantes iniciativas consagraram, no plano europeu, as mais importantes conquistas deste combate: uma Recomendação do Conselho da Europa para o combate contra o uso de ações judiciais estratégicas contra a participação pública⁵, e uma Diretiva da União Europeia que obrigará os Estados-membros a legislar no mesmo sentido⁶.

A LEI DO SILÊNCIO

«Por teu livre pensamento

Foram-te longe encerrar

[...]

Oiço apenas o silêncio

Que ficou no teu lugar.»

David Mourão Ferreira (cantado por Amália Rodrigues)

O crime que silenciou a jornalista Daphne Caruana Galizia, numa pequena aldeia do mais pequeno país da União Europeia, revelou as múltiplas pressões e operações de silenciamento que, na Europa e pelo mundo, são exercidas contra a crítica livre e o escrutínio democrático. Malta foi um exemplo violento e felizmente raro no contexto europeu. Mas o condicionamento de jornalistas e ativistas através dos meios judiciais é hoje uma realidade incontornável, embora difícil de medir, quer pela dificuldade de acesso e cruzamento de dados sobre ações judiciais nas várias jurisdições, quer pelo grau de subjetividade na aplicação do termo “SLAPP” a cada caso concreto.

O termo “SLAPP – Strategic Litigation Against Public Participation” foi cunhado em 1988 pelos professores Penelope Canan e George W. Pring, da Uni-

5 Recommendation CM/Rec(2024)2 of the Committee of Ministers to member States on countering the use of strategic lawsuits against public participation (SLAPPs), in: <https://rm.coe.int/0900001680af2805>

6 Diretiva (UE) 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2024, relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos («ações judiciais estratégicas contra a participação pública»), in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32024L1069>.

versidade de Denver⁷, dirigido a casos em que o recurso à jurisdição cível era usado como forma de amordaçar a livre expressão de opiniões políticas ou o livre exercício de mecanismos de participação pública. Como explica o Centro Europeu pela Liberdade de Imprensa⁸,

The term generally refers to a lawsuit filed by powerful subjects (e.g. a corporation, a public official, a high-profile businessperson) against non-government individuals or organisations who expressed a critical position on a substantive issue of some political interest or social significance⁹.

Um “SLAPP” implica, portanto, uma ação judicial (tipicamente, criminal ou cível) interposta por agentes poderosos sobre vítimas (indivíduos ou organizações não governamentais, incluindo jornalistas ou empresas de comunicação) com um diferencial de poder relevante, quer poder económico ou financeiro, quer poder político ou de influência. A motivação é exaurir os recursos da vítima, dificultando a sua capacidade de defesa e, com isso, silenciar a expressão de opiniões críticas, provocando um efeito dissuasor sobre a restante comunidade, limitando o direito de informar e ser informado e silenciando o escrutínio e o debate livre.

Para atingir este objetivo, não é sequer necessário atingir um ganho de causa no final do processo: o objetivo do SLAPP cumpre-se não com uma eventual sentença favorável, mas com os prejuízos impostos à sua vítima. O processo judicial reduz-se a um mecanismo para tirar partido do desequilíbrio de poder e de recursos entre quem interpõe a ação e o seu alvo. Para esse efeito, os autores lançam mão de interpretações extensivas, ou mesmo abusivas, da legislação referente aos direitos de personalidade, ou fazem pedidos exorbitantes de indemnizações, alegando prejuízos difíceis ou impossíveis de provar ou calcular – daí o termo “litigância retaliatória” que, à falta de melhor expressão, usamos como tradução portuguesa de “SLAPP”. Na verdade, a mera ameaça de uma litigância cara e prolongada é muitas vezes suficiente para provocar o resultado desejado, de impor a jornalistas, ativistas ou cidadãos um instinto de autocensura.

Como já foi referido, é difícil estimar a dimensão do problema. Desde logo, porque os SLAPP são um conceito ainda relativamente desconhecido, mesmo para algumas das suas vítimas. Desde 2022, a CASE tem feito um esforço para identificar e mapear os casos de litigância retaliatória no contexto europeu. O seu último relatório, publicado no final de 2024¹⁰, identificou um total de 1049

7 Canan, Penelope, and George W. Pring, “Strategic Lawsuits against Public Participation.” *Social Problems* 35, no. 5 (1988): 506–19. <https://doi.org/10.2307/800612>.

8 European Centre for Press & Media Freedom, “SLAPP: the background of Strategic Lawsuits Against Public Participation”, in <https://www.ecpmf.eu/slapp-the-background-of-strategic-lawsuits-against-public-participation/>

9 Id., *ibid*.

10 CASE, Coalition Against SLAPPs in Europe, “SLAPPs in Europe: Mapping Trends and Cases”, 2024, in <https://www.the-case.eu/resources/a-2024-report-on-slapps-in-europe-mapping-trends-and-cases/>

casos de SLAPP na Europa – uma subida relevante face aos 820 casos registados no ano anterior. O número, resultante de um levantamento feito pelas organizações membros da CASE, peca seguramente por defeito, quer pela dificuldade na recolha de informação nas várias jurisdições, quer pelo facto de, por razões de volume de observações e de metodologia, se ter optado por não registar ameaças de SLAPP não concretizadas com a entrada de ações concretas, quer não terem sido contabilizados como SLAPP processos interpostos por organizações públicas. Ainda assim, do número de SLAPP identificados em 2024, 166 haviam sido interpostos no ano anterior, o que indicia um aumento do recurso a esta forma de condicionamento.

Ainda de acordo com o mesmo relatório, a maioria dos processos identificados na Europa teve natureza cível (64,3%), enquanto 21,7% foram queixas criminais e 2,1% incluíam as componentes criminal e cível. Além disso, 5,8% dos processos eram providências cautelares e menos de 1% basearam-se em alegações de natureza constitucional ou administrativa. 5,3% dos processos tinham base legal desconhecida, a partir da informação publicamente disponível. Os dados mostram uma tendência de ligeira subida dos processos-crime em relação ao ano anterior (20,9%), refletindo o facto de apenas cinco dos 27 dos Estados-membros da União Europeia terem descriminalizado a difamação.

O CASO PORTUGUÊS

Em Portugal, os dados da CASE indicam um total de 14 processos de litigância retaliatória interpostos entre 2010 e 2023, um número que indicia a dificuldade na recolha de informação. Na verdade, a dimensão do problema é bem maior, e está demonstrada na experiência das vítimas, com reflexos diretos na qualidade do debate público e no dinamismo da própria democracia portuguesa – uma reflexão fundamental, no momento em que o país celebra os 50 anos da sua revolução e do seu processo de transição democrática.

Com efeito, o livre pensamento (que a fadista portuguesa Amália Rodrigues tão bem cantou, a partir do poema de David Mourão-Ferreira) só é de facto livre se puder concretizar-se em palavras. Não é livre o pensamento que não se pode propagar, como acontecia nos tempos da ditadura, do Estado Novo. Em Portugal, uma das maiores conquistas da Revolução de 25 de Abril de 1974 foi justamente a liberdade de expressão. Logo na sua primeira versão, a atual Constituição da República Portuguesa consagrou o direito à liberdade de expressão, determinando, no seu artigo 37.º, que “Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações”.

Mau grado as garantias constitucionais, que reconhecem a liberdade de expressão como pilar fundamental da democracia, persistem as manobras de condicionamento baseadas na litigância judicial contra ativistas e jornalistas, por parte de

poderosos pouco habituados a lidar com a crítica e denúncia. O recurso a Tribunal para tentar silenciar vozes livres é, infelizmente, prática comum, através de acusações por crimes de difamação¹¹ ou ofensa a pessoa coletiva¹², que persistem no catálogo de crimes contra a honra previstos no Código Penal português. Esta cultura punitiva da crítica é acentuada, na legislação portuguesa, por uma previsão específica de agravamento da pena quando o alvo da “difamação” é um responsável político¹³, bem como por um crime específico de denúncia caluniosa¹⁴, também ele muitas vezes invocado como pretexto para acionar a litigância retaliatória.

Uma noção hierárquica dos crimes contra a honra consagrada em Portugal concede proteção especial aos agentes públicos que, por definição, devem estar mais expostos à crítica, desequilibrando ainda mais o diferencial de poder entre o cidadão e o Estado, quando toca à participação pública. Como cúmulo, mantém-se previsto na legislação portuguesa o crime de ofensa à honra do Presidente da República¹⁵, símbolo máximo da lei do ‘respeitinho’ que exige subserviência e temor aos cidadãos. É certo que a jurisprudência portuguesa tem evoluído nos últimos anos, no sentido de defender o direito dos cidadãos à crítica. Ainda assim, a prevalência do direito à honra sobre a liberdade de expressão em decisões judiciais motivou já mais de 30 condenações do Estado português no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, precisamente por decisões judiciais violadoras da liberdade de expressão de cidadãos portugueses.

Com este enquadramento legal, são muitos os exemplos de tentativa de silenciamento de ativistas em Portugal, desde os casos mais conhecidos – como o do empresário Mário Ferreira que tem perseguido a ex-eurodeputada Ana Gomes com sucessivas queixas em Tribunal por denúncias legítimas a suspeitas envolvendo os seus negócios – aos de menor relevo mediático, que ocorrem em qualquer recôndito lugar do país. Na verdade, estes casos de menor dimensão, que praticamente nunca são notícia e são, por isso, mais difíceis de identificar e contabilizar, são até os mais dramáticos no plano pessoal das vítimas de queixas, pois quando alguém critica o Presidente de Câmara ou o Provedor da Misericórdia num pequeno concelho da província, corre o risco de ser perseguido socialmente; e, em cima disso, ter de responder em Tribunal por difamação. Sem meios, sem recursos económicos ou capacidade de influência social ou mediática, defender-se em Tribunal, ou simplesmente ter de enfrentar um inquérito-crime, mesmo que nunca resulte numa acusação, torna-se muito difícil, desmotivando qualquer crítica legítima aos poderes.

Neste ambiente de condicionamento, o exercício da liberdade crítica torna-se uma profissão de risco e um luxo ao dispor apenas dos mais corajosos e dos cidadãos ou ativistas com recursos para proverem à sua defesa constante em rondas processos

11 Art.º 180º do Código Penal português

12 Art.º 187º do Código Penal português

13 Art.º 184º do Código Penal português

14 Art.º 365º do Código Penal português

15 Art.º 328º do Código Penal português

intermináveis. Um dos exemplos mais emblemáticos é o de um dos coautores deste texto, Paulo de Moraes. Enquanto dirigente da Transparência Internacional Portugal e da Frente Cívica, organizações de denúncia e combate à corrupção, foi alvo de diversas queixas em Tribunal no seguimento de declarações públicas que incomodaram alguns poderes instalados, ou na sequência de declarações que proferiu enquanto candidato presidencial e, de forma geral, enquanto ativista cívico e comentador em órgãos de comunicação social. Porque denunciou os mecanismos de corrupção e portas giratórias na adoção de manuais escolares, a Porto Editora veio litigar contra si nos Tribunais Criminais e Cíveis. Porque condenou a operação de especulação imobiliária que decorre do encerramento de uma refinaria em Matosinhos, a família Amorim, dona da Galp, empresa proprietária da refinaria, apresentou uma queixa-crime contra si.

Não são casos isolados. O empresário Cerejo Bastos apresentou contra Paulo de Moraes uma queixa na sequência de uma denúncia de corrupção no Urbanismo, na cidade da Figueira da Foz, relativa a um edifício construído no Vale do Galante. Em Braga, o dirigente político local Altino Bessa veio litigar em Tribunal para tentar punir uma crítica que lhe foi feita por ser deputado integrante da Comissão parlamentar de Obras Públicas e, simultaneamente, ter interesses em empresa que negociava no setor. Já o famoso causídico Sérvulo Correia e a sua sociedade de advogados apresentaram várias queixas na sequência da denúncia de que a Sociedade de Advogados referida tinha ajudado a conceber o Código de Contratação Pública por encomenda do Estado português e, de seguida, vendia pareceres a sobre a forma de “contornar” o código e ludibriar o Estado contratante. O dirigente partidário Luís Filipe Meneses veio litigar porque se terá sentido ofendido por críticas na sequência de fotos publicadas em revista “cor-de-rosa” que exibiam a sua propriedade de fim de semana e a sua nova namorada. Até por isto se recorre a Tribunal em Portugal! Mas a lista continua. O grupo empresarial de Leiria “Grupo Lena” era um grupo económico de média dimensão, situado na região centro do País; durante a governação de José Sócrates transformou-se no maior fornecedor do Estado português. Como a situação foi publicamente denunciada em entrevista televisiva de Paulo de Moraes, mais um processo em Tribunal teve lugar.

Até o antigo presidente do Tribunal de Contas (igualmente presidente do Conselho de Prevenção da Corrupção), Guilherme Oliveira Martins, se foi queixar por escrito à então procuradora-geral da República Joana Marques Vidal contra o ativista porque este afirmara em entrevista ao “Expresso” que a ação do Conselho de Prevenção da Corrupção era “patética”. Paulo de Moraes foi ainda alvo de um processo por se ter indignado pelo facto de o Governo português ter nomeado Rita Sousa Tavares, nora do banqueiro corrupto Ricardo Salgado, como adida cultural de Portugal no Canadá, quando o filho do banqueiro (e a nora) tiveram de abandonar Portugal, na sequência da hecatombe escandalosa e dolosa do Banco Espírito Santo; quem moveu o processo por difamação foi a própria Rita Sousa Tavares. Desta lista faz ainda parte Nuno Cardoso, antigo presidente de Câmara do Porto, que apresentou queixa em Tribunal porque Paulo de Moraes o tinha acusado

publicamente de ter favorecido o Clube de Futebol Salgueiros, enquanto presidente de Câmara de forma desproporcionada e imprudente; e ainda, de, mais tarde, enquanto empresário, estar envolvido em negócios que beneficiariam das ações que tinha tomado enquanto presidente relativamente àquele clube.

Do longo rol de litigância retaliatória que tem visado Paulo de Moraes, o caso que mais tempo e recursos financeiros representou resultou de uma crítica feita, em 2020, ao facto de a filha de Bornito de Sousa (então vice-presidente de Angola) ter gastado 200 mil dólares nos vestidos do seu casamento, anos antes, enquanto o povo angolano padecia na miséria. Sobre estes factos, o ex-vice-presidente de Angola intentou primeiro uma queixa-crime, depois um processo cível. E insistiu contra vários arguidos, em múltiplas jurisdições. Em retaliação contra o relato dos factos no livro de um jornalista britânico, Oliver Bullough, intentou queixa contra ele em Portugal e na Alemanha, obrigando o autor a defender-se, em simultâneo, em duas jurisdições diferentes, com base nas traduções portuguesa e alemã da obra – duas línguas que Bullough nem sequer domina. Bornito de Sousa perdeu todos os processos, mas o objetivo de condicionar o escrutínio e impor enormes custos de defesa aos seus críticos foi amplamente alcançado. Os próprios tribunais portugueses, mesmo decidindo em favor da liberdade de expressão, recusaram-se a reconhecer as ações do político angolano como casos de SLAPP ou litigância de má-fé.

Em todos estes processos, as vítimas de SLAPP foram ilibadas. Em síntese, venceram sempre. Mas, naturalmente, com grande prejuízo pessoal em termos de tempo gasto, recursos económicos despendidos com patrocínio jurídico e desconforto pessoal. Para os autores desta litigância retaliatória, mesmo perdendo, ganha-se. O bullying jurídico contra a participação cívica compensa.

UMA LUZ AO FUNDO DO TÚNEL

O caminho da liberdade é lento e sinuoso. Se em democracia já não se encerram pessoas pelo seu livre pensamento, como cantava Amália Rodrigues no tempo da ditadura, e se já não existe censura oficial sobre a palavra escrita, os incentivos à autocensura – a forma mais perniciosa de violentar o debate livre – persistem. É preciso acabar com a cultura do ‘respeitinho’ e de subserviência aos poderosos que não querem ser incomodados com verdades incómodas. Libertar do medo o debate e a participação pública são um imperativo democrático, e a melhor homenagem a todos os que sofreram, no passado, a censura, a repressão da ditadura.

Em abril de 2024, coroado mais de três anos de um aturado processo legislativo, o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu aprovaram a já mencionada diretiva relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos infundados ou processos judiciais abusivos. Esta diretiva, que ficou conhecida como “Lei de Daphne”, em homenagem à jornalista maltesa, é um instrumento jurídico da União Europeia para proteger jornalistas, ativistas e cidadãos, defendendo a liberdade de expressão. Em paralelo, o Conselho da Europa aprovou também uma recomendação aos Estados-membros para combaterem o flagelo desta

litigância retaliatória. Juntas, estas duas ferramentas dão um contributo fundamental para reequilibrar os poderes no debate público e defender a democracia.

Na sua recomendação, o Conselho da Europa define SLAPP como “ações legais que são ameaçadas, iniciadas ou prosseguidas como forma de assediar ou intimidar os seus alvos, e que visam prevenir, inibir, restringir ou penalizar a livre expressão em matérias de interesse público ou o exercício de direitos associados à participação pública”¹⁶. É uma definição suficientemente abrangente, já que inclui não só ações efetivamente intentadas, mas a ameaça de as intentar, que é muitas vezes quanto basta para amedrontar os seus alvos. A recomendação inclui ainda um conjunto de indicadores que permitem a identificação de um SLAPP:

SLAPPs manifest themselves in different ways and various indicators can be used to identify them. Such indicators include, but are not limited to, the following elements:

- a) the claimant tries to exploit an imbalance of power, such as their financial advantage or political or societal influence, to put pressure on the defendant;
- b) the arguments put forward by the claimant are partially or fully unfounded;
- c) the remedies requested by the claimant are disproportionate, excessive or unreasonable;
- d) the claims amount to abuse of laws or procedures;
- e) the claimant engages in procedural and litigation tactics designed to drive up costs for the defendant, such as delaying proceedings, selecting a forum that is unfavourable to public participation or vexatious to the defendant, provoking an onerous workload and pursuing appeals with little or no prospect of success;
- f) the legal action deliberately targets individuals rather than the organisations responsible for the challenged action;
- g) the legal action is accompanied by a public relations offensive designed to bully, discredit or intimidate actors participating in public debate or aimed at diverting attention from the substantial issue at stake;
- h) the claimant or their representatives engage in legal intimidation, harassment or threats, or have a history of doing so;
- i) the claimant or associated parties engage in multiple and co-ordinated or cross-border legal actions on the basis of the same set of facts or in relation to similar matters;
- j) the claimant systematically refuses to engage with non-judicial mechanisms to resolve the claim.

¹⁶ Recommendation CM/Rec(2024)2 of the Committee of Ministers to member States on countering the use of strategic lawsuits against public participation (SLAPPs), n.º 1. Tradução dos autores.

Mais restritiva, porque limitada a ações judiciais concretas, a definição de SLAPP que consta da diretiva União Europeia inclui também ela uma lista de indicadores úteis para identificar um potencial SLAPP. Assim, o art.º 4º, n.º 3 da Diretiva define processos judiciais abusivos contra a participação pública», processos judiciais que não sejam intentados para fazer valer ou exercer efetivamente um direito, mas que tenham como principal objetivo impedir, restringir ou penalizar a participação pública, explorando frequentemente um desequilíbrio de poder entre as partes, e que visem pedidos infundados. Possíveis indícios desse objetivo incluem, por exemplo:

- a) O caráter desproporcional, excessivo ou irrazoável do pedido ou de parte do mesmo, incluindo o valor excessivo do litígio;
- b) A existência de múltiplos processos instaurados pelo demandante ou partes associadas relativamente a questões semelhantes;
- c) A intimidação, o assédio ou ameaças por parte do demandante ou dos seus representantes, antes ou durante o processo, bem como qualquer conduta semelhante do demandante em casos semelhantes ou concorrentes;
- d) A utilização de má-fé de táticas processuais, como manobras dilatórias, a procura fraudulenta ou abusiva do foro mais favorável ou a desistência de má-fé dos processos numa fase adiantada dos mesmos.

A principal limitação da diretiva da União Europeia é a que resulta da competência legislativa dos órgãos da União, ou seja, o facto de as proteções estatuídas se aplicarem apenas a casos de SLAPP com uma dimensão transnacional, aos quais o poder de legislar não está entregue à soberania interna de cada Estado-membro. Em todo o caso, ressalva-se que uma transposição competente do direito europeu para o direito nacional deve, naturalmente, alargar a definição de SLAPP a todas as questões de interesse público que impactem apenas sobre casos de âmbito interno a cada país.

As proteções incluídas, ainda assim, não são de somenos: a diretiva mandata os Estados-membros a legislarem a existência de um mecanismo célere de rejeição liminar da causa, colocando sobre o demandante ónus de provar a legitimidade da sua ação. É uma proteção vital, porque permite invalidar à partida processos manifestamente infundados. Ao mesmo tempo, pretende dissuadir-se o abuso dos tribunais para ações espúrias, através de soluções como o pagamento das custas do demandado pelo demandante – incluindo as custas com a representação jurídica. A diretiva reconhece também o direito de os alvos de SLAPP serem indemnizados pelo demandante, pelos danos provocados pela causa. Para isso, é aberta a possibilidade de ser exigida ao demandante uma caução inicial para pagamento de custas e eventuais indemnizações. Prescreve-se ainda a necessidade de serem criados balcões de informação para apoio aos alvos de SLAPP, bem como direitos de participação de Organizações Não Governamentais nos processos, para prestarem apoio aos alvos da litigância retaliatória. Crucialmente, a diretiva europeia prescreve também a recusa de reconhecimento de condenações por processos manifestamente infundados

que ocorram em Estados fora da União. É um poderoso escudo contra a aplicação de decisões injustas, por exemplo as oriundas de países em que o poder judicial é insensível à litigância retaliatória, ou não cumpre sequer mínimos de independência face aos poderes político e económico.

A recomendação do Conselho da Europa assume preocupações semelhantes, incentivando à criação de mecanismos de rejeição liminar, ou suspensão, das ações identificadas como SLAPP, assim como ao estabelecimento de direitos de indemnização e compensação às vítimas, bem como de punições dissuasoras aos autores de litigância retaliatória, incluindo, à partida, a limitação do montante de pedidos de indemnização que podem ser interpostos.

DA LEGISLAÇÃO DE IMPORTAÇÃO A UMA CULTURA DA LIBERDADE

Completado que está o trabalho normativo das instituições europeias, abre-se o desafio da sua transposição e implementação na realidade concreta (não só jurídica, mas material e cultural) de cada país. Portugal tem um prazo legal até 7 de Maio de 2026 para transpor a diretiva comunitária anti-SLAPP. O risco, habitual na adoção de legislação comunitária em Portugal, é que a transposição seja um processo pouco dialogado, tecnocrático e feito em circuito fechado. Nem o Governo nem o Parlamento nacionais promoveram qualquer debate sobre SLAPP, enquanto a diretiva esteve a ser preparada e discutida nas instâncias comunitárias, o que significa que pouco se avançou no estudo, no debate e na criação de massa crítica em torno do tema. Em 2024, pouco depois da aprovação da Diretiva, um grupo de cidadãos, em que se incluem os co-autores deste artigo, escreveu ao Governo e ao Parlamento portugueses apelando a uma rápida e completa transposição da diretiva, como forma de celebrar, olhando para o futuro, os 50 anos da nossa revolução democrática. O apelo não teve resposta. Um pedido subsequente de audição na Comissão Parlamentar de Direitos, Liberdades e Garantias foi rejeitado, indiciando a pouca sensibilidade do legislador português ao tema.

É demasiado comum que as leis ‘de importação’ europeia sejam mal transpostas, fora de prazo, e mal saiam do papel. A transposição da Diretiva agora aprovada é uma medida essencial para a qualidade do debate público e para a vitalidade da democracia. Não pode por isso falhar a sua transposição e implementação, que terá necessariamente de ir além do formalismo legislativo e ser encarada como uma ferramenta para mudar culturas de poder e estatuto. Nesse sentido, teria sido uma verdadeira e genuína homenagem a Abril que esta transposição tivesse ocorrido em Portugal ainda em 2024, quando se assinalaram os 50 anos da Revolução. Uma transposição expedita seria, de resto, o sinal de que Portugal está verdadeiramente comprometido com os valores e princípios de Abril.

Assim não aconteceu. Portugal não é, ainda hoje, um país onde se possa exercer com total tranquilidade o direito constitucional de liberdade de expressão. Há ainda muitas limitações ao seu exercício. Graças à evolução da jurisprudência (mais do que da lei), nacional e europeia, quem recorre aos

Tribunais para tentar silenciar vozes livres, sabe que, por regra, os ativistas ganham os processos. Mas o facto é que são incomodados, gastam tempo e dinheiro. Muitos, mesmo os mais habilitados e com recursos, cedem ao poderoso desincentivo da litigância retaliatória e deixam de intervir na defesa do bem público. A maioria dos cidadãos, sem recursos e amedrontados pelo poder que se lhes opõe, têm de calar-se.

A transposição da diretiva terá de ser o mais ampla possível. Desde logo, alargando o seu âmbito para lá dos casos de litigância retaliatória de âmbito transnacional. Um direito fundamental não pode conhecer fronteiras. Ao mesmo tempo, é imperativo rever o catálogo de crimes de honra, desde logo descriminalizando a difamação. Mesmo reconhecendo novos desafios que se colocam às sociedades contemporâneas, numa era de desinformação e polarização, tantas vezes pautada pela violência verbal nas redes sociais, os fóruns judiciais não são os mais adequados para dirimir os conflitos gerados no debate público democrático, por muito ofendidos que se sintam os visados por uma crítica democrática. Muito menos se pode permitir que, quando os alvos de crítica exercem cargos públicos, utilizem recursos do Estado para perseguir quem os denuncia; quando o fazem, estão, na prática, a praticar um ato de censura oficial.

É certo que quem se sinta prejudicado deve poder defender a sua honra; mas deve fazê-lo através do exercício de direito de resposta, nos termos da Lei. Quem entender que estão a ser disseminadas mentiras no debate público, deve também poder exercer o contraditório, através de uma garantia de acesso ao espaço público similar à usada pelos que proferiram as críticas. E tal bastaria! Não devemos permitir que se despendam recursos de Tribunais nestas matérias, algumas das quais são até ridiculamente insignificantes.

Um Tribunal num Estado democrático existe para proteger e equilibrar direitos, não para afirmar privilégios. As ações de litigância de má-fé contra ativistas ou comentadores livres são, por regra, destituídas de fundamento factual e legal, constituindo uma prática de utilização de meios judiciais, com pedidos de indemnização elevadíssimos, com o fito de desincentivar ou intimidar ativistas, jornalistas, autores e outros que falam, escrevem e agem em nome do interesse público. Pouco importa aos autores se elas têm fundamento, viabilidade ou razoabilidade. O que os move é o objetivo de intimidar, que resulta da previsão de elevadas despesas financeiras para contestar as ações, com os custos da litigância em Tribunal.

E ainda que os processos sejam decididos contra os seus autores, a longa batalha judicial que implicam, acompanhada das despesas que a vítima tem de suportar, fará qualquer ativista hesitar antes de repetir a façanha e novamente se expressar contra os poderes instituídos – mesmo que saiba que lhe assiste razão e que o interesse da comunidade necessita da sua intervenção. Os autores que assim agem mesmo perdendo as ações, já ganham o silêncio, a ausência de crítica e alcançam o seu objetivo final que é o de limitar ou mesmo eliminar a liber-

dade de expressão. Pelo caminho, os Tribunais perdem a sua função soberana de defesa do interesse comum, com base no império da lei, e reduzem-se a armas de arremesso contra a liberdade.

É, pois, imperativo que órgãos jurisdicionais de países livres, justos e democráticos não permitam que tais fins sejam atingidos. Neste sentido, Portugal deve acompanhar os esforços da União Europeia, inspirados pela sociedade civil, no combate às ações de SLAPP.

Quando a Comissão Europeia¹⁷ apresentou a sua proposta de diretiva, fez acompanhar a iniciativa de uma proposta de recomendação aos países-membros no sentido de adotarem internamente medidas de proteção, considerando que «As ações judiciais estratégicas contra a participação pública, são uma forma específica de assédio utilizada contra jornalistas e outras pessoas envolvidas na proteção do interesse público, muitas vezes associada a ameaças à integridade física».

A autocensura é o maior, o verdadeiro perigo para o exercício de liberdade de expressão. É natural e compreensível que as pessoas se amedrontem perante as ameaças de poderosos porque, com efeito, para que ativistas se consigam defender não basta ter coragem, é também preciso dispor de meios. Quando alguém é alvo de processos sucessivos, vítima de um verdadeiro *bullying* judicial, tem de se precaver com forte apoio judiciário, até porque quem intenta as ações se socorre de poderosas sociedades de advogados. Quem é acusado não pode deixar de se defender com as mesmas armas. E, com bom patrocínio jurídico para alguns ativistas, esforço financeiro e muita paciência, a liberdade de expressão vai tendo ganhos de causa. Mas tal não é suficiente para garantir o “livre pensamento” de que nos falava o poeta, Para tal é necessário que todo e qualquer cidadão tenha a garantia de poder expressar livremente a sua opinião, para que ninguém sinta que tem de cercear a expressão do que pensa.

Este é um apelo de homenagem a quem, em tempos de ditadura, ousou exercer a sua liberdade, e a todos os que, em democracia, mesmo sem recursos e cientes do risco que correm, ousam, em meios pequenos, comentar os poderes instituídos, fazer críticas à ação da Câmara Municipal, da Misericórdia local ou de algum poder político, económico e social estabelecido. Por experiência própria e pelo seu papel de ativistas no acompanhamento e apoio a casos de cidadãos injustamente demandados, os autores conhecem bem as perseguições de que são alvo, o ostracismo a que são votados, muitas vezes até a exclusão social e a segregação a que são votados os cidadãos sem medo pelos seus próprios vizinhos.

Dez dias antes de ser assassinada, em Malta, Daphne Caruana Galizia deu uma entrevista a um grupo de investigadores do Conselho da Europa, refletindo sobre os riscos a que estão expostos os jornalistas de investigação e, sobretudo, o

¹⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2652

efeito dissuasor sobre a liberdade de expressão, sempre que alguém é perseguido por falar livremente.

O que me preocupa é isto: eu sou única em Malta. Não gosto de usar a palavra “única”, mas em qualquer lugar da Europa há imensos jornalistas de investigação, é um trabalho normal! Qualquer jornal ou televisão tem cinco como eu. Por isso, quando as pessoas perguntam “Porque é que não há mais pessoas a fazer o trabalho dela”, a razão é que as pessoas estão assustadas, porque me veem sob ataque constante. Veem no que se tornou a minha vida e dizem, “nem pensar!”¹⁸

Além dos custos pessoais, os custos sociais da violência, física, verbal ou jurídica contra a liberdade de expressão são brutais. Libertar a palavra e romper a lei do silêncio são imperativos de democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANAN, Penelope, and George W. Pring. “Strategic Lawsuits against Public Participation.” *Social Problems* 35, no. 5 (1988): 506–19. <https://doi.org/10.2307/800612>.

18 Conselho da Europa, “A MISSION TO INFORM – Daphne Caruana Galizia speaks out”, Out. 2020, in <https://rm.coe.int/prems-092120-gbr-2018-daphne-caruana-galizia-16x24-web/16809ff1e3>

SLAPP: EM TEMA DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE LITIGÂNCIA RETALIATÓRIA

Jónatas E.M. Machado¹

O presente Parecer jurídico refere-se ao processo judicial opondo a Assistente Rita Bustorff Sousa Tavares ao Arguido Paulo Alexandre Baptista Teixeira de Moraes, tendo como pano de fundo os factos e as apreciações normativas subjacentes à Sentença Judicial proferida em Lisboa, a 21 de dezembro de 2023, em processo comum singular², tendo em vista sustentar o provimento do recurso da mesma. Parte-se do pressuposto de que neste processo se suscitam questões jurídicas cuja relevância transcende largamente os direitos e interesses dos sujeitos processuais em causa, assumindo uma pertinência indiscutível para a salvaguarda da ordem constitucional livre e democrática.

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado nacional e internacionalmente. A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra-o no artigo seu 37.º e o a Convenção Europeia dos Direitos Humanos no artigo 10.º. Como é bem conhecido da doutrina e das instâncias jurisdicionais nacionais, sobre este direito o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem consolidado uma vasta jurisprudência, não poucas vezes censurando os tribunais portugueses por terem uma visão demasiado restritiva da esfera de discurso público e dos direitos dos seus intervenientes.

Trata-se, nesse direito, de um dos pilares fundamentais do Estado de direito democrático. Entre nós, ele inscreve-se no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, sendo diretamente aplicável, vinculativo de entidades públicas e privadas (art. 18.º, n.º 2, da CRP). Como sucede com os demais direitos, a liberdade de expressão não é absoluta e incondicional, podendo ser restringida em ordem à salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como sejam os direitos de personalidade (v.g. dignidade, honra, bom nome, reputação). As restrições aos direitos, liberdades e garantias devem ter fundamento legal e respeitar os princípios da proporcionalidade em sentido amplo, da segurança jurídica e da proteção da confiança, da igualdade e não discriminação e da salvaguarda do conteúdo essencial dos direitos restringidos.

A liberdade de expressão não está só ao serviço do livre desenvolvimento da personalidade do sujeito, revestindo-se de uma importante dimensão objetiva. Sem liberdade de expressão não há Estado de direito democrático. Ela é essencial para a

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

² Processo: 1969/21.7T9LSB, Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Juízo Local Criminal de Lisboa – Juiz 5.

formação da opinião pública e da vontade política, impondo a sujeição de todos os argumentos propostos na esfera pública à possibilidade de contra-argumentação. Ela reveste-se da maior importância na denúncia das patologias e abusos do exercício dos vários poderes sociais de natureza política, ideológica, religiosa, económica, financeira, social ou cultural, como sejam as várias formas de arrogância, prepotência, incompetência, corrupção ou manipulação.

Do mesmo modo, ela sujeita todas as políticas públicas e a respetiva execução a um escrutínio crítico permanente. A liberdade de expressão alarga-se a todas as esferas da vida social para além do âmbito estritamente político. No entanto, este encontra-se indiscutivelmente no cerne do seu conteúdo essencial, sob pena de a liberdade de expressão se ver reduzida à mera possibilidade de uma inócua troca de impressões sobre banalidades e trivialidades.

No respetivo conteúdo essencial encontra-se o direito de falar livremente acerca de temas de interesse público, de fazer a apologia da integridade, da transparência e da boa governação e de exprimir opiniões críticas relativamente ao funcionamento dos sistemas político, jurídico, judicial, económico ou financeiro ou às políticas públicas nos setores da saúde, da educação, da habitação, do ambiente, da energia, das infraestruturas, da segurança ou da justiça, apenas para dar alguns exemplos. Na verdade, existe mesmo um dever cívico de falar livremente sobre semelhantes questões. Uma democracia saudável requer uma esfera de discurso público que possibilite a discussão aberta, robusta e desinibida, em que todos estes domínios da vida social, os seus protagonistas e as respetivas condutas possam ser objeto de escrutínio pela publicidade crítica.

O Arguido é conhecido do grande público pela sua participação cívica ativa, constante e coerente e pela apologia que faz daqueles valores, que procurou inclusivamente promover através de uma candidatura à Presidência da República. Ele é uma conhecida voz crítica – a democracia precisa de vozes assim para sobreviver como tal – que não se tem intimidado pelos riscos e incómodos jurídicos, pessoais, sociais, profissionais e patrimoniais que uma tal militância inevitavelmente implica. Dificilmente se poderia dizer que se trata de alguém que atua para proveito próprio e para monetizar a sua participação pública e assim conseguir benefícios materiais.

No que respeita à temática do Banco Espírito Santo e de todas as incidências políticas, sociais e financeiras anteriores e posteriores à respetiva resolução pelo Banco de Portugal, o Arguido é conhecido pelas suas posições críticas e pela forma pública como tem identificado, esclarecido e avaliado os riscos para os referidos princípios de transparência e integridade, na linha do que faz relativamente a muitas outras áreas em que estes se encontram ameaçados. E é precisamente neste contexto, que nada tem de animosidade pessoal relativamente à Assistente, que surgem as afirmações objeto do presente processo. E é a atenção a esse contexto que permite concluir com segurança pela inexistência de qualquer crime de difamação.

No caso, as afirmações do Arguido Paulo Morais têm como destinatário direto o Ministério dos Negócios Estrangeiros e visam tão somente criticar o convite realizado à Assistente para exercer as funções de adida cultural na Embaixada portuguesa do Canadá. O sujeito ativo da nomeação é o Ministro e a Assistente é um mero sujeito passivo, não lhe podendo ser assacada qualquer responsabilidade pela mesma. É o Ministério dos Negócios Estrangeiros o único visado e o objeto imediato da crítica, versando esta, não sobre a pessoa da Assistente, mas unicamente sobre o mérito e a oportunidade política de uma decisão de nomeação. Em momento algum são feitas imputações que ponham objetiva e efetivamente em causa o carácter, a seriedade, a idoneidade, a integridade ou a competência técnica e profissional da Assistente.

A principal preocupação do Arguido diz respeito ao modo como – com forte plausibilidade – aquela nomeação pode vir a ser entendida pelo público tendo como pano de fundo um contexto muito específico em que sobressai a ligação de proximidade familiar entre a Assistente e Ricardo Salgado, protagonista de um dos mais importantes casos judiciais da agenda jurisdicional do país, em que se discute a eventual violação dos princípios de integridade e transparência que devem pautar a boa governação e as relações entre entidades públicas e privadas. Mais do que a nomeação propriamente dita – e em momento algum a pessoa nomeada enquanto tal – questiona-se a aparência que essa nomeação pode criar junto da opinião pública, o sinal que pode enviar, a impressão que pode causar.

Para o Arguido, independentemente dos méritos pessoais e profissionais da Assistente – sobejamente conhecidos e reconhecidos – a oportunidade da sua nomeação devia ser questionada acima de tudo pelo efeito simbólico que poderia provocar junto da opinião pública, suscetível de, com razão ou sem ela, interpretar essa nomeação como evidência de uma relação de proximidade excessiva entre círculos de pessoas poderosas no Estado, na sociedade e no sistema financeiro. O Arguido está bem ciente da semiótica das decisões políticas e do modo como o público imediatamente as apreende à luz do contexto político, jurídico e social em que as mesmas são tomadas. O mesmo não está preocupado com o facto da nomeação em si, mas apenas com a interpretação que ele pode suscitar.

As decisões políticas não existem num vácuo, não podendo ser separadas do que está antes e à volta delas. As mesmas são sempre interpretadas e apreciadas pelos cidadãos como peças de um *puzzle* mais amplo, dando azo – bem ou mal – à criação de imagens e formas que podem conferir mais ou menos vigor e nitidez aos valores fundamentais da democracia e do Estado de direito.

Se os titulares dos cargos políticos querem efetivamente promover os princípios da anticorrupção, da transparência, da integridade e da responsabilidade – ínsitos nos valores fundamentais da Constituição – os mesmos devem ter o máximo cuidado para que as suas decisões, em virtude do contexto social e temporal em que são tomadas, não possam ser erroneamente interpretadas pelo cidadão médio e medianamente informado como indícios que sugiram e reforcem a suspeita de

que existem *círculos de amigos* que, nas áreas de interceção entre esferas pública e privada, atuam de maneira concertada e com premeditada reciprocidade (*quid pro quo*) na promoção dos seus respetivos interesses. Esta era, no essencial, a ideia que o Arguido pretendia transmitir aos seus leitores.

Para chamar a atenção para estes aspetos – procurando atrair para eles a atenção do público já muito fragmentada e repartida por múltiplas e diversificadas fontes de conteúdos noticiosos na comunicação social e nas redes sociais –, o Arguido sentiu-se forçado a utilizar alguns trocadilhos e jogos de palavras, a par de uma linguagem propositadamente sonante, sugestiva, contundente e ríspida, eventualmente impetuosa e desabrida, para classificar a decisão ministerial objeto de crítica. Essa linguagem fica a dever-se, acima de tudo, ao ambiente contextual da decisão do Ministério dos Negócios Estrangeiros e aos sentimentos de repulsa e indignação que o respetivo encadeamento figurativo provocou no Arguido.

No entanto, insista-se, este sempre teve o cuidado de se abster de, em qualquer momento e de alguma maneira, questionar frontalmente o caráter, a idoneidade, as qualidades pessoais ou as competências técnicas e profissionais da Assistente, de lhe imputar qualquer facto lesivo do seu bom nome e reputação ou de fazer sobre ela qualquer juízo de valor deletério da sua dignidade ou honra. Na verdade, a própria acusação do Ministério Público reconhece que “as sistemáticas publicações não correspondem a qualquer crítica ao desempenho profissional da Assistente”.

Pode eventualmente discutir-se o tom, o sentido de medida e o bom gosto da linguagem utilizada pelo Arguido. Compreende-se que a mesma possa ferir a sensibilidade educada de um juiz singular circunspeto e consciencioso, preocupado com a obtenção do máximo rigor conceitual e com a organização racional e sistemática da sua Sentença, em ordem a garantir a sua consistência argumentativa e eficácia judicativa. No entanto, não parece ser exigível que cidadãos indignados e empenhados no debate público tenham que adotar, no seu discurso quotidiano, uma postura cerebral, comedida e retraída ou um estilo formalmente impoluto e inatacável, totalmente impermeável ao calor emotivo gerado pela intensidade polémica do momento.

Na hermenêutica jurídica – por vezes descrita como a arte da compreensão do sentido das normas jurídicas – as palavras e as proposições não podem ser interpretadas desconsiderando o contexto histórico em que foram pensadas e escritas, os objetivos que visam prosseguir, a sua inserção sistemática ou as relações de interdependência parcial que estabelecem umas com as outras. Do mesmo modo, uma e outras não podem ser objeto de uma interpretação unilateral e particular pelo operador jurídico, que se pretenda totalmente liberta das orientações interpretativas até então criadas, sedimentadas, uniformizadas e consolidadas pelo nobre exercício da função jurisdicional.

O mesmo vale – *mutatis mutandis* – para a metódica jurídica que tem em vista a aplicação das normas jurídicas aos factos concretos. Estes também não podem ser

dissociados do contexto mais vasto em que ocorreram e isolados das ligações que estabelecem com outros factos relevantes. Tratando-se de expressões específicas, afirmações ou juízos de valor, é geralmente reconhecido que o seu significado, longe de ser uma propriedade intrínseca das palavras ou frases utilizadas, deve ser procurado no seu enquadramento mais vasto. Ele constitui uma variável dependente de múltiplos fatores, como sejam os objetivos prosseguidos pelo emissor, as circunstâncias políticas e sociais em que as mensagens são proferidas ou as condições mediáticas e comunicativas que condicionam a sua transmissão e receção.

Daí que esse significado não possa ficar na dependência exclusiva do recetor direto ou indireto da mensagem e da sua perceção subjetiva – sempre cambiante e imprevisível – dos seus sentimentos e emoções de incomodidade, dor, perturbação, temor, angústia ou ansiedade, tal como, de resto, tem sido constantemente enfatizado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

E mesmo o operador jurídico deve ter o cuidado de interpretar a mensagem à luz da de todos os factos e circunstâncias relevantes, incluindo a intensidade da discussão, o calor emotivo e o momento em que a mesma foi proferida, procurando identificar quais os seus elementos preponderantes. No caso concreto, é claro que os mesmos visaram um propósito cívico e político relevante, procurando discutir o efeito simbólico da nomeação em causa naquela conjuntura e não o objetivo de denegrir a dignidade, a honra, a consideração, o bom nome ou a reputação da Assistente, como pressuposto no crime de difamação, do artigo 180.º, n.º1, do Código Penal, sendo que a mesma nunca foi o principal objeto ou alvo direto e imediato dos conteúdos expressivos em presença.

O Ministério dos Negócios Estrangeiros, enquanto sujeito ativo do ato de nomeação, era o verdadeiro protagonista do estado de coisas visado pelo discurso crítico do Arguido, sendo que a sua decisão remetia inevitavelmente para o contexto político, jurídico e financeiro – amplamente conhecido pela opinião pública – que rodeava o Banco Espírito Santo e para os respetivos atores principais.

Por conseguinte, torna-se evidente, para o observador médio imparcial, que a Assistente sempre permaneceu longe do epicentro significativo fulcral das questões objeto de discussão. A mesma terá sido, quando muito, inadvertida e incidentalmente afetada e incomodada pela veemência com que o Arguido desenvolveu e articulou as suas razões e afirmações à volta e a propósito, exclusivamente, desse objeto de discussão. Nas suas arremetidas contra o ato de nomeação, o Arguido prosseguiu interesses inteiramente legítimos, de natureza cívica, política e democrática, aspeto relevante, nos termos do artigo 180.º, n.º 2, do Código Penal, para efeitos de não punibilidade das condutas em causa. Como quer que seja, a sua conduta consubstancia o livre exercício de um direito fundamental, sempre se considerando que isso exclui a respetiva ilicitude, nos termos do artigo 31.º, n.º2, alínea b), do Código Penal. Se não, vejamos.

Um Estado de direito democrático necessita da participação ativa dos cidadãos e deve protegê-los quando se envolvem na discussão crítica acerca do funcionamento

dos vários sistemas sociais, de natureza política, jurídica, económica, social ou cultural, seja quanto à sua estruturação geral seja no que toca a aspetos concretos do seu desempenho. Ele deve salvaguardá-los de qualquer tipo ou forma de censura, na linha do disposto no artigo 37.º, n.º 2, da CRP. Aqui inclui-se, evidentemente, a autocensura, que ocorre quando os riscos pessoais, profissionais ou judiciais decorrentes da expressão de uma afirmação de facto, de um juízo ou de uma particular combinação de ambos ultrapassa um determinado limiar. Quando isso acontece, o cidadão inibido opta por ficar calado diante de situações que, em seu entender, constituem ameaças ao Estado de direito e à democracia e aos seus elevados padrões de transparência, integridade e boa governação. Com isso, a efetivação destes dois princípios constitucionalmente estruturantes fica sob ameaça, quando não sofre mesmo um duro golpe.

As medidas legislativas que, em vários quadrantes, têm sido adotadas no sentido de proteger os denunciantes e evitar ações judiciais que ameacem a participação cívica, revelam que existe uma consciência crescente acerca da necessidade de proteger a intervenção dos cidadãos na esfera pública, especialmente quando esteja em causa a tomada de posição sobre questões de relevante interesse público. Os tribunais devem concorrer neste mesmo sentido, abstendo-se de condenar criminalmente os cidadãos que participam empenhadamente no debate público, especialmente nos casos em que o principal objetivo e efeito das opiniões por eles expressas consiste, não na lesão da dignidade, consideração, honra, bom nome ou reputação de uma determinada pessoa ou entidade, na emissão de um juízo crítico acerca do funcionamento dos vários sistemas sociais e da atuação dos seus protagonistas individuais ou institucionais.

