



Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frotz

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris / J.M. Editora

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume I, número 1, março 2011

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Diagramação: Franklin de Freitas

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Preço de venda a consumidor (até 30.03.2012): R\$ 69,90

Coedição:

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020

bonijuris@bonijuris.com.br

JM Livraria e Editora Ltda.

Rua Senador Alencar Guimarães, 166 – 1º, 2º e 3º andares

80010-070 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3224-7343

jmlivraria@netpar.com.br

[ficha catalográfica provisória]

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris Ltda. e J.M. Editora e Livraria Ltda.

Diretor: Mário Frota. Editor Responsável: Luiz Fernando de Queiroz.

Formato 15,4cm x 23cm, 320 páginas, capa: quatro cores (350gm), miolo: duas cores (70gm).

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia).

ISSN (requerido)

1. DIREITO – periódico. 2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico. 3. CONSUMIDOR – periódico. 4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico. 5. DIREITO COMPARADO - periódico.

I. Título

Conselho Diretor

Mário Frota, presidente
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais
Juraci Moreira, diretor de comunicação

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos,
Fátima Nancy Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Heloísa Carpena, Ilene Patrícia Noronha Najarian
Igor Rodrigues Britto, James Alberto Siano, José Augusto Peres Filho
Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira,
Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini, Newton de Lucca,
Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rego Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

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

SUMÁRIO

- 09 **Apresentação**
 - 11 **Editorial**
 - 13 **Nota do Editor**
-

DOCTRINA

- 15 **O Direito ao Desenvolvimento dos Consumidores e a Tutela Coletiva dos seus Interesses Individuais**
ROBERTO SENISE LISBOA
- 43 **Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma**
MÁRIO FROTA
- 79 **O 28º Regime – Um Passe de Mágica ou uma Abordagem Proativa de Harmonização Legislativa na União Europeia**
J. PEGADO LIZ
- 103 **Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas**
ANTÔNIO CARLOS EFING
- 121 **Práticas Comerciais Desleais – Um Estudo da Directiva 2005/29/CE**
CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA
- 199 **L'évolution de la Jurisprudence Française en Matière de Lutte Contre les Clauses Abusives**
SABINE BERNHEIM DESVAUX
- 211 **La Mediación de los Conflictos de Consumo**
GUILLERMO OROZCO PARDO

- 231 **Estudos Sobre a Directiva 2008/122/CE**
(Proteção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca)
RAFAEL A. M. PAIVA
-

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 255 **Acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região**
Relator: Poul Erik Dyrland
- 262 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Pereira da Silva
-

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 270 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]**
Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza
- 283 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)**
[União Europeia]
Relator: A. Tizzano
- 295 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Alves Coelho
- 306 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Cardoso de Albuquerque



APRESENTAÇÃO

As relações humanas, como sabemos, nem sempre refletem uma desejável harmonia social e um elevado padrão ético de inter-relacionamento. Contudo, nos últimos tempos, notadamente a partir da segunda metade do século vinte, a comunidade internacional tem se direcionado no sentido de estabelecer e consolidar padrões socioculturais normativos que melhor se coadunem com o atual momento civilizatório.

Nos fóruns internacionais mais relevantes estas questões se apresentam pacificadas, uma vez que se convencionou ser a expressão da cidadania, em toda sua extensão, pressuposto fundamental da democracia. Por outro lado, a interiorização e a transposição dos consectários decorrentes desses direitos para o dia a dia das relações sociais não é de fácil compreensão e atendimento como haveria de se supor.

Neste espaço conflituoso, em que esta miríade de interações se processa, vicejam as leis do consumo – e, quiçá, seja neste lócus que se dê com maior ênfase a afirmação da cidadania. Fazer com que estas relações permaneçam cidadãs, e em conformidade com as disposições assentadas pelos princípios fundamentalmente aceitos e fixados pelos mais altos organismos internacionais, é tarefa daqueles que se dedicam ao estudo, divulgação e defesa do consumidor, em todos os níveis.

No velho continente, a Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC) desenvolve há muitos anos, de forma pioneira e distinguida, gestões no sentido de harmonizar e tornar salutar as relações de consumo em Portugal e na União Europeia. Uma de suas iniciativas, a Revista Portuguesa de Direito do Consumo, vem de completar dezesseis anos de publicação trimestral ininterrupta.