Assim deverá ser, tanto mais quanto é certo que a generalização das redes sociais e da sua utilização pela generalidade da população para a discussão de assuntos de interesse público facilmente contribui para que, à mínima afirmação de facto ou juízo de valor que possa ser proferida por um qualquer cidadão por altura da sua participação cívica na esfera pública, se verifique uma agravação dos crimes de difamação, injúria ou calúnia e a correspondente elevação das penas ao abrigo do artigo 183.º do Código Penal – como de resto sucedeu no presente caso –, potenciando o risco de restrição efetiva, acentuada e desproporcional da comunicação cívica e política.

Este entendimento é o que se nos afigura o mais consistente, não apenas com a compreensão do direito penal como *ultima ratio*, mas também com uma ponderação razoável e proporcional dos direitos e interesses em presença e com o imperativo constitucional de proteção da liberdade de expressão na esfera de discurso público, entendida como condição necessária de vitalidade e subsistência do Estado de direito democrático.

II PARTE

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

- 1) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 2024
- 2) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Abril de 2025 (Acção Popular, contrato de adesão, contrato de compra e venda de bens de consumo e conformidade)
- 3) Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 26 de Setembro de 2024 (Conceito de preço anteriormente praticado)
- 4) Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 23 de Janeiro de 2025 (Contrato de crédito aos consumidores e dever de informação)

Acórdãos STJ**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**

Processo: 33/23.9T8PDL.L1.S1
 N.º Convencional: 1.ª SECÇÃO
 Relator: MANUEL AGUIAR PEREIRA
 Descritores: ACÇÃO INIBITÓRIA
 TRANSPORTE AÉREO
 PREÇO
 DIREITOS DO CONSUMIDOR
 DEFESA DO CONSUMIDOR
 ACÇÃO POPULAR
 LEGITIMIDADE ADJETIVA
 LEGITIMIDADE ATIVA
 INTERESSES DIFUSOS
 NULIDADE DE DESPACHO
 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
 EXTEMPORANEIDADE
 Data do Acórdão: 17/09/2024
 Votação: UNANIMIDADE
 Texto Integral: S
 Privacidade: 1
 Meio Processual: REVISTA
 Decisão: CONCEDIDA A REVISTA
 Sumário :

I. A uma acção inibitória da prática de condições de venda e de tarifas praticada por uma transportadora aérea em que são formulados, para além do pedido de indemnização ao autor, pedidos fundados no interesse dos **consumidores** que sejam por elas afectados, é aplicável o regime da acção popular previsto na Lei 83/95 de 31 de agosto em conjugação com o regime da Lei de Defesa do **Consumidor** (Lei 24/96 de 31 de julho).

II. Nesse tipo de acção a legitimidade do autor na acção popular está regulada no artigo 31.º do Código de Processo Civil em conjugação com o artigo 13.º da Lei de Defesa do **Consumidor** e com o artigo 2.º n.º 1 da Lei da Acção Popular;

III. O autor na acção popular é parte legítima quando, independentemente do seu interesse directo na demanda, alegar os factos essenciais em que assenta a violação dos interesses difusos tutelados, sendo estes caracterizados por serem de titularidade tendencialmente indeterminada e insusceptíveis de divisão e tutela individual.

Decisão Texto Integral: EM NOME DO POVO PORTUGUÊS, acordam os Juizes Conselheiros da 1.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça:

◇

I - RELATÓRIO**Parte I – Introdução**

1) **AA** interpôs, ao abrigo dos artigos 10.º n.º 1, alíneas b) e c) e 12.º, n.º 1 da Lei de Defesa do **Consumidor** e 10.º n.º 3, alínea b) do Código de Processo Civil, **acção inibitória com pedido de reparação de danos**,

sob a forma de processo comum declarativo, contra **Sata Internacional – Azores Airlines, S.A.**, tendo formulado os seguintes pedidos:

“a) Ser declarada a nulidade das cláusulas melhor identificadas no artigo 20.º da presente PI, constantes das Condições de Compra e das Condições de Tarifas da Ré;

b) Ser a Ré condenada a abster-se de utilizar as referidas cláusulas ou outras que se lhes equiparem substancialmente (i.e., que tenham como consequência o cancelamento automático de viagens de volta quando os consumidores não compareçam nas respetivas viagens de ida e/ou a cobrança de penalidades pelo não comparecimento nessas viagens de ida) em contratos que, no presente e no futuro, venha a celebrar com os seus clientes, especificando-se na decisão o âmbito de tal abstenção, designadamente através da referência concreta ao seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta, nos termos do artigo 32.º, n.º 1 do RJCCG (aplicável ex vi art. 11.º, n.º 4 da LDC) e do artigo 11.º, n.º 2 da LDC, sob pena de a Ré ser condenada ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória por cada infração, em termos a fixar por V. Exa., segundo critérios de razoabilidade, conforme previsto no artigo 10.º, n.º 2 da LDC e no artigo 829.º-A, n.ºs 1 e 2 do CC.

c) Ser a Ré condenada a publicitar, a suas expensas, o teor da decisão condenatória transitada em julgado nos termos fixados por V. Exa., nos termos do artigo 11.º, n.º 3 da LDC, sugerindo-se que tal seja efetuado no prazo de 10 (dez) dias após o referido trânsito;

- Em anúncio a publicar nos jornais diários de maior tiragem, editados em Lisboa, Porto, Faro e Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (regiões onde existem aeroportos), em formato papel e online, durante 2 (dois) dias consecutivos, e de tamanho não inferior a ¼ de página, devendo a Ré comprová-lo nos presentes autos; e

- Em anúncio a publicar na página inicial do website da Ré, de modo a que apareça assim que se entre no referido website, durante 6 (seis) meses consecutivos, e de tamanho não inferior a ¼ da referida página, devendo a Ré comprová-lo nos presentes autos;

Com menção de que todos os clientes que tenham sido afetados pela aplicação das cláusulas objeto da referida decisão têm direito a ser indemnizados, nos termos gerais de direito;

Sob pena de a Ré ser condenada ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento, em termos a fixar por V. Exa., segundo critérios de razoabilidade, conforme previsto no artigo 10.º, n.º 2 da LDC e no artigo 829.º-A, n.ºs 1 e 2 do CC.

d) Ser remetida, no prazo de 30 (trinta) dias, cópia da decisão condenatória transitada em julgado para a DGPJ, nos termos e para os efeitos do artigo 11.º, n.º 3 da LDC e dos artigos 34.º e 35.º do RJCCG,

conjugados com a Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro, podendo fazê-lo através do envio de um e-mail para correio@dgpj.mj.pt:

*e) Ser remetida cópia da decisão condenatória transitada em julgado para as seguintes associações de **consumidores**, tendo em vista uma maior efetividade da mesma:*

- A... ..);
- AC... ..);
- D... ..);
- U... ..); e
- As... ..).

f) Ser a Ré condenada a pagar ao Autor uma indemnização no montante total de € 284,49 (duzentos e oitenta e quatro euros e quarenta e nove centimos), distribuída do seguinte modo:

- € 34,49 (trinta e quatro euros e quarenta e nove centimos), a título de danos patrimoniais;

- € 250,00 (duzentos e cinquenta euros), a título de danos não patrimoniais.

g) Ser a Ré condenada a pagar ao Autor juros de mora sobre o montante total de € 284,49 (duzentos e oitenta e quatro euros e quarenta e nove centimos), calculados à taxa legal aplicável às obrigações civis, desde a data de citação da Ré para a presente ação e até ao pagamento integral e efetivo do referido valor.”

2) Alegou o autor, em síntese, que efectuou uma reserva de viagem de ida e volta entre ... e ... e que, quando posteriormente pretendeu alterar a data da viagem de ida, foi confrontado com uma penalização contratual pela alteração em alternativa à aquisição de uma nova passagem de ida, esta mais cara, sendo ainda esclarecido acerca do cancelamento automático da viagem de regresso caso não efectuasse a programada viagem de ida.

Alega o autor que com tal atitude a ré incorreu em prática lesiva da proteção de interesses económicos dos **consumidores**, traduzida na cobrança de penalidades e no cancelamento automático de viagens de regresso contratadas conjuntamente com as viagens de ida quando os passageiros não compareçam para embarque nestas últimas, tal como se encontra previsto nas Condições de Compra e nas Condições Gerais sobre tarifas dos seus serviços disponibilizadas pela ré.

3) A ré contestou a acção alegando, por excepção, a **ilegitimidade do autor** para formular qualquer pedido em nome da generalidade dos **consumidores** e estar o autor a agir o autor em abuso de direito ao pretender tirar em seu proveito efeitos das cláusulas contratuais previstas no contrato que aceitou.

A ré impugna igualmente parte dos factos alegados, pedindo a sua absolvição da instância ou do pedido.

4) O autor respondeu à matéria das excepções invocadas pela ré, reafirmando a sua legitimidade e pugnando pela improcedência da contestação da ré.

Foi oficiosamente ordenada a notificação do Ministério Público para, no prazo de 15 dias, se pronunciar quanto à (i) legitimidade activa do autor.

5) Foi de seguida proferida decisão que **julgou parcialmente procedente a excepção dilatória de ilegitimidade** do autor e absolveu a ré da instância quanto aos **pedidos formulados sob as alíneas a) a e)**, inclusive, ordenando a notificação do autor para se pronunciar, querendo, sobre o eventual indeferimento liminar dos pedidos formulados nas alíneas f) e g), por manifesta improcedência.

O despacho em causa assenta, em apertada síntese, na circunstância de não estarem preenchidos em relação aos pedidos formulados nas alíneas a) a e) os pressupostos de legitimidade activa para a instauração da presente acção, sendo tais pedidos típicos de uma acção inibitória colectiva para a qual o autor não invoca a titularidade de factos integradores de interesses difusos, mas antes a de interesses exclusivamente particulares, visando a impugnação da aplicação das condições impostas pela ré à alteração do plano de voo que anteriormente acordara, por forma a obter com a procedência da acção a recuperação da quantia despendida.

Mais se esclarece na decisão que a causa de pedir da acção não assenta num interesse difuso homogéneo susceptível de gerar a tutela dos direitos em que assentam os pedidos em causa, uma vez que a relação material controvertida – alteração de datas de viagem anteriormente acordadas e suas consequências – está directamente relacionada com a escolha individual de cada passageiro ao contratar a prestação do serviço e ao escolher as respectivas tarifas ¹.

◇ ◇

◇

Parte II – A revista

6) O autor interpôs recurso de revista directa para o Supremo Tribunal de Justiça ao abrigo do disposto no artigo 678.º do Código de Processo Civil (revista *per saltum*), tendo concluído as suas alegações pela forma que se passa a reproduzir.

*“A. Com a presente acção, pretende o Recorrente fazer cessar uma prática levada a cabo pela Recorrida, traduzida no cancelamento automático de viagens aéreas de volta quando os **consumidores** não compareçam nas respetivas viagens de ida e/ou na cobrança de*

*penalidades pelo não comparecimento nessas viagens de ida (definida como “Prática Lesiva” ou “Prática”), vertida no clausulado das suas condições de compra e de tarifa (cfr. arts. 17.º a 20.º da PI e Documentos n.ºs 5 e 6 a ela juntos), pelo facto de a considerar manifestamente ilegal, por violação de diversas normas de direito do consumo, e inconstitucional, por violação do direito à proteção dos interesses económicos dos **consumidores**, previsto no artigo 60.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) (cfr. arts. 21.º a 51.º da PI).*

B. Tendo em vista um melhor enquadramento do Tribunal a quo sobre a circunstância em que o Recorrente se apercebeu desta Prática e a alegação e prova do dano que a mesma lhe causou, o Recorrente explicou, em suma, na sua PI, que:

- O Recorrente adquiriu duas passagens aéreas junto da Recorrida: uma de ... para ... (definida como “Viagem de Ida”) e outra de ... para ... (definida como “Viagem de Volta”);*
- O Recorrente pretendeu antecipar a Viagem de Ida, razão pela qual entrou em contacto com o contact center da Recorrida;*
- Nesse telefonema, foram-lhe apresentadas duas hipóteses para a alteração da Viagem de Ida;*
- Como essas hipóteses eram mais caras do que a compra de uma nova passagem de ida, o Recorrente referiu que iria antes comprar uma nova passagem de ida (junto da Recorrida ou de outra companhia aérea concorrente);*
- Nesse momento (a circunstância), a funcionária da Recorrida alertou o Recorrente para o facto de que, se o Recorrente não comparecesse na Viagem de Ida, a Viagem de Volta seria automaticamente cancelada, por força da Prática Lesiva;*
- O que fez com que o Recorrente tenha acabado por adquirir uma nova passagem de ida e uma nova passagem de volta junto da R...;*
- Quando, não fosse a Prática Lesiva, teria apenas adquirido uma nova passagem de ida (a alegação e prova do dano).*

C. Daqui resulta que a presente ação nada tem que ver com a alteração de viagens e/ou com a política de alteração de viagens da Recorrida (aliás, o Recorrente nunca chegou a alterar qualquer viagem!), como entendeu o Tribunal a quo.

*D. Tem, sim, que ver com a Prática Lesiva levada a cabo pela Recorrida, vertida no clausulado dos seus contratos de adesão, a qual atinge – diariamente e de forma indistinta – milhares de **consumidores**, que o Recorrente pretende fazer cessar.*

E. É, portanto, este o objeto da presente ação, clara e expressamente definido nos artigos 17.º a 20.º da PI e Documentos n.ºs 5 e 6 a ela juntos.

F. Considerando, por um lado, este objeto e, por outro lado, o facto de tal ação ter sido proposta pelo Recorrente ao abrigo do artigo 10.º, n.º 1 da Lei de Defesa do **Consumidor** (definida como “LDC”), estamos, portanto, perante uma ação popular, à qual se aplica a Lei de Ação Popular (definida como “LAP”).

G. Por Despacho datado de 12.07.2023, com a ref.ª Citius ...94 (definido como “Despacho Recorrido”), decidiu o Tribunal a quo:

- “[J]ulg[ar] parcialmente procedente a exceção dilatória de ilegitimidade [ativa], e em consequência, absolv[er] a Ré da instância dos pedidos formulados pelo Autor sob as alíneas a) a e), inclusive [pedidos relacionados com o carácter inibitório / popular da ação]”, nos termos dos artigos 278.º, n.º 1, alínea d), 576.º, n.º 2 e 577.º, n.º 1, alínea e), todos do CPC; e

- Condenar o Recorrente em custas, nos termos do artigo 527.º do CPC;

H. Alegando, para o efeito, e em suma, que o Recorrente não tem legitimidade para propor a presente ação, porquanto:

- “[N]ão demanda ao abrigo de direito difuso, mas, antes, fruto de um interesse exclusivamente particular, e pela aplicação das condições de alteração de voos por parte da Ré” (cfr: pág. 9 do Despacho Recorrido) (destaque nosso);

- “[A] causa de pedir do Autor não é a defesa de um interesse difuso dos passageiros transportados pela Ré, mas, reitere-se, o facto de ter decidido alterar um voo (...), ter optado de entre as possibilidades dadas pela Ré pela compra de um bilhete, movendo-se por interesse próprio” (cfr: pág. 9 do Despacho Recorrido) (destaque nosso).

I. Logo, “o único efeito útil da presente ação tal como o Autor a configura, atenta a sua causa de pedir, deriva da relação controvertida entre este e a Ré, cingindo-se à reparação do alegado dano formulado sob o pedido inserto nas alíneas f) e g) da petição inicial [pedido de indemnização do Recorrente]” (cfr: pág. 10 do Despacho Recorrido).

J. O Recorrente não pode conformar-se com esta decisão.



K. Em 1.º lugar, porque a mesma revela que o Tribunal a quo não compreendeu o objeto da presente ação, clara e expressamente definido nos artigos 17.º a 20.º da PI e Documentos n.ºs 5 e 6 a ela juntos: a Prática Lesiva (tal como definida no ponto A. das presentes conclusões) levada a cabo pela Recorrida, vertida no clausulado dos seus contratos de adesão, a qual atinge – diariamente e de forma indistinta –, milhares de **consumidores**, que o Recorrente pretende

fazer cessar.

L. Tal objeto / Prática nada tem que ver com a alteração de viagens e/ou com a política de alteração de viagens da Recorrida (aliás, o Recorrente nunca chegou a alterar qualquer viagem!).

M. A pretensão de antecipação da Viagem de Ida e o telefonema para o contact center da Recorrida foram apenas referidos como a circunstância em que o Recorrente se apercebeu da Prática Lesiva. Nada mais.

N. Ou seja, o facto de o Recorrente “ter decidido alterar um voo” (que – repita-se – nunca chegou a alterar!) é completamente irrelevante / indiferente para o objeto da presente ação, no qual se discute o direito dos clientes da Recorrida que tenham adquirido viagens de ida e volta poderem, se assim o entenderem, voltar sem ter ido e/ou não serem alvo de outro tipo de penalidades por não terem ido (como é o caso da taxa de € 100,00, prevista nas condições de compra da Recorrida, aplicável aos casos de “no show” – cfr: art. 20.º da PI e Documento n.º 6 a ela junto);

O. Ou, por dito de uma forma mais simples, o direito dos clientes da Recorrida poderem usufruir de serviços que contrataram e pelos quais pagaram o respetivo preço.

P. Em face do exposto, é possível concluir que o Tribunal a quo não compreendeu o objeto da presente ação.

◇

*Q. Em 2.º lugar, porque é manifesta a existência de um interesse difuso, mais concretamente, um interesse coletivo (e respetivos interesses individuais homogêneos): o interesse de todos e de cada um dos **consumidores** que celebram, tenham celebrado e/ou venham a celebrar contratos de prestação de serviços de transporte aéreo com a Recorrida e vejam, tenham visto e/ou venham a ver nos mesmos inserido este tipo de cláusulas (definido como o “Interesse do Grupo”);*

R. Seguindo os pontos II. a VII. do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.11.2020 ² (definido como “Acórdão do TRL de 24.11.2020”), transcrito na pág. 7 do Despacho Recorrido, trata-se de um Interesse: (i) com uma dimensão individual (a de cada um dos membros do Grupo) e supra-individual (a do Grupo, como um todo); (ii) disperso e disseminado por vários titulares (os membros do Grupo); e (iii) que cabe a todos e a cada um dos membros do Grupo, de forma indiferenciada e independentemente de qualquer relação voluntária estabelecida entre eles.

S. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.09.2016 ³ (definido como “Acórdão do STJ de 08.09.2016”) aponta como exemplos típicos deste tipo de interesses “a prevenção de uma agressão

ambiental ou uma reação contra o uso de uma cláusula ilegal”. No presente caso, estamos perante o segundo exemplo.

T. Neste contexto, cumpre ainda chamar a atenção para o ponto IX. do sumário Acórdão do TRL de 24.11.2020, transcrito na pág. 8 do Despacho Recorrido, no qual se pode ler que “[a] ação popular não é admissível quando o demandado possa invocar contra algum ou alguns dos representados uma defesa pessoal, isto é, quando possa utilizar fundamentos de defesa específicos contra alguns desses representados”.

U. Como bem nota o Acórdão do STJ de 08.09.2016, “a possibilidade de o demandado numa ação popular invocar diferentes defesas contra vários representados pode ser utilizada como um critério prático para verificar se eles são titulares de um mesmo interesse individual homogéneo”.

V. Ora, tendo em conta que a Recorrida, na sua Contestação, limitou-se a:

- A deduzir exceções, como a de ilegitimidade ativa, alegando que o Recorrente carece de legitimidade para, “por si só” (cfr. arts. 2.º, 8.º, 9.º, 16.º, 19.º, 26.º, ponto d. da Contestação), propor a presente ação em representação do Grupo, e de abuso de direito (cfr. arts. 24.º a 31.º da Contestação), pelo facto de o Recorrente estar a vir pôr em causa a legalidade de um clausulado ao qual previamente se vinculou;

- Exceções estas que tanto poderiam ser deduzidas contra o Recorrente, como contra qualquer outro membro do Grupo;

- Bem como a tentar justificar a sua Prática com argumentos relacionados com o tipo de bilhete / tarifa em causa e questões de competitividade;

- Justificação esta que também poderia ser apresentada contra o Recorrente ou qualquer outro membro do Grupo;

W. É possível concluir que a Recorrida não “pôde invocar” contra o Recorrente qualquer “defesa pessoal”, na aceção do critério mencionado (aliás, se o fizesse, cairia certamente fora do objeto da presente ação), o que reforça a existência de um interesse difuso e a admissibilidade da presente ação.

X. E não se diga que, num ponto ou noutro, a Recorrida invoca, na sua Contestação, alguns elementos particulares (por exemplo, quando faz referência ao telefonema do Recorrente para o contact center da Recorrida, durante o qual o Recorrente se apercebeu da Prática Lesiva, ou quando impugna os danos não patrimoniais alegados pelo Recorrente), como forma de tentar ultrapassar este argumento.

Y. Isto porque:

- Os interesses difusos possuem sempre uma dimensão individual, a par da supra-individual;

- É a própria lei a prever a possibilidade de cumulação, neste tipo de ação, de pedidos indemnizatórios, individuais ou coletivos (cfr. arts. 12.º, n.º 1 da LDC e 22.º, n.ºs 1 a 3 da LAP);

- Como bem decorre do Acórdão do STJ de 08.09.2016, “se qualquer elemento particular invocado por um demandante fosse suficiente para descaraterizar imediatamente o interesse como coletivo, praticamente seria impossível a existência de qualquer ação popular, ficando esta, na realidade, na disponibilidade daquele”.

Z. Ou seja, a verificação de um interesse difuso e a admissibilidade da ação popular são compatíveis / não ficam prejudicados com a existência deste tipo de elementos, os quais não se podem considerar uma verdadeira “defesa pessoal”, para efeitos do mencionado critério.

AA. Importante é sim que a questão jurídica / de direito a decidir seja comum aos interesses do grupo, permitindo, assim, a sua apreciação unitária / conjunta. E, neste caso, é: a legalidade / ilegalidade de cláusulas constantes nos contratos de adesão da Recorrida.

BB. Em suma, é manifesta a existência de um interesse difuso, mais concretamente, um interesse coletivo (e respetivos interesses individuais homogêneos): o Interesse do Grupo (tal como definido no ponto Q. das presentes conclusões).

CC. Ao não o reconhecer e absolver a Recorrida da instância, o Tribunal a quo violou os artigos 10.º, n.º 1, alíneas b) e c) e 13.º da LDC, o artigo 31.º do CPC, o artigo 52.º, n.º 3, alínea a) da Constituição da República Portuguesa e os artigos 2.º, n.º 1 e 14.º da LAP, nos quais se baseia a legitimidade do Recorrente.



DD. Em 3.º lugar, ainda que relacionado com os pontos anteriores, porque o Tribunal transpôs para o Despacho Recorrido um argumento utilizado no Acórdão do TRL de 24.11.2020 que não é aplicável ao presente caso, na medida em que a factualidade subjacente não o permite.

EE. Na base do Acórdão do TRL de 24.11.2020, está uma providência cautelar inibitória popular, instaurada por dois particulares contra uma operadora de telecomunicações, na qual aqueles pediram que esta última fosse inibida de cobrar aos **consumidores** valores que estes não tenham expressamente contratado, no âmbito de determinados serviços, por via do mecanismo WAP BILLING – um mecanismo de subscrição de serviços através de um simples toque / clique no ecrã do telemóvel.

FF. Dentro do grupo de **consumidores** pretensamente representados pelos requerentes – os subscritores de serviços por via do mecanismo WAP BILLING – havia quem tivesse:

- Subscrito tais serviços por engano (i.e., por terem tocado / clicado na opção de subscrição “sem querer”), como os requerentes;

- Subscrito tais serviços porque queria (i.e., por terem tocado / clicado na opção de subscrição por quererem, de facto, adquirir esses serviços);

GG. Ou seja, havia dois “sub-grupos” distintos, cuja separação dependia, necessariamente, de uma análise casuística, sendo que o objeto da providência apenas poderia ser aplicável ao primeiro.

HH. Daí que aquele Acórdão tenha concluído – e bem, na perspetiva do Recorrente – que “[a] pretensão formulada pelos requerentes extravasa o âmbito do direito de ação popular; pois sempre seria necessário determinar: - quais os **consumidores** aos quais a requerida está a cobrar valores não expressamente contratados, no âmbito daqueles serviços; - quais os **consumidores** que deram e quais os que não deram o seu consentimento expreso para contratar”.

II. O Tribunal a quo transpôs este argumento para o Despacho Recorrido, do seguinte modo: “a relação material controvertida extravasa o âmbito do direito de ação popular; pois sempre seria necessário determinar: - quais os passageiros/**consumidores** aos quais a requerida está alegadamente a cobrar valores não expressamente contratados, ou contratados em termos que são lesivos no âmbito dos serviços que presta” (cfr: pág. 10 do Despacho Recorrido).

JJ. No entanto, este argumento não é aplicável ao presente caso, na medida em que a factualidade subjacente não o permite:

KK. Enquanto no caso do Acórdão do TRL de 24.11.2020 não era possível identificar um grupo de **consumidores** representados pelos requerentes sem se proceder a uma análise casuística prévia;

LL. No presente caso, já é: todos e cada um dos membros do Grupo (tal como definido no ponto Q. das presentes conclusões), na medida em que todos e cada um deles partilham o Interesse / direito de não verem nos seus contratos inseridas cláusulas que consubstanciem a Prática Lesiva (tal como definida no ponto A. das presentes conclusões).

MM. E não se diga que, dentro deste Grupo, existem dois “sub-grupos” distintos: os que têm conhecimento da Prática no momento da celebração do contrato (ou que não se opõem à mesma) e os que não têm esse conhecimento, como forma de tentar ultrapassar este argumento.

NN. Desde logo, porque o conhecimento da Prática não afasta a ilegalidade da mesma.

OO. E também porque, os **consumidores** que, por qualquer razão, não concordem com a presente ação ou não se revejam nela, têm sempre a possibilidade de exercer o seu direito de exclusão, previsto no artigo 15.º da LAP.

PP. Em face do exposto, é possível concluir que o Tribunal a quo transpôs para o Despacho Recorrido um argumento utilizado no Acórdão do TRL de 24.11.2020 que não é aplicável ao presente caso, na medida em que a factualidade subjacente não o permite.



QQ. Em 4.º lugar, porque, ainda que assim não fosse – o que não se concede e por mera cautela se pondera –, tal decisão, por se traduzir num despacho de indeferimento liminar da PI do Recorrente, nos termos do artigo 13.º da LAP, é legalmente inadmissível, porquanto extemporânea.

RR. Conforme se pode ler na pág. 1 do Despacho Recorrido, foi o mesmo proferido “nos termos do art. 590.º, n.º 1 do Código do Processo Civil”, correspondendo, assim, a um despacho de indeferimento liminar da PI.

SS. Tratando-se de uma ação popular, é aplicável o regime especial de indeferimento liminar da petição inicial previsto no artigo 13.º da LAP, nos termos do qual: “[a] petição deve ser indeferida quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações que o julgador tenha por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram”.

TT. Como bem decorre do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.05.2023 ⁴: “[o] indeferimento liminar da petição [no âmbito de uma ação popular] já não é possível depois de citado o réu e da apresentação por este da contestação”.

UU. Ora, tendo em conta que:

- O Despacho Recorrido se traduz num despacho de indeferimento liminar da PI, nos termos do artigo 13.º da LAP;

- Este Despacho foi proferido em 12.07.2023, ou seja, mais de meio ano depois de citada a Recorrida (em 11.01.2023 – cfr: aviso de receção com a ref.ª Citius ...27) e cerca de 5 meses após esta ter apresentado a sua Contestação (em 14.02.2023 – cfr: Contestação com a ref.ª Citius ...23);

VV. É possível concluir que tal Despacho é legalmente inadmissível, porquanto extemporâneo.

WW. Em suma, o Tribunal violou o artigo 13.º da LAP.

XX. Em 5.º lugar, porque, ainda que assim não fosse – o que não se concede e por mera cautela se pondera –, o Tribunal não aplicou o regime especial de custas, previsto nos artigos 11.º, n.º 1 da LDC e 20.º, n.º 3 da LAP.

YY. Articulando estes dois artigos, é possível concluir que, mesmo em caso de decaimento total – o que não se concede e apenas por cautela se pondera – o Tribunal a quo sempre teria de fixar o montante das custas concretamente aplicável entre um décimo e metade das custas que normalmente seriam devidas, tendo em conta a situação económica do Recorrente e a razão formal ou substantiva da improcedência, o que não logrou fazer.

ZZ. Em suma, o Tribunal violou os artigos 11.º, n.º 1 da LDC e 20.º, n.º 3 da LAP.



AAA. Adicionalmente, o Despacho Recorrido é nulo, por violação do princípio do contraditório.

BBB. A Recorrida invocou a exceção de ilegitimidade ativa (cfr. arts. 1.º a 23.º da Contestação), alegando que o Recorrente carece de legitimidade para, “por si só” (cfr. arts. 2.º, 8.º, 9.º, 16.º, 19.º, 26.º, ponto d. da Contestação), propor a presente ação em representação de um grupo de **consumidores**;

CCC. Nunca tendo – em momento algum – posto em causa a existência de um interesse difuso.

DDD. Muito pelo contrário: a Recorrida dava este interesse como adquirido, ao referir que o problema estava na propositura da ação pelo Recorrente “por si só”, e que tal problema já não existiria se fosse uma associação de **consumidores** ou o Ministério Público a propor a ação;

EEE. Sendo certo que, também quanto a estes, se exige a verificação de um interesse difuso (e daí o Recorrente afirmar que a Recorrida dava este interesse como adquirido).

FFF. Ao absolver a Recorrida da instância com fundamento na inexistência de tal interesse sem que esta questão tivesse sido anteriormente suscitada no processo e sem ter dado previamente às Partes, em particular, ao Recorrente, a oportunidade de se pronunciar sobre ela, o Tribunal a quo violou o princípio do contraditório, previsto no artigo 3.º, n.º 3 do CPC.

GGG. Quanto à consequência jurídica desta violação, a mesma constitui uma nulidade processual, prevista no artigo 195.º, n.º 1 do CPC, que, no caso concreto, abrange a própria decisão surpresa (neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.12.2019 ⁵).

HHH. Por fim, o Tribunal a quo, ao considerar que um cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos – o Recorrente – não tem legitimidade para, em representação de um grupo de **consumidores** – o Grupo (tal como definido no ponto Q. das presentes conclusões) –, propor uma ação popular, tendo em vista a inibição de utilização, por

parte de um prestador de serviços em massa – a Recorrida –, de cláusulas contratuais constantes nos seus contratos de adesão – as que consubstanciam a Prática Lesiva (tal como definida no ponto A. das presentes conclusões) –, que aquele considera manifestamente ilegais e inconstitucionais;

III. Sendo este um exemplo típico / clássico de interesse difuso e deste tipo de ação (basta consultar o registo de cláusulas contratuais abusivas julgadas pelos tribunais portugueses, disponível em www.dgsi.pt, para se concluir que na base do mesmo estão, na grande maioria dos casos, ações inibitórias que têm como objeto cláusulas contratuais gerais ilegais);

JJJ. Para além de violar as normas referidas ao longo das presentes conclusões, está também a suprimir o exercício, pelo Recorrente, do direito de ação popular, previsto no artigo 52.º, n.º 3, alínea a) da CRP.

KKK. Por este motivo, o Despacho Recorrido é materialmente inconstitucional.



LLL. Por último, o Recorrente requer, muito respeitosamente, que o presente recurso suba diretamente ao Supremo Tribunal de Justiça, nos termos e para os efeitos do artigo 678.º, n.º 1 do CPC.”



7) A ré apresentou articulado de resposta às alegações de recurso na qual, em relação ao mérito da revista pugna pela manutenção da decisão recorrida.



8) O recurso interposto pelo autor viria a ser admitido em primeira instância como de apelação, sendo ordenada a subida dos autos ao Tribunal da Relação.

Porém, o Juiz Desembargador Relator a quem o processo foi distribuído, considerando que estavam reunidos os pressupostos de aplicação do artigo 678.º n.º 1 do Código de Processo Civil ordenou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal de Justiça.

Nesta instância o Juiz Conselheiro relator admitiu tabelarmente o recurso de revista por ter por verificados todos os pressupostos do artigo 678.º n.º 1 do Código de Processo Civil.

Colhidos que foram os vistos dos Juízes Conselheiros adjuntos importa apreciar e decidir.

Tendo em conta o teor da decisão impugnada e das conclusões das alegações do recurso interposto a questão central a decidir é a da **legitimidade do autor para formular os pedidos das alíneas a) a e)**

da petição inicial, merecendo especial atenção a sua ligação com os factos alegados enquanto causa de pedir da acção.

Importa, no entanto, conhecer previamente a questão da nulidade da decisão por violação do princípio do contraditório, sendo que só se conhecerá das demais questões colocadas se não ficarem prejudicadas pelo conhecimento de questões delas dependentes.

◇ ◇

◇

II - FUNDAMENTAÇÃO

Parte I – Os Factos

1) Para além dos factos que resultam expostos no antecedente relatório, importa mencionar terem sido os seguintes os factos alegados pelo autor na petição inicial como causa de pedir:

“I. I. DOS FACTOS

1.º - No dia 16.11.2022, o Autor adquiriu duas passagens aéreas junto da Ré:

- uma de ... para ... (voo ...25), com partida no dia 05.01.2023, às 14h10m, e chegada às 15h35m (a “Viagem de Ida”); e

- outra de ... para ... (voo ...26), com partida no dia 08.01.2023, às 18h00m, e chegada às 21h15m (a “Viagem de Volta”);

2.º - pelo montante total de € 105,57 (cento e cinco euros e cinquenta e sete cêntimos) (...).

3.º - Entretanto, o Autor decidiu ir passar o Ano Novo a ..., razão pela qual, no dia 22.12.2022, entrou em contacto (via chamada telefónica) com o contact center da Ré, tendo em vista a antecipação da Viagem de Ida para o dia 31.12.2022.

4.º - Nesse telefonema, foi explicado ao Autor que a antecipação pretendida, por se traduzir numa alteração da reserva, teria uma penalidade associada de € 75,00 (setenta e cinco euros), acrescida de adicionais de tarifa e outras taxas aplicáveis.

5.º - Foi, ainda, dado como exemplo que se o Autor pretendesse antecipar a Viagem de Ida para o dia 31.12.2022, havia um voo disponível (o voo ...25), com partida às 14h10m e chegada às 15h35m, e que tal teria um custo total de € 152,00 (cento e cinquenta e dois euros).

6.º - Em face do exposto, o Autor referiu que, assim sendo, lhe compensaria mais comprar uma nova passagem de ida, ao invés de alterar a reserva inicial.

7.º - Na sequência desta afirmação, foi explicado ao Autor que:

- se não comparecesse na Viagem de Ida, a Viagem de Volta seria automaticamente cancelada (mesmo que o Autor avisasse – previamente e por escrito – a Ré de que, não obstante não comparecer na Viagem de Ida, pretendia usufruir da Viagem de Volta);

- a única forma de não comparecer na Viagem de Ida e assegurar a Viagem de Volta, seria através de um “upgrade de tarifa”, o que teria um custo de € 73,00 (setenta e três euros). Note-se que, num cenário destes, o Autor teria sempre de adquirir uma nova passagem de ida, na medida em que aquele custo, na prática, serviria apenas para o Autor “não perder” a Viagem de Volta.

8.º - Ou seja, e resumindo, perante a necessidade de antecipação da Viagem de Ida para o dia 31.12.2022, a Ré apresentou duas possibilidades ao Autor:

1. Alteração da reserva, no sentido de substituir a Viagem de Ida pelo voo ...25, mediante o pagamento de € 152,00; ou

2. “Upgrade de tarifa”, no sentido de o Autor poder não comparecer na Viagem de Ida sem perder a Viagem de Volta, mediante o pagamento de € 73,00. Tal como acima adiantado, num cenário destes, o Autor teria sempre de adquirir uma nova passagem de ida.

9.º - Ora, tendo em conta que qualquer uma destas possibilidades acabaria por sair mais cara do que a reserva inicial (que incluía duas passagens) ou de uma nova reserva equivalente a esta, o Autor acabou por adquirir, no dia do telefonema (i.e., no dia 22.12.2022), duas novas passagens (em condições análogas às anteriores, nomeadamente, em termos de bagagem) junto da companhia aérea R...:

- uma de ... para ... (voo ...82), com partida no dia 31.12.2022, às 06h20m, e chegada às 07h45m (a “Nova Viagem de Ida”); e

- outra de ... para ... (voo ...36), com partida no dia 08.01.2023, às 09h15m, e chegada às 12h30m (a “Nova Viagem de Volta”);

10.º - Pelo montante total de € 95,98 (noventa e cinco euros e noventa e oito cêntimos) (...).

11.º - Para além deste gasto adicional, esta situação gerou – e continua a gerar – no Autor sentimentos de grande frustração e angústia, enquanto cidadão e **consumidor**. ”



2) O autor alegou ainda o seguinte:

“17.º - Ora, descendo ao caso dos presentes autos, com a presente ação pretende o Autor fazer cessar a prática lesiva do direito à proteção dos interesses económicos dos **consumidores**, levada a cabo pela Ré, traduzida no cancelamento automático de viagens de volta quando os **consumidores** não compareçam nas respetivas viagens de ida e/ou na

cobrança de penalidades pelo não comparecimento nessas viagens de ida (a “Prática Lesiva” ou, abreviadamente, “Prática”);

18.º - Prática esta comumente designada por “Política de no show”.

19.º - É, portanto, este o objeto da presente ação.

20.º - Esta Prática Lesiva encontra-se prevista quer nas Condições de Compra, quer nas condições gerais sobre tarifas disponibilizadas no website da Ré (as “Condições de Tarifas”).

◇ ◇

◇

Parte II – O Direito

1) Cuidemos então agora de analisar o mérito do recurso de revista interposto pelo autor.

A questão central que o autor coloca é a da sua própria legitimidade para formular os pedidos das alíneas a) a e) da petição inicial, legitimidade essa que não lhe foi reconhecida na decisão recorrida.

A decisão ora impugnada foi proferida findos os articulados e no âmbito da gestão inicial do processo prevista no artigo 590.º n.º 1 do Código de Processo Civil, sendo julgada procedente a excepção dilatória da ilegitimidade activa invocada pela ré.

Antes, porém, de entrar na apreciação dessa questão – objecto central do recurso – impõe-se abordar as questões que possam inviabilizar o seu conhecimento.

◇

2) Da nulidade do despacho recorrido por violação do princípio do contraditório

Nas conclusões AAA) a GGG) o autor recorrente invoca a violação do princípio do contraditório.

Em seu entender o fundamento da decisão recorrida – a inexistência de um interesse difuso de que o autor fosse também titular – não foi suscitada nesses exactos termos pela ré, que se limitou a questionar a legitimidade do autor para representar o grupo de **consumidores** potencialmente afectados.

Não teria assim sido observado o princípio do contraditório em relação ao real fundamento da decisão recorrida.

Vejamos.

A questão da legitimidade do autor para propor a presente acção foi suscitada pela ré na sua contestação e assentou, no essencial, na

circunstância de o autor pretender exercer nela direitos cuja titularidade não lhe pertence em exclusivo, mas, e em conjunto, aos **consumidores** suscetíveis de virem a ser atingidos pela prática lesiva assente nas condições de comercialização dos serviços de transporte aéreo adoptadas pela ré.

O autor apresentou oportunamente articulado de resposta à matéria da excepção invocando, além do mais, estar a sua legitimidade assegurada pelo artigo 31.º do Código de Processo Civil, preceito que, como logo resulta da sua epígrafe, se reporta à legitimidade activa nas acções para tutela de interesses difusos.

Os termos em que a questão da legitimidade do autor foi colocada pelas partes e tratada na decisão recorrida não deixam dúvida acerca do que estava em causa: tendo em conta os factos alegados como causa de pedir, a ré questionou a legitimidade do autor para requerer a sua condenação em nome do interesse geral de um conjunto dos cidadãos potencialmente afectados com a identificada prática lesiva dos seus direitos enquanto **consumidores**.

A legitimidade do autor para formular os pedidos das alíneas a) a e) só poderia assentar na alegação de um interesse difuso partilhado pelo conjunto de cidadãos afectados pela aplicação das descritas condições em que a ré comercializa os seus serviços.

“Os interesses difusos correspondem a um interesse jurídico reconhecido e tutelado, cuja titularidade pertence a todos e a cada um dos membros de uma comunidade ou grupo, mas não são susceptíveis de apropriação individual por qualquer um desses membros”, como, entre outros, esclarece o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de julho de 1998 na apelação 0027892, sumariado em www.dgsi.pt.⁶

É exactamente na impugnação da co-titularidade de interesses difusos por parte do autor, face à matéria de facto por si alegada, que assenta a arguição da excepção dilatória de ilegitimidade activa que foi acolhida na decisão recorrida.

Tendo o autor exercido o contraditório sobre essa matéria e sobre os fundamentos da respectiva decisão não pode senão concluir-se ser improcedente a invocada nulidade da decisão recorrida por pretensa violação do princípio do contraditório (artigo 3.º n.º 3 do Código de Processo Civil e 615.º n.º 1 d) do Código de Processo Civil).



3) A extemporaneidade do despacho recorrido

O autor invoca nas conclusões QQ) a VV) das suas alegações de recurso a extemporaneidade do despacho recorrido ao indeferir liminar e parcialmente a petição inicial no final da fase dos articulados.

A decisão seria nula por estar ultrapassado o momento processualmente adequado à apreciação liminar da petição, estabelecido, além do mais, no artigo 13.º da Lei 83/95 de 31 de agosto.

Cremos não assistir razão ao autor.

a) Como resulta dos autos, e dos seus próprios termos, o despacho que não reconheceu a legitimidade do autor para formular os pedidos das alíneas a) a e) da petição inicial foi proferido ao abrigo do disposto no artigo 590.º n.º 1 do Código de Processo Civil que impõe ao juiz, no contexto da gestão inicial do processo, que tome conhecimento dos pressupostos processuais e da regularidade da instância.

Cumprido que foi o contraditório em relação à invocação pela ré da exceção de ilegitimidade foi então proferida a decisão impugnada.

b) Ora o artigo 590.º n.º 1 do Código de Processo Civil determina que a petição seja indeferida quando o pedido seja manifestamente improcedente ou quando ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insuperáveis.

De forma semelhante dispõe, aliás, o artigo 13.º da Lei 83/95 de 31 de agosto, que regula o direito de participação procedimental e ação popular ao prever o indeferimento da petição *“quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido”*, ouvido o Ministério Público e feitas as averiguações que se tenham por necessárias.

Ainda que ambas as normas pressuponham que o desenvolvimento da instância se encontra numa fase inicial, em nenhuma se surpreende a expressão *“indeferimento liminar”*, o que parece revelar a preocupação do legislador em alargar a possibilidade de obstar ao prosseguimento de ações manifestamente inviáveis (neste sentido o Juiz Conselheiro António Martins – Código de Processo Civil – Comentários e Anotações práticas – 2.ª edição Almedina em anotação ao artigo 590.º do Código de Processo Civil).

Mas nenhuma das normas em causa proíbe o indeferimento da petição inicial no momento destinado ao saneamento do processo e após o cumprimento do contraditório e da realização das diligências tidas por necessárias.

c) A decisão recorrida, tomada depois de cumprido o indispensável contraditório não violou o artigo 13.º da citada Lei 83/95, de 31 de agosto, improcedendo a alegação em contrário do recorrente.



4) A ilegitimidade do autor para formular os pedidos das alíneas a) a e) da petição inicial

Vejamus então a questão da legitimidade do autor para formular os pedidos das alíneas a) a e) da petição inicial.

a) Introduzindo a questão da legitimidade em geral, diga-se que a resolução do conflito de interesses que a acção pressupõe – qualquer que ela seja – parte da explanação dos factos essenciais em que se baseia o pedido (artigo 5.º do Código de Processo Civil).

É perante a descrição dos factos feita pelo autor que o Tribunal avalia quem são os sujeitos titulares da relação material controvertida, “*tal como é configurada pelo autor*” (artigo 30.º n.º 3 in fine do Código de Processo Civil) e analisa a pertinência do pedido deduzido.

A causa de pedir e o pedido, tal como expostos na petição inicial, são, como é pacífico, os elementos a atender para a decisão sobre a legitimidade/ilegitimidade das partes.

b) O conceito de legitimidade activa fornecido pelo artigo 30.º do Código de Processo Civil, exige, em conformidade, a verificação de uma relação entre o autor e a pretensão por ele formulada: “*O autor é parte legítima quando tem interesse directo em demandar, sendo este aferido em função da utilidade derivada da procedência da acção.*”

No caso presente a utilidade directa para o autor derivada da procedência da acção assenta na condenação da ré nos pedidos formulados nas alíneas f) e g), isto é, no recebimento da indemnização correspondente ao montante dos danos de natureza patrimonial e não patrimonial sofridos e respectivos juros de mora. Tais pedidos – que agora não estão em causa – têm suficiente suporte factual na matéria de facto articulada na petição inicial.

c) E quanto aos pedidos formulados nas alíneas a) a e) da petição inicial?

O autor, ainda que peça a aplicação retroativa da declaração de nulidade das cláusulas que entende serem proibidas – condições de compra e condições de tarifas divulgadas no website da ré – configura a presente acção como uma acção inibitória interposta ao abrigo do disposto no artigo 10.º n.º 1 alíneas b) e c) da Lei de Defesa do **Consumidor** (Lei 24/96 de 31 de julho), preceito que assegura o direito de acção destinada a fazer cessar práticas lesivas dos direitos do **consumidor** consignados nesse mesmo diploma que, nomeadamente, se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas ou consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

d) O autor apresenta-se, pois, a exercer o direito de acção popular em representação de um conjunto indeterminado de cidadãos que contratem com a ré a aquisição de bilhetes para viagens aéreas de ida e volta que não realizem a viagem de ida e a quem se apliquem as condições de venda praticadas pela ré, formulando pedidos que extravasam a simples tutela do seu interesse individual.

Na perspectiva do autor, estão em causa cláusulas gerais alegadamente proibidas, nomeadamente por violação dos artigos 15.º (cláusulas contrárias à boa-fé) e 22.º n.º 1 (cláusulas que prevejam a resolução do

contrato pelo predisponente sem motivo justificado) do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais e que o autor reputa de ilegais como se vê dos artigos 22.º a 51.º da petição.

Nos termos consignados no artigo 25.º do Decreto-Lei **446/85** de 23 de outubro (Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais) a acção inibitória destinada a proibir a utilização futura de cláusulas contratuais gerais independentemente da sua efectiva inclusão em contratos singulares, é admissível quando elas contrariem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do citado diploma.

d) A acção intentada pelo autor, contendo pedidos formulados em nome de um interesse colectivo, é tipicamente uma acção popular abrangida pela Lei 83/95 de 31 de agosto.

O que é que isso representa na equação para a solução da questão da legitimidade activa questionada?

e) A tramitação da acção inibitória a que alude o artigo 10.º da Lei de Defesa do **Consumidor** (Lei 24/96 de 31 de julho) bem como a da acção popular a que alude a Lei 83/95, de 31 de agosto, não se rege por normas específicas, podendo assumir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil.

Porém, no que se refere à legitimidade activa, o legislador teve a preocupação de introduzir normas específicas alterando de forma radical a conceito de legitimidade em geral previsto no Código de Processo Civil.

Fê-lo alargando a legitimidade para intentar as acções previstas na Lei de Defesa do **Consumidor** a entidades diferentes do **consumidor** directamente lesado (artigo 13º), tal como havia anteriormente feito, no âmbito do direito de acção popular, sublinhando aqui que a titularidade do direito de acção popular conferida a qualquer cidadão para instaurar a correspondente não estava dependente do seu interesse directo na demanda (artigo 2.º n.º 1).

f) Justifica-se abrir aqui um breve parêntesis para analisar o que resulta da regulamentação constitucional da acção popular com relevo para a decisão a proferir nesta sede.

O artigo 52.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa confere a todos os cidadãos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular “*nos casos e termos previstos na lei*”, incluindo o direito à correspondente indemnização.

A remissão para a regulamentação a efectuar em sede infraconstitucional, ainda que imponha uma interpretação conforme à regra constitucional e a aplicação das normas de direito material e adjectivo específicas da acção popular dela derivadas, em especial das constantes da Lei 83/95 de 31 de agosto, não afasta a aplicação do regime processual geral e a observância dos princípios gerais estruturantes do processo civil, quanto a todos os aspectos não

especificamente regulados na Constituição da República Portuguesa e na regulamentação da acção popular.

O reconhecimento da titularidade do direito à acção popular não isenta o cidadão que pretenda exercê-lo, da necessidade de exposição na petição inicial dos factos que constituem a causa de pedir, nem de formular os pedidos com eles conexos.

A legitimidade material abstractamente reconhecida a um autor da acção para tutela de interesses difusos não elimina a necessidade de alegação dos factos essenciais que constituem a causa de pedir típica da acção e de que resulte a violação de direitos colectivos, no caso sub judice de direitos dos **consumidores**.

Se se discute na doutrina e na jurisprudência a necessidade de o autor da acção colectiva provar sempre o seu interesse pessoal na demanda ⁷, não parecem existir dúvidas em considerar que a acção popular não pode ter por único objecto, por natureza e definição, direitos ou interesses exclusivamente pessoais do autor.

Sem que tal envolva a supressão do exercício da acção popular que nessa situação não encontra qualquer justificação legal.

h) Vem isto a propósito de a decisão recorrida partir da afirmação de que os factos alegados como causa de pedir na acção (factos 1.º a 11.º e 17.º e 18.º descritos na petição) se reportam a um interesse exclusivamente particular do autor, visando ele a declaração de nulidade das condições de comercialização das viagens e obter a indemnização pelos danos causados. Tais factos não permitiriam afirmar a co-titularidade do interesse colectivo que justifica a instauração da acção popular.

Vejamos se assim é.

i) Em harmonia com o direito de acção popular nos termos em que ficaram definidos no artigo 2.º n.º 1 da Lei 83/95, de 31 de agosto, o artigo 31.º do Código de Processo Civil em vigor, mais não faz do que assumir que, nas ações para a tutela de interesses difusos, qualquer cidadão no uso dos seus direitos civis e políticos, tinha legitimidade para instaurar a competente acção, a par das associações e fundações defensoras dos interesses em causa.

A norma em causa está em linha com o direito de acção popular para cessação de infrações contra os direitos dos **consumidores** previsto no artigo 52.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa e com a participação procedimental regulada pela Lei 83/95 de 31 de agosto, que assume ser a protecção do consumo de bens ou serviços um dos interesses por ela protegidos, esclarecendo no seu artigo 2.º n.º 1 serem titulares do direito procedimental de participação popular, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

j) O que sucede no caso sub judice?

O autor descreve na petição inicial um episódio em que foi directamente interveniente e que traduz a prática da ré divulgada no seu website e que identifica como lesiva de direitos dos **consumidores** que se tenham encontrado ou venham a encontrar na mesma situação: a impossibilidade de utilização de um serviço (viagem de volta) adquirido em conjunto com outro ou a imposição de um encargo suplementar para que tal serviço lhe seja prestado.

A ilegalidade da aplicação desse encargo suplementar ou do cancelamento da viagem de volta encontra-se suficientemente explicada nos artigos 22.º e seguintes e não se reporta exclusivamente à situação particular do autor como resulta, por exemplo, dos artigos 24.º e 25.º, 34.º ou 44.º da petição inicial.

k) Como se pondera no acórdão de 29 de novembro de 2016 desta mesma 1.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça (revista 135/14.2T8MDL.G1.S1) o artigo 52.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa “*confere a todos o direito de acção popular (...), pelo que qualquer pessoa tem legitimidade para deduzir a correspondente pretensão, em processos destinados à defesa desses ou de outros valores e bens constitucionalmente protegidos, independentemente de ter um interesse um pessoal directo em tais demandas.*”

Mais adiante, acentua o citado aresto que a Lei 83/95 de 31 de agosto, “*ao atribuir o direito de acção popular a “todos”, a lei permite que qualquer pessoa defenda interesses ou bens protegidos que não são apenas seus, mas de todos os neles interessados, por integrarem a comunidade a que os mesmos bens respeitam.*”

Daí que, o específico interesse processual/legitimidade do autor na acção popular não esteja condicionado à existência de uma conexão substantiva entre o mesmo, individualmente considerado, e o bem tutelado, antes “*deve ser averiguado a partir da integração do demandante em determinadas categorias de indivíduos que se encontrem em relação com o objecto do processo, que, necessariamente, deverá transcender o interesse pessoal de qualquer deles.*”

Assim, só a integração na comunidade de “interesses” visados pela acção permite assegurar a legitimidade popular e o interesse em agir; ainda que, em determinadas situações, tal interesse radique em qualquer cidadão”.

l) Já atrás ficou dito que na petição inicial o autor expôs de modo suficiente a razão pela qual as circunstâncias em que se verificou o episódio em que teve intervenção directa são extensíveis à generalidade dos **consumidores** que se encontrem na mesma situação de aquisição de passagens aéreas de ida e volta e de não utilização da viagem de ida, não cabendo aqui e agora analisar do mérito da causa nem se as condições de compra e de tarifas praticadas pela ré têm alguma justificação.

Certo é que nem é manifestamente improvável a procedência dos pedidos formulados agora em apreciação (artigo 13.º da Lei 83/95 de 31 de agosto e 590.º n.º 1 do Código de Processo Civil) nem é evidente a existência de excepção dilatória insuprível (artigo 590.º n.º 1 do Código de Processo Civil), a Lei 83/95 de 31 de agosto prevê nos seus artigos 14.º e 15.º “*um regime especial de representação processual, mediante o qual o autor representa, por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão*”, como se escreve no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de novembro de 2016.

m) Em conclusão, na procedência da revista, revoga-se a decisão recorrida e determina-se o prosseguimento da acção e a realização das diligências que forem tidas por necessários ao conhecimento dos pedidos formulados.

Fica prejudicada a apreciação das questões de inconstitucionalidade da decisão recorrida (conclusões HHH) a KKK) e da omissão da fixação do concreto valor das custas a suportar pelo autor (conclusões XX a ZZ).

A ré, porque vencida, é responsável, nos termos gerais, pelo pagamento das custas da revista.

◇ ◇

◇

III - DECISÃO

Termos em que, julgando a revista procedente, acordam em revogar a decisão impugnada que julgou parcialmente procedente a excepção dilatória de ilegitimidade do autor e absolveu a ré da instância quanto aos pedidos formulados pelo autor nas alíneas a) a e), inclusive, ordenando o prosseguimento da acção para apreciação do mérito de todos os pedidos formulados pelo autor.

As custas da revista ficam a cargo da ré recorrida.

Lisboa e Supremo Tribunal de Justiça, 17 de setembro de 2024

Manuel José Aguiar Pereira (Relator)

Jorge Manuel Arcanjo Rodrigues

Nelson Paulo Martins de Borges Carneiro

1. Consta do despacho impugnado a seguinte fundamentação:

“No caso concreto, fácil é de ver que o Autor não demanda ao abrigo de direito difuso, mas, antes, fruto de um interesse exclusivamente particular; e pela aplicação das condições de alteração de voos por parte da Ré, aliás, condições essas que, conforme alega, tem acesso (e, portanto, conhecimento ao adquiri-las) por meio da gestão de reservas disponibilizada pela Ré, enquanto transportadora aérea de passageiros.

Na verdade, a causa de pedir do Autor não é a defesa de um interesse difuso dos passageiros transportados pela Ré, mas, reitere-se, o facto de ter decidido alterar um voo (diga-se para um dia, que é sabido integrar época alta – passagem de ano), ter optado de entre as possibilidades dadas pela Ré pela compra de um bilhete, movendo-se por interesse próprio.

Dito de outro modo, a vantagem que o Autor retira da procedência da ação é reaver um montante que despendeu por alteração da sua exclusiva responsabilidade (no quadro da liberdade contratual a que obedecem os negócios jurídicos), alegando prática lesiva.”

2. Nota de rodapé 8 no original: 8 *Proferido no âmbito do processo n.º 7692/20.2T8LSB-A.L1-7, relatado por José Capacete, e disponível em www.dgsi.pt.*

3. Nota de rodapé 9 no original: 9 *Proferido no âmbito do processo n.º 7617/15.7T8PRT.S1, relatado por Oliveira Vasconcelos, e disponível em www.dgsi.pt.*

4. Nota de rodapé 10 no original: 10 *Proferido no âmbito do processo n.º 20228/21.9T8LSB.L1.S1, relatado por Ferreira Lopes, e disponível em www.dgsi.pt.*

5. Nota de rodapé 11 no original: 11 *Proferido no âmbito do processo n.º 14227/19.8T8PRT.P1, relatado por Eugénia Cunha, e disponível em www.dgsi.pt.*

6. Com interesse ver, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2016 na revista n.º 7617/15.7T8PRT.S1), que sintetiza os ensinamentos do Professor Miguel Teixeira de Sousa (A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos, Lex, Lisboa, 2003, págs. 46 e seguintes) da forma seguinte:

“Os interesses difusos são interesses que possuem uma dimensão individual e supra-individual, ao contrário dos interesses individuais, que só possuem uma dimensão individual, pertencem exclusivamente a um ou a alguns titulares.

Os interesses particulares homogêneos são aqueles em que não existem situações individuais particularizadas, mas tão só situações jurídicas genericamente consideradas.

Os interesses difusos encontram-se dispersos ou disseminados por vários titulares, mas são interesses sem sujeito ou sem titulares, cabem a cada um dos membros de uma classe ou de um grupo, mas são insusceptíveis de apropriação individual por qualquer desses sujeitos, sendo, pois, a dupla dimensão individual e supra-individual uma característica essencial desses interesses. Os interesses difusos são indiferenciados, não só porque podem pertencer a qualquer sujeito que se inclua numa certa classe ou categoria, mas também porque eles existem independentemente de qualquer relação voluntária estabelecida entre os seus titulares.”

7. Sobre o assunto ver Raquel de Jesus Caetano na sua Dissertação de Mestrado – A ação popular (civil) como instrumento de tutela coletiva uma análise à luz da lei n. 83/95, de 31 de agosto, a páginas 91 e seguintes.

Acórdãos STJ

Processo:
N.º Convencional:
Relator:
Descritores:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
22640/18.1T8LSB.LI.SI
1.ª SECÇÃO
MARIA CLARA SOTTOMAYOR
DIREITOS DO CONSUMIDOR
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
TELECOMUNICAÇÕES
SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS
INTERESSES DIFUSOS
CONTRATO DE ADESÃO
CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL
DEVER DE INFORMAÇÃO
LIBERDADE CONTRATUAL
BOA FÉ
CONSENTIMENTO INFORMADO
CLÁUSULA PROIBIDA

Apenso:
Data do Acórdão:
Votação:
Texto Integral:
Privacidade:
Meio Processual:
Decisão:
Sumário :

02/02/2022
UNANIMIDADE
S
1
REVISTA
CONCEDIDA A REVISTA

I – Os contratos de adesão caracterizam-se pela predisposição unilateral e pela generalidade, cabendo apenas a uma das partes a sua pré-elaboração, sem prévia negociação com a outra, e destinam-se a ser subscritos por uma multiplicidade de contraentes potenciais.

II – Nos termos do artigo 9.º - A, n.º 2 e n.º 3, da Lei n.º 24/96, de 31-07, a obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais; nos casos em que a obrigação de pagamento adicional resultar de opções estabelecidas por defeito que tivessem de ser recusadas para evitar o pagamento adicional (ou que nem admitem a possibilidade de recusa), o consumidor tem direito à restituição do referido pagamento.

III - Uma remissão para o lugar da internet da Vodafone para mais informações (facto provado n.º 27) e um consentimento genérico e presumido, meramente formal, prestado no momento da adesão ao pacote, normalmente com informações sumárias prestadas ao telefone e sem fornecimento prévio do texto escrito do contrato, para reflexão, não são suficientes para permitir aos consumidores uma escolha consciente e para a obtenção de uma vontade esclarecida.

IV – Não é o cliente quem deve, por *iniciativa própria*, tentar efetivamente conhecer as condições gerais, é ao utilizador que compete *proporcionar-lhe condições para tal*.

V – O dever das empresas predisponentes é o de fornecerem, por escrito, um resumo do contrato, em linguagem clara, simples e facilmente perceptível para os cidadãos comuns, onde se chama a atenção para as cláusulas que contêm riscos de prejudicar o cliente e de frustrar as suas expetativas.

VI – O conceito de boa fé como critério de validade das cláusulas contratuais gerais (artigo 15.º do Decreto-lei n.º 446/85, de 25-10) surge como *externo* ao contrato e à relação concreta estabelecida entre as partes, sendo fonte de limitação à liberdade contratual

VII – A boa fé concretiza-se pelos critérios gerais fixados no artigo 16.º do citado diploma – a tutela da expectativa do aderente e o objetivo do contrato – e é objeto de tipificações legais exemplificativas do seu alcance que dão corpo a regras de proibição de conteúdo contratual (artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do DL n.º 446/85), como contrapartida de um regime jurídico que atribui um poder inusitado ao predisponente de cláusulas contratuais gerais, contexto negocial que exige ao julgador um papel corretor e constitutivo da justiça contratual.

VIII – A Cláusula em litígio das Condições Gerais do contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço móvel relativa à descrição do “Serviço de Acesso à Internet Móvel” dispõe o seguinte: *“O serviço permite, ainda, utilizar um conjunto de serviços adicionais, como por exemplo a Opção Extra para os tarifários pós-pagos ou o acesso gratuito a Wi-Fi nos hotspots da Vodafone Portugal. Para mais informações sobre serviços adicionais consulte www.vodafone.pt ou ligue para o Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912 (tarifa aplicável)”*.

IX – A citada cláusula contraria as duas vertentes da boa fé – a tutela da confiança e a proibição do desequilíbrio significativo de interesses – porque introduzida num pacote de serviços com um preço, a troco de uma prestação principal, a que acrescem custos adicionais atípicos como contrapartida de serviços extra ativados automaticamente, sem que o consumidor tenha a possibilidade de recusar tais serviços.

X – Esta cláusula envolve **riscos para os interesses económicos do aderente**, desrespeita a **autodeterminação** e as **expectativas** deste e provoca, ainda, um **desequilíbrio contratual significativo** traduzido na circunstância de a ré, onerando os consumidores com custos adicionais com os quais estes não contam no seu orçamento familiar, obter um incremento injustificado nas suas margens de lucro.

XI – Assim, da aplicação conjunta dos artigos 15.º e 16.º do citado diploma, conjugados com a al. d) do artigo 19.º (cláusulas relativamente proibidas), que proíbe *cláusulas que impõem ficções de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes*, e com a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei 24/96, resulta que a cláusula contratual geral em crise nestes autos é uma cláusula que contraria a boa fé e proibida pela lei.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

I – Relatório

1. AA e BB intentaram a presente ação popular contra VODAFONE PORTUGAL – COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A., pedindo:

- “a) Que a todos os clientes da R, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora AA., seja reconhecido o direito a não pagarem por serviços que não tenham prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constituam cumprimento de contrato válido;
- b) Que a todos os clientes da R, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora AA., seja reconhecido o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações.
- c) Que a R. seja impedida de deduzir a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor consentiu a prestação dos serviços adicionais de telecomunicações por falta de recusa expressa dos mesmos e em consequência ativar por defeito e automaticamente tais serviços extras;
- d) Que a todos os clientes da R., consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora AA., seja reconhecido o direito ao reembolso do pagamento adicional por serviços dos quais não consentiu expressamente, mas que a R. o tenha deduzido a partir de opções estabelecidas por defeito que os clientes deveriam recusar para evitar o pagamento adicional;
- e) Em qualquer dos casos, seja a R. condenada a devolver, a cada um dos seus clientes ou ex-clientes, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, incluindo os AA., os montantes relativos aos pagamentos adicionais efetuados por serviços dos quais o consumidor não consentiu expressamente, desde a entrada em força da diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 e que tal pagamento seja feito automaticamente por crédito nas contas correntes dos clientes junto da Ré quando tal seja possível ou por transferência bancária para as contas a serem indicadas por cada cliente ou ex-clientes que reclamem e que assim o pretendam em alternativa ao crédito em conta corrente junto da Ré;
- f) Que sejam declaradas como cláusulas contratuais proibidas e consequentemente nulas qualquer cláusula contratual que contrarie o direito peticionado no pedido a) e ou b) e ou c), nomeadamente seja considerada uma cláusula contratual proibida aquela que impõe a obrigatoriedade ou a não possibilidade de recusa da contratação de serviços adicionais extra, nos termos e para os efeitos do artigo 12º e 24º DL 446/85 de 25 de Outubro e da diretiva 93/13 CEE;
- g) Caso não proceda o pedido em f) que sejam declaradas como cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé qualquer cláusula contratual que contrarie o direito peticionado no pedido a) e ou b) e ou c) nos termos do artigo 15º do DL 446/85 de 25 de Outubro e da diretiva 93/13 CEE e que concomitantemente sejam consideradas

proibidas nos termos e para os efeitos do artigo 25º do DL 446/85, de 25 de Outubro.”.

Alegam, para tanto, e em síntese, que a Ré obriga os consumidores de telecomunicações a pagar por serviços que não solicitaram prévia e expressamente nem constituem cumprimento de um contrato válido, sendo nula qualquer cláusula que imponha a não possibilidade de recusa de serviços adicionais extra.

Juntaram documentos.

Ouvido o Ministério Público, por despacho de 15/11/2018, foi recebida a petição inicial, determinada a citação da Ré e bem assim dos interessados “utilizadores dos serviços de telecomunicações da Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.”.

2. A Ré apresentou contestação, impugnando o alegado pelos Autores, invocando, em síntese, que cumpre a legislação nacional e comunitária aplicável e os seus clientes dispõem de toda a informação, nomeadamente no que respeita à ativação de dados móveis extra quando é ultrapassado o consumo previsto no valor da mensalidade, concluindo pela sua absolvição do pedido e bem assim assacando má fé processual aos Autores, pedindo a sua condenação na multa máxima e em indemnização não inferior a € 8.000,00 (oito mil euros).

Juntou documentos.

3. Em 27/06/2019, foi realizada audiência prévia, na qual foram os Autores convidados a concretizar qual ou quais as cláusulas que pretendem ver declaradas nulas – convite a que responderem por requerimento de 12/07/2019 – não foi admitido o pedido de reenvio prejudicial, foi proferido despacho saneador, identificando o objeto do litígio, e enunciados os temas da prova.

Procedeu-se a julgamento, com observância do formalismo legal, como resulta da respetiva ata.

4. O tribunal de 1.ª instância incidiu sobre as seguintes questões:

«- saber se a Ré obriga os consumidores de telecomunicações a pagar por serviços que não tenham prévia e expressamente encomendado ou

solicitado ou que não constituem cumprimento de um contrato válido;

- saber se a Cláusula 2ª, alínea *d*), do Contrato de Adesão ao Serviço Fixo e/ou Serviço Móvel, por referência ao “*pacote Red*” se mostra contrária às regras imperativas do diploma que regula as cláusulas contratuais gerais, por obrigar o consumidor a adquirir automaticamente e sem hipótese de recusa serviços extra, pagos;
- saber se a Ré é responsável, e em que medida, pelo reembolso de quantias pagas pelos seus clientes/consumidores;
- da má fé dos Autores».

5. O tribunal de 1.ª instância decidiu o seguinte:

«Pelo exposto, julgo improcedente a presente ação, e consequentemente, decido absolver a Ré do pedido.

Mais decido absolver os Autores do pedido de condenação como litigantes de má fé.

Custas pelos Autores».

6. Inconformados, os autores **BB e AA**, vieram interpor Recurso de Revista “*Per Saltum*” sobre a matéria de direito, nos termos e ao abrigo nos artigos 627.º, 629.º, n.º 1, 631.º, 637.º, 639.º, 672.º, 675.º, 678.º, n.º 1 *ex vi* artigo 644.º, n.º 1, alínea *a*) e 678.º, n.º 3 todos do CPC, formulando as seguintes conclusões, que terminam peticionando o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e, em qualquer caso, a revogação do acórdão recorrido:

«1. Por muito respeito que mereça o vertido na decisão *a quo*, com a mesma não se pode de modo algum concordar e a presente decisão veio surpreender sobremaneira os aqui Recorrentes, considerando que o Tribunal recorrido não julgou corretamente e nem resolve as questões e responde aos pedidos efetivamente formulados.

2. Ressalvado sempre o devido respeito, que é o maior, a Mma. Juíza recorrida decidiu mal, não avaliando convenientemente o caso *sub judice*.

3. Desde logo porque inquina toda a questão nos direitos de informação do consumidor, quando a questão a resolver não se pretende, nem remotamente, com essa problemática.

4. A decisão foi, “em suma” que uma vez que “a oferta do pacote «Red», cumprindo que seja, em cada caso concreto de contratação, o dever de informação, mostra-se de acordo com as exigências legais, num quadro de proteção do consumidor, mas também da liberdade contratual” [negrito nosso], levando isso à absolver a Ré do pedido.

5. Quando as questões, simples, de direito a resolver são saber somente se:

6. os consumidores de serviços de telecomunicações móveis (como os Autores e demais Autores Populares) tem o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações;

7. se as operadoras de serviços de telecomunicações móveis (como a Ré) podem deduzir a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor tenha consentido a prestação dos serviços adicionais de telecomunicações por falta de recusa expressa dos mesmos e em consequência ativar por defeito e automaticamente tais serviços extras;

8. se os consumidores de serviços de telecomunicações móveis (como os Autores e demais Autores Populares) tem o direito a não pagarem por serviços que não tenham prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constituam cumprimento de contrato válido.

9. É somente estas questões de direito que os Autores pediram ao tribunal para resolver e que **em síntese se resume a saber se os consumidores podem ou não recusar os serviços adicionais de telecomunicações.**

10. Essencialmente, os Autores vêm pedir que o tribunal decida sobre os problemas que o artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU, o artigo 3.º, n.º 4, e os artigos 8.º e 9.º (d) e do anexo I, ponto 29, da Diretiva 2005/29/CE. e o artigo 9.º - A, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 24/96, pretendem acautelar.

11. E que depois sejam assacadas as consequências do reconhecimento desses direitos, nomeadamente “que a todos os clientes da R., consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora AA., seja reconhecido o direito ao reembolso do pagamento adicional por serviços dos quais não consentiu expressamente mas que a R. o tenha deduzido a partir de opções estabelecidas por defeito que os clientes devessem recusar para evitar o pagamento adicional” e que “seja a R. condenada a devolver, a cada um dos seus clientes ou ex-clientes, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, incluindo os AA., os montantes relativos aos pagamentos adicionais efetuados por serviços dos quais o consumidor não consentiu expressamente, desde a entrada em força da diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 e que tal pagamento seja feito automaticamente por crédito nas contas correntes dos clientes junto da Ré quando tal seja possível ou por transferência bancária para as contas a serem indicadas por cada cliente ou ex-clientes que reclamem e que assim o pretendam em alternativa ao crédito em conta corrente junto da Ré”

12. Como se percebe, nenhum dos direitos supra elencados, que os Autores pretende ver reconhecidos na esfera de todos os consumidores

de telecomunicações, clientes da Ré, incluindo os próprios, se relaciona com o direito de informação dos consumidores ou, de alguma forma, são ultrapassados, resolvidos, ampliados ou reduzidos perante tal direito de informação dos consumidores.

13. Só a título de exemplo, o segundo pedido, o qual tem repercussões na relação passada, atual e futura de todos os consumidores de serviços de telecomunicações móveis, ou seja, de uma importância enorme na defesa da sua qualidade de vida, em relação à boa qualidade dos bens e serviços, ao seu preço competitivo e equilibrado, etc (Cf. artigo 60.º da CRP), nem sequer foi tratado, apreciado, resolvido ou respondido pelo Tribunal *a quo*.

14. O peticionado (nesse segundo ponto) é tão simples e somente para “que a todos os clientes da R, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora AA., seja reconhecido o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações” [negrito e sublinhado nosso].

15. Prova que o tribunal recorrido não entendeu as questões de direito colocadas pelos Autores, é que nas questões que determinou decidir (vide pág. 3 § 6 da sentença) não consta saber se os consumidores de serviços de telecomunicações móveis tem o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações, deixando assim de dar reflexo aos pedidos formulados pelos Autores na Petição Inicial, assim como na ampliação do pedido (requerimento ref.^a ... de 28 de fevereiro de 2019).

16. Poderá mesmo dizer-se que existe omissão de pronúncia, na medida em que a questão não foi apreciada ou decidida e nem de alguma forma se pode considerar prejudicada pela solução apresentada. Isto, quando tal pedido é o cerne do conflito que foi trazido para o tribunal para resolver.

17. Dos factos essenciais para o pedido formulado pelos Autores, decantemos os que interessam e que são:

18. “A Ré exerce a sua atividade económica com carácter profissional e visando a obtenção de benefícios” (facto provado 2).

19. “O Autor BB contratou os serviços e produtos fornecidos pela Ré destinados a uso não profissional” (facto provado 4).

20. “A Ré apresentou para pagamento ao Autor BB a fatura n.º ...78, no valor total de €178,57, dos quais €39,30 €56,22 relativos a dados nacionais em roaming, respetivamente” (facto provado 7).

21. “O Autor BB várias vezes «reclamou» que não pretendia tais serviços adicionais, devendo a Ré limitar o consumo de dados aos 6.5GB” (facto provado 8).

22. “A Ré continua a prestar tais serviços “adicionais” e a cobrar por eles” (facto provado 9).

23. “O serviço de transmissão de dados é funcionalmente independente do serviço de chamadas móveis, não obstante poderem funcionar através da mesma ligação de rede” (facto provado 10).

24. “A Ré informou que não tinha forma de interromper/«barrar» automaticamente o consumo de dados quando os 6.5GB se encontram esgotados” (facto provado 11).

25. Depurando os factos, tal significa que:

26. a Ré, aqui Recorrida, é pessoa que exerce com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, entrando assim na definição do artigo 2.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

27. o Autor BB, aqui Recorrente, é um consumidor nos termos da definição do artigo 2.º, n.º 1, *ab initio*, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que contratou os serviços da Ré; o Recorrente recusou várias vezes contratar serviços adicionais de telecomunicações e inclusivamente pediu à Recorrida que cessasse de os prestar.

28. Mas a Recorrida recusou atender ao pedido do Recorrente e continuou a prestar-lhe e a cobrar-lhe tais serviços adicionais apesar de este não os pretender e expressamente os ter recusado. Sendo tais serviços funcionalmente independentes.

29. A Recorrida afirma que não tem forma de interromper/ “barrar” automaticamente o consumo de dados quando os pacotes de dados são esgotados, o que significa que isso acontece tanto com o Autor, aqui Recorrente, como com todos os Autores Populares que estejam na mesma situação do Autor.

30. Em resumo, ficou provado que a Ré, aqui Recorrida, ativa automaticamente serviços adicionais de telecomunicações, mesmo quando os consumidores não os desejam.

31. Pior, ficou provado, que a Ré, aqui Recorrida, recusa-se a cessar prestar esses serviços, continuando a ativá-los automaticamente, mesmo quando os consumidores expressamente os recusam.

32. Isto aconteceu com o Autor, aqui Recorrente, e com todos os restantes Autores Populares na mesma situação do Autor, pois é a própria Ré, aqui Recorrida, que afirma não ter forma de interromper a prestação de tal serviço.

33. Embora a Ré, aqui Recorrida, diga no artigo 69 (pág. 18) do requerimento ref.ª ... de 12.03.2019 que juntou ao processo, que as reclamações recebidas de clientes relativamente ao serviço “Voz para SMS”, são marginais e sem qualquer expressão, o número de reclamações é indiferente por duas razões:

34. Primeira, porque os serviços adicionais não dizem apenas respeito a esse serviço de “Voz para SMS”, mas sim, também, à ativação

automática de dados móveis adicionais após o consumo do plafond contrato;

35. Segundo, porque o que está em causa são todos os consumidores atingidos pela violação suscitada ou estarem em risco de o serem, conforme muito bem se recorta do acórdão 7617/15.7T8PRT.S1 desse Venerando Supremo Tribunal de Justiça, em que foi relator o Venerando Conselheiro Oliveira Vasconcelos.

36. Dos pedidos, tal como formulados pelos Autores na P.I. e na ampliação, e da matéria de facto provada, recorta-se com elevada nitescência que não estamos perante um caso relacionado com os direitos de informação dos consumidores cuja aplicação deveria ser analisada casuisticamente.

37. Em vez disso, estamos perante um caso em que a Ré, aqui Recorrida, ativa automaticamente serviços adicionais de telecomunicações aos seus consumidores, mesmo quando estes os recusam.

38. Pelo que há a decidir é se a Ré, aqui Recorrida, pode ativar automaticamente tais serviços adicionais perante a recusa expressa dos consumidores ou perante a falta de recusa expressa dos mesmos.

39. Certo que o que à de Direito, será esse Venerando Tribunal Supremo doutamente a resolver, deixamos apenas umas breves notas:

40. Os contratos em causa são na típica modalidade de adesão (facto provado 13) pelo que estão sujeitos ao disposto no Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (“CCG”) (cf. artigo 1.º, n.º 1 do CCG).

41. A Ré, aqui Requerida, tem aplicado os efeitos da cláusula 2.º alínea d) do “Contrato de Adesão ao Serviço Fixo e/ou Serviço Móvel”, interpretando-a no sentido que os Autores estabeleceram um contrato em que ficou obrigada a aceitar o fornecimento de um conjunto de serviços adicionais, nomeadamente o pacote de dados extra de 200MB por 2,99 Euros (consumo em “loop”), que é ativado de forma automática após o consumo de GB incluído nos respetivos tarifários e que não é possível barrar/inibir os mesmos.

42. Poderíamos interpretar a supra referida cláusula 2.º alínea d) no sentido de que a Ré, ora Recorrida, obteve o consentimento expresso do consumidor para o pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal, cumprindo assim com o princípio que há a extrair da melhor interpretação do artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU e do artigo 9.º - A, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 24/96, não fosse:

43. Por um lado, a comunicação não ser clara e compreensível para o consumidor, na medida que atira para um conjunto de serviços adicionais possíveis de utilizar sem os especificar, deixando o consumidor sem saber o que afinal está a contratar, apesar da remissão

para uma página da internet generalista (sem tão pouco especificar o caminho onde encontrar tais serviços);

44. Mesmo que tal possibilidade fosse comunicada ao consumidor por outro meio (informação prestada), tal comunicação continua a não ser clara e tão pouco compreensível para o consumidor quanto à sua ativação ser automática após o consumo de GB incluído nos respetivos tarifários.

45. Por fim, e o mais relevante, tendo em conta que a questão da informação prestada é lateral (como já se verá), é o facto é que em nenhum momento, principalmente tendo em conta o comportamento da Ré, aqui Requerida, foi dada a possibilidade aos Autores, aqui Recorrentes, de optar pela inclusão ou não desses serviços adicionais, pelo contrário, tal opção foi-lhes frontalmente retirada (cf. factos provados 8, 9 e 10).

46. Ora, se retirássemos da supra referida cláusula a interpretação que a Ré, aqui Requerida, parece extrair: de que é um salvo-conduto para que obrigue os seus clientes, como os Autores Populares, ao pagamento adicional de serviços e, pior, que tais serviços adicionais não possam ser excluídos, então estamos perante aquelas cláusulas contratuais (gerais): proibidas por contrariarem a boa-fé (cf. artigo 15.º do Decreto-Lei 446/86) ou relativamente proibidas na medida em que impõem a aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes [cf. artigo 19.º (d) do Decreto-Lei 446/86, de 25 de outubro ex vi do artigo 20.º do mesmo diploma].

47. Para além disso a interpretação que pelos vistos é extraída da referida cláusula e que o tribunal a quo parece ter sufragado e dos efeitos que tal provoca nos consumidores, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, designadamente atuando em violação da Lei (artigo 9.º - A, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 24/96), agindo em abuso de direito (cf. artigo 334.º do CC).

48. As consequências são fáceis de alcançar: nulidade das cláusulas (cf. artigo 16.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96 e artigo 12.º do Decreto-Lei 446/86) e/ou nulidade do negócio (cf. artigo 280.º do CC).

49. Entendemos pois que temos de interpretar a dita clausula “no sentido que têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real” (cf. artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei 446/86), sendo que “na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente” (cf. artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei 446/86).

50. Assim, atento ao *animus contrahendi*, a única interpretação possível sempre seria que os acessos aos serviços adicionais seriam meramente facultativos e disponibilizados apenas a pedido do cliente e nunca imposto por ativação automática ao consumidor, principalmente quando este expressamente os recusa.

51. Aliás, na falta da clara e compreensível identificação dos serviços adicionais a disponibilizar, tal ativação de serviços nunca poderia resultar que tal cláusula expressa o consentimento (expresso ou por defeito) do consumidor para o pagamento adicional.

52. Isto significa que a clareza dessa interpretação nunca estaria de acordo com o exigido pelo artigo 9.º - A, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 24/96 para que os pagamentos por esses serviços adicionais pudessem ser exigidos, inclusivamente à luz da correta interpretação do artigo 22.º da Diretiva 2001/83/EU.

53. De qualquer maneira, estaríamos sempre perante um caso de “*coercive tie selling*”, que é considerada uma prática comercial agressiva e proibida pelo artigo 11.º (d) do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março e pelo artigo 9(d) na Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera as Diretivas n.ºs 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de setembro, 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, e 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro (diretiva relativa às práticas comerciais desleais).

54. Acresce que ao fornecedor ao prestador de serviços é vedado fazer depender o fornecimento de um bem ou prestação de um serviço da aquisição ou prestação de outro ou outros (cf. art.º 9.º, n.º 6 da Lei n.º 24/96 de 31 de Junho).

55. O facto (factos provados 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 32, 39, 42 e 43), provado, é que só é possível celebrar o contrato “TvNetVoz+Móvel” (o tal contrato RED ou equivalente) ficando o consumidor obrigado aderir a um serviço adicional de dados que é ativado sempre que tal pacote de 6.5GB é esgotado, mesmo que essa não seja a vontade declarada do cliente. Pior, mesmo que o consumidor/cliente expressamente recuse tal serviço adicional.

56. Assim, a única forma da Ré, aqui Recorrida, ilidir tal presunção de “venda obrigatória”, é os consumidores puderem, livremente e sem qualquer tipo de penalização não prevista contratualmente, contratar apenas o serviço TvNetVoz+Móvel sem a obrigatoriedade de contratar dados adicionais quando esgotados os GB do pacote; o que ficou provado (factos provados 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 32, 39, 42 e 43) não ser possível.

57. O que manifestamente a Ré, ora Requerida, não foi capaz de fazer como demonstra a sua atuação para com os Autores, os Autores Populares e todos os restantes consumidores que pretendem aderir a tais pacotes de serviços sem estarem sujeitos a ativação automática dos serviços adicionais que não pretendem. Pelo contrário, ficou provado exatamente o contrário (factos provados 8, 9, 10, 11 e 24).

58. Perante tal nítescência, não há dúvida que o comportamento da Ré, aqui Recorrida, consubstancia uma violação à norma supra citada.

59. Pelo que, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela Lei n.º 24/96 de 31 de Julho, como é o caso da venda obrigatória, é nula (cf. art.º 16.º, n.º 1 da aludida lei).

60. Da mesma forma esta vedada a qualquer empresa a prática comercial desleal na relação com os consumidores, ocorra esta antes, durante ou após uma transação comercial (cf. art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março, ab initio).

61. Ora, a violação de tais normas, que manifestamente a Ré, aqui Recorrida, cumulativamente desrespeitou, permite à Autora, aqui Recorrente, suscitar a invalidade da cláusula do contrato em crise retirando a mesma do contrato e reduzindo o contrato apenas ao seu conteúdo válido (cfr. art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março), ou pelo menos afastar a interpretação de que tal cláusula é um salvo-conduto para a Ré, aqui Recorrida, cobrar pacotes adicionais de serviços que os clientes não pretendem e recusam expressamente.

62. Em todo o caso, a atuação da Ré, aqui Recorrida, de se fazer cobrar por serviços que não lhe foram solicitados (e ainda por cima foram recusados), deve ser paralisada por violação do direito de proteção dos interesses económicos consagrados quer no artigo 60.º da CRP e quer no artigo 9.º, n.ºs 1 a 6 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

63. Destacando-se que “o consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa”, como desde logo estabelece o aludido artigo 9.º, n.º 4 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que simplesmente vêm dar corpo ao previsto no artigo 22.º da Diretiva 2001/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores.

64. O comportamento da Ré, aqui Recorrida, descrito nos presentes autos, viola o disposto nos artigos 8.º e 9(d) na Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera as Diretivas n.ºs 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de setembro, 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, e 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro (diretiva relativa às práticas comerciais desleais).

65.

66. A supra referida diretiva foi transposta para o direito português por intermédio do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março com a alteração dos artigos 1.º, 7.º, 8.º e 21.º, que no essencial proíbe o “*bait-and-switch*”, que constitui uma fraude comercial em que um bem ou serviço é anunciado para atrair clientes e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar a posterior venda do bem ou do serviço publicitado e esquemas de “Ponzi”.

67. Mas tal Diretiva é muito mais que isso como veremos mais á frente e tem vindo a ser entendimento do Tribunal da Justiça da União Europeia (“TJUE”).

68. Da mesma forma viola o artigo 22.º da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

69. Assim como se traduz numa conduta abusiva (por prática restritiva da concorrência) nos termos do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

70. Para além disso a Ré, aqui Recorrida, norteia a sua conduta e a relação de clientela com os Autores, incluindo os Autores Populares, a arrepio de uma interpretação manifestamente abusiva e sem qualquer adesão à *ratio legis* do Legislador Europeu do artigo 107.º da Diretiva 2018/1972/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas. A Demandada com o seu comportamento coloca ainda em causa a garantia dos direitos fundamentais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Carta”) e os princípios gerais do direito da União Europeia e concomitantemente o artigo 100.º da aludida Diretiva 2018/1972/UE.

71. Os Estados-Membros e, em particular os órgãos jurisdicionais nacionais tem obrigação de interpretação conforme do direito interno ao direito da União Europeia.

72. Ora, esse juízo de interpretação conforme pressupõe a interpretação de alguns dos preceitos da referida Diretiva e após ter sido determinado o significado destes preceitos, através da sua interpretação, pode a Diretiva Europeia operar como parâmetro na interpretação dos enunciados de direito interno que as transpõem.

73. Como é sabido, o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), dispõe no seu artigo 267.º, § 1, alínea b) que “o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial (...) sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.”

74. O TJUE será assim, o tribunal competente para esclarecer o sentido material das disposições do direito comunitário, sempre que uma questão desta natureza seja suscitada por um órgão de jurisdicional de um dos Estados-Membros.

75. Sem prejuízo do princípio do juiz natural, pelo contrário, reforçando-o, qualquer tribunal pode proceder ao reenvio para decisão prejudicial nos termos do disposto no artigo 267º do TJUE porquanto, qualquer órgão jurisdicional dispõe de poder para submeter ao TJUE um pedido de decisão prejudicial relativamente à interpretação de uma regra de Direito da União Europeia, quando o considerar necessário para resolução do litígio que lhe tenha sido submetido.

76. Tal sucederá, nomeadamente, nos termos do artigo 267.º (b) § 2 do TFUE, o qual dispõe: “[s]empre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.”

77. Ademais, casos há em que mais que uma faculdade de suscitar questões prejudiciais ao TJUE, estão os Tribunais nacionais obrigados a fazê-lo^[1].

78. O que é aqui o caso, uma vez que com reste recurso ficam esgotadas as instâncias.

79. Assim, é obrigação deste Venerando Supremo Tribunal de Justiça proceder ao reenvio para uma decisão prejudicial pelo TJUE.

80. Pese embora a competência para suscitar as questões prejudiciais sejam exclusivas do Tribunal, as partes podem sugerir ao Tribunal nacional, a submissão das mesmas ao TJUE, o que consubstancia, de resto, um ato de promoção do princípio da cooperação processual para a justa composição do litígio (cf. artigo 7.º, n.º 1 do CPC).

81. É de absoluta importância e particularmente útil que o pedido seja imediatamente formulado (uma vez que está assente o quadro jurídico e factual) por se tratar de uma questão de interpretação nova que apresenta um interesse geral para a aplicação uniforme do Direito da União Europeia.

82. Dedicamos várias páginas desta peça processual a escapelizar aspetos essenciais do reenvio para uma decisão prejudicial pelo TJUE, o direito a um julgamento justo, e o completo afastamento da teoria do acto claro. Mas sendo tal matéria de direito do perfeito domínio do Venerando Tribunal ad quem, será fastidioso dedicar aqui mais tempo e espaço ao mesmo, pelo que nos debruçaremos apenas pelas questões a colocar.

83. Assim, a questão a colocar é saber se devemos extrair do artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU, a interpretação de que os Estados-Membros devem tomar medidas destinadas a garantir que:

84. O consumidor só fica vinculado pelo contrato ou oferta a qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal quando o consumidor expresse o seu consentimento e só quando esse consentimento resulte de uma comunicação clara e compreensível ao consumidor relativamente aos pagamentos adicionais, nomeadamente, mas não exclusivamente, qual o serviço (ou conjuntos de serviços) a que está aderir ou, se por outro lado, o consentimento aludido no artigo 22.º da Diretiva deve ser interpretado como sendo generalista e sem necessidade de especificar quais os serviços e respetivas condições associados a esses pagamentos adicionais;

85. O consumidor só fica vinculado pelo contrato ou oferta a qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal quando o consumidor expresse o seu consentimento e só quando lhe é oferecida a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais ou, se por outro lado, o aludido artigo 22.º deve ser interpretado no sentido em que o consumidor não deve beneficiar de qualquer possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais, ficando assim obrigado a contratar os serviços adicionais e a pagar pelos mesmos.

86. Devem os Estados-Membros assegurar este reforço de proteção do consumidor no caso de pagamentos adicionais por imposição do artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU ou estamos perante uma Diretiva de harmonização mínima em que essa faculdade de impor um nível mais elevado de proteção é deixada ao critério dos Estados Membros?

87. Outras questões a colocar é saber se devemos extrair do artigo 107.º da Diretiva 2018/1972/UE a interpretação de que os Estados-Membros devem considerar:

88. “ofertas agregadas” como sendo pacotes de serviços, onde ao contrato principal (oferta única e apreço único) se podem incluir serviços adicionais (oferta adicional), sendo que a este último (oferta adicional) corresponde um pagamento adicional ao pagamento de um preço único pelo contrato principal ou, se por outro lado, as ofertas agregadas devem ser claramente distintas das ofertas adicionais previstas no artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU;

89. “ofertas agregadas” como sendo pacotes de serviços que podem também incluir vendas obrigatórias (“tied packages”) composta por um serviço ou vários serviços principal(ais) e serviços adicionais, nomeadamente se no âmbito dessas “ofertas agregadas” o prestador do serviço pode impedir o consumidor de optar pela exclusão desses serviços adicionais.

90. É também crucial que se proceda a tal reenvio para decisão prejudicial, a propósito de saber qual será a melhor interpretação a extrair do artigo 3.º, n.º 4, dos artigos 8.º e 9.º (d) e do anexo I, ponto 29, da Diretiva 2005/29/CE relativamente à possibilidade dos prestadores de serviços de telecomunicações poderem ativar automaticamente e por defeito os serviços adicionais e cobrarem por

isso pagamentos adicionais, sem terem obtido a autorização expressa do cliente.

91. Assim como para as situações que os prestadores de serviços de telecomunicações ativam automaticamente e por defeito os serviços adicionais e cobram por isso pagamentos adicionais, mesmo quando o cliente expressamente recusa, mas pretendem manter o pacote de serviços principal.

92. No entanto, como relativamente a essa questão os Autores não tem, de momento, um contributo a dar para a sua formulação, que sejam Vossas Excelências, Venerandos Conselheiros, a encontrar a melhor questão a colocar perante o TJUE, sem prejuízo de em momento ulterior convidarem os Autores a tentarem contribuir para a mesma.

93. Note-se que não se está a colocar ao TJUE nenhuma questão relativa à interpretação das normas legislativas ou regulamentos do direito português, nem tão-pouco sobre a compatibilidade dessas normas com o direito comunitário e muito menos se pretende que o Tribunal Europeu valide ou interprete as decisões dos tribunais portugueses; tal como se recorta com elevada nitescência da formulação das questões supra elencadas.

94. Mas só à luz da correta interpretação das Diretiva Europeias supra mencionadas é possível extrair a aplicação correta do direito a esta questão de interpretação nova, de interesse geral para a aplicação uniforme do direito da União Europeia e inclusivamente da jurisprudência nacional.

95. Por todas estas razões está mais que justificada a importância do reenvio prejudicial solicitado.

96. Os interesses invocados pelos Autores consistem, fundamentalmente e em face do pedido principal formulado, em:

97. “[q]ue a todos os clientes da R, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora AA., seja reconhecido o direito a não pagarem os serviços que não tenham prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constituam cumprimento de contrato válido”;

98. “[q]ue a todos os clientes da R, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora AA., seja reconhecido o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações.”

99. “[q]ue a R. seja impedida de deduzir a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor consentiu a prestação dos serviços adicionais de telecomunicações por falta de recusa expressa dos mesmos e em consequência ativar por defeito e automaticamente tais serviços extras.”

100. Em resumo, os interesses invocados pertencentes a todos os Autores **Populares** evocados, os consumidores de serviços de

telecomunicações móveis, é simplesmente i) verem reconhecido o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações; ii) verem reconhecido o direito a não pagarem por esse serviços quando não os tenham solicitado e/ou expressamente recusado, e iii) verem reconhecido e que as operadores de serviços de telecomunicações móveis (como a Ré) não possam deduzir a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor tenha consentido a prestação dos serviços adicionais de telecomunicações por falta de recusa expressa dos mesmos e em consequência ativar por defeito e automaticamente tais serviços extras.