O presidente da apDC, professor Mário Frota, conhecido de norte a sul do país por suas inumeráveis palestras e conferências, encontrou ambiente propício para a edição da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* ao associar-se, para tanto, com o Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, que há vinte e dois anos publica a qualificada Revista Bonijuris, e a JM Editora, tradicionais casas editoras paranaenses.

Os idealizadores deste novo periódico entendem que o momento é adequado para que se estabeleça um intercâmbio entre os avanços do direito do

consumo que se avultam no continente europeu e o crescente aumento das equações de consumo no Brasil. Avaliam, também, oportuno o estabelecimento de um fórum privilegiado, tanto para autores estrangeiros como para a produção doutrinária nacional.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, mesmo antes do seu lançamento, vem recebendo importante apoio institucional, tanto de entidades brasileiras como internacionais.

Com vista a preencher mais um importante espaço na esfera do direito, em atenção a todos quantos têm interesses voltados para o direito do consumo, é que destinamos esta publicação.

Joatan Marcos de Carvalho
Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná
Vice-presidente do Conselho Diretor

EDITORIAL

A ideia de uma revista do jaez da que ora se dá à estampa é fruto de um diálogo de há muito encetado com magistrados de distintos graus de jurisdição e jusconsummeristas de nomeada, no quadro da cooperação institucional que vimos entretecendo, no Brasil, há cerca de um quarto de século.

Desta feita, a persistência de um destacado magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o desembargador Joatan Marcos de Carvalho, de cuja amizade privamos há cerca de uma década, na sequência de uma profícua jornada de estudo que empreendeu em Coimbra, desembocou no projeto que se concretiza com o primeiro número da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*.

Hesitou-se entre Revista Europeia, Revista Portuguesa (edição brasileira) e Revista Luso-Brasileira. Optou-se pelo título ora adotado, na convicção de que tal não afetarà o conteúdo da publicação.

Os direitos nacionais, na União Europeia, são fortemente subsidiários da obra legislativa, regulamentar e administrativa editada no seio das instâncias legiferantes, a saber, do Parlamento Europeu, do Conselho da União e da Comissão Europeia. Daí que o direito português espelhe, no geral, o que o ordenamento da União segrega normativamente. Tanto no que tange às directivas, que – para valem na ordem interna – carecem de uma lei de transposição mediante impulso do legislador nacional, como dos regulamentos que se incorporam no acervo normativo direta e imediatamente, sem necessidade, pois, de qualquer intermediação dos parlamentos ou dos governos nacionais.

As directivas apresentam-se, porém, com peculiaridades que importa realçar:

- . as *directivas-quadro* impõem um regime de harmonização máxima, o que as aproxima dos regulamentos, uma vez que os Estados-membros não poderão dispensar níveis de proteção mais elevados;

- . as *directivas-minimalistas* estabelecem um patamar de tutela, abaixo do qual não é lícito aos Estados-membros que legislem, podendo, no entanto, oferecer aos seus nacionais e aos que ao seu território se dirijam níveis de proteção superiores aos estatuidos na União;

- . as *directivas-híbridas*, em que se coenvolvem, a um tempo, regras de harmonização global e outras de pendor minimalista: as de harmonização máxima são insuscetíveis de incumprimento; as minimalistas poderão ser objeto se superação, desde que ofereçam níveis mais elevados de proteção.

Os regulamentos, como se assinalou, postulam um direito uniforme, que vigorará no Espaço Económico Europeu ou no da União Europeia, de Oulu, na Finlândia, a Olo, em Portugal, e de Brest, em França, a Bucarest, na Roménia, sem tergiversações de qualquer espécie. Daí que, no seu conteúdo, se haja de privilegiar o ordenamento europeu de consumidores pelas implicações diretas na conformação do ordenamento luso, estimulando-se a investigação que neste particular se empreender, em especial no confronto entre a realidade europeia e a brasileira.

Ponto é que se interesse o maior número possível de especialistas a que promovam a investigação no domínio da comparação dos direitos de molde a concorrerem para um aperfeiçoamento cada vez maior do direito do consumo (consumidor) e para que se alcance, *urbi et orbi*, índices mais elevados de proteção em cada uma das sete partidas do globo.