101. Ficou provado que a Ré, aqui Recorrida, não está a respeitar esses interesses, resultando determinadas consequências para os Autores e demais consumidores na mesma situação, isto porque a Ré, aqui Recorrente, activa tais serviços automaticamente quer seja no interesse do cliente ou não e quer este recuse ou não (factos provados 8, 9, 10) porque alega não ter forma de o fazer (facto provado 11) independente do consumidor (seja ele quem for) não ter interesse no serviço adicional e o recusar (ou poder vir a querer recusar) expressamente.

102. Ou seja, o que está aqui em causa é o interesse ou interesses dos autores e de cada um dos consumidores de serviços de telecomunicação, tal como supra definidos, fundamentalmente ligados à prestação de serviços adicionais de telecomunicações quando estes não o desejem ou expressamente recusem.

103. Apenas está em causa se num contrato de adesão de serviços de telecomunicações, aos autores e a demais titulares desses contratos de adesão, devem ver reconhecido o direito de recusarem a prestação de serviços adicionais ao pacote de serviços contratado.

104. Face á questão que liga todos os Autores entre si e na forma como a ação foi proposta, é perfeitamente possível uma apreciação indiferenciada de cada um dos consumidores, independentemente dos tarifários poderem ser diferentes quanto aos preços, plafonds, velocidades, etc. e à prestação de informação pré-contratual prestada aos consumidores. Ou seja, é possível abstrair essas particularidades, por forma a resolver o que efetivamente está em causa nos pedidos, como bem ensina o douto acórdão supra citado desse Venerando Tribunal.

105. Sublinhe-se que apurar se o dever de prestação de informação foi ou não cumprindo, é irrelevante, pois o direito que se pretende ver reconhecido não depende, nem remotamente, da informação prestada, mas sim do direito a recusar um determinado serviço adicional “coercivamente ligado” a um pacote de serviços no qual o consumidor tem interesse.

Termos em que, para eventualidade de entenderem Vossas Excelências, Ex.mos Senhores Juizes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça que é necessária a intervenção do TJUE, nos termos e para os efeitos supra requeridos, entendem os Recorrentes

que a pronúncia do TJUE, no caso *sub judice*, nos termos do artigo 267.º do TFUE, será indispensável para a decisão da controvérsia jurídica que constitui objeto da presente ação. Por essa razão, requer-se que seja suspensa a presente instância até que o TJUE se pronuncie, a título prejudicial, expressa e especificamente, sobre as questões supra indicadas, incluindo a que Vossas Excelências entenderem formular a propósito de saber qual será a melhor interpretação a extrair do artigo 3.º, n.º 4, dos artigos 8.º e 9.º (d) e do anexo I, ponto 29, da Diretiva 2005/29/CE relativamente à possibilidade dos prestadores de serviços de telecomunicações poderem ativar automaticamente e por defeito os serviços adicionais e cobrarem por isso pagamentos adicionais, sem terem obtido a autorização expressa do cliente; assim como para as situações que os prestadores de serviços de telecomunicações ativam automaticamente e por defeito os serviços adicionais e cobrarem por isso pagamentos adicionais, mesmo quando o cliente expressamente os recusa, mas pretendem manter o pacote de serviços principal.

Em qualquer caso, deve o presente Recurso ser julgado procedente e em consequência ser revogada a douda sentença recorrida, substituindo-se por outra que condene a Ré, aqui Recorrida, nos pedidos».

7. Vodafone Portugal, Comunicações Pessoais, S.A., notificada do Recurso de Revista *Per Saltum* interposto pelos tutores veio apresentar as suas Contra-Alegações, que aqui se consideram integralmente transcritas, pugnando pela manutenção do decidido.

8. O Ministério Público, junto do tribunal de 1.ª instância, apresentou contra-alegações, entendendo que a “(...) *sentença recorrida não violou nem fez incorrecta interpretação de qualquer disposição legal, não padecendo de qualquer irregularidade, pelo que deverá ser mantida nos seus precisos termos*”.

9. O recurso de revista *per saltum* não foi admitido pelo tribunal de 1.ª instância.

10. Os autores, notificados do citado despacho, que não admitiu o recurso de revista *per saltum*, apresentaram reclamação, ao abrigo do artigo 643.º, n.º 1, do CPC, para o Tribunal da Relação de Lisboa, que, admitindo o recurso como de apelação, se considerou incompetente para conhecer da admissibilidade da revista, remetendo o processo para

este Supremo Tribunal de Justiça, que, por despacho da Relatora, admitiu o recurso de revista *per saltum* (Proc. n.º 22640/18....).

11. Os autores-recorrentes vieram requerer a este Supremo Tribunal junção de 1 documento (constituído por dois recentes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e queixa apresentada ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) que alegam ser de superveniência objetiva, não tendo sido possível apresentá-los antes do encerramento da discussão nos presentes autos (artigo 425.º do CPC).

12. A Relatora notificou o Ministério Público para, querendo, apresentar contra-alegações, o que este não fez.

13. Em 21 de dezembro de 2021, CITIZENS' VOICE CONSUMER ADVOCACY ASSOCIATION, associação para a defesa dos consumidores na União Europeia, apresentou requerimento para intervir na presente ação, como autora, a título principal, declarando aceitar a ação na fase em que se encontra, nos termos do artigo 15.º da Lei 83/95, de 31 de agosto, e aceitando inclusivamente representar, por sua própria iniciativa, todos os demais titulares dos interesses em causa que não tenham exercido a auto exclusão prevista no artigo 15.º, *in fine*, da Lei 83/95, com as consequências legais que desta decisão se possa retirar (cf. artigo 14.º da Lei 83/95).

14. Tendo a Relatora, ao abrigo do artigo 315.º, n.º 1, conjugado com o artigo 293.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Civil (CPC), notificado as partes, para se pronunciarem no prazo de dez dias, sobre o pedido de intervenção principal na ação apresentado por CITIZENS' VOICE CONSUMER ADVOCACY ASSOCIATION, respondeu a ré Vodafone, afirmando o seguinte:

«Os Autores instauraram contra a recorrida uma ação popular, nos termos da Lei 83/95, de 31 de agosto.

Por via da referida ação encontram-se já representados os interesses de todos os consumidores portugueses, tendo operado o exercício do direito de exclusão, nos termos do artº 15 do regime jurídico suprarreferido e no momento processual oportuno.

Ora, parece-nos, salvo a V. melhor e mui douta opinião, que o pedido de intervenção principal ora suscitado não deve merecer suprimento em virtude de as partes e os titulares dos respetivos interesses já estarem devidamente identificados e representados na presente ação».

15. Sabido que, ressalvadas as questões de conhecimento oficioso, é pelas conclusões que se delimita o objeto do recurso, as questões a

decidir são as seguintes:

- a) Junção de documentos (questão suscitada por requerimento posterior à data de interposição de recurso);
- b) Admissibilidade da intervenção principal da CITIZENS' VOICE CONSUMER ADVOCACY ASSOCIATION (incidente suscitado depois da interposição do recurso de revista);
- c) Questão prévia do reenvio prejudicial para o TJUE com o objeto definido nos pontos 83 a 91 das conclusões recursórias;
- d) Nulidade por omissão de pronúncia da sentença recorrida;
- e) Erro de julgamento do tribunal *a quo* na aplicação do direito ao caso concreto

Cumpra apreciar e decidir.

II – Fundamentação

A – Os factos

O tribunal de 1.^a instância, com base em documentos juntos aos autos e nos depoimentos das testemunhas ouvidas, deu como provados os seguintes factos:

- «1. A Ré declara-se como “um operador global de telecomunicações, que apresenta um serviço convergente reconhecido nos vários segmentos que compõem o mercado”, cuja atividade é supervisionada pela Autoridade Nacional de Comunicações (“ANACOM”).
- 2. A Ré exerce a sua atividade económica com carácter profissional e visando a obtenção de benefícios.
- 3. BB celebrou um contrato de prestação de serviços de telecomunicações móveis, com a designação comercial “Red”, do qual resultou a conta número ...99 junto da Ré.
- 4. O Autor BB contratou os serviços e produtos fornecidos pela Ré destinados a uso não profissional.
- 5. O serviço de telecomunicações móveis designado comercialmente como “Red” constitui uma oferta de um pacote de serviços.
- 6. Prevê a prestação de um serviço de telecomunicações para quatro números de telemóvel, onde se inclui um serviço suplementar de telecomunicações de dados até 6.5GB por número, perante o pagamento de uma quantia fixa mensal.
- 7. A Ré apresentou para pagamento ao Autor BB a fatura nº ...78, no valor total de € 178,57, dos quais € 39,30 € 56,22 relativos a dados nacionais e dados em roaming, respetivamente.

8. O Autor BB várias vezes “reclamou” que não pretendia tais serviços adicionais, devendo a Ré limitar o consumo de dados aos 6.5GB.

9. A Ré continua a prestar tais serviços “adicionais” e a cobrar por eles.

10. O serviço de transmissão de dados é funcionalmente independente do serviço de chamadas móveis, não obstante poderem funcionar através da mesma ligação à rede.

11. A Ré informou que não tinha forma de interromper/”barrar” automaticamente o consumo de dados quando os 6.5GB se encontram esgotados.

12. A Ré descreve o “Pacote de Serviços de Comunicações Eletrónicas” como “uma oferta integrada, única e indivisível, constituída por dois ou mais serviços (...) nos termos e condições previstos no respetivo tarifário, disponível para consulta nas lojas e agentes da Vodafone, em www.vodafone.pt ou através do Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912 (tarifa aplicável)” - cfr. Cláusula 4.º, al. a), do ponto C. das Condições Gerais do Contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço Móvel.

13. O contrato de adesão ao serviço Móvel foi estabelecido com recurso a cláusulas previamente elaboradas e impostas em bloco, sem possibilidade de alteração, limitando-se estes a subscrever e aceitar nos exatos termos em que estão apresentadas.

14. Dispõe a Cláusula 2ª, al. d), do ponto C. das Condições Gerais do Contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço Móvel, relativa à descrição do “Serviço de Acesso à Internet Móvel” que: “O serviço permite, ainda, utilizar um conjunto de serviços adicionais, como por exemplo a Opção Extra para os tarifários pós-pagos ou o acesso gratuito a Wi-Fi nos hotspots da Vodafone Portugal. Para mais informações sobre serviços adicionais consulte www.vodafone.pt ou ligue para o Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912 (tarifa aplicável)”.

15. Alguns dos clientes da Ré não querem ficar impedidos de utilizar os serviços por terem ultrapassado o pacote de dados móveis incluído na mensalidade.

16. Os tarifários dividem-se em dois grandes tipos: pré-pagos e pós-pagos.

17. Na primeira modalidade, a um custo de chamada por minuto superior, o cliente consome o saldo do carregamento que efetue, sem obrigação ou compromisso de permanência na rede e com um maior controlo de custos.

18. Na segunda modalidade, mais adequada ao perfil de clientes que efetuam uma utilização mais intensa e/ou para efeitos profissionais, os operadores oferecem a possibilidade de, mediante o pagamento de uma assinatura mensal, usufruir de um determinado pacote de minutos sendo

taxadas as comunicações (primeiramente de voz e mais tarde de sms) mediante determinada tarifa quando ultrapassado o consumo incluído na mensalidade.

19. Para cada modalidade existem múltiplos tarifários disponíveis e à escolha dos clientes.

20. Em julho de 2017, data em que o Autor BB celebrou o contrato com a Ré, esta tinha na sua oferta comercial dois tarifários pré-pagos só com acesso a voz móvel e sem dados móveis incluídos por defeito: O “Vodafone Easy” e o “Vodafone direto”.

21. Em ambos os casos, o valor de carregamento efetuado pelo cliente só pode ser gasto em comunicações de voz e SMS.

22. Caso o cliente pretenda aceder à internet móvel, aplica-se a “Tarifa internet móvel”, sendo sempre o cliente a controlar a utilização que efetua, até por via do saldo.

23. A tarifa de internet móvel custa € 1,99 e é cobrada no primeiro dia da semana em que o cliente acede à internet, inclui 100 MB de internet que são válidos apenas por 5 dias sendo o cliente alertado por SMS quando atinge 80% e 100% dos MB incluídos.

24. Na sua oferta comercial de tarifários pós-pagos a Ré só tem pacotes de serviços, nomeadamente pacotes de serviços de voz móvel e internet móvel.

25. O valor de assinatura mensal que o cliente paga “serve” para ser gasto em chamadas de voz, SMS e dados móveis, dentro do limite que corresponda a cada tarifário.

26. Os consumidores, quando aderem a um pacote de serviços voz móvel e dados móveis pós-pagos, são, em regra, informados que ao ultrapassarem o volume de dados incluído na mensalidade, serão ativados pacotes de dados extra.

27. Os consumidores têm ainda essa informação constante no site da Ré.

28. O Autor BB, era cliente da Ré, titular da conta ...99, com os serviços ...86, ...20 e ...07, desde março de 2015, com o tarifário RED +.

29. Em 03/07/2017, o Autor BB contactou os serviços de atendimento da Ré por telefone porque pretendia aderir a uma campanha “RED colaboradores”, uma vez que já tinha concluído o seu período de fidelização.

30. A referida campanha consistia no pagamento da assinatura mensal que conferia ao cliente a possibilidade de consumir até ao limite de 5000 minutos ou sms dentro da rede Vodafone e 2000 minutos ou sms para outras redes nacionais e em roaming na União Europeia, acrescido um volume de 500 MB para consumir em dados móveis e

adicionalmente uma oferta de mais 6,5 GM de dados móveis incluídos na mensalidade, para cada serviço adicionado à conta.

31. Ou seja, o tarifário conferia ao Autor (e aos restantes utilizadores dos serviços associados à conta ...99), mediante o pagamento de uma mensalidade no valor de € 22,90 para o serviço ...20; € 11.90 para o serviço ...86; € 11.90 para o serviço ...07 e € 11.90 para o serviço ...33, a possibilidade de utilizar os serviços de voz móvel (até ao limite já referido) e de dados (até ao limite total de 7GB para cada serviço).

32. Era ainda uma característica do tarifário a ativação de pacotes extra de 200MB depois de consumidos os GB incluídos na mensalidade.

33. Bem como o envio de uma notificação por SMS ao cliente sempre que este atingisse 80% e 100% do consumo.

34. O Autor tinha um serviço pré-pago (...33) e optou por aderir à campanha em causa alterando o tarifário desse serviço para pós-pago.

35. Após o contacto telefónico efetuado pelo Autor, a Ré enviou para o endereço de e-mail emcviana@gmail.com as Condições Pré-Contratuais e Gerais de Adesão ao Tarifário acordado telefonicamente, onde constam as características do tarifário supra referidas, incluindo a característica de ativação de pacotes extra de 200MB depois de consumidos os GB incluídos na mensalidade.

36. No dia 07/07/2017, porque ainda não tinha sido efetuada a alteração de tarifário, o A. BB enviou uma reclamação por e-mail para o e... que pertence ao Presidente do Conselho de Administração da Vodafone na Holanda.

37. Nesse primeiro e-mail o A. reclama a demora na alteração dos tarifários, bem como a contradição na informação prestada quanto à possibilidade de impedir a ativação de dados extra sempre que os dados incluídos na mensalidade eram gastos.

38. Terá sido informado que seria possível caso contactasse os serviços de atendimento da Ré.

39. De facto, à data em que o A. BB celebrou o contrato, a possibilidade de efetuar o bloqueio à utilização de dados móveis após esgotado o pacote não era automática.

40. O cliente, quando ultrapassasse o pacote teria de contactar a Ré a solicitar que fossem barrados dos dados móveis e, no mês seguinte, teria de contactar novamente a solicitar que fossem ativados outra vez para continuar a consumir os dados móveis incluídos na mensalidade.

41. A Ré por diversas vezes disse ao Autor que se aquele não era o tarifário pretendido poderia reverter a situação.

42. O que o Autor queria era que a Ré aplicasse aos seus serviços um “barramento” automático de dados móveis, que, naquela altura, não estava previsto.

43. Tendo sido efetuada a reclamação no Livro de reclamações online, ao qual a Ré deu resposta, tendo, inclusive, para minimizar a insatisfação do cliente, procedido ao crédito do valor dos dados móveis consumidos extra pacote de serviços naquelas duas faturas.

44. No caso do Autor BB, com referência às duas faturas juntas, a Ré enviou SMS a informar que a utilização de dados móveis ia ultrapassar o limite de dados do pacote.

45. Nos termos das “Condições Gerais” do “Contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço Móvel”, na descrição do “SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET MÓVEL”:

“a) Após a ativação do serviço o cliente poderá usufruir de todas as funcionalidades do mesmo, as quais se encontram descritas em www.vodafone.pt bem como no tarifário subscrito pelo Cliente, o qual faz parte integrante do respetivo contrato.”.

46. Nos termos das “Condições pré-contratuais” enviadas ao Autor BB, resulta expresso, além do mais, que o “tarifário Red” “Inclui 5000min/SMS na rede móvel Vodafone e 2000min/SMS nas outras redes nacionais e em roaming na União Europeia. Após o limite, aplica-se uma tarifa de € 0,12 por min/SMS. Não inclui MMs, videochamada, chamadas para números especiais e apoio a Clientes ou outros serviços. Após esgotar o pacote de dados incluído, válido em Portugal e em roaming na União Europeia, é ativado um pacote de 200MB por € 2,99. Benefícios: Ativação (€ 60), Portabilidade (€ 20, se aplicável) e desconto mensal de € 12,50 durante 24 meses”.

47. Os Autores, tal como todos os consumidores, têm acesso a informação sobre os vários tarifários, nomeadamente os custos associados à sua utilização. Essa informação está disponível e pode ser consultada no site da Ré, nas lojas, podendo também ser esclarecida através de contacto para os vários canais da Ré (telemarketing, serviços de apoio a clientes).

48. Consta da informação sobre o tarifário disponível em todos os canais supra referidos que, quando atingidos 80% e 100% do limite de dados do pacote é enviada uma informação aos clientes, através de SMS, informando-o de que atingiram os referidos limites.

49. Caso não queiram pagar a tarifa de dados móveis extra, devem desligar os dados móveis no equipamento telefónico.

50. No software do próprio equipamento podem verificar os níveis de utilização de dados.

51. Instalando a app “My Vodafone” que mostra ao cliente exatamente quanto já gastou do seu plafond de dados móveis e quanto ainda tem disponíveis.

52. Ainda é possível recorrerem ao uso de passwords para bloquear os ecrãs dos equipamentos.

*

Com interesse para a decisão da causa, não resultou provado que:

- a) AA é especialista em consumo de produtos e serviços financeiros utiliza os serviços de telecomunicações fornecidos pela Ré por intermédio do contrato estabelecido entre o seu pai e a Ré ao qual é atribuído o número de conta ...99;
- b) o contrato de adesão ao serviço de telecomunicações móveis designado comercialmente como “Red” não prevê “serviços adicionais”;
- c) o 2.º Autor não contratou um pacote de dados nacionais e/ou dados em roaming para além dos 6.5GB;
- d) nem o 2.º Autor nem os utilizadores dos restantes números receberam qualquer alerta de estarem a esgotar os consumos do aludido pacote de “6.5GB”, nem informação que tinha sido ativo um novo serviço (extra) de dados;
- e) a única mensagem que o utilizado do número ...86, o 1.º Autor, foi de que já teria consumido 40 euros de dados móveis extras nesse mês/ciclo de faturação atingiu os 40 euros e que para os continuar a usar deveria ligar o ...00, o que este não fez, mas mesmo assim a R. continuou a prestar tal serviço adicional e a cobrar por ele;
- f) os Autores procuraram que a Ré retificasse a fatura, procedendo ao crédito ou à anulação do débito de tais serviços, o que a Ré recusou;
- g) apesar da independência funcional de serviços, a Ré tem obrigado o consumidor que esteja interessado apenas num serviço a comprar obrigatoriamente outro serviço, mesmo que não o deseje e repudie, em concreto, obriga a contratar dados nacionais e/ou em roaming depois de esgotados os 6.5GB;
- h) contrariamente ao que informou, a Ré tinha forma de interromper/“barrar” automaticamente o consumo de dados quando os 6.5GB se encontram esgotados».

B) O Direito

1) Junção de documentos (incidente)

Os recorrentes apresentaram, no Supremo Tribunal de Justiça, os seguintes documentos que não estavam disponíveis à data da interposição do recurso, e que consideraram coadjuvar o julgador na análise do presente recurso.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, da ... Secção, datado de 12-11-2020, proferido no processo 7617/15....;

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02-02-2021, proferido no proc. n.º 389/17....

- Queixa do recorrente para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a propósito do processo n.º 7617/15...., por alegada violação do artigo 6.º do TEDH.

Resulta do artigo 423º, nº 1 do CPC que *«Os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da acção ou da defesa devem ser apresentados com o articulado em que se aleguem os factos correspondentes.»*; diz-nos o seu nº 2 o seguinte *«Se não forem juntos com o articulado respetivo, os documentos podem ser apresentados até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final, mas a parte é condenada em multa, exceto se provar que os não pôde oferecer com o articulado.»*; e remata o nº 3 *«Após o limite temporal previsto no número anterior, só são admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento, bem como aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior.»*.

Segundo jurisprudência deste Supremo Tribunal (Acórdão de 05-05-2020, proc. n.º 1237/14.0TBSXL-B.L1.S2), com as alegações de recurso, a lei prevê que, a título excecional, as partes possam ainda fazer juntar outros documentos cuja apresentação não tenha sido possível até ao encerramento da discussão, como resultado do nº 1 do artigo 651º e do artigo 425º, ambos do Código de Processo Civil, v.g. documentos que estejam em poder de terceiro que só os disponibilize posteriormente, caso de certidão requerida atempadamente mas só subsequentemente emitida.

As regras estabelecidas na lei e na jurisprudência quanto à junção dos documentos, conforme as descreve o acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 18-04-2006 (processo n.º 06A844), são as seguintes:

«Se o documento não é oferecido com o articulado, poderá ser apresentado até ao encerramento da discussão em primeira instância ou, no recurso, até ao início da fase dos vistos. Então, o apresentante tem de alegar, e demonstrar, a impossibilidade de junção tempestiva, que pode ser objectiva (inexistência do documento no momento anterior) ou subjectiva (ignorância sobre a existência do texto ou impossibilidade de a ele aceder), aqui, mau grado o disposto no artigo 531.º do Código de Processo Civil. Mas se a junção é requerida na fase de recurso, não há intempestividade se a junção só se torna necessária em virtude do julgamento do juízo "a quo". Tal acontece quando a decisão se baseou em meio de prova não esperado ou em preceito jurídico cuja aplicação as partes não pudessem razoavelmente prever, embora o n.º 3 do artigo 3.º do CPC ao garantir o contraditório impeditivo de decisões surpresa, em muito limite essas situações. Se o documento é, face ao demonstrado, oferecido em momento oportuno, há que emitir um juízo sobre a sua necessidade ou pertinência. É impertinente o documento oferecido em recurso para prova de facto

não alegado antes, já que os recursos se destinam ao reexame do julgado, que não à decisão de matérias novas».

Resulta de uma análise perfunctória dos documentos que estes pertencem a outros processos e que as questões neles discutidas são necessariamente distintas do problema jurídico que se visa resolver nestes autos.

Um deles, o acórdão proferido neste Supremo Tribunal, em 12-11-2020, é de data anterior à interposição do recurso *per saltum* e um dos recorrentes também ocupa esta posição processual no presente processo, pelo que, em relação a este não se verifica o requisito da superveniência objetiva, nem da superveniência subjetiva. Por outro lado, trata-se de uma questão de direito bancário, que apesar de reportada a uma ação popular e a um contrato de adesão, assume contornos fáctico-jurídicos distintos. A mesma conclusão vale para a queixa contra o TEDH apresentada no âmbito desse processo, vicissitude que nada tem a ver com a presente ação.

O acórdão destes Supremo de 02-02-2021 apesar de ter data posterior à das alegações de recurso (30-01-2021), todavia, nada tem ver com o presente processo, consistindo num acórdão da formação prevista no artigo 672.º, n.º 3, do CPC, proferido num outro processo que correu ou corre termos neste Supremo Tribunal, a reconhecer o interesse público de uma questão, sem se imiscuir no seu mérito.

Deve dizer-se, ainda, que os acórdãos do Supremo estão sempre disponíveis para quem exerce funções judiciais e também para o público, pelo que tem de se presumir o seu conhecimento, não sendo aceitável que a todo o tempo as partes possam proceder à sua junção nos processos judiciais.

Assim, por não terem os documentos apresentados qualquer relação com o processo em curso ou por serem extemporâneos ou inúteis, devem ser considerados impertinentes, decretando-se o seu desentranhamento.

Não se admite, portanto, a junção dos referidos documentos, devendo os apresentantes, aqui recorrentes, ser condenados em custas no incidente.

2) Intervenção principal da associação de defesa do consumidor; CITIZENS' VOICE CONSUMER ADVOCACY ASSOCIATION.

Veio a Citizen's Voice, representada pelo mesmo mandatário que representa os autores, requerer, ao abrigo dos artigos 14.º e 15.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, a sua intervenção principal na presente ação no estado em que se encontra.

Entende a recorrida, Vodafone, SA, que este pedido deve ser indeferido uma vez que os autores instauraram uma ação popular e, por via da referida ação, encontram-se já representados os interesses de todos os consumidores portugueses.

Vejam os:

Estamos perante uma intervenção de terceiro espontânea, ao abrigo do artigo 311.º do CPC, em que o interveniente invoca um interesse igual ao dos autores, nos termos do artigo 32.º do CPC, que se reporta às situações de litisconsórcio voluntário.

As associações de defesa do consumidor têm legitimidade ativa para proporem uma ação popular, nos termos dos artigos 1.º, 2.º e 3.º da lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

A intervenção de terceiros, aqui peticionada, consubstancia uma modificação subjetiva da instância (artigo 262.º, al. b), do CPC), que se traduz num incidente que leva à integração da lide de alguém que aí poderia estar desde o início em regime de litisconsórcio voluntário. O estatuto do interveniente, por ter um interesse igual ao dos autores no objeto da lide, é de parte principal, segundo o artigo 312.º do CPC.

Todavia, como nos presentes autos o processo já se encontra em fase de recurso de revista, não poderá a requerente, em caso algum, apresentar o seu próprio articulado, podendo apenas, como aliás requereu, aderir aos articulados apresentados pela parte com quem se associa, ficando, portanto, vinculada a tudo quanto se processou nos autos até ao momento em que intervém.

Nos termos do artigo 313.º, n.º 1, do CPC, a intervenção do litisconsorte, realizada mediante adesão aos articulados da parte com quem se associa, é admissível a todo o tempo, enquanto não estiver definitivamente decidida a causa.

A ré Vodafone opôs-se à intervenção principal da requerente, mas não aduziu qualquer fundamento que indiciasse, nos termos do artigo 313.º, n.º 4, do CPC, que o estado do processo já não lhe permite fazer valer defesa pessoal que tenha contra o interveniente.

Embora a intervenção principal por mera adesão tenha um caráter limitado, a mera circunstância, alegada pela Vodafone, de o presente processo resultar de uma ação popular na qual estão já representados os interesses de todos os consumidores, não é suficiente para responder negativamente a uma pretensão que a lei permite a todo o tempo, mesmo em fase de recurso, enquanto não houver decisão definitiva sobre a causa.

Assim, defere-se o pedido da Citizen's Voice e admite-se a sua intervenção principal por adesão, aceitando a causa no estado em que esta se encontrar.

Custas do incidente pela Recorrida, Vodafone.

3) Reenvio para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

Considerando que os recorrentes suscitam a necessidade de proceder ao reenvio prejudicial importa conhecer dessa questão prévia.

Defendem que o Supremo Tribunal deve proceder ao reenvio prejudicial – *obrigatório*, no seu entender – junto do Tribunal de Justiça da União Europeia, nos seguintes termos:

“Assim, a questão a colocar é saber se devemos extrair do artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU, a interpretação de que os Estados-Membros devem tomar medidas destinadas a garantir que:

1. O consumidor só fica vinculado pelo contrato ou oferta a qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal quando o consumidor expresse o seu consentimento e só quando esse consentimento resulte de uma comunicação clara e compreensível ao consumidor relativamente aos pagamentos adicionais, nomeadamente, mas não exclusivamente, qual o serviço (ou conjuntos de serviços) a que está aderir ou, se por outro lado, o consentimento aludido no artigo 22.º da Diretiva deve ser interpretado como sendo generalista e sem necessidade de especificar quais os serviços e respetivas condições associados a esses pagamentos adicionais;
2. O consumidor só fica vinculado pelo contrato ou oferta a qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal quando o consumidor expresse o seu consentimento e só quando lhe é oferecida a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais ou, se por outro lado, o aludido artigo 22.º deve ser interpretado no sentido em que o consumidor não deve beneficiar de qualquer possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais, ficando assim obrigado a contratar os serviços adicionais e a pagar pelos mesmos.
3. Devem os Estados-Membros assegurar este reforço de proteção do consumidor no caso de pagamentos adicionais por imposição do artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU ou estamos perante uma Diretiva de harmonização mínima em que essa faculdade de impor um nível mais elevado de proteção é deixada ao critério dos Estados Membros?”

A jurisprudência do TJUE desde o Acórdão *Cilfit* (Acórdão do TJUE de 06-10-1982, Proc. C-283/81) tem admitido de forma consistente a dispensa da obrigação de suscitar a questão prejudicial de interpretação nas seguintes situações:

— Sempre que a questão de direito da UE suscitada for impertinente ou desnecessária para a resolução do litígio concreto;

— Quando o TJUE já se tenha pronunciado, de forma firme, sobre a questão a reenviar em caso análogo, em sede de reenvio ou outro meio processual, atento o efeito *erga omnes* das suas decisões;

— Sempre que o tribunal nacional considere que as normas da UE aplicáveis não suscitam dúvidas interpretativas, ou sejam suficientemente claras e determinadas, aptas para serem aplicadas imediatamente, sendo que a clareza das normas aplicáveis deve resultar da sua interpretação teleológica e sistemática e da referência ao contexto histórico, social e económico em que foram adotadas.

Esta jurisprudência tem sido reafirmada pelo TJUE em sucessivos acórdãos – de 18 de Outubro de 2011 (Processos apensos C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09), de 9 de setembro de 2015 (Processo C-160/14), de 1 de outubro de 2015 (Processo C-452/14), de 28 de julho de 2016 (Processo C-379/15), de 4 de outubro de 2018 (processo C-416/17) e de 30 de janeiro de 2019 (Processo C-587/17 P), cujo texto integral pode ser consultado nos links que abaixo indicamos.

Também nos pontos 5 e 6 das Recomendações emitidas pelo TJUE à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (publicadas no Jornal Oficial da União Europeia C 257/1 de 20-7-2018), é esclarecido que: “5. *Os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros podem submeter uma questão ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito da União se considerarem que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa (ver artigo 267.º, segundo parágrafo, do TFUE). Um reenvio prejudicial pode revelar-se particularmente útil nomeadamente quando for suscitada perante o órgão jurisdicional nacional uma questão de interpretação nova que tenha um interesse geral para a aplicação uniforme do direito da União ou quando a jurisprudência existente não dê o necessário esclarecimento num quadro jurídico ou factual inédito.* 6. *Quando for suscitada uma questão no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão jurisdicional é no entanto obrigado a submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça (ver artigo 267.º, terceiro parágrafo, do TFUE), exceto quando já existir uma jurisprudência bem assente na matéria ou quando a forma correta de interpretar a regra de direito em causa não dê origem a nenhuma dúvida razoável.*”

A jurisprudência do TJUE acima referida sobre a dispensa da obrigação de suscitar a questão prejudicial tem sido aplicada de forma reiterada pelo Supremo Tribunal de Justiça – acórdãos de 10-07-2008 (Revista n.º 2944/07), de 29-04-2010 (Revista n.º 622/08.1TVPR.T1.S1), de 14-03-2017 (Revista n.º 736/14.9TVLSB.L1.S1), de 05-12-2017 (Revista n.º 11256/16.7T8LSB.L1.S2-A), de 02-02-2016 (Revista n.º

326-C/2002.E1.S1), de 04-02-2016 (Revista n.º 536/14.6TVLSB.L1.S1), de 17-03-2016 (Revista n.º 588/13.6TVPRT.P1.S1) de 30-09-2014 (Revista n.º 1020/13.0TBCHV-D.P1.S1), de 16-10-2014 (Revista n.º 1279/06.0TVPRT-C.P1.S1), de 18-12-2002 (Revista n.º 3956/02), e de 29-09-2015 (Revista n.º 1740/12.7TBPVZ.P1.S1).

O carácter facultativo do reenvio constitui a regra, enunciada no parágrafo 2.º do artigo 267.º nos seguintes termos: *“Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie”*.

O próprio TJUE admite que se não suscite o reenvio prejudicial nas seguintes hipóteses:

- (1) impertinência da questão;
- (2) resolução prévia pelo TJUE da questão (ou de questão similar); e
- (3) evidência do sentido interpretativo da norma convocada.

Consultada a jurisprudência do TJUE verificou-se que não existe um precedente prévio com um recorte exatamente igual ao suscitado nestes autos.

Todavia, o TJUE definiu já o que se deve entender por fornecimento não solicitado de bens ou serviços para o efeito de práticas comerciais desleais ou agressivas (cfr. Acórdão TJUE (Segunda Secção), Processo C-55/17 de 13-09-2018, EU:C:2018:710, n.º 45, à luz do ponto 29 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, também transposto para o artigo 12.º do DL 57/2008, de 26 de março, que enumera as práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância, e que na alínea f) tem a redação que reproduz o ponto 29 do anexo I da diretiva: *«f) Exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou a guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado, sem prejuízo do disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalentes»*).

Quanto ao disposto no artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU, entendemos também que a interpretação do preceito não deixa espaço para qualquer

dúvida razoável sobre o seu sentido normativo, devendo aplicar-se o aforismo jurídico “*in claris non fit interpretativo*”.

Com efeito, o artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU, intitulado “Pagamentos Adicionais”, prevê:

“Antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou oferta, o profissional deve obter o consentimento expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal do profissional. Se o profissional não tiver obtido o consentimento expresso do consumidor mas o tiver deduzido a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor deva recusar para evitar o pagamento adicional, o consumidor tem direito ao reembolso do referido pagamento.”

A transposição do artigo 22.º da referida Diretiva para o direito interno foi operada pela Lei nº 47/2014, de 28 de julho, que aditou o artigo 9º-A à Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96 de 31 de julho), cujo teor confere uma proteção até mais intensa do que a conferida pela norma comunitária e responde às questões que os recorrentes pretendem ver resolvidas por via do reenvio prejudicial, contribuindo para a sua desnecessidade.

Preceitua o artigo 9º-A da Lei de Defesa do Consumidor que:

“1 - Antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou oferta, o fornecedor de bens ou prestador de serviços tem de obter o acordo expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional que acresça à contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal do fornecedor de bens ou prestador de serviços.

2 - A obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais.

3 - Quando, em lugar do acordo explícito do consumidor, a obrigação de pagamento adicional resultar de opções estabelecidas por defeito que tivessem de ser recusadas para evitar o pagamento adicional, o consumidor tem direito à restituição do referido pagamento.

4 - Incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços provar o cumprimento do dever de comunicação estabelecido no n.º 2.

5 - O disposto no presente artigo aplica-se à compra e venda, à prestação de serviços, aos contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais de água, gás, eletricidade, comunicações eletrónicas e aquecimento urbano e aos contratos sobre conteúdos digitais”.

Ora, esta norma respeita escrupulosamente o direito comunitário e, tal como o artigo 22.º da Diretiva, não suscita dúvidas interpretativas, não se descortinando, portanto, utilidade no reenvio prejudicial.

Concluímos, pois, que as normas comunitárias aplicáveis aos autos se revestem de um sentido claro e foram já transpostas para o direito nacional.

Estamos perante uma tutela multinível dos direitos fundamentais, em que as relações entre tribunais não podem ser analisadas através de um qualquer conceito de hierarquia, mas através de um conceito de cooperação ou de fortalecimento mútuo. O nível de proteção que os direitos dos consumidores conhecem no direito português é elevado, tendo em conta a norma constitucional plasmada no artigo 60.º da Lei Fundamental, que afirma, nos termos do n.º 1, que «*1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos*» (sublinhado nosso).

Assim, de acordo com a orientação deste Supremo Tribunal de Justiça, vertida no Acórdão de 05-12-2017 (Revista n.º 11256/16.7T8LSB.L1.S2-A - 6.ª Secção):

«IV - Admite-se a dispensa do reenvio no caso, como o dos autos, de não ser pertinente a questão suscitada no processo perante o julgador nacional e ainda nos casos de total clareza da norma comunitária interpretanda. destaque nosso

VI - Esta interpretação – que recusa a obrigatoriedade do reenvio prejudicial – não contende com o disposto nas normas constitucionais vertidas na Lei Fundamental sob os arts. 8.º (Primado do Direito da União Europeia); 13.º (Princípio da igualdade); 18.º (Regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias) e 20.º (Acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva)».

No mesmo sentido se pronunciou o Acórdão deste Supremo Tribunal de 14-07-2020 (Revista n.º 1843/18.4T8CSC-A.L1-A.S1 - 2.ª Secção), onde se decidiu que «*A obrigatoriedade de reenvio prejudicial ao TJUE nos casos de a decisão a proferir não ser susceptível de recurso quando se suscitem questões de interpretação do Direito Europeu, prevista no art. 267.º do TFUE, não tem lugar nos casos em que o tribunal nacional não tenha dúvidas razoáveis quanto à solução a dar à questão de Direito da União, por o sentido da norma ser claro e evidente*», bem como o Acórdão de 14-03-2017 (Revista n.º 736/14.9TVLSB.L1.S1 - 1.ª Secção), onde se decidiu que «*Ocorre fundamento de dispensa de suscitação de reenvio prejudicial de*

interpretação junto do TJUE, nos termos do art. 267.º do TFUE) se a norma que o recorrente pretende ver interpretada não tem aplicação no caso concreto – o art. 31.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001) – e se as normas aplicadas constantes dos arts. 32.º e 38.º do mesmo Regulamento, contextualizadas e interpretadas à luz do conjunto das disposições respeitantes à competência indireta, das finalidades e requisitos do mecanismo de concessão do exequatur não suscitam dúvidas interpretativas quanto à definição ampla constante do art. 32.º (que não distingue a natureza da tutela jurisdicional provisória concedida), por um lado, e à condição imposta pelo art. 38.º (que tal decisão consubstanciadora da tutela provisória antecipatória concedida constitua título executivo no Estado de origem), por outro lado». sublinhado nosso

Por todo o exposto, concluímos que deve o pedido de reenvio prejudicial ser indeferido.

3) Nulidade por omissão de pronúncia

Os recorrentes começam por alegar que a sentença recorrida não apreciou as concretas questões de direito essenciais submetidas à sua apreciação e que se prendem, em síntese, com a problemática concernente ao direito, cujo reconhecimento requerem, de os consumidores de serviços de telecomunicações recusarem a prestação de serviços adicionais que não tenham prévia e expressamente solicitado.

Entendem os recorrentes que a sentença recorrida apreciou as questões suscitadas sob a perspetiva do cumprimento dos direitos de informação ao consumidor contratante quando a situação sob escrutínio não se prende com essa problemática.

Concluem, dizendo, que existe, pois, uma omissão de pronúncia por parte do tribunal *a quo* (cf. ponto 16 das conclusões recursórias), na medida em que as questões essenciais submetidas à sua apreciação não foram efetivamente apreciadas e decididas.

De acordo com o disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea d), 1.ª parte do CPC “*é nula a sentença quando: (...) d) o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar*”. Esta nulidade decorre do disposto no n.º 2 do art. 608.º do CPC segundo o qual “*o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras; não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras.*”

Em face do peticionado pelos autores na presente ação, ora recorrentes, as questões a decidir no caso dos autos, tal como delimitadas nos temas

de prova em sede de audiência prévia, pressupõem, em síntese, saber se a Ré obriga os consumidores de telecomunicações a pagar por serviços que não tenham prévia e expressamente encomendado ou solicitado ou que não constituam cumprimento de um contrato válido e saber se a Cláusula 2.^a, alínea *d*) do Contrato de Adesão ao Serviço Fixo e/ou Serviço Móvel, por referência ao pacote “Red”, se mostra contrária às regras imperativas do diploma que regula as cláusulas contratuais gerais por obrigar o consumidor a adquirir automaticamente e sem hipótese de recusa, serviços extra, pagos.

Ora, compulsado o teor da sentença recorrida, facilmente se verifica que na mesma são apreciadas todas as questões essenciais concernentes à problemática sob escrutínio, mas a interpretação realizada pelo tribunal recorrido, que colocou a tónica no direito/dever de informação ao consumidor e no consentimento contratual subsequente, diverge do entendimento manifestado pelos recorrentes. Ou seja, na sequência da análise das Diretivas comunitárias e da legislação nacional aplicáveis, na sentença recorrida considerou-se que, tendo em conta, quer o que vem dado como provado, quer o que vinha alegado por ambas as partes, tinha de se concluir que *“a oferta do pacote “Red” cumprido que seja, em cada caso concreto de contratação, o dever de informação, mostra-se de acordo com as exigências legais, num quadro de proteção ao consumidor, mas também de liberdade contratual”*, tendo ademais considerado que o autor deu o seu consentimento expresso ao aderir ao referido pacote de serviços de telecomunicações, tendo sido informado sobre as suas características de forma a permitir uma decisão esclarecida sobre o tarifário escolhido. Aí se acrescenta que *“não se trata de ter sido especificamente alertado para a (im)possibilidade do “barramento automático”, sendo certo que, uma vez solicitada tal “informação adicional” e perante a resposta negativa – à época – foi-lhe dada a possibilidade de optar por outro tarifário, o que optou por não fazer”*, o que significa que, perante a recusa dos autores, foi reconhecido aos mesmos o direito a proceder à alteração de tarifário, *i.e.* a recusar o pagamento dos serviços adicionais de telecomunicações previamente contratados, direito que a sentença recorrida, de resto, não contesta.

É assim, manifesto que não se verifica qualquer omissão de pronúncia, confundido a recorrente tal vício com um eventual erro de julgamento, o que terá de ser apreciado noutra sede.

Improcede, assim, a referida nulidade.

4) Erro de interpretação e de aplicação do direito aplicável

1. A presente ação designa-se por “ação popular”, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, e tem como objeto a tutela de interesses difusos (o que compreende os interesses difusos *stricto sensu*, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos), os quais se caracterizam por possuírem uma dimensão individual e supra individual,

pela sua titularidade caber a todos e a cada um dos membros de uma classe ou de um grupo (independentemente da sua vontade) e por recaírem sobre bens que podem ser gozados de forma concorrente e não exclusiva (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08-09-2016, processo n.º 7617/15.7T8PRT.S1).

Estes requisitos estão presentes no caso vertente em que é possível encontrar um interesse partilhado por todos os clientes da ré – o direito de não pagarem serviços adicionais não solicitados, não consentidos expressamente ou até recusados – que, alegadamente, não está a ser por esta respeitado, devendo considerar-se, seguindo os critérios do citado acórdão deste Supremo, que estamos perante a defesa de interesses coletivos, não revelando a causa de pedir ou o pedido quaisquer particularidades derivadas da multiplicidade dos factos que caracterizam as relações entre a ré e os seus clientes.

O controlo solicitado sobre as cláusulas do contrato subscrito pelos autores tem natureza abstrata, em que aquelas cláusulas são vistas, não apenas como partes do conteúdo de um contrato particular, mas enquanto elementos de uma ordem contratual predisposta para uma generalidade de contratos, desprendendo-se de singularidade da concreta relação negocial em causa.

2. Para resolver o litígio destes autos não chega aferir se a ré Vodafone cumpriu o seu dever de informação.

Na verdade, quando estamos perante um contrato de adesão (facto provado n.º 13), a lei exige não apenas um cumprimento rigoroso dos deveres de comunicação e de informação, estando a empresa predisponente não só obrigada a “*assinalar com bandeira*” as cláusulas potencialmente prejudiciais aos interesses dos clientes (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02-12-2013, Proc. n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1), mas, também, a obedecer, na fixação das cláusulas contratuais, a um conjunto de restrições e proibições relativas ao conteúdo dos contratos (DL n.º 446/85, de 25-10).

Os contratos de adesão caracterizam-se pela predisposição unilateral e pela generalidade, cabendo apenas a uma das partes a sua pré-elaboração, sem prévia negociação com a outra, e destinam-se a ser subscritos por uma multiplicidade de contraentes potenciais (cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I, Conceito. Fontes. Formação*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 162-163).

A questão suscitada pelos recorrentes, nas alegações de recurso, situa-se em sede de liberdade contratual, na dupla vertente de celebração do contrato e de fixação do conteúdo do contrato. Neste sentido, pode afirmar-se que o cumprimento do dever de informação não permite legitimar todo e qualquer conteúdo contratual, sobretudo, porque estamos num domínio em que a lei protege o consumidor e em que,

amiúde, algumas soluções estipuladas não estão legitimadas pela autonomia privada.

É, pois, nesta sede que deve ser analisado o caso concreto, admitindo-se que, ainda que o cliente seja informado de todas as cláusulas do contrato, se algumas dessas cláusulas forem proibidas por lei e/ou implicarem um dever de contratar ou de aceitar serviços não solicitados, podemos estar perante cláusulas cuja licitude é duvidosa e exige, portanto, uma pronúncia judicial.

O que os recorrentes pedem no processo é que os tribunais procedam a um controlo do conteúdo do contrato, ou seja, que averiguem se o contraente que tem o poder de predispor, unilateralmente e sem negociação prévia, as cláusulas contratuais, respeitou ou não o especial dever, imposto pela boa fé, de considerar os interesses dos aderentes. E, para emitir, esse juízo basta atentar no teor objetivo dos termos contratuais e na forma como eles se projetam na posição do aderente, independentemente de questões comportamentais ou relacionais que tenham ocorrido, ou do estado subjetivo do aderente. Não que estas considerações subjetivas não relevem, mas o seu peso resultava já das regras civilísticas gerais consagradas nos artigos 227.º e 762.º, n.º 2, do Código Civil, que dão primazia à boa fé, em todas as fases da formação do contrato e da sua execução.

O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, regime consagrado no Decreto-Lei 446/85, de 25-10, está para além dessas considerações, representando, como bem afirma Joaquim de Sousa Ribeiro (“A boa fé como norma de validade”, in *Direito dos Contratos*, Estudos, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 261) “(...) o *surplus* de tutela outorgado compensatoriamente ao aderente, como marca particularmente distintiva do regime especial dos contratos de adesão”.

3. Vejamos, então, os factos do caso concreto e quais são as cláusulas contratuais cujo teor os recorrentes contestam.

Estamos perante um contrato de prestação de serviços de telecomunicações móveis destinados a uso não profissional, com a designação comercial “RED” (factos provados n.ºs 3 e 4), que constitui uma oferta de um pacote de serviços (facto provado n.º 5) e prevê a prestação de um serviço de telecomunicações para quatro números de telemóvel, onde se inclui um serviço suplementar de telecomunicações de dados até 6.5.GB por número, perante o pagamento de uma quantia mensal (facto provado n.º 6).

A Ré, alegando que não tem forma de interromper/barrar automaticamente o consumo de dados quando os 6.5GB se encontram esgotados, conforme informou no processo (facto provado n.º 11), presta serviços adicionais e cobra por eles, mesmo que o cliente reclame não pretender tais serviços (factos provados n.ºs 8 e 9).

Segundo o facto n.º 10, o serviço de transmissão de dados é funcionalmente independente do serviço de chamadas móveis.

A propósito destes serviços adicionais, a Cláusula 2.ª, al. d) do ponto C das Condições Gerais do contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço móvel relativa à descrição do “Serviço de Acesso à Internet Móvel” dispõe o seguinte: *“O serviço permite, ainda, utilizar um conjunto de serviços adicionais, como por exemplo a Opção Extra para os tarifários pós-pagos ou o acesso gratuito a Wi-Fi nos hotspots da Vodafone Portugal. Para mais informações sobre serviços adicionais consulte www.vodafone.pt ou ligue para o Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912 (tarifa aplicável)”*.

O Autor BB aderiu a uma campanha “RED colaboradores”, que consistia no pagamento da assinatura mensal que conferia ao cliente a possibilidade de consumir até ao limite de 5000 minutos ou SMS dentro da rede Vodafone e 2000 minutos ou sms para outras redes nacionais e em *roaming* na União Europeia, acrescido um volume de 500 MB para consumir em dados móveis e adicionalmente uma oferta de mais 6,5 GM de dados móveis incluídos na mensalidade, para cada serviço adicionado à conta (factos provados 29, 30 e 46). O tarifário do Autor (e dos restantes utilizadores associados à conta ...99) tinha a característica de implicar a ativação de pacotes extra de 200MB depois de consumidos os GB incluídos na mensalidade (facto provado n.º 32), bem como o envio de uma notificação por SMS ao cliente sempre que este atingisse 80% e 100% do consumo (facto provado n.º 33).

O autor, mesmo antes da alteração do tarifário, reclamou a demora na alteração do mesmo (facto provado n.º 36), bem como contradição na informação prestada quanto à possibilidade de impedir a ativação de dados extra sempre que os dados incluídos na mensalidade eram gastos (facto n.º 37), tendo sido informado que seria possível caso contactasse os serviços da ré (facto provado n.º 38). Conforme ilustra o facto 39, à data em que o A. BB celebrou o contrato, a possibilidade de efetuar o bloqueio à utilização de dados móveis após esgotado o pacote não era automática. Cabia ao cliente contactar a Vodafone quando ultrapassasse o pacote a solicitar que fossem barrados os dados móveis (facto provado n.º 40). O autor pretendia que a Ré aplicasse aos seus serviços um “barramento” automático de dados móveis que, naquela altura, não estava previsto (facto provado n.º 42).

4. Entendem os recorrentes que a questão dos autos se prende com o direito de os consumidores de telecomunicações móveis se recusarem a contratar serviços adicionais de telecomunicações, ou seja, saber se as operadoras destes serviços, como é o caso da ré Vodafone, podem deduzir a partir de opções estabelecidas por defeito o consentimento dos consumidores para a prestação de serviços adicionais de telecomunicações, por falta de recusa expressa dos mesmos (a quem cabe a iniciativa de pedir todos os meses o barramento), e em consequência ativar por defeito e automaticamente tais serviços extra.

Com efeito, tem de ser, desde já, reconhecida aos autores razão quanto à delimitação da questão suscitada.

A *vexata questio* do presente processo é, pois, a de saber se todos os clientes da ré, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora autores, têm ou não o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações.

Para responder a esta questão, em primeiro lugar importa qualificar a relação jurídica entre as partes.

Sendo a ré uma pessoa que exerce com carácter profissional uma atividade económica que visa a obtenção de benefícios (artigo 2.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 24/96, de 31-07) e os autores pessoas singulares a quem foram fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, e que, por isso, integram a categoria de consumidores, dúvidas não restam de que estamos perante uma relação contratual em que as partes não se encontram numa situação de igualdade no que diz respeito ao poder negocial e à liberdade contratual.

Ficou provado que a ré ativa automaticamente serviços adicionais de telecomunicações aos seus clientes-consumidores, mesmo quando estes recusam, o que sucedeu repetidamente em relação ao 2.º autor, que manifestou a sua vontade de rejeitar esses serviços mesmo antes de o tarifário estar ativado, e que expressamente solicitou à ré o barramento automático destes serviços durante a execução do contrato.

Defende-se a ré, afirmando que não era possível, à data da celebração dos contratos destes autos, barrar, tendo ficado provado que «*A Ré informou que não tinha forma de interromper/”barrar” automaticamente o consumo de dados quando os 6.5GB se encontram esgotados*».

A forma como a cláusula 2.º al. d) está redigida também não é clara nem precisa, pois não especifica que serviços adicionais está o consumidor a contratar nem o seu preço, não bastando uma remissão genérica para o site da empresa, nem um consentimento genérico presumido, dado que se trata de uma cláusula particularmente gravosa para os consumidores. Note-se que, tratando-se de uma cláusula que pode ter por consequência pagamentos adicionais inesperados para os consumidores, sempre seria exigível à empresa predisponente que especificasse de que serviços adicionais se tratava e qual o preço a cobrar por cada um, assinalando, expressamente e por escrito, que, devido a essa ativação de serviços, os montantes a pagar pelos consumidores podem vir a exceder o valor da mensalidade acordada para o pacote. A cláusula também não informa o consumidor-aderente de que a ativação destes serviços adicionais é automática e que não pode ser barrada. Portanto, ao nível do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação, deve entender-se que a ré Vodafone não os cumpriu integralmente. Em consequência, diferentemente do que sustenta a recorrida Vodafone, o consentimento expresso no momento

da celebração do contrato não abrange a ativação automática destes serviços e os respetivos pagamentos adicionais.

A par desta constatação, e aqui reside o cerne da questão suscitada, é que mesmo que o consumidor tenha sido devidamente informado, a ativação automática dos serviços adicionais, com consequência de os consumidores não os poderem recusar, será conforme à lei? Poderá a ré impor esses serviços, sem os especificar e sem conferir aos consumidores a liberdade de optar ou não por beneficiar desses serviços? A circunstância de o consumidor poder controlar o consumo de dados móveis e desligar os dados móveis quando atingir o *plafond* são mecanismos equivalentes ao direito a recusar o serviço?

Regendo-se a atividade da ré por cláusulas gerais por ela previamente definidas, com as quais os utilizadores deverão necessariamente concordar, sujeita-se a ré ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25-10), assim como aos deveres perante o consumidor, decorrentes da Lei n.º 24/96, de 31-07 (Lei de Defesa do Consumidor).

Assim, a validade da citada cláusula será apreciada à luz do artigo 15.º, que proíbe cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé, e do artigo 19.º, al. d), que classifica como cláusulas relativamente proibidas aquelas que «*Imponham ficções de receção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes*», ambos os preceitos aplicáveis às relações com consumidores por força do artigo 20.º do citado diploma legal, bem como à luz do artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor (na redação da Lei n.º 47/2014, de 28-07), que se refere precisamente à questão dos pagamentos adicionais e que resultou da transposição do artigo 22.º da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011.

5. O artigo 9.º-A, sob a epígrafe *Pagamentos adicionais*, dispõe o seguinte:

«1 - Antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou oferta, o fornecedor de bens ou prestador de serviços tem de obter o acordo expresse do consumidor para qualquer pagamento adicional que acresça à contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal do fornecedor de bens ou prestador de serviços.

2 - A obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais.

3 - Quando, em lugar do acordo explícito do consumidor, a obrigação de pagamento adicional resultar de opções estabelecidas por defeito que tivessem de ser recusadas para evitar o pagamento adicional, o consumidor tem direito à restituição do referido pagamento.

4 - Incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços provar o cumprimento do dever de comunicação estabelecido no n.º 2.

5 - O disposto no presente artigo aplica-se à compra e venda, à prestação de serviços, aos contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais de água, gás, eletricidade, comunicações eletrónicas e aquecimento urbano e aos contratos sobre conteúdos digitais».

O artigo 9.º, n.º 4 da Lei de Defesa do Consumidor prevê ainda, com conexão com o objeto do recurso, que:

“O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.”

O n.º 6 do mesmo preceito estipula que:

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

Os recorrentes invocam, ainda, a aplicabilidade ao caso dos autos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço, cujo artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, al. d) (que corresponde ao artigos 8.º e 9.º, al. d), da Diretiva 2005/29/CE, Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, transposta para o ordenamento jurídico português através do citado diploma legal) estabelece o seguinte:

“1 - É agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limite, ou seja, suscetível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduza ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

2 - Para efeito do disposto no número anterior, atende-se ao caso concreto e a todas as suas características e circunstâncias, devendo ser considerados os seguintes aspetos:

(...)

d) Qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os

seus direitos contratuais, incluindo a resolução do contrato, a troca do bem ou serviço ou a mudança de profissional (...)

Invocam também os recorrentes a Diretiva 2018/1972, de 11 de dezembro de 2018 (ainda não transposta para o direito nacional), cujo artigo 107.º, sob a epígrafe, Ofertas agregadas, dispõe o seguinte:

«1. Se um pacote de serviços ou um pacote de serviços e equipamento terminal oferecido ao consumidor incluir, pelo menos, um serviço de acesso à Internet ou um serviço de comunicações interpessoais com base em números acessível ao público, o artigo 102.º, n.º 3, o artigo 103.º, n.º 1, o artigo 105.º e o artigo 106.º, n.º 1, são aplicáveis a todos os elementos do pacote, incluindo, com as necessárias adaptações, os elementos que, de outro modo, não são abrangidos pelas referidas disposições.

2. Caso o consumidor tenha, ao abrigo do direito da União ou do direito nacional nos termos do direito da União, o direito de rescindir qualquer elemento do pacote, a que se refere o n.º 1, antes do termo acordado da vigência do contrato por motivos de incumprimento do contrato ou de falha no fornecimento, os Estados-Membros preveem que o consumidor tem o direito de rescindir o contrato relativamente a todos os elementos do pacote.

3. A subscrição de serviços suplementares ou de equipamento terminal fornecidos ou distribuídos pelo mesmo fornecedor dos serviços de acesso à Internet ou dos serviços de comunicações interpessoais com base em números acessíveis ao público não prolonga a duração inicial do contrato ao qual são adicionados esses serviços ou equipamento terminal, exceto se o consumidor acordar expressamente o contrário no momento da subscrição dos serviços suplementares ou do equipamento terminal.

(...))»

Uma vez que esta diretiva não foi ainda transposta para o direito nacional (embora já tenha decorrido o prazo para a sua transposição) e que as normas de direito interno aplicáveis se referem expressamente aos *pagamentos adicionais* (artigo 9.º A da Lei 24/96, de 31-07) e a *cláusulas contratuais gerais abusivas* (artigos 15.º e seguintes do Decreto Lei 446/85, de 25-10), não se discutirá o sentido desta norma, por desnecessidade para a resolução do caso, sem detrimento de, em tudo o que nela estiver determinado de forma clara e precisa, ser esta diretiva diretamente aplicável, conforme tem sido entendido pela jurisprudência que afirma que “*as Directivas Comunitárias têm aplicação directa no ordem jurídica interna – mesmo entre particulares, ou seja, têm efeito horizontal -, mesmo que não transpostas ou transpostas em termos que as violem, desde que haja decorrido o prazo para a sua transposição e sejam suficientemente claras e precisas, se mostrem incondicionais e não estejam dependentes*”

da adopção de ulteriores medidas complementares por parte dos Estados Membros” (cfr., entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-01-2010, Proc. n.º 2212/06.4TBMAI.P1.S1).

6. Em face do exposto, há dois vetores fundamentais que norteiam a decisão do caso concreto: 1) a natureza jurídica da ré, enquanto empresa fornecedora de serviços essenciais, e a sua posição jurídica de predisponente de cláusulas contratuais gerais; 2) a pertença dos autores (e de outros sujeitos aderentes a contratos semelhantes com a ré) ao grupo dos consumidores, que subscrevem em bloco, sem possibilidade de negociação prévia, contratos de adesão.

Cruzam-se, pois, duas vertentes que promovem uma tutela jurídica especial dos autores, no direito interno e no direito comunitário: a sua dupla qualidade de consumidores e de aderentes.

Assim, aplica-se ao caso dos autos a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, com as subsequentes alterações) e o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25-10, com as subsequentes alterações, sendo que o artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 24/96, consagra precisamente esta interação entre a proteção do consumidor e o regime das cláusulas contratuais, estabelecendo que *«O consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.*

2 - Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados:

a) À redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares;

b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor».

A perspetiva a adotar na resolução das questões de direito suscitadas, por imperativo constitucional (artigo 60.º da CRP) e comunitário (artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e artigo 100.º da Diretiva 2018/1972), pressupõe, portanto, uma especial necessidade de tutela do grupo dos consumidores, que se destaca assim, pelas suas especificidades, em relação ao sujeito universal de direito enquanto categoria abstrata.

Trata-se, de certa forma, de uma “inferioridade situacional” dos consumidores, quando colocados perante empresas fornecedoras de bens e serviços essenciais para a sua vida quotidiana (pessoal, profissional e social), pois estas gozam da prerrogativa de impor unilateralmente as condições dos contratos que celebram, cabendo aos aderentes, a aceitação, em bloco, de todas as cláusulas sem discussão,

tendo como única alternativa a rejeição do contrato, não beneficiando, em consequência, daquele bem ou serviço. Neste contexto de desigualdade, a capacidade reivindicativa dos consumidores é muito baixa, sendo percecionada pelos cidadãos como um esforço inútil.

7. O conteúdo das cláusulas contratuais impugnadas é o seguinte:

Nos termos das “Condições Gerais” do “Contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço Móvel”, na descrição do “SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET MÓVEL”:

“a) Após a ativação do serviço o cliente poderá usufruir de todas as funcionalidades do mesmo, as quais se encontram descritas em www.vodafone.pt bem como no tarifário subscrito pelo Cliente, o qual faz parte integrante do respetivo contrato.”.

A Cláusula 2ª, al. d), do ponto C. das Condições Gerais do Contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço Móvel, relativa à descrição do “Serviço de Acesso à Internet Móvel”, dispõe que: “O serviço permite, ainda, utilizar um conjunto de serviços adicionais, como por exemplo a Opção Extra para os tarifários pós-pagos ou o acesso gratuito a Wi-Fi nos hotspots da Vodafone Portugal. Para mais informações sobre serviços adicionais consulte www.vodafone.pt ou ligue para o Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912 (tarifa aplicável)”.
sublinhado nosso

Nos termos das “Condições pré-contratuais” enviadas ao Autor BB (facto provado n.º 35), resulta expresso que o “tarifário Red” “Inclui 5000min/SMS na rede móvel Vodafone e 2000min/SMS nas outras redes nacionais e em roaming na União Europeia. Após o limite, aplica-se uma tarifa de € 0,12 por min/SMS. Não inclui MMs, videochamada, chamadas para números especiais e apoio a Clientes ou outros serviços. Após esgotar o pacote de dados incluído, válido em Portugal e em roamig na União Europeia, é ativado um pacote de 200MB por € 2,99. Benefícios: Ativação (€ 60), Portabilidade (€ 20, se aplicável) e desconto mensal de € 12,50 durante 24 meses”.

8. Resulta do conteúdo da cláusula 2.ª d) que o consumidor que subscreve o pacote designado por tarifário *Red*, após esgotar o limite de dados móveis de internet, aceita automaticamente, de forma presumida ou por defeito, a ativação pela Vodafone de um pacote extra, independentemente de um consentimento expreso contemporâneo da data da ativação do serviço, sem especificação dos serviços em causa e sem indicação do seu preço. A remissão para o sítio da internet da Vodafone ou a indicação nas condições pré-contratuais enviadas ao autor BB de que os serviços de dados móveis *extra* incluem um “pacote

de 200 MB” por € 2,99” – facto 35 – (sem que tais elementos constem, de forma visível, do texto do contrato assinado pelo aderente) não se podem considerar suficientes para que o aderente tenha consciência do momento em que passa a usar os serviços *extra*, quais são estes serviços e o seu preço, bem como o impacto terão no aumento de valor do tarifário.

O sentido da cláusula 2.^a al. *d*) é incompleto e vago, não contém de forma clara e inequívoca todos os elementos necessários para uma cabal compreensão do que está em causa.

A remissão para outros documentos para mais informações não garante que o aderente tenha efetivamente conhecimento de elementos essenciais do contrato como é dever da empresa predisponente. Daí que não estejamos perante uma aceitação consciente suscetível de demonstrar consenso entre as partes e de integrar um acordo vinculativo. O dever das empresas predisponentes é o de fornecerem, por escrito, um resumo do contrato, em linguagem clara, simples e facilmente perceptível para os cidadãos comuns, onde se chama a atenção para as cláusulas que contêm riscos de prejudicar o cliente e de frustrar as suas expetativas em relação ao contrato que celebrou. Nos termos do artigo 102.º, n.º 3, da Diretiva 2018/1972, os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público fornecem aos consumidores um resumo do contrato, conciso e facilmente legível. Esse resumo identifica os principais elementos dos requisitos de informação, que devem incluir no mínimo: “ *a) O nome, endereço e os dados de contacto do fornecedor e, se diferentes, os dados de contacto para eventuais reclamações; b) As principais características de cada serviço prestado; c) Os respetivos preços de ativação do serviço de comunicações eletrónicas e de quaisquer encargos recorrentes ou associados ao consumo, se o serviço for prestado contra uma prestação pecuniária direta; d) A duração do contrato e as condições de renovação e cessação; e) A medida em que os produtos e serviços são concebidos para os utilizadores finais com deficiência; f) No que respeita aos serviços de acesso à Internet, um resumo das informações necessárias nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alíneas d) e e) do Regulamento (UE) 2015/2120*”.

Os fornecedores de serviços sujeitos a estas obrigações preenchem devidamente o contrato modelo resumido com as informações necessárias e devem facultar o contrato-modelo resumido gratuitamente aos consumidores antes da celebração do contrato, incluindo os contratos à distância. Se, por razões técnicas objetivas, for impossível facultar o resumo do contrato nesse momento, este deve ser facultado posteriormente, sem demora injustificada, e o contrato entra em vigor quando o consumidor tiver confirmado o seu acordo após a receção do resumo do contrato.

No Anexo VIII da Diretiva, para onde remete o n.º 1 do artigo 102.º, afirma-se o seguinte, para o que aqui releva, a propósito dos requisitos

da informação a prestar pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrônicas quanto aos preços e tarifários dos pacotes:

«2) No quadro das informações sobre preços, se e na medida em que tal seja aplicável, os respetivos preços de ativação do serviço de comunicações eletrónicas e de quaisquer encargos recorrentes ou associados ao consumo:

i) os dados do plano ou dos planos tarifários específicos ao abrigo do contrato e, para cada um destes planos tarifários, os tipos de serviços oferecidos, nomeadamente, quando aplicável, os volumes de comunicações (como MB, minutos, mensagens) incluídos por período de faturação e o preço das unidades de comunicação suplementares»;

ii) no caso de um plano ou de planos tarifários com um volume de comunicações pré-definido, a possibilidade de os consumidores diferirem o volume não utilizado do período de faturação anterior para o período de faturação seguinte, se esta opção estiver incluída no contrato;

iii) os mecanismos para salvaguardar a transparência da faturação e controlar o nível de consumo;

iv) informações sobre as tarifas aplicáveis no que se refere a qualquer número ou serviço sujeito a condições tarifárias especiais, relativamente a determinadas categorias de serviços, as autoridades competentes em coordenação, se for caso disso, com as autoridades reguladoras nacionais, podem exigir ainda que essas informações sejam prestadas imediatamente antes de a chamada ser efetuada ou de ser estabelecida a ligação ao fornecedor do serviço;

v) para serviços integrados e pacotes que incluam serviços e equipamento terminal, o preço dos diferentes elementos do pacote, na medida em que forem comercializados em separado;

vi) dados e condições, incluindo taxas, de eventuais serviços pós-venda, de manutenção, e de apoio ao cliente, e,

vii) os meios através dos quais podem ser obtidas informações atualizadas sobre as tarifas e as taxas de manutenção aplicáveis».

É pertinente, pois, a questão colocada pelos autores sobre a validade do consentimento presumido ou tácito dos consumidores-aderentes para os pagamentos adicionais, no contexto de contratos de adesão de fornecimento de serviços de telecomunicações e internet redigidos por empresas que predisõem unilateralmente, e sem negociação prévia, as cláusulas contratuais gerais desses contratos.

É que, sendo a internet um bem essencial e de utilização frequente, para satisfazer necessidades várias dos consumidores, pode envolver o risco de excesso de utilização, sem consciência clara dos preços dos serviços e do aumento da prestação mensal em virtude dos serviços adicionais.

Uma remissão para o lugar da internet da Vodafone para mais informações (facto provado n.º 27) e um consentimento genérico e presumido, meramente formal, prestado no momento da adesão ao pacote, normalmente com informações sumárias prestadas ao telefone e sem fornecimento prévio do texto escrito do contrato, para reflexão, não são suficientes para permitir aos consumidores uma escolha consciente e para a obtenção de uma vontade esclarecida. É que, como se tem entendido na doutrina e na jurisprudência, «não é o cliente quem deve, por *iniciativa própria*, tentar efectivamente conhecer as condições gerais, é ao utilizador que compete *proporcionar-lhe condições para tal*» (cfr. Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 242; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-11-2020, proferido no proc. n.º 8963/16.8T8ALM-B.L1.S1 e demais jurisprudência nele citada).

No caso vertente, a situação lesiva da autonomia privada dos consumidores surge particularmente agravada, porque o autor BB, expressamente recusou, e de forma reiterada, a ativação dos serviços *extra*.

É certo que ficou provado que a Vodafone informou não ter possibilidade de barrar o consumo de dados quando os 6.5 GB se encontram esgotados (facto n.º 11). Todavia, “informar” não é o mesmo que demonstrar a impossibilidade técnica de barramento automático, como cabia à Vodafone provar neste processo, por se tratar de um facto do seu domínio exclusivo de especialidade técnica. Assim, a circunstância de não se ter provado que a ré podia barrar automaticamente os serviços adicionais (facto não provado *h*)), perde o relevo probatório que lhe atribuiu a ré Vodafone, tanto mais que é do conhecimento comum que outras empresas que atuam no mercado não ativam serviços adicionais, sem questionar previamente o consumidor e sem obter a sua adesão expressa e específica (permitindo a resposta negativa), em momento contemporâneo da ativação, para cada fração de 1,99 euros. Pelo que a ré tinha meios para evitar esta cobrança adicional contra a vontade do cliente.

A Vodafone prevê, para que os consumidores controlem o consumo de dados, uma notificação sempre que o cliente atinge um consumo de 80% ou de 100% (factos n.º 33 e 48), para lhe permitir desligar os dados móveis caso não pretenda assumir gastos acrescidos.

Mas estes meios, para além de não serem claros na situação mais comum de o aderente não ter sequer consciência que vai pagar serviços *extra*, não substituem o livre exercício da vontade de decidir ou não contratar, que é, à partida, negado aos consumidores, uma vez que se ficciona, por defeito, a sua aceitação em relação aos serviços adicionais, que não têm a possibilidade de recusar. A própria Ré assume que o barramento do serviço tinha que partir da iniciativa do cliente logo que atingisse o máximo do limite de dados acordado.

Não nos podemos esquecer que a maior parte das famílias em Portugal vive com poucos rendimentos e que as despesas com os bens e serviços que utiliza devem poder ser previstas com antecedência e com segurança, na medida em que oscilações para cima no pagamento da prestação mensal do pacote, em virtude da ativação de serviços adicionais, é suscetível de afetar outras necessidades.

O nível cultural da população portuguesa situa-se também abaixo da média europeia, circunstância que reforça os deveres das empresas fornecedoras do serviço de telecomunicações e internet, não só no cabal esclarecimento dos serviços que não estão incluídos no pacote e que terão ser pagos à parte (questão não suscitada no presente processo, mas que contribui também para o aumento substancial das prestações mensais), mas também, para o que aqui releva, na ativação automática de serviços adicionais.

Acresce que, mesmo que estejamos perante famílias com rendimentos acima da média e com nível cultural elevado, a pressão do quotidiano e o stress laboral impedem os cidadãos, por falta de tempo, de atentar no conteúdo destes contratos e nos pormenores das cláusulas. Até porque sabem de antemão ser infrutífera qualquer tentativa de negociação ou de alteração destes contratos, pré-redigidos, de forma unilateral e em massa, pela empresa fornecedora dos serviços, normalmente celebrados à distância através de representantes das empresas, sem preparação técnica suficiente para esclarecerem dúvidas sobre as condições do contrato e que ganham comissões por cada cliente angariado.

Em virtude desta forma de contratar e dos contextos em que ocorrem as contratações, tudo em vantagem da empresa fornecedora do serviço que assim incrementa os seus lucros, os representantes da empresa não chamam a atenção, como esta tem a obrigação de garantir que façam, para a existência de cláusulas potencialmente prejudiciais aos interesses dos consumidores e que normalmente passam despercebidas.

A Ré tem aplicado os efeitos da cláusula 2.º alínea *d*) do “Contrato de Adesão ao Serviço Fixo e/ou Serviço Móvel”, no sentido que os Autores estabeleceram um contrato em que ficaram obrigados obrigada a aceitar o fornecimento de um conjunto de serviços adicionais, nomeadamente o pacote de dados extra de 200MB por 2,99 Euros, que é ativado de forma automática após o consumo de GB incluído nos respetivos tarifários e que não é possível barrar/inibir os mesmos.

Ora, no caso vertente não pode entender-se ter sido prestado o consentimento expresso do consumidor para o pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal, pois que o contrato de adesão não estabelece, de forma clara e completa, as características do serviço e o seu preço, bem como a sua ativação automática após o consumo de GB incluído nos respetivos tarifários.

Em nenhum momento foi dada a possibilidade aos Autores de optarem pela inclusão ou não desses serviços adicionais, pelo contrário, tal

opção foi-lhes frontalmente retirada (cf. factos provados 8, 9 e 10).

Para garantia da autonomia privada dos consumidores, os serviços adicionais devem ser meramente facultativos e disponibilizados apenas a pedido do cliente e nunca impostos por ativação automática pela empresa fornecedora.

O respeito pela autodeterminação dos consumidores exige que, para cada serviço extra ativado, seja permitido ao cliente aceitar ou rejeitar o serviço no momento contemporâneo da ativação, não sendo suficiente para a observância das exigências legais um consentimento genérico e antecipado, sem a identificação dos serviços extra e do seu valor, de forma clara e completa, e sem a possibilidade de os recusar.

Provou-se que só é possível celebrar o contrato RED, se o consumidor ficar obrigado a aderir a um serviço adicional de dados que é ativado automaticamente quando se esgota o pacote de 6.5GB, mesmo que o consumidor não pretenda essa ativação e que não seja essa a sua vontade declarada. Mais ainda, se o consumidor afirmou expressamente não pretender esses serviços extra.

9. Ao prestador de serviços é vedado, por lei, nos termos do artigo 9.º, n.º 6, da Lei de Defesa do Consumidor e do artigo 22.º da Diretiva 2011/83/EU, fazer depender o fornecimento de um bem ou prestação de um serviço da aquisição ou prestação de outro ou outros serviços.

Dada a obrigatoriedade de aceitação da ativação automática de serviços adicionais e de pagamentos adicionais, sem estarem preenchidos os requisitos de consentimento expresse impostos pela lei, estamos, pois, perante uma modalidade de “*venda obrigatória*”, proibida por lei e ofensiva da boa fé e da autonomia privada.

As cláusulas que seguem o modelo da cláusula 2.ª al. d) violam o artigo 9.º - A, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 24/96, por imporem serviços adicionais e pagamentos adicionais (que acrescem à contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal do fornecedor do serviço), independentemente de consentimento expresse do cliente; por não ter sido observada uma comunicação *clara e compreensível* ao consumidor da espécie de serviços e do seu preço, nem da ativação automática; por não ter sido dada aos consumidores a possibilidade de optar pela não inclusão desses serviços adicionais; por não se verificar um acordo explícito entre a empresa fornecedora e o cliente, na medida em que a obrigação de pagamento adicional resulta de opções estabelecidas por defeito e de serviços que não podem ser recusados pelo cliente para evitar o pagamento adicional.

Nos termos do n.º 4 do artigo 9.º, o consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido.

Qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela Lei n.º 24/96, de 31-07, como é o caso da venda obrigatória de bens ou de serviços, é nula, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da citada lei, podendo os consumidores optar pela manutenção do contrato, nos termos do n.º 3 do preceito em causa.

10. A cláusula 2.ª al. d) deve também considerar-se uma cláusula contrária à boa fé, segundo o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25-10.

Questiona-se o sentido do conceito de boa fé, neste contexto legislativo das cláusulas contratuais gerais abusivas, pela sua natureza indeterminada, que carece de preenchimento valorativo, suscetível, pois, de levantar dificuldades aplicativas.

Todavia, o legislador forneceu no artigo 16.º do DL n.º 446/85, de 25-10, na redação do DL n.º 220/95, de 31/08, diretrizes de concretização, afirmando que *«Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado»*.

Estes dois desenvolvimentos concretizadores do conceito de boa fé – a tutela da confiança e a efectivação do objetivo negocial – remetem para parâmetros que correspondem ao seu sentido jurisprudencial corrente ajustado à especificidade dos contratos de adesão.

Todavia, o conceito de boa fé como critério de validade das cláusulas contratuais gerais, como afirma Joaquim de Sousa Ribeiro (“A boa fé como norma de validade”, *ob. cit.*, 2007, p. 268), surge como “(...) *externo* ao contrato e à relação concreta estabelecida entre as partes, sendo constituído pelos padrões objectivos de uma justa conformação de interesses. As proibições de conteúdo são proibições de fixar, em contratos de adesão, estipulações que se desviem desses padrões, com prejuízo significativo para o aderente. Por isso, a boa fé enquanto base normativa do controlo do conteúdo, é fonte de limitações à liberdade contratual, por isso ela serve aqui de instrumento a um valor directamente conflituante com o da autonomia privada”.

Prossegue o autor (*ibidem*, p. 270), afirmando que a boa fé como controlo do conteúdo dos contratos, para além de ser concretizada pelos critérios gerais fixados no artigo 16.º, é objeto de tipificações legais exemplificativas do seu alcance que dão corpo a regras de proibição com uma previsão especificada, como sucede nos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do DL n.º 446/85. O que está em causa, como defende Sousa Ribeiro (*ibidem*, p. 270), “(...) é uma certa disciplina contratual que,

em desvio ao regime comum, atribui um poder inusitado ao utilizador, no exercício do qual pode defraudar a confiança do aderente em certos efeitos contratuais”. Este contexto negocial específico exige ao julgador um papel corretor e constitutivo da justiça contratual. Segundo o citado Autor (*ibidem*, p. 270), “Basta o teor da estipulação e os riscos que ela coenvolve para os interesses do aderente para justificar a proibição, não sendo necessária a prova de que foi efetivamente defraudada a sua confiança legítima”.

O desequilíbrio de interesses constitui um critério concretizador da boa fé, enquanto norma de validade, que está expressamente consagrado na lei alemã das cláusulas contratuais gerais, pioneira no direito europeu, e que serviu de inspiração ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais do direito português tal como consagrado no Decreto-Lei n.º 446/85.

A lei portuguesa contém, em lugares paralelos, preceitos de onde decorre o particular cuidado em relação a cláusulas que provoquem desequilíbrios de interesses contra o consumidor-aderente, existindo base legal para integrar este critério objetivo na noção de boa fé para o efeito do artigo 15.º do DL n.º 446/85. É o caso da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 24/1996, que consagra que as empresas predisponentes estão obrigadas em relação aos consumidores «*A não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*». Nesta norma a boa fé aparece expressamente relacionada com a proibição de introduzir no contrato cláusulas excessivamente desequilibradas, em prejuízo do consumidor.

O princípio geral de proibição de cláusulas contrárias à boa fé previsto no artigo 15.º, desdobra-se, assim, num *duplo critério de valoração*, podendo a sua inobservância manifestar-se de duas formas, como esclarece Sousa Ribeiro (*ibidem*, pp. 273-274):

“Uma delas traduz-se na *violação de expectativas* geradas pelo processo de relacionamento e pelos efeitos práticos normais do tipo contratual escolhido”, onde se encontra por exemplo “alguma estipulação com influência restritiva certa na prestação a que tem direito ou *turbadora da sua relação com o preço*” (itálico nosso), cláusulas que são designadas pela doutrina norte americana como *invisible terms*, porque subvertem os termos que o aceitante inferiu dos *visible terms*.

A segunda vertente da boa fé incluída no artigo 15.º refere-se ao controlo do conteúdo do contrato no que diz respeito ao desequilíbrio significativo de interesses, em desfavor do consumidor, o que implica a proibição de cláusulas com efeito potencialmente lesivo de interesses substanciais dos aderentes-consumidores.

A cláusula em litígio contraria as duas vertentes da boa fé – a tutela da confiança e a proibição do desequilíbrio significativo de interesses – porque introduzida num pacote de serviços com um preço, a troco de

uma prestação principal, a que acrescem custos adicionais atípicos como contrapartida de serviços extra ativados automaticamente, sem que o consumidor tenha a possibilidade de recusar tais serviços. Esta cláusula envolve **riscos para os interesses económicos do aderente**, desrespeita a **autodeterminação** e as **expetativas** deste e provoca, ainda, um **desequilíbrio contratual significativo** traduzido na circunstância de a ré, onerando os consumidores com custos adicionais com os quais estes não contam no seu orçamento familiar, obter um incremento injustificado nas suas margens de lucro.

Assim, da aplicação conjunta dos artigos 15.º e 16.º do citado diploma, conjugados com a al. d) do artigo 19.º (cláusulas relativamente proibidas), que proíbe *cláusulas que impõem ficções de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes*, e com a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei 24/96, resulta que a cláusula contratual geral em crise nestes autos (Cláusula 2.ª d)) é uma cláusula que contraria a boa fé e proibida pela lei.

Pelo que, padece de nulidade, nos termos do artigo 12.º do diploma em causa, podendo o aderente optar pela manutenção do contrato nos termos do artigo 13.º, sem a citada cláusula, com a obrigação de a empresa fornecedora reembolsar os aderentes dos valores por estes pagos a título de pagamentos adicionais resultantes da ativação automática de serviços extra, sem a autorização expressa do aderente.

11. Consideramos também que a prática aqui descrita, acompanhada da impossibilidade de contratar o serviço principal sem a cláusula de ativação automática, constitui um entrave oneroso ou desproporcionado para o cliente, a quem é imposto um serviço mesmo contra a sua vontade declarada, podendo configurar uma prática comercial desleal para com os consumidores, proibida por lei, nos termos conjugados do artigo 11.º, al. d) e 12.º al. f), do Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de março, interpretado à luz da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11-05-2005. Esta diretiva veda um fenómeno designado por “*coercive tie selling*”, que é considerado uma prática comercial agressiva e proibida pelo artigo 9.º, al. d) da Diretiva e pelo ponto 29 do Anexo I, que considera uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias, «*Exigir o pagamento imediato ou diferido ou a devolução ou a guarda de produtos fornecidos pelo profissional que o consumidor não tinha solicitado (...)*”.

O TJUE, no Acórdão (Segunda Secção), Processo C-55/17 de 13-09-2018, EU:C:2018:710, n.º 45, com incidência na problemática dos direitos dos consumidores de serviços de telecomunicações, que envolvia a empresa Vodafone italiana, definiu no seu dispositivo o conceito de «*fornecimento não solicitado*», na aceção do anexo I, ponto 29, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005.

O TJUE chamado a pronunciar-se sobre o conceito de «práticas comerciais agressivas», que decorre dos artigos 8.º e 9.º da Diretiva 2005/29, e sobre o conceito de «fornecimento não solicitado», na aceção do anexo I, ponto 29, da mesma diretiva, entendeu que o conceito de “fornecimento não solicitado” «(...) *abrange comportamentos (...) que consistem na comercialização por parte de um operador de telecomunicações de cartões SIM (Subscriber Identity Module, módulo de identificação do subscritor), nos quais foram pré-instalados e previamente ativados determinados serviços, tais como a navegação na Internet e o correio de voz, sem ter prévia e adequadamente informado o consumidor desta pré-instalação e ativação prévia, nem dos custos desses serviços*».

Constitui assim um «fornecimento não solicitado», na aceção desse ponto 29, um comportamento do profissional que consiste em exigir ao consumidor o pagamento de um produto ou de um serviço, que foi prestado a esse consumidor, sem que este último o tenha solicitado.

Com efeito, trata-se de uma formulação que permite abranger a situação do caso dos autos, relativa aos pagamentos adicionais cobrados por serviços extra não solicitados (e não expressamente consentidos), pelo que consideramos que, neste sentido, estamos perante uma prática comercial agressiva no plano objetivo, uma vez que os factos são insuficientes para determinar o grau de culpa da ré, embora a Lei n.º 57/2008, de 26-03 preveja a ordenação, por autoridade administrativa, de medidas cautelares contra práticas comerciais desleais iminentes independentemente de culpa ou da prova da ocorrência de um prejuízo real (artigo 20.º, n.º 2).

Todavia, uma vez que, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, estes contratos são meramente anuláveis a pedido do consumidor, e, como vimos, estas cláusulas são nulas por violação de outros preceitos legais constantes da Lei n.º 24/96 e do Decreto-lei n.º 446/85, sendo o regime da nulidade mais favorável aos consumidores, não existe utilidade prática em tratar a questão nesta sede.

12. Em consequência, declara-se a nulidade das cláusulas contratuais gerais impugnadas, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96 e do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85, devendo a Ré Vodafone restituir aos consumidores-aderentes os pagamentos adicionais cobrados pelos serviços extra não expressamente solicitados ou acordados, podendo os consumidores optar pela manutenção do contrato, sem a cláusula de ativação automática dos serviços adicionais, ou pela nulidade de todo o contrato por ser contrário à lei (artigo 280.º do Código Civil).

13. Assim, reconhecemos, nos termos peticionados, a todos os Autores populares, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora Autores, o direito a não pagarem os serviços que não tenham prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constituam cumprimento de contrato válido, que se desdobra nos seguintes direitos:

i) o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações;

ii) o direito a não pagarem por esses serviços quando não os tenham solicitado e/ou quando os tenham expressamente recusado;

iii) o direito a que as operadores de serviços de telecomunicações móveis (como a Ré) não possam deduzir a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor consentiu na prestação dos serviços adicionais de telecomunicações, por falta de recusa expressa dos mesmos;

iiii) o direito a que não possam estas empresas ativar por defeito e automaticamente tais serviços extras.

14. Anexa-se sumário elaborado de acordo com o artigo 663.º, n.º 7, do CPC:

I – Os contratos de adesão caracterizam-se pela predisposição unilateral e pela generalidade, cabendo apenas a uma das partes a sua pré-elaboração, sem prévia negociação com a outra, e destinam-se a ser subscritos por uma multiplicidade de contraentes potenciais.

II – Nos termos do artigo 9.º - A, n.º 2 e n.º 3, da Lei n.º 24/96, de 31-07, a obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais; nos casos em que a obrigação de pagamento adicional resultar de opções estabelecidas por defeito que tivessem de ser recusadas para evitar o pagamento adicional (ou que nem admitem a possibilidade de recusa), o consumidor tem direito à restituição do referido pagamento.

III - Uma remissão para o lugar da internet da Vodafone para mais informações (facto provado n.º 27) e um consentimento genérico e presumido, meramente formal, prestado no momento da adesão ao pacote, normalmente com informações sumárias prestadas ao telefone e sem fornecimento prévio do texto escrito do contrato, para reflexão, não são suficientes para permitir aos consumidores uma escolha consciente e para a obtenção de uma vontade esclarecida.

IV – Não é o cliente quem deve, por *iniciativa própria*, tentar efetivamente conhecer as condições gerais, é ao utilizador que compete *proporcionar-lhe condições para tal*.

V – O dever das empresas predisponentes é o de fornecerem, por escrito, um resumo do contrato, em linguagem clara, simples e facilmente perceptível para os cidadãos comuns, onde se chama a atenção para as cláusulas que contêm riscos de prejudicar o cliente e de frustrar as suas expectativas.

VI – O conceito de boa fé como critério de validade das cláusulas contratuais gerais (artigo 15.º do Decreto-lei n.º 446/85, de 25-10) surge como *externo* ao contrato e à relação concreta estabelecida entre as partes, sendo fonte de limitação à liberdade contratual

VII – A boa fé concretiza-se pelos critérios gerais fixados no artigo 16.º do citado diploma – a tutela da expectativa do aderente e o objetivo do contrato – e é objeto de tipificações legais exemplificativas do seu alcance que dão corpo a regras de proibição de conteúdo contratual (artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do DL n.º 446/85), como contrapartida de um regime jurídico que atribui um poder inusitado ao predisponente de cláusulas contratuais gerais, contexto negocial que exige ao julgador um papel corretor e constitutivo da justiça contratual.

VIII – A Cláusula em litígio das Condições Gerais do contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço móvel relativa à descrição do “Serviço de Acesso à Internet Móvel” dispõe o seguinte: *“O serviço permite, ainda, utilizar um conjunto de serviços adicionais, como por exemplo a Opção Extra para os tarifários pós-pagos ou o acesso gratuito a Wi-Fi nos hotspots da Vodafone Portugal. Para mais informações sobre serviços adicionais consulte www.vodafone.pt ou ligue para o Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912 (tarifa aplicável)”*.

IX – A citada cláusula contraria as duas vertentes da boa fé – a tutela da confiança e a proibição do desequilíbrio significativo de interesses – porque introduzida num pacote de serviços com um preço, a troco de uma prestação principal, a que acrescem custos adicionais atípicos como contrapartida de serviços extra ativados automaticamente, sem que o consumidor tenha a possibilidade de recusar tais serviços.

X – Esta cláusula envolve **riscos para os interesses económicos do aderente**, desrespeita a **autodeterminação** e as **expectativas** deste e provoca, ainda, um **desequilíbrio contratual significativo** traduzido na circunstância de a ré, onerando os consumidores com custos adicionais com os quais estes não contam no seu orçamento familiar, obter um incremento injustificado nas suas margens de lucro.

XI – Assim, da aplicação conjunta dos artigos 15.º e 16.º do citado diploma, conjugados com a al. d) do artigo 19.º (cláusulas relativamente proibidas), que proíbe *cláusulas que impõem ficções de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes*, e com a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei 24/96, resulta que a cláusula contratual geral em crise nestes autos é uma cláusula que contraria a boa fé e proibida pela lei.

III – Decisão

Pelo exposto, concede-se a revista e revoga-se a decisão recorrida, condenando-se a Ré Vodafone, S.A., à restituição, aos autores populares, dos pagamentos adicionais que lhes tenham sido cobrados, em virtude da ativação automática de serviços adicionais não solicitados.

Custas pela recorrida.

Custas do incidente de intervenção de terceiro pela recorrida.

Custas do incidente de junção de documentos pelos recorrentes.

Supremo Tribunal de Justiça, 2 de fevereiro de 2022

Maria Clara Sottomayor (Relatora)

Pedro de Lima Gonçalves (1.º Adjunto)

Fernando Samões (2.º Adjunto)

[1] “sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal” [cf. artigo 267.º (b) § 3 do TFUE].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1604270 - DF (2016/0145220-2)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : PEUGEOT-CITRÖEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA
ADVOGADOS : NEWTON COCA BASTOS MARZAGÃO E OUTRO(S) -
 SP246410
 HALISSON ADRIANO COSTA - DF026638
 MARINA VOLPATO ETTRURI - SP344813
 ANGELA CIGNACHI BAETA NEVES - DF018730
 JULIA MARTINS SOUZA - DF077652
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
 TERRITÓRIOS

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO GENÉRICO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTENSÃO TERRITORIAL DA DECISÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que reformou sentença em ação civil pública, ampliando o alcance da decisão para todo o território nacional e determinando o fornecimento de peças de reposição no prazo de 30 dias, sob pena de multa.
 2. A sentença original determinava que a parte recorrente fornecesse peças de reposição aos consumidores finais no prazo de 30 dias, com publicação da decisão em jornal de grande circulação no Distrito Federal. O Tribunal de origem estendeu a decisão para todo o território nacional.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Há duas questões em discussão: (i) saber se é possível aplicar, por analogia, o prazo de 30 dias previsto no art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor ao cumprimento da obrigação de fornecimento de peças de reposição, conforme disposto no art. 32 do mesmo diploma legal; (ii) saber, quanto à extensão da decisão, se deve ser limitada à circunscrição do Distrito Federal ou se pode abranger todo o território nacional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

Documento eletrônico VDA46594152 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
 Signatário(a): JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Assinado em: 03/04/2025 15:59:56
 Publicação no DJEN/CNJ de 08/04/2025. Código de Controle do Documento: 763cf7d0-04b4-4f0d-868a-8fb229acd9b6

4. O prazo de 30 dias previsto no art. 18, § 1º, do CDC não pode ser aplicado por analogia à hipótese do art. 32 do mesmo diploma, pois as situações são distintas e específicas, não havendo lacuna legal que justifique tal interpretação.

5. A extensão territorial da decisão para todo o território nacional está em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, que não restringem os efeitos da sentença coletiva aos limites da competência territorial do órgão prolator.

6. A fixação de prazo razoável para o cumprimento da obrigação deve ser determinada na fase de execução, considerando cada situação individual homogênea apresentada.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso parcialmente provido para afastar a aplicação analógica do prazo do art. 18, § 1º, do CDC à hipótese do art. 32 do mesmo diploma legal e a multa fixada na origem.

Tese de julgamento: "1. O prazo de 30 dias previsto no art. 18, § 1º, do CDC não se aplica, por analogia, à hipótese do art. 32 do mesmo diploma legal. 2. A extensão territorial da decisão em ação civil pública pode abranger todo o território nacional, conforme a jurisprudência do STF e do STJ. 3. A fixação de prazo razoável para cumprimento da obrigação deve ser determinada na fase de execução, considerando-se cada situação individual homogênea".

Dispositivos relevantes citados: CDC, arts. 18, § 1º, e 32; Lei n. 7.347/1985, art. 16; CPC/1973, arts. 126, 286 e 460.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE n. 1.101.937/SP, relator Ministro, Alexandre de Moraes, Plenário, julgado em 8/4/2021; STJ, AgInt nos EREsp n. 1.903.903/MS, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 9/5/2023.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista regimental do relator conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento, por unanimidade, conhecer em parte o recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 03 de abril de 2025.

Ministro João Otávio de Noronha
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1604270 - DF (2016/0145220-2)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : PEUGEOT-CITRÖEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA
ADVOGADOS : NEWTON COCA BASTOS MARZAGÃO E OUTRO(S) -
 SP246410
 HALISSON ADRIANO COSTA - DF026638
 MARINA VOLPATO ETTRURI - SP344813
 ANGELA CIGNACHI BAETA NEVES - DF018730
 JULIA MARTINS SOUZA - DF077652
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
 TERRITÓRIOS

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO GENÉRICO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTENSÃO TERRITORIAL DA DECISÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que reformou sentença em ação civil pública, ampliando o alcance da decisão para todo o território nacional e determinando o fornecimento de peças de reposição no prazo de 30 dias, sob pena de multa.