Ante o franco desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil, curial será esperar que os que se consagram a tão progressivo ramo contribuam de forma inequívoca para o estreitamento da cooperação e o conhecimento recíproco das realidades numa e noutra das ribas do Atlântico – em homenagem a interesses e direitos dos cidadãos-consumidores de ambos os países da Comunidade de Povos da Língua Portuguesa.

Coimbra e Villa Cortez, março de 2011

Mário Frota
Presidente do Conselho Diretor

NOTA DO EDITOR

Coordenar a revisão e edição do primeiro número da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* foi um desafio que acabou se transformando em atividade prazerosa e fonte de imenso aprendizado.

Atendendo a convite do desembargador Joatan Marcos de Carvalho para lançar publicação binacional em parceria com a J.M. Editora, insistimos como ponto de honra que a revista não poderia ser apenas mais uma a ingressar no mundo jurídico, e que deveria fazer alguma diferença, aliando qualidade de informação com circulação significativa. Nesse sentido, sugerimos como condição contratual a impressão mínima de 5.000 exemplares – tiragem desta primeira edição –, dos quais 1.500 são destinados à comercialização e os demais à distribuição para bibliotecas jurídicas, doação para entidades sociais (para revenda em proveito próprio) e divulgação institucional.

Ao receber o primeiro lote de artigos enviados pelo professor Mário Frota, presidente do Conselho Diretor e idealizador deste periódico, sentimos a necessidade de fixar critérios próprios de linguagem, pois ainda é muito grande a distância entre o Brasil e Portugal no que diz respeito à implementação das regras do novo Acordo Ortográfico, já em plena vigência em terras brasileiras, desde janeiro de 2009, e só parcialmente em voga em terras lusitanas.

Para não chocar o leitor brasileiro e ir aos poucos acostumando o leitor português, adotamos o Acordo Ortográfico com bom senso, sem radicalismos, aceitando, por exemplo, ambas as grafias quando são facultativas (econômico/económico, comitê/comité), mas antecipando a ortografia que se tornará unificada (ação e não acção, adoção e não adopção). Nas citações, na legislação e na jurisprudência, mantivemos o texto na forma original, sem correções. Também deixamos no original alguns termos, como *directiva*, quando se referem a diploma legislativo, para que não se perca o sabor da palavra com tanta estilização.

Nas manifestações doutrinárias, perseguimos o mesmo ideal da *Revista Bonijuris*, por nós editada há duas décadas, que é atingir um ponto de equilíbrio – talvez ilusório – entre o estilo do autor, a harmonia do conjunto e a satisfação do usuário. A regra seguida é aprimorar o texto, deixando-o claro, preciso e de fácil leitura, porém sem interferir no estilo ou personalidade da escrita, como sói acontecer com as principais revistas jurídicas norte-americanas, cujos artigos e notas parecem – todos – elaborados pelo mesmo autor, tal a magnitude da editoração

imposta.

A capa da revista e seu projeto gráfico foram encomendados à empresa Priory Comunicação, de Curitiba, com a missão de dar o melhor tratamento visual, mas sem desperdício de espaço, pois o conteúdo disponível de informações aptas a publicação de muito excede a capacidade disponível. A propósito, a *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* circulará a cada três meses e terá sempre 324 páginas, 32 a mais do que alinhavado em nosso compromisso com o professor Mário Frota.

Com nossos agradecimentos a todos que participaram na confecção deste novo veículo de transmissão de ideias e posicionamentos voltados ao direito do consumo e na expectativa de que a forma esteja à altura do conteúdo, deixamos sua avaliação ao leitor e a nossos futuros assinantes.