2. A sentença original determinava que a parte recorrente fornecesse peças de reposição aos consumidores finais no prazo de 30 dias, com publicação da decisão em jornal de grande circulação no Distrito Federal. O Tribunal de origem estendeu a decisão para todo o território nacional.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Documento eletrônico VDA46594149 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
 Signatário(a): JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Assinado em: 03/04/2025 15:59:59
 Código de Controle do Documento: 4b16743c-7b4e-420e-a8ef-e63710ba2926

3. Há duas questões em discussão: (i) saber se é possível aplicar, por analogia, o prazo de 30 dias previsto no art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor ao cumprimento da obrigação de fornecimento de peças de reposição, conforme disposto no art. 32 do mesmo diploma legal; (ii) saber, quanto à extensão da decisão, se deve ser limitada à circunscrição do Distrito Federal ou se pode abranger todo o território nacional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. O prazo de 30 dias previsto no art. 18, § 1º, do CDC não pode ser aplicado por analogia à hipótese do art. 32 do mesmo diploma, pois as situações são distintas e específicas, não havendo lacuna legal que justifique tal interpretação.

5. A extensão territorial da decisão para todo o território nacional está em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, que não restringem os efeitos da sentença coletiva aos limites da competência territorial do órgão prolator.

6. A fixação de prazo razoável para o cumprimento da obrigação deve ser determinada na fase de execução, considerando cada situação individual homogênea apresentada.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso parcialmente provido para afastar a aplicação analógica do prazo do art. 18, § 1º, do CDC à hipótese do art. 32 do mesmo diploma legal e a multa fixada na origem.

Tese de julgamento: "1. O prazo de 30 dias previsto no art. 18, § 1º, do CDC não se aplica, por analogia, à hipótese do art. 32 do mesmo diploma legal. 2. A extensão territorial da decisão em ação civil pública pode abranger todo o território nacional, conforme a jurisprudência do STF e do STJ. 3. A fixação de prazo razoável para cumprimento da obrigação deve ser determinada na fase de execução, considerando-se cada situação individual homogênea".

Dispositivos relevantes citados: CDC, arts. 18, § 1º, e 32; Lei n. 7.347/1985, art. 16; CPC/1973, arts. 126, 286 e 460.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE n. 1.101.937/SP, relator Ministro, Alexandre de Moraes, Plenário, julgado em 8/4/2021; STJ, AgInt nos EREsp n.

1.903.903/MS, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 9/5/2023.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de recurso especial interposto por PEUGEOT-COTRÖEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA. com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que negou provimento à Apelação n. 2014011090054-3 (0021258-09.2014.8.07.0001) em acórdão assim ementado (fls. 408-409):

CONSUMIDOR, PROCESSO CIVIL E CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITO SUSPENSIVO. RECEBIMENTO DO RECURSO EM DUPLO EFEITO. PREJUDICADO. OFERTA DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO. PRAZO. ANALOGIA ART. 18, CDC. RAZOABILIDADE. TERMO INICIAL. ADEQUADO. FIXAÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. QUANTUM. SUFICIENTE. DIVULGAÇÃO. ÂMBITO NACIONAL.

1. Nos termos do artigo 126 do CPC, não havendo norma legal específica, o magistrado recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Seguindo essa orientação legal, deve-se utilizar como parâmetro o prazo estipulado no artigo 18, §1º, do CDC para que a empresa ré forneça as peças de reposição dos veículos que comercializa, mostrando-se razoável esse limite temporal.

2. O consumidor não pode ser prejudicado em decorrência das inúmeras variáveis relacionadas à relação jurídica entre concessionária e fabricante.

3. Afixação de multa em caso de descumprimento da determinação judicial configura prática usual e admitida pela doutrina e Jurisprudência como medida constitutiva para assegurar a efetividade da decisão. Montante estipulado em valor razoável.

4. A reparação civil exige a efetiva existência de dano, que, em se tratando de direito individual homogêneo, somente pode ser comprovado e mensurado individualmente.

5. A divulgação da informação acerca da obrigação imposta à empresa interessa aos consumidores de todo o país, uma vez que os produtos são comercializados em âmbito nacional. Deve-se, portanto, estender a condenação referente à publicação a jornais de grande circulação em todo o território nacional, de acordo com o artigo 93, II, do CDC.

6. Recurso da empresa ré desprovido e recurso do órgão ministerial parcialmente provido. Sentença reformada.

Os embargos de declaração opostos na origem foram rejeitados nos termos do acórdão de fls. 435-445.

Nas razões do especial, a recorrente sustenta, inicialmente, violação dos arts. 18, § 1º, e 32 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Argumenta que a ausência de prazo no comando legal do art. 32 do CDC não autoriza a aplicação, por analogia, do prazo de 30 dias previsto no art. 18 do mesmo diploma legal, visto que este último trata exclusivamente do vício existente no produto, nada se referindo à reposição de peças.

Afirma ter sido violado o art. 126 do CPC de 1973, haja vista a inexistência de lacuna no art. 32 do CDC que autorizasse a interpretação analógica conferida pelo Tribunal de origem a respeito da extensão do prazo de 30 dias para a situação concreta exposta na ação civil pública.

Alega também violação do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, visto que o Tribunal de origem condenou a Peugeot a fornecer peças e componentes de reposição em todo o território nacional, quando a decisão deveria limitar-se à circunscrição do Distrito Federal, ante a competência territorial do órgão prolator da decisão.

Por fim, aponta violação dos arts. 286 e 460 do CPC de 1973, na medida em que a fixação de multa em caso de descumprimento do prazo estabelecido no acórdão posterga para evento futuro a verificação do fato constitutivo do direito do consumidor, resultando em verdadeira decisão condicional, baseada na ocorrência de evento futuro e incerto, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Subsidiariamente, e na hipótese de não se reconhecer o prequestionamento dos dispositivos de lei federal citados, postula o reconhecimento da violação do art. 535 do CPC de 1973, pois, opostos embargos de declaração, a Corte os rejeitou sem sanar os vícios apontados.

Indica ainda a ocorrência de dissídio jurisprudencial, visto que o Tribunal de origem deu interpretação divergente ao âmbito de incidência de sua decisão, que deve ser limitada à jurisdição do órgão prolator, conforme preconiza o art. 16 da Lei n. 7.347/1985, não se admitindo sua extensão a todo território nacional.

Requer, preliminarmente, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial e, no mérito, seu provimento para: (a) afastar a condenação que lhe foi imposta ante a inexistência de prazo disposto no art. 32 do CDC; (b) caso mantido o prazo de 30 dias para fornecimento de peças e componentes de reposição, restringir seus efeitos à competência territorial do órgão prolator da decisão (o Distrito Federal) e, de igual modo, no tocante à determinação de veiculação em anúncios publicitários; (c) subsidiariamente, decretar a nulidade do acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao TJDF para novo julgamento dos embargos de declaração.

Foram apresentadas contrarrazões, tendo a parte recorrida pugnado pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do apelo (fls. 565-580).

No juízo primeiro de admissibilidade, o recurso especial foi admitido (fls. 598-601).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso em parecer de seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFERTA DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO. PRAZO, ANALOGIA DO ART. 18 DO CDC. POSSIBILIDADE. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA EM ACP. TERRITÓRIO NACIONAL. FIXAÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO IMPOSTA. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535, I E II, DO CPC/73. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE QUANDO O ACÓRDÃO REGIONAL APRECIA DEMANDA EM TODA A SUA EXTENSÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na falta de norma legal, o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Possibilidade de se aplicar, por analogia, o prazo estipulado no art. 18, §1.º, do Código de Defesa do Consumidor, para que a empresa forneça as peças de reposição dos veículos que comercializa.

2. Os efeitos e a eficácia da sentença em uma ação civil pública não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido. Ademais, a legitimidade do Ministério Público em defender os interesses e direitos dos consumidores não pode ser restrita a uma parcela limitada do território nacional.

3. A estipulação de multa para o caso de descumprimento da determinação judicial configura prática usual e admitida pela doutrina e jurisprudência, pois se cuida do instituto das astreintes, como medida constritiva para assegurar a efetividade da decisão.

4. Não havendo omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, não há falar em ofensa ao art. 535, incisos I e II, do CPC/73.

5. O recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, através da realização do indispensável cotejo analítico, de forma a comprovar a similitude fática entre o acórdão recorrido e o eventual paradigma. Ausentes esses requisitos não se deve conhecer do recurso especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da CF/88.

6. Parecer por que seja negado provimento ao recurso especial.

Por meio da Petição n. 00571826/2016 (fls. 658-670), a recorrente junta a íntegra do acórdão proferido pelo TJRS em caso que reputa idêntico ao presente (Apelação n. 70069175933/CNJ: 0127787-46.2016.8.21.7000).

O feito foi inicialmente distribuído ao Ministro Luis Felipe Salomão (fl. 247) e, em 29/9/2022, foi a mim atribuído (fl. 674).

É o relatório.

VOTO

I - Breves apontamentos fáticos

O caso dos autos tem origem em ação civil pública ofertada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a partir da instauração de

inquérito civil público em 14 de janeiro de 2013, a fim de apurar a falta de peças de reposição e a prática abusiva da recorrente, por violação do art. 32 do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Por ocasião da inicial, foram formulados os seguintes pedidos condenatórios: "(i) obrigação de manter componentes e peças de reposição em solo brasileiro, para todos os seus produtos colocados no mercado de consumo brasileiro (Marca Peugeot), para pronta disponibilização, sob pena de multa no valor de R\$ 100.000,00 para cada ato de descumprimento comprovado, (ii) a divulgar o resultado da presente demanda coletiva em todas as capitais do país, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00, (iii) a divulgar em local visível no Manual do Proprietário/Veículo, que possui obrigação de manter peças de reposição em estoque à pronta disponibilização, (iv) em danos patrimoniais e morais na forma do art. 95 do CDC" (fl. 14).

Em sede de contestação, a parte recorrente alegou que os pedidos formulados pelo *parquet* são infundados, haja vista que "[...] não refletem o tratamento dispensado à coletividade e (ii) que inexiste regra que imponha imediata disponibilização de peças como pretendida pelo autor. Asseverou que todas as peças/componentes de reposição dos veículos da marca Peugeot se encontram disponíveis ao mercado brasileiro. Os eventos narrados na inicial devem ser interpretados como casos isolados, em razão dos milhares de consumidores atendidos. Aduziu que algumas peças, em razão de sua baixa demanda, requerem um tempo maior para serem disponibilizadas, outras peças, dadas as características especiais, como chaves decodificadas e chassis, são disponibilizadas mediante encomenda, mas sempre em período razoável. Informou que vem realizando investimentos em estrutura e logística, a fim de agilizar o

atendimento aos consumidores. Aduziu que o art. 32 do CDC não estabelece prazo porque este varia de acordo com o tipo de peça/componente a ser fornecido. Requereu a improcedências dos pedidos formulados pelo autor" (fl. 249).

A sentença de primeiro grau deu parcial provimento aos pedidos do Ministério Público para "determinar que a parte recorrente fornecesse a reposição de peças e componentes de sua marca aos consumidores finais, por intermédio de seus concessionários, no prazo máximo de 30 dias a contar do pedido dos consumidores, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por cada descumprimento" (fl. 254). Determinou-se ainda a publicação da notícia em jornal de grande circulação do Distrito Federal por oito domingos consecutivos.

Conforme relatado, o Tribunal de origem reformou a sentença apenas para ampliar o alcance da decisão, estendendo-a a todo o território nacional e determinando que a publicação fosse realizada em jornal nacional de grande circulação, pelo período de oito domingos consecutivos.

Contra o referido acórdão, sobreveio o presente recurso especial.

II - Art. 535, I e II, do CPC de 1973

A parte sustenta, subsidiariamente, violação dos referidos dispositivos, visto que o Tribunal de origem, apesar de provocado, não se manifestou a respeito do alcance da decisão coletiva, o que caracteriza a omissão necessária ao retorno dos autos à origem.

No mesmo sentido, aponta obscuridade do acórdão recorrido, visto que não foi esclarecido de que forma a ausência de prazo prevista no art. 32 do CDC pode ser considerada lacuna legal autorizadora da interpretação analógica acerca do prazo previsto no art. 18 do mesmo diploma legal.

Também afirma que acórdão é obscuro a respeito da incidência da multa na hipótese de descumprimento da condenação de conferir publicidade, em âmbito nacional, à obrigação de fornecer os componentes e peças de reposição objeto do pedido principal da ação civil pública.

Razão não lhe assiste.

Como se depreende do acórdão que julgou os embargos de declaração, o Tribunal de origem entendeu que a decisão teria alcance em todo o território nacional, inclusive quanto à condenação ao fornecimento das peças. Veja-se (fls. 442-443):

Noutra seara, não houve omissão ou obscuridade quanto ao **âmbito da condenação ao fornecimento das peças**, uma vez que o voto condutor discorreu a esse respeito:

Assim lecionam Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade, em Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado (2012, p. 128):

"Se o dano ou ameaça ocorrer em todo o território nacional, será de âmbito nacional. Neste caso, também se aplica a regra do art. 93, II, do CDC: serão concorrentemente competentes os juízos das capitais de qualquer dos Estados e o Distrito Federal, conforme jurisprudência dominante no STJ. (R Esp 712.006/DF, 4a Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.08.2010, informativo STJ 441; REsp 944.464/RJ, 3a Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.12.2008, D Je 11.02.2009; AgRg na MC 13.660/PR, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 04.03.2008, D Je 17.03.2008; CC 26.842/DF, 2a Seção, rel. Min. Waldemar Zveiter, rel. para o ac. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 10.10.2001, DJ 05.08.2002. CC 17.532/DF, 2ª Seção, rel. Min. Ari Pargendler, j. 29.02.2000, DJ 05.02.2001)."

Com efeito, mostra-se completamente desarrazoado exigir-se que se proponha uma ação civil pública em cada unidade da federação para que todos os consumidores do mesmo país alcancem os mesmos direitos. Ademais, vale ressaltar que a legitimidade do Ministério Público em defender os interesses e direitos dos consumidores não pode ser restrita a uma parcela limitada do território nacional. (grifo nosso)

Cumprasse, ainda, que a r. sentença não restringiu a condenação à reposição de peças e componentes aos limites do Distrito Federal, mas, ao contrário, determinou que a marca fornecesse os itens aos consumidores finais, sem distinção, por intermédio de seus concessionários.

Não há falar em obscuridade em razão da aplicação do prazo previsto no art. 18, § 1º, do CDC, uma vez que o Tribunal de origem concluiu que, diante da ausência de termo legal, para que o fornecedor de produtos e serviços cumpra o disposto no art. 32 do CDC, mostra-se razoável a aplicação do prazo de 30 dias previsto para que o fornecedor sane o vício do produto, ante a impossibilidade de a empresa possuir toda e qualquer peça de um veículo em seu estoque e à pronta entrega. Confira-se (fls. 440-441):

Em relação à aplicação do prazo previsto no artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, em razão da ausência de fixação legal de termo para que o fornecedor de produtos e serviços cumpra o disposto no artigo 32 do CDC, o voto condutor do julgamento assim dispôs:

De fato, o artigo 32 do Código de Defesa do Consumidor não estabelece prazos para a oferta de peças de reposição. Entretanto, o juiz deve decidir a lide nos limites em que lhe foi proposta, não podendo permanecer nenhuma demanda sem solução, por ausência de norma específica que a solucione. Nos termos do artigo 126 do Código de Processo Civil, não havendo norma legal, o magistrado recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Seguindo essa orientação legal, o d. Juízo a quo utilizou, como parâmetro, o prazo estipulado no artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que trata do limite temporal para que o fornecedor sane o vício de um produto. Nesse sentido, mostra-se razoável o entendimento adotado pela r. sentença, uma vez que o consumidor não pode permanecer indefinidamente sem o conserto de seu automóvel e, por outro lado, é descabido exigir que a empresa possua toda e qualquer peça de um veículo a pronta entrega.

Assim sendo, não há que se falar em omissão ou obscuridade do v. acórdão.

Por fim, afasta-se também a obscuridade a respeito da incidência da multa decorrente do descumprimento da ordem de publicidade em todo o território nacional, porque a condenação à multa, conforme destacado pelo relator, é inerente ao descumprimento de qualquer comando do *decisum*. É o que se depreende do seguinte excerto do acórdão que julgou os embargos de declaração na origem (fls. 441-442):

De igual maneira, restou clara a aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em caso de descumprimento da obrigação de divulgar, em jornal de grande circulação nacional, por oito domingos consecutivos, o dever de fornecer, no prazo máximo de trinta dias, peças e componentes de reposição.

Mostra-se incabível a interpretação segundo a qual a multa por descumprimento somente deve ser aplicada em caso de não fornecimento das peças, pois, de acordo com o princípio da congruência, o julgado deve se ater ao pedido e, in casu, verifica-se que o Ministério Público, desde a inicial, pede a culminação de multa em caso de não cumprimento de quaisquer das obrigações impostas pelo decurso. O simples fato de o valor atribuído à multa ser o mesmo, independente de qual obrigação for inadimplida, não permite o entendimento de que não haverá penalidade em caso de descumprimento do dever de publicação da condenação.

Esclareça-se que o órgão colegiado não está obrigado a repelir todas as alegações expendidas no recurso, pois basta que se atenha aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio e adote fundamentos que se mostrem cabíveis à prolação do julgado, ainda que, relativamente às conclusões, não haja a concordância das partes.

III - Arts. 18, § 1º, e 32 da Lei n. 8.078/1990 e 126, 286 e 460 do CPC de 1973

Como se observa das razões do especial, a parte sustenta a ocorrência de violação dos referidos dispositivos infraconstitucionais por entender que o prazo previsto no art. 18, § 1º, do CDC não poderia ser estendido à hipótese de incidência do art. 32 do mesmo diploma legal, visto que a ausência de prazo no caso não caracteriza lacuna legal apta a sugerir a interpretação analógica realizada na origem, o que também violaria o art. 126 do CPC de 1973.

Razão lhe assiste nesse ponto.

Isso porque o art. 18, § 1º, do CDC retrata alternativas ao consumidor na hipótese em que o fornecedor do produto não soluciona o vício dentro do prazo de 30 dias. Veja-se:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o

valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III – o abatimento proporcional do preço.

Trata-se, aqui, de prazo atrelado à responsabilidade do fornecedor na solução de vício de produto, ou seja, de vício adstrito aos limites do bem de consumo, sem outras repercussões (prejuízos intrínsecos), o que diferencia do fato ou defeito do produto, cuja consequência lógica está atrelada aos prejuízos extrínsecos sofridos pelo consumidor, gerando consequências relacionadas à indenização moral, material ou por danos estéticos (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018).

Portanto, o mencionado prazo de 30 dias não está relacionado à realização da obrigação propriamente dita, mas sim ao interstício necessário para que surja para o consumidor o direito potestativo de exigir, segundo sua conveniência, alguma das providências previstas nos incisos do § 1º do art. 18 do CDC.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. MOTOCICLETA. VÍCIO REDIBITÓRIO DEMONSTRADO. ART. 18 DO CDC. ULTRAPASSADO PRAZO PARA SANAR VÍCIO. DIREITO POTESTATIVO DE EXIGIR SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO, RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA OU ABATIMENTO DO PREÇO. RESOLUÇÃO. NATUREZA REDIBITÓRIA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE.

DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO VALOR PAGO PELO BEM. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO INTERNO DA PARTE RECORRIDA. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. **Salvo nas hipóteses específicas elencadas no § 3º do art. 18 do CDC, após o transcurso do prazo de 30 dias sem a efetiva correção do vício, surge para o consumidor o direito potestativo de exigir, segundo sua conveniência, alguma das seguintes providências: (a) substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (b) restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou (c) abatimento proporcional do preço.**

[...]

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp n. 2.233.500/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 13/9/2023, destaquei.)

Não pode, assim, um prazo previsto para uma situação específica e de natureza distinta ser utilizado, em interpretação analógica, como parâmetro para criação de uma obrigação, cuja eficácia terá efeito *erga omnes* em decorrência da utilização da ação civil pública no caso concreto.

O silêncio do art. 32 do CDC a respeito do prazo para a oferta de componentes e peças de reposição é inerente à complexidade de variedade de situações abarcadas pelo dispositivo.

Nesse sentido, veja-se a lição de Tartuce e Neves:

Em complemento ao preceito geral a respeito do conteúdo das informações previamente prestadas, o art. 32 da Lei 8.078/1990 preceitua que os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Se cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei. Esse tempo razoável, por óbvio, deve levar em conta a vida útil média do produto, bem como a sua difusão no mercado de consumo. A norma visa justamente a fazer cumprir a oferta anterior, quando da aquisição originária do produto, mantendo a sua integralidade. (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 241.)

Assim, a redação do art. 32 do CDC, diferentemente do definido pelo Tribunal de origem, reflete o silêncio eloquente do legislador, que, reconhecendo a situação fática regulada pelo dispositivo, fez verdadeira opção legislativa em não prever o prazo no texto normativo para que situações díspares não ficassem engessadas pelo preceito legal.

Dessa forma, não me parece razoável a extensão do prazo de 30 dias previsto no art. 18, § 1º, do CDC às situações concretas abarcadas pelo art. 32 do mesmo diploma legal.

Concluo que a integração jurídica a ser promovida no caso concreto reverbera no reconhecimento de que o silêncio do art. 32 do Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que o reflexo da intenção legislativa ante as inúmeras variáveis que possam ser abarcadas pelo referido dispositivo.

Registre-se que não se está afastando, de forma irrestrita, a possibilidade de fixação de prazo razoável a depender da situação concreta, o que deve ficar a cargo do juízo competente quando do cumprimento da obrigação no âmbito de incidência da norma. É dizer, em cada ação individual de execução a ser proposta a partir da condenação na ação civil pública. Ou, de modo mais abrangente, com a eventual provocação do órgão legislativo competente.

Daí a impossibilidade de se criar uma regra abstrata e irrestrita para toda e qualquer situação regulada pelo mencionado art. 32 do CDC, o qual exige a análise concreta a respeito da necessidade perseguida pelo consumidor.

Nesse sentido, merece prosperar a alegação da parte recorrente acerca da violação do art. 32 do CDC, na medida em que o legislador não previu prazo legal para o cumprimento da obrigação, não se mostrando razoável a fixação geral do prazo máximo de 30 dias, inclusive com a imposição de multa diária sobre seu descumprimento, ante o risco de se tratar, de forma desigual, situações semelhantes.

Por fim, quanto a este ponto, vale dizer que, uma vez afastada a aplicação do prazo de 30 dias do art. 18, § 1º, do CDC, fica prejudicado o pedido relacionado à fixação da multa diária pelo seu descumprimento, o que torna prejudicada a alegada violação dos arts. 286 e 460 do CPC de 1973.

Entretanto, deve-se ressaltar a possibilidade jurídica do pedido ministerial a respeito da obrigação no fornecimento de peças e componentes de reposição automotivos, enquanto não cessar a fabricação e/ou importação do produto pela recorrente.

A medida condenatória se impõe ante o descumprimento de termo de ajuste de conduta realizado em audiência pública própria, com sugestão de adotar medidas concretas para cumprir, de forma razoável, o art. 32 do CDC (fl. 8).

A referida exigência decorre ainda do fato de que a "possibilidade jurídica do pedido se traduz em apurar se a pretensão deduzida pela parte se mostra compatível com a possibilidade de eventual entrega de tutela jurisdicional, seja em face da existência de regulação normativa que, em tese, possa amparar o pedido, seja em razão da inexistência de vedação legal ou de incompatibilidade com o ordenamento jurídico" (AgRg no REsp n. 1.096.280/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe de 5/5/2016).

De toda sorte, por se tratar de ação civil pública, cuja eficácia *erga omnes* confere certo grau de abstração ao comando jurisdicional contido na sentença condenatória, deve-se direcionar a integração jurídica para o cumprimento da obrigação nas execuções individualmente propostas, momento em que o juízo competente terá os elementos necessários para a fixação de prazo razoável para cada situação individual homogênea apresentada.

Dessa maneira, afasto a aplicação analógica do prazo do art. 18, § 1º, do CDC ao caso concreto, bem como a imposição de multa pelo seu descumprimento.

Para que o consumidor final não fique desamparado ante a abstenção de fixação de prazo genérico para o cumprimento da obrigação, mantenho o comando jurisdicional a respeito da necessidade de fornecimento de peças e componentes de reposição automotivos enquanto não cessar a fabricação e/ou importação do produto pela recorrente, de modo que o presente comando esteja atrelado à análise individual pelo Juízo da execução do prazo cabível em cada uma das situações reclamadas pelos interessados.

IV - Art. 16 da Lei n. 7.347/1985 e divergência jurisprudencial

A parte sustenta a ocorrência de violação do referido dispositivo infraconstitucional e divergência, na medida em que o Tribunal de origem não poderia ter estendido o alcance de sua decisão a todo o território nacional quando a decisão deveria limitar-se à circunscrição do Distrito Federal.

Neste ponto, cumpre esclarecer que o "art. 16 da Lei n. 7.347/195, que restringe os efeitos da sentença coletiva aos limites da competência territorial do órgão prolator, foi declarado inconstitucional pelo STF (RE n. 1.101.937/SP, relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 8/4/2021, DJe de 14/6/2021). Assim, e conforme definido pelo STJ no julgamento do Tema n. 480, os efeitos da sentença proferida em ação civil coletiva não se restringem aos lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (AgInt nos EREsp n. 1.903.903/MS, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 9/5/2023, DJe de 3/7/2023).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. SÚMULA N. 284 DO STF. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 1.022 do CPC/2015 quando a Corte local pronunciou-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

2. "Jurisprudência do STJ no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública e ação coletiva com o propósito de velar por direitos difusos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis" (AgInt no REsp n. 1.683.203/GO, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/8/2021, DJe de 26/8/2021).

3. **"O art. 16 da Lei 7.347/1985, que restringe os efeitos da sentença coletiva aos limites da competência territorial do órgão prolator, foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 1.101.937/SP, DJe de 14.6.2021). Assim, e conforme definido pelo STJ no julgamento do Tema 480, os efeitos da sentença proferida em Ação Civil Coletiva não se restringem aos lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido"** (AgInt nos EREsp n. 1.903.903/MS, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 9/5/2023, DJe de 3/7/2023).

4. O recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido suficiente para mantê-lo não deve ser admitido, a teor da Súmula n. 283/STF.

5. Ausente o enfrentamento da matéria pelo acórdão recorrido, inviável o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

6. É firme a orientação do STJ de que a impertinência temática do dispositivo legal apontado como ofendido resulta na deficiência das razões do recurso especial, fazendo incidir a Súmula n. 284 do STF.

7. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 2.117.777 /RS, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 29/2/2024.)

No caso concreto, o Tribunal de origem estendeu a condenação ao fornecimento de peças e componentes de reposição automotivos enquanto não cessar a fabricação e/ou importação do produto pela recorrente a todo o território nacional, "uma vez que a empresa ré comercializa seus produtos em todo território nacional", fazendo incidir o disposto no art. 93, II, do CDC (fl. 417).

Dessa forma, o Tribunal de origem decidiu em consonância com a atual jurisprudência do STJ a respeito do tema, no sentido de que a sentença proferida em ação civil pública acerca de direitos individuais homogêneos em relação consumerista opera-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial

do órgão julgador, abrangendo todo o território nacional, a fim de beneficiar todos os consumidores e seus sucessores.

Caso, pois, de aplicação da Súmula n. 83 do STJ.

V - Conclusão

Ante o exposto, **conheço em parte do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para, reformando o acórdão, afastar a extensão analógica do prazo do art. 18, § 1º, do CDC para o cumprimento da obrigação disposta no art. 32 do mesmo diploma legal e, por consequência, a incidência da multa fixada na origem. Determino ainda que a fixação de prazo razoável se dê em fase de execução, de acordo com cada situação individual homogênea apresentada.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2016/0145220-2 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.604.270 / DF

Números Origem: 00212580920148070001 20140110900543

PAUTA: 01/04/2025

JULGADO: 01/04/2025

RelatorExmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARCELO ANTÔNIO MUSCOGLIATI**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI****AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : PEUGEOT-CITROËN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA
 ADVOGADOS : NEWTON COCA BASTOS MARZAGÃO E OUTRO(S) - SP246410
 HALISSON ADRIANO COSTA - DF026638
 ADVOGADA : MARINA VOLPATO ETTRURI - SP344813
 ADVOGADA : ANGELA CIGNACHI BAETA NEVES - DF018730
 ADVOGADA : JULIA MARTINS SOUZA - DF077652
 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Oferta e Publicidade

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto-vista regimental do relator conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento, a Quarta Turma, por unanimidade, conheceu em parte o recurso especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.



2016/0145220-2 - REsp 1604270

Documento eletrônico VDA46567630 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
 Signatário(a): TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI, QUARTA TURMA Assinado em: 01/04/2025 18:14:50
 Código de Controle do Documento: E2740FAD-7DB5-4412-AD71-73A225D76DF2



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2160516 - CE (2024/0149146-1)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
 RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
 OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL
 CURA D'ARS
 ADVOGADOS : GABRIEL GIORGIO CICCHELERO - CE045930
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
 MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA -
 CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
 RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
 ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que julgou agravo de instrumento, por meio do qual o hospital recorrente requer denunciar a lide aos médicos que atenderam a recorrida.

2. A recorrida buscou atendimento no hospital em quatro ocasiões distintas, sendo atendida por diferentes médicos. O acórdão recorrido aplicou o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, vedando a denúncia da lide em casos de relação de consumo, como o erro médico.

3. A vedação da denúncia da lide prevista no art. 88 do CDC aplica-se a casos de responsabilidade civil por acidentes de consumo, como o erro médico, para evitar a complexidade e o prolongamento excessivo das discussões processuais.

4. A teoria do risco da atividade consumerista veda a denúncia da lide, visando evitar revitimização do consumidor e atrasos processuais.

5. Incidência da Súmula 83/STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Documento eletrônico VDA46915428 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
 Signatário(a): HUMBERTO EUSTÁQUIO SOARES MARTINS Assinado em: 15/04/2025 18:17:56
 Publicação no DJEN/CNJ de 28/04/2025. Código de Controle do Documento: e7d59c96-a99f-4d7a-8030-dd08b0ac8f0d

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e o voto divergente do Sr. Ministro Humberto Martins, por maioria, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Ricardo Villas Bôas Cueva, que davam provimento ao recurso especial. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins (Presidente) os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Daniela Teixeira.

Brasília, 01 de abril de 2025.

Ministro Humberto Martins
Relator

Superior Tribunal de Justiça

S.T.J
Fl. _____

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2024/0149146-1 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.160.516 / CE

Números Origem: 01549485920178060001 06392297520208060000 1549485920178060001

PAUTA: 11/03/2025

JULGADO: 11/03/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSNIR BELICE**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL CURA D'ARS
ADVOGADO : YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
ADVOGADOS : MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA - CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 GABRIEL GIORGIO CICHELO - CE045930
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110
ASSUNTO: DIREITO DA SAÚDE - Suplementar - Tratamento Domiciliar (Home Care)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação da Sra. Ministra Relatora para a Sessão do dia 18/03/2024.

 2024/0149146-1 - REsp 2160516

Documento eletrônico VDA46073279 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA, TERCEIRA TURMA Assinado em: 11/03/2025 18:48:05
Código de Controle do Documento: D4FD8FCC-024C-4997-849F-894BDC698FFA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2024/0149146-1 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.160.516 / CE

Números Origem: 01549485920178060001 06392297520208060000 1549485920178060001
PAUTA: 11/03/2025 JULGADO: 18/03/2025

Relatora
Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. **ONOFRE DE FARIA MARTINS**

Secretária
Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL CURA D'ARS
ADVOGADO : YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
ADVOGADOS : MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA - CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 GABRIEL GIORGIO CICHELERO - CE045930
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110

ASSUNTO: DIREITO DA SAÚDE - Suplementar - Tratamento Domiciliar (Home Care)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação da Sra. Ministra Relatora para sessão do dia 1º/04/2025.

 2024/0149146-1 - REsp 2160516

Documento eletrônico VDA46204461 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA, TERCEIRA TURMA Assinado em: 18/03/2025 17:08:33
Código de Controle do Documento: 972C458E-0610-47B5-BCB0-433559C6B00A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2160516 - CE (2024/0149146-1)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL CURA D'ARS
ADVOGADOS : GABRIEL GIORGIO CICHELERIO - CE045930
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
 MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA - CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO. ATENDIMENTOS REALIZADOS POR MÉDICOS NO HOSPITAL DA REDE CREDENCIADA. ALEGADA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS PROFISSIONAIS. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE PELO HOSPITAL. HIPÓTESE EXCEPCIONAL.

1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por dano moral, ajuizada em 24/07/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 17/10/2023 e concluso ao gabinete em 28/06/2024.

2. O propósito recursal é decidir sobre a denúncia da lide, requerida pelo hospital, aos médicos responsáveis pelos atendimentos a paciente, aos quais é imputada a prática de erro médico.

3. Segundo a jurisprudência do STJ, quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional; nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC). Precedentes.

4. Em circunstâncias específicas como a destes autos, na qual se imputa ao hospital a responsabilidade objetiva por suposto ato culposos dos médicos a ele vinculados, deve ser admitida, excepcionalmente, a denúncia da lide, sobretudo com o intuito de assegurar o resultado prático da demanda e evitar a indesejável situação de haver decisões contraditórias a respeito do mesmo fato.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Examina-se recurso especial interposto por SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO - HOSPITAL CURA D'ARS, fundado, exclusivamente, na alínea "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/CE.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por dano moral, ajuizada por ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS em face de SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO - HOSPITAL CURA D'ARS, em virtude de suposto erro médico.

Decisão interlocutória: o Juízo de primeiro grau indeferiu o requerimento feito pela SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO - HOSPITAL CURA D'ARS de denúncia da lide aos médicos responsáveis pelo atendimento de ELZA.

Acórdão: o TJ/CE, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto por SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO - HOSPITAL CURA D'ARS, "apenas para determinar que o Juízo da Instância de origem analise, de forma clara, acerca da distribuição do ônus da prova" (fl. 162, e-STJ). Eis a ementa do acórdão:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. DECISÃO DE SANEAMENTO DO PROCESSO QUE INDEFERIU A DENÚNCIAÇÃO DA LIDE AOS MÉDICOS E NÃO DEFINIU EXPRESSAMENTE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 88, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VEDAÇÃO À DENÚNCIAÇÃO DA LIDE NO CASO. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. SANEAMENTO DO PROCESSO. DEFINIÇÃO ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 357, III, DO CPC. DECISÃO IMPRECISA NESSE PONTO. APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA EM SEDE PROCESSUAL. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO ART. 6º, VIII, DO CDC OU DA REGRA GERAL DO ART. 373, I, DO CPC. REGRA DE INSTRUÇÃO E NÃO DE JULGAMENTO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. DETERMINAÇÃO PARA QUE O JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA EXAMINE EXPRESSAMENTE ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - Agravo de instrumento manifestado contra respeitável decisão, na qual o Juízo a quo indeferira a denúncia da lide e não definira expressamente a distribuição do ônus da prova no caso. A demanda de origem revela o intuito da agravada em ser indenizada a título de danos morais e materiais, em decorrência de alegado erro médico, quanto ao atendimento a que se submetera em hospital da recorrente.

2 - Nas razões recursais, a agravante suscitou a necessidade de se denunciar à lide os profissionais de saúde que realizaram o atendimento da recorrida. Além disso, informou que o Juízo da instância de origem não foi claro o suficiente, quanto à definição da distribuição do ônus da prova, razão pela qual pugnou, de plano, pela aplicação da regra geral do art. 373, I, do CPC.

3 - Como se sabe, o instituto referenciado na pretensão recursal revela - se como uma das espécies do gênero "intervenção de terceiros", cuja regência encontra sede legal nos arts. 125 e seguintes do CPC, o que atrairia, em tese,

o disposto no inciso II, do referido dispositivo. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência, no presente caso, foi reconhecida na decisão hostilizada e sequer foi refutada pela recorrente em sua peça de insurgência, prevê que a denúncia da lide é vedada nos termos do art. 88.

4 - É pacífico, na jurisprudência, que esse mesmo óbice pode ser aplicado em outros casos em que caracterizada a relação de consumo, ainda que o art. 88 se refira somente à responsabilidade do comerciante. Entre eles, destaca-se a responsabilidade em acidentes de consumo (arts. 12 e 14, do CDC), tais como o erro médico, em plena sintonia com a narrativa proposta na peça preambular da demanda de origem. Portanto, no caso, não merece prosperar o pleito da recorrente quanto à denúncia à lide dos médicos que atenderam a recorrida. Precedentes.

5 - O decisum hostilizado é um ato judicial que visava ao saneamento e à organização do processo. Atrai, portanto, a incidência do art. 357, do CPC, que dispõe as matérias que devem ser tratadas em seu teor. Entre os temas a serem enfrentados nesse estágio processual, consta, no inciso III, que o Magistrado deve definir a distribuição do ônus da prova.

6 - O juízo de primeiro grau, quando proferiu a decisão hostilizada, não foi suficientemente assertivo quanto a essa questão, nem mesmo quando fora instado a revisita-la, mediante os aclaratórios interpostos pela agravante, de maneira que é imprescindível que assim proceda de forma mais clara.

7 - Deve portanto o magistrado envidar esforços em analisar tanto o pleito da consumidora, que pugnou pela inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), como o pedido da recorrente, a qual, por sua vez, rogou pela aplicação da regra geral do art. 373, I, do CPC.

8 - Essa cautela contribui para a aplicação da boa-fé objetiva em sede processual, cuja obediência também é exigida dos julgadores, como forma de cumprir o dever recíproco de cooperação entre os sujeitos que atuam no processo, além de viabilizar um resultado mais justo.

9 - Além disso, a adoção dessa medida também evita a suscitação de eventuais nulidades, pois, conforme entendimento pacífico do STJ, a inversão do ônus da prova, fundamentada no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução, e deve ser declarada em momento anterior ao julgamento.

10 - Como não foi possível extrair o entendimento do Juízo da instância de origem acerca dessa temática, é vedado a este Colegiado adentrar em seu exame, sob pena de violação ao duplo grau de jurisdição e supressão de instância. Em razão disso, deve-se determinar tão somente que o Juízo de 1ª Instância analise com maior clareza acerca da distribuição do ônus da prova, antes mesmo do julgamento, seja para defini-la em favor ou não da agravante.

11 - Recurso conhecido e provido.

Embargos de declaração: opostos por SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO - HOSPITAL CURA D'ARS, foram rejeitados.

Recurso especial: aponta divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os acórdãos exarados pelo STJ, no julgamento do REsp 1.832.371/MG, e pelo TJ/MT, no julgamento do agravo de instrumento 10178760220228110000.

Afirma que o TJ/CE “deu aos arts. 113, 114, 125 e 485, VI, todos do CPC /2015, bem como dos arts. 3º, 13, 14, § 3º, e 88 do CDC, interpretação diversa dos

julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso” (fl. 213, e-STJ).

Ressalta que o dissídio diz respeito à “possibilidade da denunciação da lide pelos hospitais, quando a responsabilidade solidária da unidade de saúde depender da apuração de culpa dos médicos em que causou supostos danos ao paciente” (fl. 215, e-STJ).

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/CE inadmitiu o recurso, dando azo à interposição do AREsp 2.625.813/CE, provido para determinar a conversão em especial (fl. 339, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O propósito recursal é decidir sobre a denunciação da lide, requerida pelo hospital, aos médicos responsáveis pelos atendimentos a paciente, aos quais é imputada a prática de erro médico.

1. DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE, REQUERIDA PELO HOSPITAL, AOS MÉDICOS RESPONSÁVEIS PELOS ATENDIMENTOS A PACIENTE

1. Consta dos autos que ELZA (recorrida) procurou o HOSPITAL CURA D’ ARS (recorrente), da rede credenciada do seu plano de saúde, e, depois de sucessivos atendimentos frustrados, realizados por diferentes profissionais, sem o diagnóstico correto e o adequado tratamento, buscou profissional particular, ocasião em que constatou os erros médicos descritos na petição inicial, os quais se repetiram, inclusive, durante o período de internação naquele nosocômio para a realização dos procedimentos necessários à cura da doença.

2. No que tange à responsabilidade civil dos hospitais, o entendimento vigente nesta Corte é no sentido de que: “(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (artigo 14, *caput*, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (artigo 14, § 4º, do CDC); e (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado

indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)” (REsp 1.145.728/MG, Quarta Turma, julgado em 28.06.2011, DJe de 08.09.2011; AgInt no AREsp 1.643.326/PR, Quarta Turma, julgado em 28/09/2020, DJe de 20/10/2020; AgInt no REsp 1.793.515/RJ, Terceira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe de 23/04/2020; REsp 1.769.520/SP, Terceira Turma, julgado em 21/05/2019, DJe de 24/05/2019).

3. É dizer, segundo o STJ, o hospital responde, objetivamente, pelos danos decorrentes da prestação dos serviços auxiliares relacionados ao exercício da sua própria atividade, assim como, solidariamente com o médico a ele vinculado, pelos danos decorrentes do exercício da medicina, desde que, neste último caso, fique caracterizada a culpa do profissional. Noutra toada, não responde o hospital por danos decorrentes do exercício da atividade pelo médico que com ele não tenha qualquer vínculo, hipótese em que a responsabilidade é subjetiva e exclusiva do profissional.

4. Estabelecidas essas premissas, convém destacar que, no particular, ELZA (recorrida) ajuizou a ação apenas contra o hospital, pelos fatos e fundamentos assim descritos em sua petição inicial:

Em 06/08/2016, a autora, tossindo e muito cansada, se dirigiu pela primeira vez ao Hospital Cura D'Ars, estabelecimento vinculado ao seu plano de saúde, onde foi atendida pela médica Raquel Costa B. de Araújo. Durante a consulta, a médica diagnosticou o caso da autora como bronquite alérgica, receitou alguns antialérgicos e nebulização. Conforme prescrito pela médica, a paciente fez as nebulizações e tomou os remédios rigorosamente, no entanto, seu estado não melhorou.

Em 08/08/2016, sem nenhuma melhora, a autora retornou ao hospital, onde foi atendida pela médica Limar Girão. Nesta consulta, a médica diagnosticou a paciente com infecção pulmonar ou possível pneumonia e receitou amoxicilina 500 mg. Nesta oportunidade, a médica solicitou um exame de sangue antes de proceder com o diagnóstico. A paciente não reagiu ao remédio e seu quadro começou a agravar. A partir deste momento, a autora começou a tossir mais, a ficar mais cansada e a sentir fortes dores ao respirar no lado do pulmão direito.

Em 13/08/2016, a autora retornou ao hospital e foi atendida pelo médico Caminha Junior. A paciente informou ao médico que estava com muita tosse, muito cansada, sentindo-se debilitada e com muita dor no lado do pulmão direito. Além disso, a autora contou ao médico sua saga, informou os diagnósticos anteriores, bem como relatou a ineficiência dos remédios que haviam sido receitados.

Apenas no terceiro atendimento, o médico requisitou um raio-X do pulmão da paciente, assim como um novo hemograma. A paciente esperou 3 horas pelos resultados dos exames, momento em que o médico Caminha Junior a diagnosticou com inflamação na pleura. Após o diagnóstico, o médico prescreveu o antibiótico azitromicina 500 mg e buprenorfina para a dor. A paciente tomou os remédios conforme o médico havia prescrito, no entanto, seu quadro não melhorou. A paciente continuou sentindo muita dor e a insuficiência respiratória estava cada vez pior.

Em 16/08/2016, a paciente retornou pela quarta vez ao hospital. Desta vez, a autora estava com uma dor desesperadora. A autora foi atendida pelo médico Tiago Mesquita. Por conta da dor intensa, antes mesmo de qualquer exame ou avaliação médica superficial, a autora foi encaminhada para a sala de medicações, onde foi administrada morfina. A dor era tão intensa que a morfina apenas amenizou a situação, mas a autora continuou sentindo dor.

Por conta da impossibilidade de locomoção ocasionada pela dor e pela insuficiência respiratória, o médico requisitou exames na própria sala de medicação. Neste dia, a autora não chegou a ir ao consultório. O médico sequer escutou o pulmão da autora com o estetoscópio ou pediu que medissem sua pressão.

A paciente sentia muita dor no pulmão direito. A dor era mais intensa na região embaixo do peito e em uma parte das costas do lado direito. O médico solicitou dois exames: tomografia de abdome e tórax. Acontece que o plano da autora não autorizou as duas tomografias, mesmo ela estando na emergência. Neste momento, um funcionário do hospital perguntou ao médico qual das tomografias ele gostaria que fosse feita, pois só seria feita uma. O médico escolheu a tomografia de abdome, mesmo a autora relatando dor intensa no pulmão e quadro de insuficiência respiratória há mais de duas semanas.

Até um leigo teria escolhido a tomografia do tórax!

Em 16/08/2016, não foi realizado qualquer exame no pulmão da autora. Ela passou quatro horas esperando o resultado do exame. Quando a autora levou o resultado do exame do abdome para o médico, por volta das 03 horas da manhã, ele estava saindo do consultório e a atendeu no meio do corredor. O médico analisou o exame em menos de um minuto, no meio do corredor do hospital.

O médico não examinou a autora, não escutou o pulmão da autora e sequer entrou no consultório. A paciente foi diagnosticada com pneumonia e o médico receitou azitromicina.

A autora insistiu que já havia sido medicada com azitromicina e não tinha tido resultado algum, no entanto, o médico reafirmou o diagnóstico. Vale chamar atenção ao fato de que a tomografia solicitada tinha sido a de abdômen. No entanto, observando a dor da paciente, no pós-laudo, o médico que fez a tomografia do abdômen constatou que havia uma complicação na base pulmonar direita, informação que deve ter sido ignorada pelo médico que diagnosticou a autora, pois ele sequer pediu exames complementares ou mesmo examinou a paciente.

(...)

A autora voltou para casa e, assim que o efeito da morfina passou, a dor voltou ainda mais intensa. Nesse momento, a autora estava com extrema dificuldade para respirar.

Em 19/08/2016, a situação estava insuportável e a autora procurou um especialista particular. A autora procurou o Dr. Juvêncio Câmara, pneumologista. O valor da consulta custou R\$ 300,00, conforme documentos em anexo.

A autora relatou todos os sintomas e levou a tomografia do abdômen que tinha feito anteriormente. Ao analisar a tomografia e observar o texto contido no pós-laudo, o Dr. Juvêncio Câmara requisitou com urgência uma angiotomografia de tórax e informou que o caso era muito grave. Vale constar que o médico particular, Dr. Juvêncio Câmara, examinou a autora uma única vez e solicitou o exame que os médicos do hospital deveriam ter solicitado desde o primeiro atendimento, tendo em vista os sintomas narrados.

A angiotomografia de tórax custou R\$ 1.080,00 e foi feita no Hospital Monte Klinikum, conforme documento em anexo. Normalmente, o resultado deste exame sai em 24 horas. No entanto, assim que o médico radiologista observou o pulmão da paciente, solicitou que ela não saísse do hospital, pois o médico dela deveria ver o exame imediatamente.

O resultado do exame apontou um "quadro tomográfico compatível com tromboembolismo pulmonar bilateral". O exame indicou infarto pulmonar no segmento basal lateral direito do pulmão da paciente, onde a autora relatou dor desde o primeiro atendimento, conforme documento em anexo. O quadro da paciente era muito grave, o médico receitou injeções de anticoagulantes e solicitou

que a paciente procurasse imediatamente um hospital custeado por seu plano para que fosse internada.

Com dor, sem respirar direito, angustiada e desesperada, a autora foi até uma farmácia, tomou a injeção receitada pelo médico e foi novamente ao Hospital São Camilo — Hospital Cura D'Ars.

Quando a autora chegou ao Hospital São Camilo - Hospital Cura D'Ars, o plano de saúde da autora não autorizou a internação. Neste momento, chorando muito e aflita, a autora mandou que chamassem um responsável pelo hospital, mostrou sua saga, mostrou que tinha sido atendida por quatro médicos daquele hospital e que os médicos erraram no diagnóstico, foram negligentes e a autora corria risco de morte.

A autora mostrou que o hospital errou várias vezes e esses erros poderiam tê-la matado, pois, se ela continuasse tomando os remédios prescritos pelos médicos do hospital, certamente não teria sobrevivido. Nem os exames corretos foram solicitados pelos médicos da ré. A autora mostrou os diagnósticos dos médicos do Hospital Cura D'Ars e do médico particular, mostrando que os médicos do hospital sequer tinham requisitado os exames corretos. Um dos médicos chegou a requisitar uma tomografia de abdômen quando a autora estava com dor no pulmão.

Após vários procedimentos internos, no dia 20/08/2016, o hospital aceitou a autora e a internou. Acontece que os erros do hospital não pararam após a internação. Durante toda a internação, a autora não conseguiu sequer dormir direito, pois tinha medo de a equipe errar mais uma vez e ela acabar ainda mais prejudicada. Durante o período em que a autora ficou internada, ela precisou ficar recebendo uma medicação chamada heparina. A heparina é uma substância anticoagulante natural e a autora precisava receber tal medicação para evitar a formação de novos trombos. Caso fossem formados novos trombos, a situação da autora poderia ficar ainda mais complicada e ela poderia não resistir.

Logo durante uma das primeiras noites de internação, a paciente ficou sem receber o medicamento (heparina) por mais de uma hora, por negligência da enfermeira. Neste dia, ela mesma precisou chamar os enfermeiros e perguntar pela medicação, momento em que, com cara de surpresa e constrangimento, informaram que haviam esquecido de administrar o medicamento. Mas os absurdos ainda não pararam por aí...

Durante a internação, a autora deveria fazer diariamente exames para contabilizar e controlar o INR — exame capaz de medir a sua taxa de coagulação. Conforme o resultado do exame, o médico deveria ajustar a concentração de heparina que deveria ser administrada.

Por mais de três vezes, as enfermeiras não observaram a quantidade de heparina prescrita pelo médico e colocaram para a autora a concentração errada. Uma das vezes, quando o médico foi visitar a autora, percebeu o erro e chamou a enfermeira para solucionar a questão. Percebendo o problema, a autora mais uma vez ficou muito angustiada, pois nem os remédios conforme a prescrição médica a equipe do hospital conseguia administrar.

Após esse fato, a autora não conseguiu sequer dormir, pois tinha medo de acontecer o pior por falha da equipe do hospital. Ciente da negligência dos enfermeiros, a paciente passou a acompanhar e conferir todas as dosagens receitadas e efetivamente administradas. A autora constatou mais de quatro erros na administração de seus remédios.

Além de falhar quatro vezes no diagnóstico da doença, o hospital falhou várias vezes na administração da medicação durante a internação. Os erros do hospital colocaram a vida da paciente em risco várias vezes. Em nenhum momento a autora se sentia segura durante a internação, pois sentia medo constante de amargar piores por conta de novas falhas. A autora sequer conseguia dormir, pois tinha que fiscalizar a administração dos remédios.

Em que pese a gravidade do quadro e a necessidade de acompanhamento integral, a autora não foi acomodada na UTI, quando deveria ter

sido. Em momento algum os médicos do hospital procuraram investigar a origem do problema vivenciado pela autora, não investigaram sequer para prevenir futuros danos.

Após a internação, a autora acabou descobrindo que tinha outro trombo, localizado em sua perna. Durante a internação, a autora não foi sequer submetida a exames para saber se poderia ter problemas de trombose em outras partes do corpo. A equipe do hospital foi relapsa com a paciente do início até o final da sua internação.

Assustada com todas as falhas cometidas pelo hospital, a autora escreveu uma reclamação e direcionou à ouvidoria do Hospital Cura D'Ars. O hospital respondeu à reclamação da autora, reconhecendo as falhas e pedindo desculpas pelo ocorrido. (fls. 13-20, e-STJ)

5. Da leitura da exordial, infere-se que a recorrida imputa ao hospital a responsabilidade por atos praticados pelos médicos que realizaram os atendimentos em suas dependências, hipótese essa em que, segundo a orientação do STJ, se faz necessário perquirir a existência de vínculo entre ambos – hospital e médicos – bem como a prática de conduta negligente, imperita ou imprudente dos profissionais.

6. Nessa circunstância, portanto, a discussão em torno da culpa do médico não se presta apenas para autorizar eventual exercício do direito de regresso pelo hospital, senão, muito antes disso, para fundamentar a responsabilidade do próprio hospital perante o consumidor, na medida em que, de acordo com o STJ, se trata de condição *sine qua non* para que responda solidaria e objetivamente pelo apontado dano causado pelo profissional.

7. É certo que a jurisprudência do STJ também orienta que “a vedação à denunciação da lide estabelecida no artigo 88 do CDC não se limita à responsabilidade por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)” (AgInt no AREsp 1.148.774/RS, Quarta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 13/12/2019; REsp 801.691/SP, Terceira Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 15/12/2011).

8. Com efeito, a razão de ser deste entendimento está nos princípios da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional, os quais impõem seja evitada a dilação do tempo de duração do processo e a desnecessária ampliação do objeto da demanda, ambos em prejuízo do consumidor.

9. Assim, a tese se aplica, sem dúvidas, aos casos em que se imputa ao hospital, diretamente, a responsabilidade objetiva por dano decorrente de ato próprio, ou seja, de conduta praticada no exercício das atividades auxiliares oferecidas pelo nosocômio, haja vista que, nessa hipótese, a eventual culpa de empregado ou preposto a ele vinculado é irrelevante para o julgamento da demanda proposta pelo consumidor.

10. No entanto, em circunstâncias específicas como a destes autos, na qual se imputa ao hospital a responsabilidade objetiva por suposto ato culposos dos médicos a ele vinculados, deve ser admitida, excepcionalmente, a denunciação da lide, sobretudo com o intuito de assegurar o resultado prático da demanda, a partir do debate acerca da relação jurídica estabelecida entre hospital e médicos e da culpa destes profissionais, cuja comprovação é exigida para a satisfação da pretensão deduzida pela consumidora.

11. Ademais, evita-se, dessa forma, a indesejável situação de haver decisões contraditórias a respeito do mesmo fato, na eventualidade, por exemplo, de ser o hospital condenado aqui e não serem os médicos responsabilizados em outra demanda, porque demonstrada lá a ausência de culpa destes. Calham, nessa linha, os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, ainda sobre o art. 70 do CPC/1973, mas que permanecem válidos na vigência do art. 125 do CPC/2015:

Essa configuração do instituto permite apontar como sua *ratio* não só a *economia processual*, pois propicia o julgamento de duas causas em um processo só e sentença única, preparada por uma só instrução; como ainda a *harmonia de julgados*, pois evita o duplo sucumbimento daquele que, vencido em uma causa, correria o risco de receber depois outra sentença desfavorável na ação de garantia, declarando o juiz ainda a inexistência da obrigação que lhe fora imposta antes.

[...]

Essa diversidade de julgados é possível porque a autoridade da coisa julgada não vincula o terceiro que não haja sido parte no primeiro processo (limites subjetivos da coisa julgada, art. 472). (Instituições de Direito Processual Civil. Vol II. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 399)

12. Noutras palavras, a denunciação da lide, ante as circunstâncias peculiares da espécie, é medida imprescindível para o adequado deslinde da controvérsia.

13. Nesse sentido, inclusive, já decidiu a Terceira Turma, ao julgar o REsp 1.216.424/MT (julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011), que versava sobre hipótese assemelhada, sendo oportuno transcrever este trecho do voto-vista do e. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

Mesmo o reconhecimento da responsabilidade solidária no âmbito do Direito do Consumidor deve ser visto à luz do que dispõe o art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, que elenca as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, quais sejam: prova da inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro,

pressupondo a existência de nexo de causalidade. Tais circunstâncias, contudo, conforme inicialmente referido, deverão ser aferidas por ocasião do julgamento do mérito, após a produção de provas.

Daí porque, com mais razão, **impõe-se a permanência do hospital no polo passivo da lide, ao menos até a conclusão da fase de instrução probatória**, como, inclusive, fora decidido pelo douto magistrado de primeiro grau.

Pelo mesmo motivo, porém, **tenho por imprescindível o deferimento do pedido de denúncia da lide ao médico**, fazendo-se, nesse ponto específico, merecedora de reparos aquela r. decisão primeva. (sem grifos no original)

14. Esse entendimento foi recentemente reafirmado pela Terceira Turma, no julgamento do citado REsp 1.216.424/MT; vejamos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. TEORIA DA ASERÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. SOLIDARIEDADE COM OS MÉDICOS RESPONSÁVEIS PELA CIRURGIA. COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS PROFISSIONAIS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. JULGAMENTO: CPC/2015.

1. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e compensação por dano moral ajuizada em 24/11/2014, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 19/12/2018 e concluso ao gabinete em 19/08/2019.

2. O propósito recursal é decidir sobre a legitimidade passiva do hospital recorrente, bem como sobre a denúncia da lide aos médicos responsáveis pelos procedimentos cirúrgicos ou à formação de litisconsórcio passivo necessário entre o hospital recorrente e os respectivos médicos.

3. Os fatos narrados na petição inicial, interpretados à luz da teoria da asserção, não autorizam reconhecer a ilegitimidade passiva do hospital, na medida em que revelam que os procedimentos cirúrgicos foram realizados nas dependências do nosocômio, sendo, pois, possível inferir, especialmente sob a ótica da consumidora, o vínculo havido com os médicos e a responsabilidade solidária de ambos - hospital e respectivos médicos - pelo evento danoso.

4. Segundo a jurisprudência do STJ, quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional; nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC). Precedentes.

5. Em circunstâncias específicas como a destes autos, na qual se imputa ao hospital a responsabilidade objetiva por suposto ato culposos dos médicos a ele vinculados, deve ser admitida, excepcionalmente, a denúncia da lide, sobretudo com o intuito de assegurar o resultado prático da demanda e evitar a indesejável situação de haver decisões contraditórias a respeito do mesmo fato.

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.832.371/MG, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 1/7/2021.)

15. Logo, deve ser reformado o acórdão recorrido, para determinar a remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau a fim de que proceda à citação dos denunciados.

2. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para determinar a remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau a fim de que proceda à citação dos denunciados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2160516 - CE (2024/0149146-1)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL
 CURA D'ARS
ADVOGADOS : GABRIEL GIORGIO CICCHELERO - CE045930
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
 MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA -
 CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110

VOTO-VENCEDOR

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que julgou agravo de instrumento, por meio do qual o hospital recorrente requereu denunciar a lide aos médicos que atenderam a recorrida.
 2. A recorrida buscou atendimento no hospital em quatro ocasiões distintas, sendo atendida por diferentes médicos. O acórdão recorrido aplicou o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, vedando a denúncia da lide em casos de relação de consumo, como o erro médico.
 3. A vedação da denúncia da lide prevista no art. 88 do CDC aplica-se a casos de responsabilidade civil por acidentes de consumo, como o erro médico, para evitar a complexidade e o prolongamento excessivo das discussões processuais.
 4. A teoria do risco da atividade consumerista veda a denúncia da lide, visando evitar revitimização do consumidor e atrasos processuais.
 5. Incidência da Súmula 83/STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.
- Recurso especial não conhecido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, que julgou ação de responsabilidade civil por erro médico.

O julgado deu provimento em parte ao agravo de instrumento nos termos da seguinte ementa (fls. 149-151):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. DECISÃO DE SANEAMENTO DO PROCESSO QUE INDEFERIU A DENUNCIAÇÃO DA LIDE AOS MÉDICOS E NÃO DEFINIU EXPRESSAMENTE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 88, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VEDAÇÃO À DENUNCIAÇÃO DA LIDE NO CASO. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. SANEAMENTO DO PROCESSO. DEFINIÇÃO ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 357, III, DO CPC. DECISÃO IMPRECISA NESSE PONTO. APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA EM SEDE PROCESSUAL. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO ART. 6º, VIII, DO CDC OU DA REGRA GERAL DO ART. 373, I, DO CPC. REGRA DE INSTRUMENTO E NÃO DE JULGAMENTO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. DETERMINAÇÃO PARA QUE O JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA EXAMINE EXPRESSAMENTE ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - Agravo de instrumento manifestado contra respeitável decisão, na qual o Juízo a quo indeferira a denúncia da lide e não definira expressamente a distribuição do ônus da prova no caso. A demanda de origem revela o intuito da agravada em ser indenizada a título de danos morais e materiais, em decorrência de alegado erro médico, quanto ao atendimento a que se submetera em hospital da recorrente.

2 - Nas razões recursais, a agravante suscitou a necessidade de se denunciar à lide os profissionais de saúde que realizaram o atendimento da recorrida. Além disso, informou que o Juízo da instância de origem não foi claro o suficiente, quanto à definição da distribuição do ônus da prova, razão pela qual pugnou, de plano, pela aplicação da regra geral do art. 373, I, do CPC.

3 - Como se sabe, o instituto referenciado na pretensão recursal revela - se como uma das espécies do gênero "intervenção de terceiros", cuja regência encontra sede legal nos arts. 125 e seguintes do CPC, o que atrairia, em tese, o disposto no inciso II, do referido dispositivo. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência, no presente caso, foi reconhecida na decisão

hostilizada e sequer foi refutada pela recorrente em sua peça de insurgência, prevê que a denúncia da lide é vedada nos termos do art. 88.

4 - É pacífico, na jurisprudência, que esse mesmo óbice pode ser aplicado em outros casos em que caracterizada a relação de consumo, ainda que o art. 88 se refira somente à responsabilidade do comerciante. Entre eles, destaca-se a responsabilidade em acidentes de consumo (arts. 12 e 14, do CDC), tais como o erro médico, em plena sintonia com a narrativa proposta na peça preambular da demanda de origem. Portanto, no caso, não merece prosperar o pleito da recorrente quanto à denúncia à lide dos médicos que atenderam a recorrida. Precedentes.

5 - O decisum hostileizado é um ato judicial que visava ao saneamento e à organização do processo. Atrai, portanto, a incidência do art. 357, do CPC, que dispõe as matérias que devem ser tratadas em seu teor. Entre os temas a serem enfrentados nesse estágio processual, consta, no inciso III, que o Magistrado deve definir a distribuição do ônus da prova.

6 - O juízo de primeiro grau, quando proferiu a decisão hostilezada, não foi suficientemente assertivo quanto a essa questão, nem mesmo quando fora instado a revisita-la, mediante os aclaratórios interpostos pela agravante, de maneira que é imprescindível que assim proceda de forma mais clara.

7 - Deve portanto o magistrado envidar esforços em analisar tanto o pleito da consumidora, que pugnou pela inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), como o pedido da recorrente, a qual, por sua vez, rogou pela aplicação da regra geral do art. 373, I, do CPC.

8 - Essa cautela contribui para a aplicação da boa-fé objetiva em sede processual, cuja obediência também é exigida dos julgadores, como forma de cumprir o dever recíproco de cooperação entre os sujeitos que atuam no processo, além de viabilizar um resultado mais justo.

9 - Além disso, a adoção dessa medida também evita a suscitação de eventuais nulidades, pois, conforme entendimento pacífico do STJ, a inversão do ônus da prova, fundamentada no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução, e deve ser declarada em momento anterior ao julgamento.

10 - Como não foi possível extrair o entendimento do Juízo da instância de origem acerca dessa temática, é vedado a este Colegiado adentrar em seu exame, sob pena de violação ao duplo grau de jurisdição e supressão de instância. Em razão disso, deve-se determinar tão somente que o Juízo de 1ª Instância analise com maior clareza acerca da distribuição do ônus da prova, antes mesmo do julgamento, seja para defini-la em favor ou não da agravante.

11 - Recurso conhecido e provido.

Rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 198-207).

A parte recorrente aduz, no mérito, que o acórdão estadual diverge do julgamento do Agravo de Instrumento n. 10178760220228110000 do TJMT e do REsp n. 1.832.371/MG.

Alega que o Tribunal de Justiça do Ceará “deu aos arts. 113, 114, 125 e 485, VI, todos do CPC/2015, bem como aos arts. 3º, 13, 14, § 3º, e 88 do CDC, interpretação diversa dos julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso” (fl. 213).

Requer o provimento do recurso especial para reformar o acórdão, de forma a possibilitar ao hospital denunciar a lide aos médicos que atenderam a recorrente.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 272-275).

Sobreveio o juízo de admissibilidade negativo na instância de origem (fls. 285-292), o que ensejou a interposição de agravo (fls. 299-314).

Apresentada contraminuta do agravo (fls. 323-326).

O processo foi distribuído à Ministra Nancy Andrighi, que determinou a conversão em recurso especial (fl. 339).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cumprimento a eminente relatora, Ministra Nancy Andrighi, pelo seu judicioso voto.

Apesar dos argumentos trazidos, peço vênia para divergir.

Entendo não ser o caso de se excepcionar a jurisprudência do STJ sobre a possibilidade de o hospital denunciar a lide em caso de erro médico.

Em meu entender, as peculiaridades do caso são justamente para que se aplique o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não é possível ao hospital denunciar a lide aos médicos responsáveis pelo atendimento da paciente, em razão da incidência dos arts. 12, 14 e 88 do Código de Defesa do Consumidor.

A recorrida buscou atendimento no hospital-recorrente em quatro dias distintos (6, 8, 13 e 16 de agosto de 2016). Em cada uma dessas ocasiões, foi atendida por um médico diferente que estava de plantão. Além de ter sido obrigada a procurar a opinião de um quinto médico, desta vez particular, teve que arcar com os custos dos exames. Ainda assim, só conseguiu a internação após insistência perante a direção do hospital.

O fato de a exordial trazer o nome dos médicos que atenderam a então paciente não desnatura a natureza objetiva da responsabilidade civil na relação de consumo.

A minúcia na narração dos fatos serve justamente para demonstrar que, independentemente do profissional específico que o hospital escolheu para prestar o serviço, houve falha nos protocolos de atendimento. Portanto, houve falha na prestação do serviço, atraindo a aplicação da teoria do risco da atividade.

Em sua ratificação de voto, a eminente Ministra Nancy Andrichi aduz que a posição por ela preconizada "visa prevenir a indesejável contradição entre decisões judiciais sobre o mesmo fato – na hipótese, por exemplo, de ser o hospital condenado a indenizar pelo erro médico e, posteriormente, em ação movida contra o médico, se provar a inexistência de culpa profissional e, portanto, ausência do erro médico pelo qual respondeu o estabelecimento – e assegurar a coerência na aplicação da jurisprudência firmada por esta Corte".

Em meu sentir, esse risco, ao menos no presente caso, é bastante baixo, ou até mesmo inexistente.

No corpo da inicial (fl. 22), em boa transcrição do voto da relatora, é trazido um *e-mail* da ouvidoria do hospital, do qual se extrai:

Em resposta ao seu registro de Ouvidoria, informamos que a Coordenação Médica responsável pelo Pronto Atendimento apurou os atos e prestou os seguintes esclarecimentos relacionados ao caso.

O coordenador médico considerou justa a sua manifestação quanto ao atendimento recebido em nossa unidade. Contudo, esclareceu que devido a difícil sintomatologia em suas primeiras visitas ao Hospital, os médicos pensassem em pneumonia como hipótese diagnóstica para o caso. **Informou ainda que a ausência de melhora do quadro exibido, mesmo quando em uso de antibióticos, obriga aos plantonistas pensar em outra possibilidade diagnóstica.**

Segundo o coordenador, **ficou constatada a falta de atenção fornecida por um dos plantonistas aos exames e história clínica. Por tal prática não alinhada com a essência cuidadora e humanizada do Hospital, o plantonista recebeu ultimato e foi severamente advertido e punido por sua conduta.**

No que se **refere às ocorrências do posto**, a Gerência de Enfermagem responsável, tomou conhecimento e reuniu a equipe para esclarecimentos. **Foi realizado processo de reorientação e aplicação de punição cabível aos responsáveis pelas situações mais relevantes** que causaram insatisfação com o atendimento.

Na contestação, no ponto em que argui sua ilegitimidade passiva, a ora recorrente (fl. 71) não contradiz a existência e o conteúdo do *e-mail*. Apenas diverge das consequências jurídicas de seu conteúdo, ao afirmar que o *e-mail* não consistiria em confissão e que não implicaria desnecessidade de perícia:

Ademais, a alegação da Promovente de que a resposta apresentada pela ouvidoria do nosocômio acarretaria na prescindibilidade de prova pericial é totalmente improcedente, posto que tal manifestação em nada representa uma confissão de falhas no atendimento realizado à Promovente, haja vista que se tratam de

condutas natureza exclusivamente médica, o que foge da competência do nosocômio, sendo este incapaz de emitir juízo de valor sobre as mesmas.

Pelo conteúdo do *e-mail* enviado pela parte recorrente à recorrida, depreende-se que o hospital constatou erros praticados tanto pelo corpo médico quanto pelo corpo de enfermagem, de modo que os respectivos profissionais, segundo relatado, teriam sido advertidos e punidos.

Ora, se houve apuração administrativa que constatou falhas e se há hierarquia que possibilita a orientação, advertência e punição, não vejo como afastar a responsabilidade e, por consequência, como ser desnecessária a denúncia da lide.

Vê-se, então, que, já em âmbito administrativo, foi possível ao hospital constatar condutas que não se mostraram adequadas.

Portanto, embora haja alguma oscilação, não vejo motivos para se afastar a orientação:

Consoante a jurisprudência dominante do STJ, é objetiva a responsabilidade do Hospital quanto a atividade de seu profissional (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. Precedentes.

(AgInt no REsp n. 1.793.515/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/4/2020, DJe de 23/4/2020.)

No mesmo sentido, cito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC /2015. NÃO OCORRÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICOS. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a responsabilidade dos hospitais e clínicas (fornecedores de serviços) é objetiva, dispensando a comprovação de culpa, notadamente nos casos em que os danos sofridos resultam de infecção hospitalar. Precedentes.

2. O entendimento adotado no acórdão recorrido coincide com a jurisprudência assente desta Corte Superior, circunstância que atrai a incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 2.745.622/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/3/2025, DJEN de 25/3/2025.)

A propósito, cito recente precedente da Terceira Turma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. ERRO MÉDICO. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISÃO DO QUANTUM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interno interposto por CEMED CARE - EMPRESA DE ATENDIMENTO CLÍNICO GERAL LTDA contra decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, com fundamento na Súmula 7/STJ, referente a condenação por danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), decorrente de erro médico em atendimento hospitalar prestado à paciente idosa, que resultou em sequelas graves e risco de morte.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se houve negativa de prestação jurisdicional pelas instâncias de origem; **(ii) determinar se é cabível o afastamento da responsabilidade objetiva da instituição hospitalar e a revisão do quantum indenizatório, ante o óbice da Súmula 7/STJ.**

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. **As instâncias ordinárias decidiram em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte Superior, segundo o qual a responsabilidade civil dos hospitais é objetiva, em casos de falha na prestação de serviços, incluindo a atuação de seus prepostos, como médicos plantonistas.**

4. O acórdão recorrido fundamentou que a negligência do médico plantonista no atendimento inicial à paciente idosa, ao deixar de prescrever exames minuciosos diante de relatos consistentes, configurou falha na prestação de serviço, suficiente para a responsabilização do hospital.

5. O quantum indenizatório de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) foi considerado proporcional às circunstâncias do caso concreto, considerando-se a gravidade das consequências à saúde da vítima e o risco de morte que resultou de falha no diagnóstico. Além disso, a revisão do valor fixado demandaria revolvimento fático-probatório, incabível na via eleita (Súmula 7/STJ).

IV. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no AREsp n. 2.695.425/RJ, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Terceira Turma, julgado em 17/2/2025, DJEN de 20/2/2025.)

Vejam-se outras decisões da Terceira Turma no mesmo sentido:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO. CDC. INCIDÊNCIA.**

JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. SÚMULA N.º 568 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. **A jurisprudência desta Corte é firme em asseverar o não cabimento do instituto da denúncia da lide (art. 88 do CDC), que não se restringe às hipóteses de fato do produto ou serviço, aplicando-se, inclusive, aos casos de acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC).**

Precedentes.

2. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios fundamentos.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.134.523/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 10/4/2023.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA CONTRA HOSPITAL. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE À SEGURADORA. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO INTERPRETAÇÃO DO ART. 88 DO CDC.** AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. **A vedação à denúncia da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC).**

2. AGRAVO DESPROVIDO.

(AgInt no AREsp n. 1.137.085/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 9/11/2017, DJe de 20/11/2017.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS PREPOSTOS. DENÚNCIAÇÃO À LIDE DO MÉDICO. VEDAÇÃO. ART. 88 DO CDC. FATO DE TERCEIRO DESACOLHIDO. MÉDICO PREPOSTO. VINCULAÇÃO CONTRATUAL. DIREITO DE REGRESSO. AÇÃO AUTÔNOMA. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

(AgRg no Ag n. 1.402.439/RS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 10/4/2012.)

Ainda nesse sentido, transcrevo julgados da Quarta Turma com o mesmo entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 88 DO CDC. SÚMULA N. 83 DO STJ. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC /2015. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

1. **Consoante a jurisprudência deste STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive quanto à impossibilidade de denúncia da lide, consoante previsto no art. 88 do CDC. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.**

2. Inexiste afronta aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo. O julgamento da causa em sentido contrário aos interesses e à pretensão de uma das partes não caracteriza negativa de prestação jurisdicional.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.630.070/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 7/6/2021, DJe de 14/6/2021.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC /73) - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO DEMANDADO.

1. O juízo de pertinência das provas a serem produzidas nos autos compete às instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte Superior, em sede de recurso especial, modificar decisão que indefere determinada diligência requerida pela parte por considerá-la desnecessária. Tal providência exigiria o revolvimento do contexto fático e probatório, o que é vedado pela Súmula 7 desta Corte Superior.

2. **A responsabilidade do hospital por danos decorrentes dos serviços neles prestados é objetiva, nos termos do artigo 14 do CDC e independe da demonstração de culpa dos profissionais médicos envolvidos no atendimento. Incidência da Súmula 83 do STJ.**

3. O Tribunal local concluiu, após a análise do acervo fático-probatório dos autos, ser cabível a indenização por danos morais no presente caso, uma vez que a equipe médica do hospital foi negligente ao não realizar o exame clínico e não solicitar os procedimentos investigativos recomendados na hipótese, bem assim que a falta do diagnóstico foi fator determinante para o óbito do recém-nascido. Alterar o entendimento do acórdão recorrido, neste ponto, demandaria reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

4. A revisão da indenização por dano moral apenas é possível na hipótese de o quantum arbitrado nas instâncias originárias se revelar irrisório ou exorbitante. Não estando configurada uma dessas hipóteses, não cabe reexaminar o valor fixado a título de indenização, uma vez que tal análise demanda incursão na seara fático-probatória dos

autos, atraindo a incidência da Súmula 7 do STJ. Precedentes.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 958.733/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe de 3/5/2018.)

Considerando que a ação foi proposta em 2017, o retorno dos autos à primeira instância para que os prepostos do hospital passem a integrar a lide atrasaria sobremaneira a marcha processual, revitimizando a recorrida, que veria o processo retroceder em 8 anos.

A teoria do risco da atividade, que norteia a responsabilização civil consumerista e processualmente veda a denúncia da lide, tem por objetivo justamente evitar que questões complexas sejam discutidas de forma excessivamente prolongada.

Ante o exposto, com as mais sinceras vênias, divirjo do voto da eminente relatora para não conhecer do recurso especial em razão do óbice da Súmula 83 do STJ.

Deixo de condenar em honorários recursais em razão da ausência de fixação da verba na origem (EDcl no AgInt no REsp n. 1.910.509/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 4/11/2021).

É como penso. É como voto.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

26 de setembro de 2024 (*)

« Reenvio prejudicial — Defesa dos consumidores — Indicações dos preços dos produtos — Diretiva 98/6/CE — Artigo 6.o-A — Anúncios de redução de preço — Requisitos — Conceito de “preço anteriormente praticado” — Obrigação de determinar a redução do preço anunciada com base no preço anteriormente praticado »

No processo C-330/23,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Landgericht Düsseldorf (Tribunal Regional de Dusseldórfia, Alemanha), por Decisão de 19 de maio de 2023, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 25 de maio de 2023, no processo

Verbraucherzentrale Baden-Württemberg eV

contra

Aldi Süd Dienstleistungs SE & Co. OHG,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

composto por: N. Piçarra (relator), presidente de secção, N. Jääskinen e M. Gavalec, juízes, advogado-geral: L. Medina,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Aldi Süd Dienstleistungs SE & Co. OHG, por C. Fürsen e A. Starcke, Rechtsanwälte,
- em representação do Governo Checo, por S. Šindelková, M. Smolek e J. Vlácil, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo Húngaro, por M. Z. Fehér e K. Szijjártó, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo Neerlandês, por M. K. Bulterman e M. H. S. Gijzen, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo Polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,
- em representação do Governo Finlandês, por H. Leppo, na qualidade de agente,
- em representação do Governo Norueguês, por F. Bergsjø e P. A. Tønnessen, na qualidade de agentes,

- em representação da Comissão Europeia, por B.-R. Killmann, P. Ondrůšek e N. Ruiz García, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvida a advogada-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 6.^o-A, n.^{os} 1 e 2, da Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores (JO 1998, L 80, p. 27), conforme alterada pela Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019 (JO 2019, L 328, p. 7) (a seguir «Diretiva 98/6»).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Verbraucherzentrale Baden-Württemberg eV (Associação de Consumidores do *Land* de Bade-Vurtemberg, Alemanha) (a seguir «Associação de Consumidores») à Aldi Süd Dienstleistungs SE & Co. OHG (a seguir «Aldi»), a respeito das indicações de redução de preço que figuram nos anúncios publicitários relativos à venda de géneros alimentícios.

Quadro jurídico

Diretiva 98/6

- 3 Os considerandos 1, 2, 6 e 12 da Diretiva 98/6 enunciam:
 - «(1) [...] um funcionamento transparente do mercado e uma informação correta favorecem a proteção do consumidor e uma concorrência sã entre as empresas e os produtos;
 - (2) [...] deve assegurar[-se] aos consumidores um nível elevado de proteção; [...] a Comunidade deve contribuir nesse sentido mediante ações específicas que apoiem e complementem a política seguida pelos Estados-Membros em matéria de informação precisa, transparente e inequívoca dos consumidores sobre os preços dos produtos que lhes são oferecidos;
 - [...]
 - (6) [...] a obrigação de indicar o preço de venda e o preço por unidade de medida contribui significativamente para melhorar a informação dos consumidores, pois é esta a forma mais simples de dar aos consumidores as melhores possibilidades de avaliarem e compararem o preço dos produtos, permitindo-lhes, por conseguinte, fazer escolhas esclarecidas com base em comparações simples;
 - [...]
 - (12) [...] uma regulamentação a nível comunitário permite assegurar uma informação homogénea e transparente que beneficie o conjunto dos consumidores no âmbito do mercado interno [...].»

- 4 O artigo 1.º desta diretiva tem a seguinte redação:

«A finalidade da presente diretiva é estipular a indicação do preço de venda e do preço por unidade de medida dos produtos vendidos pelos comerciantes aos consumidores, a fim de melhorar a informação dos consumidores e de facilitar a comparação dos preços.»

- 5 Ao abrigo do artigo 4.º, n.º 1, da referida diretiva, o preço de venda deve ser inequívoco, facilmente reconhecível e perfeitamente legível.

- 6 O artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da mesma diretiva dispõe:

«1. Qualquer anúncio de redução de preço indica o preço anteriormente praticado pelo comerciante durante um determinado período anterior à aplicação da redução do preço.

2. Entende-se por preço anteriormente praticado, o preço mais baixo praticado pelo comerciante durante um período que não seja inferior a 30 dias anterior à aplicação da redução do preço.»

- 7 Este artigo 6.º-A foi inserido na Diretiva 98/6 pela Diretiva 2019/2161, cujo considerando 1 enuncia:

«O artigo 169.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a), [TFUE] estabelece que a União deve contribuir para assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores através das medidas adotadas em aplicação do artigo 114.º do TFUE. O artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...] estabelece que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.»

Diretiva 2005/29/CE

- 8 O artigo 3.º da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO 2005, L 149, p. 22), sob a epígrafe «Âmbito de aplicação», prevê, nos n.ºs 1 e 4:

«1. A presente diretiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto.

[...]

4. Em caso de conflito entre as disposições da presente diretiva e outras normas comunitárias que regulem aspetos específicos das práticas comerciais desleais, estas últimas prevalecem, aplicando-se a esses aspetos específicos.»

Orientações de 2021

- 9 A secção 2 da Comunicação da Comissão intitulada «Orientações sobre a interpretação e aplicação do artigo 6.º-A da [Diretiva 98/6]» (JO 2021, C 526, p. 130, a seguir «Orientações de 2021») é relativa à «[i]ndicação do preço “anteriormente praticado”». O ponto 2.1 desta secção, intitulado «Regras gerais», tem a seguinte redação:

«[...]

Com exceção dos bens abrangidos pelas opções regulamentares referidas no artigo 6.^o-A, n.^{os} 3 a 5, [da Diretiva 98/6,] os Estados-Membros não podem prever um prazo inferior a 30 dias para estabelecer o preço “anteriormente praticado”. O objetivo deste período de referência mínimo de 30 dias é evitar que os comerciantes manipulem os preços e apresentem reduções de preços falsas, como o aumento do preço durante um período curto, com vista à sua posterior diminuição, apresentando-o como uma redução (significativa) do preço que induz em erro os consumidores. Por conseguinte, o prazo de 30 dias para fixar o preço de referência “anteriormente praticado” garante que o preço de referência é real e não apenas um instrumento de marketing que visa tornar a redução atrativa.

[...]

Por conseguinte, a redução do preço deve ser apresentada utilizando como referência o preço “anteriormente praticado” indicado, ou seja, qualquer redução percentual indicada deve ter por base o preço “anteriormente praticado” estabelecido em conformidade com o artigo 6.^o-A [...].».

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 10 Todas as semanas, a Aldi elabora folhetos publicitários com ofertas das diferentes filiais do Grupo Aldi Süd (a seguir «Grupo Aldi»). Estes folhetos também estão disponíveis na Internet.
- 11 O folheto válido para a semana de 17 a 22 de outubro de 2022 propunha uma «superpromoção» para «produtos frescos com preços reduzidos», que incluía a «banana biológica de comércio justo a granel» e o «ananás *Rainforest Alliance*». O preço de cada um destes dois produtos estava mencionado ao lado da sua representação fotográfica, em forma de um retângulo branco no qual apareciam duas indicações de preço diferentes, a saber, no centro, uma indicação de preço em caracteres grandes (1,29 euros para as bananas e 1,49 euros para o ananás) e, no canto inferior direito, outra indicação de preço, em caracteres mais pequenos e rasurados (1,69 euros para cada um dos dois produtos). No caso das bananas, um retângulo com as cores da bandeira alemã, parcialmente sobreposto ao retângulo com o preço, especificava a percentagem de redução deste último. Foi utilizado um retângulo sobreposto semelhante para a oferta relativa ao ananás, com a indicação «Preço em destaque» («*Preis-Highlight*»). Por baixo de cada um dos dois retângulos brancos relativos ao preço encontrava-se o seguinte texto: «Último preço de venda. Preço mais baixo dos últimos 30 dias», seguido de uma terceira indicação de preço (1,29 euros para as bananas e 1,39 euros para o ananás).
- 12 Em concreto, as indicações relativas aos preços das referidas bananas e do ananás apresentavam-se, respetivamente, do seguinte modo:



(bananas) (ananás)

- 13 Resulta da decisão de reenvio que o preço afixado nas lojas do Grupo Aldi para as referidas bananas ascendia a 1,69 euro/kg ininterruptamente desde meados de setembro de 2022, com exceção da semana de 19 a 24 de setembro, durante a qual lhes foi aplicado um preço reduzido de 1,29 euros/kg. Quanto ao ananás, o seu preço unitário situava-se entre 1,39 e 1,79 euros durante as cinco semanas anteriores à oferta que figurava no folheto. O preço anterior praticado imediatamente antes desta oferta era de 1,69 euros.
- 14 Considerando que esta publicidade prejudica os interesses dos consumidores e é desleal, a Associação de Consumidores intentou uma ação no Landgericht Düsseldorf (Tribunal Regional de Dusseldórfia, Alemanha), que é o órgão jurisdicional de reenvio, para que a Aldi deixe de fazer publicidade, por sua iniciativa ou por intermédio de terceiros, à venda de géneros alimentícios aos consumidores indicando as reduções de preços em forma de percentagem, quando a redução não é determinada com base no preço mais baixo praticado nas lojas do Grupo Aldi durante os 30 dias anteriores à aplicação dessa redução. A ação da

Associação de Consumidores também se destina a que a Aldi não faça publicidade, por sua iniciativa ou por intermédio de terceiros, relativa a uma redução de preço de um género alimentício como «preço em destaque», indicando um preço superior ao que estava em vigor nas lojas do Grupo Aldi durante os 30 dias anteriores.

- 15 O órgão jurisdicional de reenvio considera que a resolução do litígio que lhe foi submetido depende da interpretação do artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 98/6 e indica que não partilha da posição da Associação de Consumidores, segundo a qual a base para a determinação da redução do preço proposto ao consumidor deve ser o «preço anteriormente praticado», na aceção deste artigo 6.º-A, n.º 2. Este órgão jurisdicional considera que tal interpretação, embora resulte das Orientações de 2021, não pode ser deduzida desta diretiva, que se limita, em substância, a determinar as informações que devem ser fornecidas aos consumidores e em que momento, sem especificar, no entanto, a forma como estas informações devem ser fornecidas.
- 16 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, uma vez que a Diretiva 98/6 não regula os aspetos específicos da comunicação de informações, com exceção do domínio abrangido pelo referido artigo 6.º-A, importa antes apreciar se as informações em causa foram fornecidas aos consumidores em conformidade com as disposições pertinentes da Diretiva 2005/29. No entanto, admite que, em determinados casos, a indicação de uma percentagem de redução de preço que não faça referência ao «preço anteriormente praticado», na aceção do artigo 6.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/6, tem um carácter desleal e, por conseguinte, é contrária à Diretiva 2005/29. O mesmo se poderia aplicar, *mutatis mutandis*, às mensagens publicitárias que promovem o alegado carácter muito vantajoso de uma redução de preço.
- 17 Nestas circunstâncias, o Landgericht Düsseldorf (Tribunal Regional de Dusseldórfia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
 - «1) Deve o artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 98/6 ser interpretado no sentido de que uma percentagem indicada num anúncio de uma redução de preço deve referir-se exclusivamente ao preço anteriormente praticado, na aceção do artigo 6.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/6?
 - 2) Deve o artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 98/6 ser interpretado no sentido de que os destaques promocionais destinados a assinalar o carácter vantajoso de uma oferta (como por exemplo, a designação do preço como “preço em destaque”) devem, quando utilizados no âmbito de um anúncio de redução de preço, dizer respeito ao preço anteriormente praticado, na aceção do artigo 6.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/6?»

Quanto às questões prejudiciais

- 18 Com as suas duas questões, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 98/6 deve ser interpretado no sentido de que exige que uma redução de preço de um produto, anunciada pelo comerciante em forma de percentagem ou de menção publicitária, destinada a assinalar o carácter vantajoso do preço anunciado, seja determinada com base no «preço anteriormente praticado», na aceção do n.º 2 deste artigo.
- 19 Nos termos do artigo 6.º-A, n.º 1, da Diretiva 98/6, «[q]ualquer anúncio de redução de preço indica o preço anteriormente praticado pelo comerciante durante um determinado

período anterior à aplicação da redução do preço». O conceito de «preço anteriormente praticado» é definido no n.º 2 deste artigo como «o preço mais baixo praticado pelo comerciante durante um período que não seja inferior a 30 dias anterior à aplicação da redução do preço».

- 20 Em primeiro lugar, é certo que a redação do artigo 6.º-A, n.º 1, da Diretiva 98/6 não permite, por si só, determinar se a redução de preço que figura num anúncio deve ser calculada com base no «preço anteriormente praticado», conforme definido no n.º 2 deste artigo. Não deixa de ser verdade que o termo «redução», na linguagem corrente, remete para uma diminuição de um preço previamente aplicado.
- 21 Em segundo lugar, para determinar o sentido e o alcance de uma disposição do direito da União, há que interpretá-la tendo em conta não só os termos desta disposição, mas também, nomeadamente, os objetivos específicos prosseguidos pela mesma e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que a referida disposição faz parte [v., neste sentido, Acórdão de 22 de junho de 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Efeitos de uma decisão de afastamento), C-719/19, EU:C:2021:506, n.º 70].
- 22 No que respeita aos objetivos da Diretiva 98/6, esta visa, em conformidade com o artigo 1.º desta diretiva, lido à luz do considerando 6 da mesma, melhorar a informação dos consumidores e facilitar a comparação dos preços de venda dos produtos vendidos pelos comerciantes aos consumidores, permitindo-lhes fazer escolhas esclarecidas. O considerando 1 da referida diretiva sublinha a importância de um funcionamento transparente do mercado e de uma informação correta para a proteção do consumidor. O considerando 12 da Diretiva 98/6 precisa que esta visa assegurar uma informação homogênea e transparente que beneficie o conjunto dos consumidores no âmbito do mercado interno. Além disso, resulta do artigo 4.º, n.º 1, desta diretiva, lido à luz do considerando 2 da mesma, que o preço de venda dos produtos propostos aos consumidores deve ser inequívoco, facilmente reconhecível e perfeitamente legível, para que a referida informação seja precisa, transparente e inequívoca [v., neste sentido, Acórdão de 29 de junho de 2023, *Verband Sozialer Wettbewerb* (Recipientes com depósito), C-543/21, EU:C:2023:527, n.º 25].
- 23 Por outro lado, o considerando 1 da Diretiva 2019/2161, que aditou o artigo 6.º-A à Diretiva 98/6, remete expressamente para o artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Esta última disposição, à semelhança do artigo 169.º TFUE, visa assegurar, nas políticas da União, um elevado nível de defesa dos consumidores (v., neste sentido, Acórdão de 23 de março de 2021, *Airhelp*, C-28/20, EU:C:2021:226, n.º 49). O mesmo objetivo está enunciado no considerando 2 da Diretiva 98/6.
- 24 Ora, uma interpretação do artigo 6.º-A, n.º 1, da Diretiva 98/6 no sentido de que, num anúncio de redução de preço, bastaria mencionar o «preço anteriormente praticado», na aceção do n.º 2 deste artigo, sem que esse preço constituísse a base de cálculo efetiva dessa redução, correria o risco, como salientaram nomeadamente os Governos Húngaro, Neerlandês e Norueguês nas suas observações escritas, de pôr em causa esses objetivos e, em especial, o de melhorar a informação dos consumidores, que exige que as informações sobre os preços e os métodos de cálculo da redução anunciada sejam inequívocas.
- 25 Por outro lado, no que respeita aos objetivos específicos prosseguidos pelo artigo 6.º-A da Diretiva 98/6, este visa, como indicam as Orientações de 2021 e como salientaram os Governos Checo e Polaco, bem como a Comissão nas suas observações escritas, evitar que

os comerciantes induzam em erro o consumidor, aumentando o preço praticado antes de anunciarem uma redução de preço e exibindo assim falsas reduções de preço.

- 26 Assim, uma interpretação do artigo 6.º-A, n.º 1, da Diretiva 98/6 no sentido de que bastaria, num anúncio de redução de preço, mencionar o «preço anteriormente praticado», na aceção do n.º 2 deste artigo, a título meramente informativo, sem que essa redução fosse efetivamente determinada com base nesse preço, permitiria aos comerciantes, em violação deste objetivo específico, induzir os consumidores em erro através de anúncios de reduções de preços que não são reais, em contradição com o próprio objetivo deste artigo 6.º-A.
- 27 Daqui resulta que, para respeitar tanto o objetivo específico do artigo 6.º-A da Diretiva 98/6 como os objetivos prosseguidos, de modo geral, por esta diretiva, o artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da mesma deve ser interpretado no sentido de que, num anúncio relativo a uma redução do preço de venda de um produto, esta redução deve ser determinada por referência ao «preço anteriormente praticado» deste produto, na aceção do n.º 2 deste artigo. Daqui resulta que o preço de venda de um produto apresentado num anúncio como preço reduzido não pode, na realidade, ser igual ou mesmo superior a este «preço anteriormente praticado».
- 28 Em terceiro lugar, uma vez que o artigo 6.º-A da Diretiva 98/6 regula especificamente os aspetos relacionados com a indicação, num anúncio de redução de preço, do preço anterior e com a definição deste, é à luz desta disposição, conforme interpretada nos n.ºs 24 e 27 do presente acórdão, que deve ser apreciada a prática comercial, nas relações entre os comerciantes e os consumidores, que consiste em fixar uma redução de preço do produto em causa que não é determinada com base no «preço anteriormente praticado», na aceção deste artigo 6.º-A, n.º 2, e não à luz das disposições da Diretiva 2005/29, como resulta do artigo 3.º, n.ºs 1 e 4, desta última (v., neste sentido, Acórdão de 7 de julho de 2016, Citroën Commerce, C-476/14, EU:C:2016:527, n.ºs 42 a 45).
- 29 Tendo em conta os fundamentos precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 98/6 deve ser interpretado no sentido de que exige que uma redução de preço de um produto, anunciada pelo comerciante em forma de percentagem ou de menção publicitária, destinada a assinalar o caráter vantajoso do preço anunciado, seja determinada com base no «preço anteriormente praticado», na aceção do n.º 2 deste artigo.

Quanto às despesas

- 30 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Oitava Secção) declara:

O artigo 6.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, conforme alterada

pela Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019,

deve ser interpretado no sentido de que:

exige que uma redução de preço de um produto, anunciada pelo comerciante em forma de percentagem ou de menção publicitária, destinada a assinalar o carácter vantajoso do preço anunciado, seja determinada com base no «preço anteriormente praticado», na aceção do n.º 2 deste artigo.

Assinaturas

 Língua do processo: alemão.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sétima Secção)

23 de janeiro de 2025 (*)

« Reenvio prejudicial — Proteção dos consumidores — Contratos de crédito aos consumidores — Diretiva 2008/48/CE — Requisitos relativos às informações a mencionar nesse tipo de contrato de crédito — Dever de informação — Duração do contrato — Taxa anual de encargos efetiva global (TAEG) — Pressupostos utilizados para calcular a TAEG »

No processo C-677/23,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Krajský súd v Prešove (Tribunal Regional de Prešov, Eslováquia), por Decisão de 12 de outubro de 2023, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 14 de novembro de 2023, no processo

A. B.,

F. B.

contra

Slovenská sporiteľňa a.s.,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sétima Secção),

composto por: F. Biltgen, presidente da Primeira Secção, exercendo funções de presidente da Sétima Secção, M. L. Arastey Sahún (relatora), presidente da Quinta Secção, e J. Passer, juiz,

advogado-geral: A. M. Collins,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação de A. B e de F. B., por I. Šafranko, advokát,
- em representação do Slovenská sporiteľňa a.s., por M. Dubovský, advokát,
- em representação do Governo Eslovaco, por E. V. Larišová, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por P. Ondrůšek e A. Tokár, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO 2005, L 149, p. 22), bem como da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho (JO 2008, L 133, p. 66, e retificações no JO 2009, L 207, p. 14, JO 2010, L 199, p. 40, e JO 2011, L 234, p. 46), conforme alterada pela Diretiva 2011/90/UE da Comissão, de 14 de novembro de 2011 (JO 2011, L 296, p. 35) (a seguir «Diretiva 2008/48»).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe A. B. e F. B., dois consumidores, ao Slovenská sporiteľňa a.s., um banco, a respeito de um pedido destinado a obter a declaração de nulidade de certas cláusulas de um contrato de crédito (a seguir «contrato em causa no processo principal») e a declaração de que o crédito em questão está isento de juros e de despesas.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 2005/29

- 3 O artigo 3.º da Diretiva 2005/29, sob a epígrafe «Âmbito de aplicação», prevê, no seu n.º 1:

«A presente diretiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto.»

Diretiva 2008/48

- 4 O considerando 31 da Diretiva 2008/48 enuncia:

«Para que o consumidor possa conhecer os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato de crédito, este deverá conter toda a informação necessária, apresentada de forma clara e concisa.»

- 5 O artigo 5.º da diretiva, sob a epígrafe «Informações pré-contratuais», prevê, no seu n.º 1:

«Em tempo útil, antes de o consumidor se encontrar obrigado por um contrato de crédito ou uma oferta, o mutuante e, se for caso disso, o intermediário de crédito devem, com base nos termos e nas condições do crédito oferecidas pelo mutuante e, se for caso disso, nas preferências expressas pelo consumidor e nas informações por este fornecidas, dar ao consumidor as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de tomar uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito. [...]

As informações em causa devem especificar:

[...]

- g) A taxa anual de encargos efetiva global [(TAEG)] e o montante total imputado ao consumidor, ilustrada através de um exemplo representativo que indique todos os pressupostos utilizados no cálculo desta taxa; se o consumidor tiver comunicado ao mutuante um ou mais componentes do seu crédito preferido, tais como a duração do contrato de crédito e o montante total do crédito, o mutuante deve ter em conta esses componentes; se um contrato de crédito estipular diferentes formas de levantamento com diferentes encargos ou taxas devedoras e o mutuante fizer uso dos pressupostos enunciados na alínea b) da parte II do anexo I, deve indicar que o recurso a outros mecanismos de levantamento para este tipo de acordo de crédito poderá resultar numa taxa anual de encargos efetiva global mais elevada;

[...]»

- 6 O artigo 6.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Informações pré-contratuais a fornecer em determinados contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto e em determinados contratos de crédito específicos», dispõe:

«1. Em tempo útil, antes de o consumidor se encontrar obrigado por um contrato de crédito ou uma proposta referente a um contrato de crédito referidos nos n.ºs 3, 5 ou 6 do artigo 2.º, o mutuante e, se for caso disso, o intermediário de crédito devem, com base nos termos e nas condições do crédito oferecidas pelo mutuante e, se for caso disso, nas preferências expressas pelo consumidor e nas informações por este fornecidas, dar ao consumidor as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de tomar uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito.

As informações em causa devem especificar:

[...]

- f) A [TAEG], ilustrada através de exemplos representativos que mencionem todos os pressupostos utilizados no cálculo desta taxa;

[...]»

- 7 O artigo 10.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Informação a mencionar nos contratos de crédito», tem a seguinte redação:

«1. Os contratos de crédito são estabelecidos em papel ou noutro suporte duradouro.

Todas as partes contratantes devem receber um exemplar do contrato de crédito. O presente artigo não prejudica as normas nacionais relativas à validade da celebração dos contratos, que sejam conformes com o direito comunitário.

2. O contrato de crédito deve especificar de forma clara e concisa:

[...]

- c) A duração do contrato de crédito;

[...]

- g) A [TAEG] e o montante total imputado ao consumidor, calculados no momento da celebração do contrato de crédito; devem ser mencionados todos os pressupostos utilizados para calcular esta taxa;
- h) O montante, o número e a periodicidade dos pagamentos a efetuar pelo consumidor e, se for caso disso, a ordem pela qual os pagamentos devem ser imputados aos diferentes saldos devedores a que se aplicam taxas devedoras diferenciadas para efeitos de reembolso;

[...]

- 8 O artigo 14.º da Diretiva 2008/48, sob a epígrafe «Direito de retratação», prevê, no seu n.º 1:

«O consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de retratação do contrato de crédito sem indicar qualquer motivo.

O prazo para o exercício do direito de retratação começa a correr:

- a) A contar da data da celebração do contrato de crédito; ou
- b) A contar da data de receção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das informações a que se refere o artigo 10.º, se essa data for posterior à data referida na alínea a) do presente parágrafo.»

- 9 Nos termos do artigo 19.º desta diretiva, sob a epígrafe «Cálculo da [TAEG]»:

«[...]

- 3. O cálculo da [TAEG] é efetuado com base no pressuposto de que o contrato de crédito continua a ser válido durante o prazo acordado e de que o mutuante e o consumidor cumprem as respetivas obrigações nas condições e datas especificadas no contrato de crédito.
- 4. Para os contratos de crédito com cláusulas que permitam alterações da taxa devedora e, se for caso disso, das despesas incluídas na [TAEG], mas não quantificáveis no momento do cálculo, a [TAEG] é determinada com base no pressuposto de que a taxa devedora e outros encargos são fixos em relação ao nível inicial e aplicáveis até ao termo do contrato de crédito.
- 5. Sempre que necessário, podem ser utilizados os pressupostos adicionais enumerados no anexo I para o cálculo da [TAEG].

Se os pressupostos enumerados no presente artigo e na parte II do anexo I não forem suficientes para calcular de modo uniforme a [TAEG] ou já não estejam adaptados à situação comercial do mercado, a Comissão [Europeia] pode determinar os pressupostos adicionais para o cálculo da taxa anual de encargos efetiva global ou alterar os existentes. [...]

- 10 O artigo 22.º, n.º 1, da referida diretiva, sob a epígrafe «Harmonização e caráter imperativo da presente diretiva», tem a seguinte redação:

«Na medida em que a presente diretiva prevê disposições harmonizadas, os Estados-Membros não podem manter ou introduzir no respetivo direito interno disposições

divergentes daquelas que vêm previstas na presente diretiva para além das nela estabelecidas.»

- 11 O artigo 23.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Sanções», prevê:

«Os Estados-Membros devem determinar o regime das sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais aprovadas em aplicação da presente diretiva e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação das referidas disposições. As sanções assim previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.»

- 12 O anexo I da Diretiva 2008/48 enumera, na parte II, alíneas a) a j), os pressupostos adicionais para o cálculo da TAEG.

Direito eslovaco

- 13 A zákon č. 129/2010 Z. z. o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Lei n.º 129/2010, relativa ao Crédito ao Consumo e aos outros Créditos e Empréstimos aos Consumidores, e que altera outras leis), de 9 de março de 2010 (n.º 129/2010 Z. z), na versão aplicável ao litígio no processo principal (a seguir «Lei n.º 129/2010»), destina-se a transpor a Diretiva 2008/48 para o direito eslovaco.

- 14 Nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 129/2010:

«1. O contrato de crédito ao consumo deve ser celebrado por escrito. Todas as partes contratuais recebem, pelo menos, um exemplar em papel ou noutro suporte duradouro, acessível ao consumidor.

2. Além menções gerais previstas no Občiansky zákonník (Código Civil) [...], o contrato de crédito ao consumo deve conter os seguintes elementos:

[...]

- f) a duração do contrato de crédito ao consumo e a data do reembolso final do crédito ao consumo,
- g) o montante total e a moeda específica do crédito ao consumo, bem como as condições de desembolso do crédito,

[...]

- i) A taxa devedora do crédito ao consumo, as condições da sua aplicação, os índices ou as taxas de referência aos quais a taxa devedora do crédito ao consumo está indexada, bem como os períodos, condições e procedimentos de alteração da taxa devedora; em caso de aplicação de diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, devem ser prestadas as informações acima referidas sobre todas as taxas de juro aplicáveis,
- j) a [TAEG] e o montante total devido pelo consumidor, calculado com base em dados atuais no momento da celebração do contrato de crédito ao consumo; devem ser mencionados todos os pressupostos utilizados para calcular essa taxa,
- k) o montante, o número e a periodicidade dos pagamentos das prestações de reembolso do capital, dos juros e outros encargos, e, se for caso disso, a ordem pela qual os

pagamentos são imputados aos diferentes saldos devedores a que se aplicam taxas devedoras diferenciadas para efeitos de reembolso,

[...]

- m) um prospeto sucinto que indique os prazos e as condições de pagamento dos juros e encargos recorrentes e não recorrentes associados, quando os encargos e os juros devam ser pagos sem amortização do capital,
- n) se for caso disso, os encargos de manutenção de uma ou mais contas em que são registadas as operações de pagamento e os levantamentos do crédito e, se a abertura da conta for obrigatória, os encargos pela utilização de meios que permitam ao mesmo tempo operações de pagamento e de levantamento do crédito, e quaisquer outros encargos decorrentes do contrato de crédito ao consumo e as condições em que esses encargos podem ser alterados,

[...]

- r) o montante dos encargos em que o consumidor incorreu com atos notariais, se forem do conhecimento do mutuante.

[...]»

- 15 O artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 129/2010 dispõe:

«Considera-se que o crédito ao consumo concedido está isento de juros e despesas quando:

[...]

- b) o contrato de crédito ao consumo não incluir os elementos referidos no artigo 9.º, n.º 2, alíneas a) a k), r) e y).»

- 16 O artigo 122.º do Código Civil prevê que os prazos devem ser expressos, nomeadamente, em meses e anos.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 17 Em 29 de outubro de 2014, A. B. e F. B. celebraram com o Slovenská sporiteľňa o contrato em causa no processo principal cujo capital lhes foi creditado numa conta bancária na mesma data. O contrato em causa no processo principal foi celebrado por um prazo determinado, tendo-se os recorrentes no processo principal comprometido a reembolsar o crédito em causa em 108 prestações mensais de 54,20 euros. As prestações mensais deviam ser pagas até ao vigésimo dia de cada mês. O prazo de vencimento da primeira prestação ocorreu em 20 de dezembro de 2014 e foi acordado que o prazo da última prestação seria em 20 de novembro de 2023.
- 18 O contrato em causa no processo principal previa uma TAEG de 17,93 % e um montante total a reembolsar de 5 858,98 euros. A rubrica desse contrato, intitulada «Pressupostos utilizados no cálculo da TAEG», tinha a seguinte redação: «O crédito é concedido imediata e integralmente; o mutuário cumprirá as suas obrigações nas condições e nos prazos fixados no contrato de crédito; a taxa de juro é aplicável até ao termo da relação de crédito». O ponto 12 da parte III do referido contrato estipulava: «O contrato é celebrado

- por tempo determinado, até ao cumprimento integral de todas as obrigações decorrentes do crédito concedido».
- 19 Os recorrentes no processo principal consideraram que esta última estipulação era «pouco clara» e substituiu a indicação obrigatória da duração do contrato de crédito. Além disso, salientaram que o contrato em causa no processo principal não continha a indicação da sua duração nem dos pressupostos utilizados para calcular a TAEG.
- 20 Considerando, assim, que o contrato em causa no processo principal violava os seus direitos enquanto consumidores, os recorrentes no processo principal intentaram no Okresný súd Prešov (Tribunal de Primeira Instância de Prešov, Eslováquia) uma ação para obterem a declaração de nulidade das cláusulas desse contrato e a declaração de que o crédito estava isento de juros e de despesas.
- 21 Chamado a conhecer de um recurso interposto pelos recorrentes no processo principal da sentença desse órgão jurisdicional, o Krajský súd v Prešove (Tribunal Regional de Prešov, Eslováquia), o aqui órgão jurisdicional de reenvio, considera que as datas da primeira e da última prestação do pagamento do crédito não correspondem necessariamente à duração real de um contrato. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é «extremamente difícil» fixar o momento exato da concessão do crédito, a sua duração e a data do cumprimento integral efetivo de todas as obrigações do contrato de crédito.
- 22 No entanto, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, as disposições da Diretiva 2008/48 e, nomeadamente, o seu artigo 10.^o, n.^o 2, exigem que a duração do contrato de crédito seja especificada nesse contrato, não sendo suficiente, a este respeito, a mera possibilidade de o consumidor calcular essa duração tendo em conta as datas de reembolso do crédito.
- 23 Por outro lado, uma vez que o artigo 122.^o do Código Civil prevê que os prazos devem ser expressos, nomeadamente, em meses e anos, a determinação da duração do contrato em causa no processo principal pode ser considerada expressa e, portanto, conforme com o requisito de clareza e de concisão estabelecido pela Diretiva 2008/48.
- 24 No que respeita à Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO 1993, L 95, p. 29), e à Diretiva 2005/29, e não obstante o facto de o órgão jurisdicional de reenvio não ter submetido uma questão relativa à interpretação destas diretivas, esse órgão jurisdicional, por um lado, considera que é necessário ter em conta a Diretiva 93/13 para interpretar o requisito de precisão das cláusulas contratuais, em conformidade com a Diretiva 2008/48, e, por outro, declara que a questão de os pressupostos utilizados para calcular a TAEG terem um caráter essencial apresenta um nexo com a análise da eventual existência de uma prática comercial enganosa. A este respeito, coloca-se a questão de saber se, no caso em apreço, o período posterior ao termo da prestação do serviço de crédito, que pode ultrapassar a duração do contrato em causa no processo principal, corresponde ao período posterior à transação comercial em causa, na aceção do artigo 3.^o, n.^o 1, da Diretiva 2005/29.
- 25 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a razão pela qual a Diretiva 2008/48 exige não só a menção da TAEG no contrato de crédito mas também a indicação nesse contrato de todos os pressupostos utilizados para o cálculo dessa taxa, dado que todos os pressupostos necessários para esse cálculo são elementos obrigatórios do referido contrato, devendo nele ser especificamente mencionados.
- 26 Esse órgão jurisdicional considera que a obrigação, prevista nesta diretiva, de indicar no contrato de crédito os pressupostos utilizados para calcular a TAEG se justifica pelo facto

de não se poder considerar que um consumidor médio tem condições para identificar, ele próprio, todos esses pressupostos.

27 Nestas circunstâncias, o Krajský súd v Prešove (Tribunal Regional de Prešov) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Deve o artigo 10.^o, n.º 2, alínea c), da [Diretiva 2008/48] ser interpretado no sentido de que a especificação da duração do contrato de crédito, de forma clara e concisa, numa cláusula do contrato:
- exige que a duração do contrato de crédito seja claramente definida, por exemplo, mediante indicação da data de início e de termo do contrato (de [...] a [...]), eventualmente utilizando unidades de tempo de calendário, como meses ou anos (por exemplo, por um período de um ano), ou
 - é suficiente que tal seja feito de uma forma que o consumidor possa calcular ou deduzir de outra maneira a duração do contrato com base nas cláusulas do contrato, por exemplo, com base no número de prestações mensais ou na data do reembolso integral do crédito?
- 2) Deve o artigo 10.^o, n.º 2, alínea c), da Diretiva [2008/48] ser interpretado no sentido de que a especificação, no contrato de crédito, da duração desse contrato corresponde ao período definido como “durante [...] uma transação comercial”, na aceção do artigo 3.^o, n.º 1, da Diretiva [2005/29]?
- 3) Deve o artigo 10.^o, n.º 2, alínea g), da Diretiva [2008/48], nas partes que referem “de forma clara e concisa” e “todos os pressupostos utilizados para calcular essa taxa”, ser interpretado no sentido de que:
- os pressupostos utilizados para calcular a taxa anual de encargos efetiva global (TAEG) devem ser claramente indicados no contrato como constituindo pressupostos utilizados para calcular a TAEG, ou
 - o consumidor tem de identificar, ele próprio, com base nas cláusulas do contrato, os pressupostos relevantes utilizados para calcular a TAEG?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

- 28 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 10.^o, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que um contrato de crédito deve mencionar expressamente a sua duração ou se basta, à luz desta disposição, que as cláusulas desse contrato permitam ao consumidor determinar sem dificuldade e com certeza essa duração.
- 29 A título preliminar, importa recordar que, nos termos da referida disposição, o contrato de crédito deve especificar, de forma clara e concisa, a duração do contrato de crédito.
- 30 Conforme resulta do artigo 10.^o, n.º 2, da Diretiva 2008/48, lido à luz do seu considerando 31, o requisito que consiste em especificar, num contrato de crédito redigido em papel ou noutro suporte duradouro, toda a informação referida por esta disposição, de forma clara e concisa, é necessário para que o consumidor possa conhecer os seus direitos e

obrigações (Acórdãos de 9 de novembro de 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, n.º 31, e de 9 de setembro de 2021, Volkswagen Bank e o., C-33/20, C-155/20 e C-187/20, EU:C:2021:736, n.º 70 e jurisprudência referida).

- 31 O conhecimento e uma boa compreensão, por parte do consumidor, dos elementos que o contrato de crédito deve obrigatoriamente conter, em conformidade com o artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 2008/48, são necessários para a boa execução desse contrato (Acórdão de 9 de setembro de 2021, Volkswagen Bank e o., C-33/20, C-155/20 e C-187/20, EU:C:2021:736, n.º 71 e jurisprudência referida).
- 32 Este requisito contribui para a realização do objetivo prosseguido pela Diretiva 2008/48, que consiste em prever, em matéria de crédito aos consumidores, uma harmonização plena e imperativa em determinados domínios-chave, a qual é considerada necessária para assegurar a todos os consumidores da União Europeia um nível elevado e equivalente de proteção dos seus interesses e para facilitar a emergência de um mercado interno eficaz em matéria de crédito ao consumo (Acórdãos de 9 de novembro de 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, n.º 32, e de 9 de setembro de 2021, Volkswagen Bank e o., C-33/20, C-155/20 e C-187/20, EU:C:2021:736, n.º 72 e jurisprudência referida).
- 33 Além disso, o Tribunal de Justiça pronunciou-se de forma mais pontual sobre o alcance do mencionado requisito no que se refere à menção, num contrato de crédito, do montante, do número e da periodicidade dos pagamentos a efetuar pelo consumidor, em conformidade com o artigo 10.º, n.º 2, alínea h), desta diretiva.
- 34 A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que o objetivo desta última disposição é garantir que o consumidor conheça a data de vencimento de cada prestação. Consequentemente, desde que as condições desse contrato permitam ao consumidor identificar sem dificuldade e com certeza as datas desses pagamentos, esse objetivo foi alcançado (Acórdão de 9 de novembro de 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, n.ºs 48 e 49).
- 35 No final dessas considerações, o Tribunal de Justiça concluiu que o artigo 10.º, n.º 2, alínea h), da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que não é necessário que o contrato de crédito indique o vencimento de cada pagamento a efetuar pelo consumidor com referência a uma data precisa, desde que as condições desse contrato permitam ao consumidor identificar sem dificuldade e com certeza as datas desses pagamentos (Acórdão de 9 de novembro de 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, n.º 50).
- 36 Importa aplicar ao presente processo o raciocínio seguido nesse último acórdão para interpretar o artigo 10.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2008/48.
- 37 Como resulta da jurisprudência referida nos n.ºs 30 e 31 do presente acórdão, o conhecimento, pelo consumidor, do momento em que o contrato cessa tem uma importância fundamental para o exercício dos seus direitos e obrigações, bem como para a boa execução desse contrato.
- 38 Além disso, como o Tribunal de Justiça declarou, a execução de um contrato constitui o mecanismo natural de extinção das obrigações contratuais (v., neste sentido, Acórdão de 21 de dezembro de 2023, BMW Bank e o., C-38/21, C-47/21 e C-232/21, EU:C:2023:1014, n.º 279).

- 39 Ora, a extinção das obrigações contratuais marca o termo do contrato e determina, assim, a sua duração.
- 40 O Tribunal de Justiça considera que, em caso de execução integral do contrato de crédito, a obrigação de fornecer as informações previstas no artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 2008/48 já não é, em princípio, suscetível de alcançar o objetivo prosseguido por esta disposição, que consiste em permitir ao consumidor obter todas as informações necessárias à boa execução do contrato e, em especial, ao exercício dos seus direitos, entre os quais figura o seu direito de retratação, para lhe permitir conhecer a extensão dos seus direitos e obrigações. Daí resulta que essas obrigações já não apresentam o mesmo grau de utilidade, uma vez que o contrato foi integralmente executado (Acórdão de 21 de dezembro de 2023, BMW Bank e o., C-38/21, C-47/21 e C-232/21, EU:C:2023:1014, n.º 277).
- 41 No caso em apreço, o contrato em causa no processo principal não especifica expressamente a sua duração, mas indica o número das prestações mensais a pagar pelos recorrentes no processo principal, bem como a data de vencimento da primeira e da última dessas prestações.
- 42 Tendo em conta as considerações enunciadas nos n.ºs 37 a 40 do presente acórdão, importa declarar que a duração de um contrato de crédito como o contrato em causa no processo principal apresenta um nexo estreito com o cumprimento integral das obrigações por parte de cada uma das partes contratuais e, portanto, essencialmente, com a disponibilização do capital pelo mutuante e o reembolso integral do crédito pelo mutuário.
- 43 Por conseguinte, a indicação relativa à duração do contrato de crédito, em conformidade com o artigo 10.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2008/48, não tem imperativamente de ser efetuada através de uma indicação formal da data precisa do início e do termo desse contrato, desde que as cláusulas deste permitam ao consumidor determinar sem dificuldade e com certeza essa duração.
- 44 Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio ter em conta todas as cláusulas que figuram no contrato em causa no processo principal, em especial as que indicam o número de prestações mensais a pagar e a data de vencimento da primeira delas e a da última prestação prevista para o reembolso do crédito, bem como eventuais outras cláusulas que prevejam as obrigações das partes, a fim de verificar se todas essas cláusulas permitem ao consumidor, no caso em apreço, determinar sem dificuldade e com certeza a duração desse contrato.
- 45 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder à primeira questão que o artigo 10.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que não é imperativo que um contrato de crédito mencione expressamente a duração do contrato, desde que as cláusulas desse contrato permitam ao consumidor determinar sem dificuldade e com certeza essa duração.

Quanto à segunda questão

- 46 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 10.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que a indicação, num contrato de crédito, da sua duração determina o período que se situa «durante» a transação em causa, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29.
- 47 A título preliminar, importa recordar que, nos termos dessa última disposição, a Diretiva 2005/29 é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal

como estabelecidas no artigo 5.^o, «antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto».

- 48 Importa acrescentar que, na verdade, o Tribunal de Justiça já teve em conta as disposições da Diretiva 2005/29 para interpretar a Diretiva 2008/48 [v., neste sentido, Acórdão de 10 de junho de 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/20, EU:C:2021:479, n.^{os} 42 a 45].
- 49 Todavia, no caso em apreço, importa observar que, com a ação que propuseram, os recorrentes no processo principal pretendem, em primeiro lugar, a declaração de nulidade das cláusulas do contrato em causa no processo principal nos autos por violação das disposições da Diretiva 2008/48 e da legislação nacional que transpõe esta diretiva e, em segundo lugar, a declaração de que o crédito em causa está isento de juros e de encargos.
- 50 Ora, a mera indicação, num contrato de crédito, de que a sua duração está abrangida pelo período que se situa «durante» a transação em causa, na aceção do artigo 3.^o, n.^o 1, da Diretiva 2005/29, não tem relevância, *a priori*, na interpretação do artigo 10.^o, n.^o 2, alínea c), da Diretiva 2008/48.
- 51 Além disso, a decisão de reenvio não contém indicações que permitam determinar o pressuposto em que se baseia a segunda questão e não revela os motivos pelos quais uma resposta a esta questão seria necessária, no caso em apreço, para a resolução do litígio no processo principal.
- 52 Nestas condições, a segunda questão tem caráter hipotético e é, portanto, inadmissível.

Quanto à terceira questão

- 53 Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 10.^o, n.^o 2, alínea g), da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que os pressupostos utilizados para calcular a TAEG devem estar expressamente mencionados num contrato de crédito, ou se basta que o próprio consumidor os possa identificar através da análise das cláusulas desse contrato.
- 54 A título preliminar, importa recordar que, nos termos desta disposição, o contrato de crédito deve especificar de forma clara e concisa a TAEG e o montante total imputado ao consumidor, calculados no momento da celebração do contrato de crédito, devendo ser mencionados todos os pressupostos utilizados para calcular esta taxa.
- 55 No que se refere aos pressupostos, importa salientar que o artigo 19.^o da Diretiva 2008/48 prevê, primeiro, no seu n.^o 3, que o cálculo da TAEG é efetuado com base no pressuposto de que o contrato de crédito continua a ser válido durante o prazo acordado e de que o mutuante e o consumidor cumprem as respetivas obrigações nas condições e datas especificadas no contrato de crédito. Segundo, nos termos do n.^o 4 deste artigo, para os contratos de crédito com cláusulas que permitam alterações da taxa devedora e, se for caso disso, das despesas incluídas na TAEG, mas não quantificáveis no momento do cálculo, a TAEG é determinada com base no pressuposto de que a taxa devedora e outros encargos são fixos em relação ao nível inicial e aplicáveis até ao termo do contrato de crédito. Terceiro, o n.^o 5 do referido artigo prevê que, sempre que necessário, podem ser utilizados os pressupostos adicionais enumerados no anexo I desta diretiva para o cálculo da TAEG. Quarto, este anexo precisa, na sua parte II, alíneas a) a j), os diferentes pressupostos adicionais para o cálculo da TAEG.

- 56 Importa acrescentar que a obrigação de mencionar os pressupostos utilizados para calcular a TAEG através de um exemplo representativo está também prevista no artigo 5.º, n.º 1, alínea g), e no artigo 6.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2008/48 como sendo um requisito em matéria de informação pré-contratual.
- 57 A menção, na fase pré-contratual, aos diferentes pressupostos utilizados para calcular a TAEG permite alcançar o objetivo referido no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2008/48, relativo às informações necessárias para comparar diferentes ofertas a fim de permitir ao consumidor tomar uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito, devendo essa comparação poder ser feita tendo em conta a TAEG segundo a diferente duração das ofertas à sua disposição (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2020, Soho Group, C-686/19, EU:C:2020:582, n.º 48).
- 58 Quanto à obrigação de mencionar esses diferentes pressupostos no contrato de crédito, em conformidade com o artigo 10.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2008/48, resulta da jurisprudência referida no n.º 30 do presente acórdão que esta obrigação se destina a garantir que o consumidor esteja em condições de conhecer os seus direitos e obrigações.
- 59 Esta menção deve, assim, permitir ao consumidor verificar se a TAEG foi corretamente calculada pelo profissional e, em caso negativo, invocar os seus direitos, nomeadamente o direito de retratação previsto no artigo 14.º da Diretiva 2008/48, havendo uma prorrogação do prazo para o exercício dessa retratação em caso de violação dos requisitos previstos no artigo 10.º desta diretiva, bem como no dos demais direitos previstos na legislação nacional, como sanção adotada em conformidade com o artigo 23.º da referida diretiva.
- 60 A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que reveste importância essencial a obrigação de especificar no contrato de crédito, nomeadamente, informações como a TAEG, referida no artigo 10.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2008/48 (Acórdão de 9 de novembro de 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, n.º 70).
- 61 Em aplicação desta jurisprudência, importa observar que a menção, num contrato de crédito, dos pressupostos utilizados para calcular a TAEG reveste igualmente, em especial pelas razões expostas nos n.ºs 58 e 59 do presente acórdão, uma importância essencial para o consumidor.
- 62 Uma vez que a não indicação, no contrato de crédito, desta informação pode pôr em causa a possibilidade de o consumidor apreciar o alcance das suas obrigações, a sanção da perda, pelo mutuante, do seu direito aos juros e aos encargos, prevista na legislação nacional, deve ser considerada proporcionada, na aceção do artigo 23.º da Diretiva 2008/48 (v., neste sentido, Acórdão de 9 de novembro de 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, n.º 71).
- 63 Dado que, como recordado no n.º 55 do presente acórdão, os pressupostos utilizados para calcular a TAEG podem ter caráter complexo, é necessário mencioná-los de forma clara, concisa e expressa num contrato de crédito, não bastando a mera possibilidade de o consumidor as identificar através da leitura das diferentes cláusulas desse contrato.
- 64 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder à terceira questão que o artigo 10.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que os pressupostos utilizados para calcular a TAEG devem estar expressamente

mencionados no contrato de crédito e não basta, a este respeito, que o próprio consumidor os possa identificar através da análise das cláusulas desse contrato.

Quanto às despesas

- 65 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Sétima Secção) declara:

- 1) **O artigo 10.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, conforme alterada pela Diretiva 2011/90/UE da Comissão, de 14 de novembro de 2011,**

deve ser interpretado no sentido de que:

não é imperativo que um contrato de crédito mencione expressamente a duração do contrato, desde que as cláusulas desse contrato permitam ao consumidor determinar sem dificuldade e com certeza essa duração.

- 2) **O artigo 10.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2008/48, conforme alterada pela Diretiva 2011/90,**

deve ser interpretado no sentido de que:

os pressupostos utilizados para calcular a taxa anual de encargos efetiva global (TAEG) devem estar expressamente mencionados no contrato de crédito e não basta, a este respeito, que o próprio consumidor os possa identificar através da análise das cláusulas desse contrato.

Assinaturas

 Língua do processo: eslovaco.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2160516 - CE (2024/0149146-1)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
 OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL CURA D'ARS
 ADVOGADOS : GABRIEL GIORGIO CICHELO - CE045930
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
 MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA - CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
 RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
 ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110

ADITAMENTO AO VOTO

Diante das considerações feitas na sessão de 11/03/2025 e da relevância do tema, pedi o adiamento do julgamento para reexame dos autos.

Como bem ressaltado pelo e. Ministro Humberto Martins e registrado em meu voto, a jurisprudência do STJ orienta que “a vedação à denunciação da lide estabelecida no artigo 88 do CDC não se limita à responsabilidade por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)” (AgInt no AREsp 1.148.774/RS, Quarta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 13/12/2019; REsp 801.691/SP, Terceira Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 15/12/2011). Sobre a denunciação da lide em caso de erro médico, cito os seguintes julgados: AgInt no AREsp n. 1.630.070/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 7/6/2021, DJe de 14/6/2021; AgInt no AREsp n. 2.134.523/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 10/4/2023.

Ocorre que, **quando se trata especificamente da responsabilidade civil dos hospitais por erro médico, esta Corte firmou o entendimento de que:** “(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em

decorrência de defeito no serviço prestado (artigo 14, *caput*, do CDC); (ii) **os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (artigo 14, § 4º, do CDC); e (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)” (REsp 1.145.728/MG, Quarta Turma, julgado em 28.06.2011, DJe de 08.09.2011; AgInt no AREsp 1.643.326/PR, Quarta Turma, julgado em 28/09/2020, DJe de 20/10/2020; AgInt no REsp 1.793.515/RJ, Terceira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe de 23/04/2020; REsp 1.769.520/SP, Terceira Turma, julgado em 21/05/2019, DJe de 24/05/2019).**

A solução inicialmente preconizada em meu voto, portanto, visa à conciliação de ambas as proposições quando se trata - especificamente, repito - da responsabilidade civil do hospital por ato praticado pelo médico em suas dependências: se, por um lado, é vedada a denúncia da lide nas relações de consumo (arts. 88, 12 e 14 do CDC), o que impediria o hospital de denunciar a lide ao médico; de outro lado, de acordo com o STJ, para que se possa atribuir a responsabilidade ao hospital, faz-se necessário apurar, previamente, a existência de vínculo de emprego ou subordinação do médico, bem como a atuação culposa deste, **o que impõe a sua participação no processo.**

Tal solução, por conseguinte, visa prevenir a indesejável contradição entre decisões judiciais sobre o mesmo fato - na hipótese, por exemplo, de ser o hospital condenado a indenizar pelo erro médico e, posteriormente, em ação movida contra o médico, se provar a inexistência de culpa profissional e, portanto, ausência do erro médico pelo qual respondeu o estabelecimento - e assegurar a coerência na aplicação da jurisprudência firmada por esta Corte.

É certo, como oportunamente destacou a i. Ministra Daniela Teixeira, que, na esfera criminal, haverá de ser detalhadamente apurada a responsabilidade do médico pelo resultado, para todos os fins penais; todavia, a par da independência entre as esferas cível e criminal, a comprovação da culpa do profissional, aqui na esfera cível, também é circunstância relevante, porque

indispensável, de acordo com as Turmas de Direito Privado do STJ, para que se possa imputar ao hospital a responsabilidade civil pelo resultado, decorrente do ato do médico.

É dizer, **sem a demonstração da culpa do médico, não exsurge a responsabilidade do hospital**, como tem decidido, por unanimidade, esta Corte; vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA DE CATARATA. **ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA QUE DECORRE DA COMPROVAÇÃO DE CONDUITA CULPOSA DO MÉDICO.** SÚMULA Nº 586 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO NOS MOLDES LEGAIS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A não observância dos requisitos dos arts. 1.029, § 1º, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea c do permissivo constitucional.

2. Nos termos do entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, a responsabilidade do hospital é objetiva somente quando há má prestação de serviços relativos à internação do paciente e ao uso das instalações, dos equipamentos e dos serviços auxiliares.

3. No que tange à atuação dos médicos contratados pelos hospitais, a sua responsabilidade é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto.

4. Na hipótese, modificar a conclusão do Tribunal estadual acerca da não configuração da conduta culposa do médico, demandaria a análise do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável, devido ao óbice da Súmula nº 7 do STJ.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.597.195/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/10/2024, DJe de 25/10/2024.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INFRINGÊNCIA À DIALETICIDADE RECURSAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. REFORMA. **ERRO MÉDICO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HIPÓTESES. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESTA CORTE.** RECURSO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO ESPECIAL.

1. Constatado que o agravante impugnou toda a fundamentação da decisão que, na origem, não admitiu o seu especial, merece reforma a decisão agravada que não conheceu do AREsp. Infringência à dialeticidade, que não ocorre na espécie.

2. Nos termos do entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, o hospital somente responde objetivamente por danos morais ou materiais quando há má prestação de serviços relativos à internação do paciente e ao uso das instalações, dos equipamentos e dos serviços auxiliares.

3. Para o hospital responder subjetivamente, é preciso ficar caracterizado que houve culpa do médico (imprudência, negligência e imperícia) e que esse profissional seja empregado ou preposto do nosocômio.

4. Agravo interno provido para, conhecendo do agravo, dar parcial provimento ao recurso especial e determinar a volta dos autos ao Tribunal de origem, que deverá rejulgar a apelação do ora recorrente à luz das teses aqui fixadas.

(AgInt no AREsp n. 2.446.606/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/8/2024, DJe de 2/9/2024.)

Com esses acréscimos, pedindo vênias à divergência, ratifico o meu voto.

*Superior Tribunal de Justiça*S.T.J.
Fl. _____**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2024/0149146-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.160.516 / C E

Números Origem: 01549485920178060001 06392297520208060000 1549485920178060001

PAUTA: 01/04/2025

JULGADO: 01/04/2025

RelatoraExma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI****Relator para Acórdão**Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ONOFRE DE FARIA MARTINS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
 OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL CURA D'ARS
 ADVOGADO : YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
 ADVOGADOS : MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA - CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 GABRIEL GIORGIO CICHELERIO - CE045930
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
 RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
 ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110
 ASSUNTO: DIREITO DA SAÚDE - Suplementar - Tratamento Domiciliar (Home Care)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e o voto divergente do Sr. Ministro Humberto Martins, a TERCEIRA TURMA, por maioria, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Ricardo Villas Bôas Cueva, que davam provimento ao recurso especial. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins (Presidente) os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Daniela Teixeira.

 2024/0149146-1 - REsp 2160516

Documento eletrônico VDA46567851 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
 Signatário(a): MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA, TERCEIRA TURMA Assinado em: 01/04/2025 18:15:01
 Código de Controle do Documento: 8DC5BBBE-F87E-41DB-9D55-1F1DB9D08305



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2160516 - CE (2024/0149146-1)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE : SOCIEDADE BENEFICENTE SAO CAMILO
 OUTRO NOME : SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO — HOSPITAL CURA D'ARS
 ADVOGADOS : GABRIEL GIORGIO CICHELERIO - CE045930
 LUIZ GUILHERME GONÇALVES GIRÃO - CE050099
 MARIA IMACULADA GORDIANO OLIVEIRA BARBOSA - CE008667
 NILZA ELINE MUNGUBA MATIAS - CE033880
 PEDRO ELIAS STELMACHUK COSTA - CE043011
 YURI GONDIM DE AMORIM - CE028141
 RECORRIDO : ELZA TEREZA MARCIEL DE JESUS
 ADVOGADO : MARIA TERESA DA FONSECA LIMA XAVIER - CE029110

VOTO

Adoto o relatório do voto da Ministra relatora Nancy Andrichi, contudo ousou divergir no mérito.

O dissídio diz respeito à "*possibilidade da denúncia da lide pelos Hospitais, quando a responsabilidade solidária da unidade de saúde depender da apuração de culpa dos médicos em que causou danos ao paciente*".

Os fatos narrados na petição inicial da recorrida Elza Tereza Marciel de Jesus, conforme descrito no agravo de instrumento, são os seguintes (fls. 3-4):

Em 06 de agosto de 2016, Elza buscou atendimento no hospital agravante apresentando sintomas de tosse e cansaço. Foi atendida pela médica Dra. Raquel Costa B. de Araújo, que diagnosticou a paciente com bronquite alérgica e prescreveu medicamentos antialérgicos e nebulização.

Sem apresentar melhora, Elza retornou ao hospital e foi atendida pela médica Dra. Hilma Girão, que diagnosticou a paciente com infecção pulmonar ou possível pneumonia, prescrevendo novo medicamento e a realização de exame de sangue.

Ainda sem melhora, Elza retornou ao hospital e foi atendida pelo médico Dr. Caminha Júnior, que requisitou exames de raio-x do pulmão e novo hemograma, diagnosticando a paciente com inflamação na pleura e prescrevendo novos medicamentos.

Em 16 de agosto de 2016, Elza retornou ao hospital e foi atendida pelo médico Dr. Tiago Mesquita, que prescreveu exames de tomografia de abdômen e tórax, diagnosticando-a com pneumonia e prescrevendo medicamentos.

Após esses atendimentos, Elza buscou um consultório particular com o Dr. Juvêncio Câmara, que, após exame de angiotomografia de tórax, identificou tromboembolismo pulmonar bilateral.

Elza retornou ao hospital agravante, foi internada, mas alegou não ter recebido a medicação correta e não foram solicitados exames adequados. Ao final da internação, descobriu um trombo na perna.

A Corte local afastou a possibilidade de denúncia da lide **dos quatro médicos que atenderam a recorrida**, utilizando a jurisprudência consolidada do STJ sobre o tema, nos seguintes termos:

"É que o Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência, no presente caso, foi reconhecida na decisão hostilizada e sequer foi refutada pela recorrente em sua peça de insurgência, prevê que a denúncia da lide é vedada nos termos do art. 88, a seguir destacado.

Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide.

Embora o art. 13, do CDC, ora mencionado no dispositivo, refira-se exclusivamente à responsabilidade do comerciante, é pacífico na jurisprudência, que esse mesmo óbice pode ser aplicado em outros casos, em que caracterizada a relação de consumo.

Entre eles, destaca-se a responsabilidade em acidentes de consumo (as. 12 e 14, do CDC), tais como o erro médico, em plena sintonia com a narrativa proposta na peça preambular da demanda de origem.

Nesse sentido, julgados do STJ e desta Corte explicam o teor dessa assertiva nos seguintes termos: (...)"

"A jurisprudência desta Corte é firme em asseverar o não cabimento do instituto da denúncia da lide (art. 88 do CDC), que não se restringe às hipóteses de fato do produto ou serviço, aplicando-se, inclusive, aos casos de acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)." (AgInt no AREsp n. 2.134.523/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 10/4/2023.)

"Não se admite a denúncia da lide pretendida (...) se o seu desenvolvimento importar, como no caso, na necessidade de o denunciado invocar

fato novo ou fato substancial distinto do que foi veiculado na defesa da demanda principal, como no caso, não estando o direito de regresso comprovado de plano, nem dependendo apenas da realização de provas que seriam produzidas em razão da própria necessidade instrutória do feito principal." (REsp n. 299.108/RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5/6/2001, DJ de 8/10/2001, p. 220.)

Cabe citar trecho do referido precedente, de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, sobre o tema tratado no presente recurso:

O caso não é daqueles em que o denunciante comprovará o seu direito de regresso de plano, documentalmente, nem tal comprovação dependerá, indiscutivelmente, da realização somente de provas que, por força da própria necessidade instrutória do feito principal, serão de qualquer modo produzidas.

Assim, a denúncia importa em um prejuízo para o autor da causa principal pois a defesa do denunciado não se restringirá, necessariamente, à mesma defesa do denunciante, já que pode depender de outras provas, tudo em função de o denunciado vir ou não atribuir a responsabilidade pelo dano a outros profissionais, ou à própria clínica, trazendo à colação argumentos atinentes a fatos novos ou fatos básicos, não postos na demanda principal.

Como decorrência disso tenho que a admisssão da denúncia importaria em delonga, pois o denunciado poderá trazer a debate fatos novos, conforme acima ventilado, demorando na prestação jurisdicional reclamada pela autora, aqui recorrida. (grifos acrescidos) (REsp n. 299.108/RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5/6/2001, DJ de 8/10/2001, p. 220.)

Nesse sentido, também, é o entendimento da Quarta Turma do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 88 DO CDC. SÚMULA N. 83 DO STJ. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

1. Consoante a jurisprudência deste STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive quanto à impossibilidade de denúncia da lide, consoante previsto no art. 88 do CDC. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

2. Inexiste afronta aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo. O julgamento da causa em sentido contrário aos interesses e à pretensão de uma das partes não caracteriza negativa de prestação jurisdicional.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.630.070/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 7/6/2021, DJe de 14/6/2021.)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS CONTRA HOSPITAL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA DURANTE INTERNAÇÃO E INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE À MÉDICA QUE REALIZOU A CIRURGIA (CPC/73, ART. 70, III). INTERPRETAÇÃO DO ART. 88 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO DESPROVIDO.

1 - A norma do art. 88 do CDC, que proíbe a denúnciação à lide, consubstancia-se em regra inculpada em benefício do consumidor, atuando em prol da brevidade do processo de ressarcimento de seus prejuízos, em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, devendo, por esse motivo, ser arguida pelo próprio consumidor, em seu próprio benefício.

2 - Desse modo, na hipótese de deferimento da denúnciação requerida pelo réu sem insurgência do consumidor promovente, legitimado a tal, descabe ao denunciado fornecedor invocar em seu benefício a regra de afastamento da denúnciação para eximir-se de suas responsabilidades perante o denunciante, desvirtuando regra concebida em favor do consumidor em juízo.

3 - In casu, tendo havido já condenação nas instâncias ordinárias, sem prejuízo para o consumidor, a interpretação do art. 88 do CPC deve ser realizada em harmonia com o princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciários, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo, não havendo justificativa, no caso, para se cassar a decisão de admissão da denúnciação da lide.

4 - Recurso especial desprovido.

(REsp n. 913.687/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe de 4/11/2016.)

Destaco, ainda, que a responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor é objetiva e:

“(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital,

respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)." (REsp n. 1.145.728/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/6/2011, DJe de 8/9/2011.)

Desse modo, ao Hospital (recorrente) terá sempre a possibilidade da ação de regresso em desfavor dos profissionais de saúde que agiram com culpa, de acordo com o artigo 121, § 1º do CPC.

É que a denúncia da lide viabiliza, no interesse exclusivo da parte ré, a discussão a respeito da responsabilidade subjetiva pelo evento danoso, prejudicando, por conseguinte, a apreciação célere do direito de indenização pleiteado pelo consumidor, fundado em causa de pedir diversa, qual seja, a responsabilidade objetiva.

Não parece razoável a denúncia da lide no presente caso, pois vai onerar o consumidor que terá que demandar contra o hospital e mais quatro médicos, bem como o ônus da prova dar-se-á de forma objetiva em relação ao Hospital e de forma subjetiva aos médicos que atenderam a recorrida.

Em resumo, a doutrina majoritária, que se posiciona pela inadmissibilidade da denúncia da lide em causas de consumo, traça três linhas argumentativas, tal como cita Fredie Didier Jr.:

a) seria incompatível com o sistema de responsabilidade civil objetiva implementado pelo CDC, pois, pela denúncia da lide, introduzir-se-ia fundamento jurídico novo, o que seria vedado - de acordo com a concepção restritiva;

b) a denúncia a lide, pelo fornecedor, em causas de consumo, comprometeria a prestação efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional, o que prejudicaria, "por tabela", o consumidor;

c) a existência do art. 88 do CDC, que veda a denúncia a lide nas causas de consumo, na hipótese de pretensão regressiva fundada na responsabilidade por fato do produto (art. 12 e 13 do CDC). (DIDIER JR., Fredie et al. Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2. p. 576.)

Desse modo, possibilitar a denúncia da lide na presente hipótese prejudicaria o consumidor, agravaria o regime de distribuição do ônus da prova, e, possivelmente, traria morosidade ao processo de reparação de danos.

O princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciais, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo, devem prevalecer na interpretação do caso.

A norma do artigo 88 do CDC, que proíbe a **denúncia da lide**, consubstancia-se em regra inculpada em benefício do consumidor, atuando em prol da brevidade do processo de ressarcimento de seus prejuízos, em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, devendo, por esse motivo, ser arguida apenas pelo próprio consumidor, em seu próprio benefício.

Ante o exposto, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