Luiz Fernando de Queiroz

Editor Responsável

Diretor do Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DOS CONSUMIDORES

E A TUTELA COLETIVA DOS SEUS
INTERESSES INDIVIDUAIS

ROBERTO SENISE LISBOA

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP
Professor titular de Direito Civil e Direito do Consumidor pelas FMU
Membro do Ministério Público de São Paulo

PRISCILA SENISE LISBOA

Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP

SUMÁRIO

1. O princípio geral da ordem econômica de defesa dos direitos dos consumidores.
2. Direito ao desenvolvimento como direito humano.
3. Direito ao desenvolvimento dos consumidores.
- 3.1. Aspectos econômicos do direito ao desenvolvimento dos consumidores. 3.2. Aspectos sociais do direito ao desenvolvimento dos consumidores.
4. Ação coletiva de interesses individuais homogêneos: instrumento de desenvolvimento dos consumidores.
5. Entraves a serem superados.
6. Considerações finais.
7. Bibliografia.

EXCERPTS

“The right to development is a fundamental human right – “inalienable”, universal, indivisible, interdependent and interrelated”

“The right to development is founded on social solidarity, on overcoming poverty, on improved socioeconomic conditions, on the power of democracy and on the accomplishment of a decent life for every human being”

“Therefore, development is not the same as growth, given that growth requires an increase in a country’s income and GDP, but does not involve any deep structural change”

“The notion that only the right to development should be understood as a synonym for progress and growth has become outdated, as we can not overlook the importance of protecting consumers collective and diffuse interests”

“The homogeneous individual interests have social relevance, because the law explicitly states that their defense will be accomplished through collective action (art. 81, sole paragraph, III, of Law 8078 of 09.11.1990)”

“However, if the lawmaker conferred social relevance to homogeneous individual interests by providing that this legal protection will occur in a collective way, the logical conclusion that every single homogeneous interest is socially relevant is forceful, even though one might disagree with the normative solution employed”

“If only the homogeneous individual interest is pursued in court, the nomen iuris of the standard legal procedure approved by the consumerist lawmaker, and applicable to the defense of all species of interest in this kind, is called collective action of homogeneous individual interests”

1. O PRINCÍPIO GERAL DA ORDEM ECONÔMICA DE DEFESA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Uma análise perfunctória do texto constitucional já traz elementos seguros que evidenciam a defesa dos consumidores como um direito e garantia fundamental individual e coletivo (art. 5º, XXXII), tais quais os direitos dos consumidores como um dos princípios gerais da ordem econômica (art. 170, V).

Mencionados dispositivos constitucionais são expressamente lembrados pelo art. 1º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe que o Código de Defesa do Consumidor é norma jurídica de ordem pública e de interesse social. Destarte, mesmo em situações de averiguação da conduta dos consumidores como agentes econômicos, deve-se reconhecer o objetivo de se conceder aos destinatários finais de produtos e serviços uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Todo agente econômico, assim como qualquer pessoa, possui o direito ao desenvolvimento, que é reconhecido pela Declaração Internacional de 1986, da qual o Brasil é signatário, como direito humano.

Isso significa que após 38 anos da entrada em vigor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, por maioria esmagadora de votos (apenas um voto contra, o dos EUA), a Declaração de Viena elevou o direito ao desenvolvimento ao patamar de direitos humanos.

Cumprido, pois, analisar o que vem a ser o direito ao desenvolvimento e quais as implicações do seu reconhecimento como direito humano para a defesa dos interesses dos consumidores.

Dentre as variadas perspectivas que esse tema oferece, este singelo estudo tratará da questão da defesa dos chamados interesses individuais homogêneos, interesses individuais defendidos coletivamente, como instrumento de proteção do desenvolvimento biopsíquico e econômico dos consumidores.

2. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO

O direito ao desenvolvimento é considerado por muitos autores um “direito humano de terceira geração”¹, que surge para dar efetividade aos direitos civis e políticos, assim como os direitos sociais. Dai a sua condição de direito de terceira geração ou “terceira dimensão”², que, de acordo com a orientação da Organização das Nações Unidas (ONU), abrange não apenas o desenvolvimento econômico dos Estados, mas também a satisfação das necessidades econômicas e sociais indispensáveis à dignidade humana.

A expressão direito ao desenvolvimento consta, pela primeira vez expressa-

mente referenciada como um direito humano, em trabalho de lavra de Kelba M'Baye, publicado no ano de 1971:

“(..) Le droit au développement intègre les droits et libertés publiques. Il est un droit de l’homme”.³

O direito ao desenvolvimento foi concebido no âmbito dos direitos dos povos e consagrado, primeiramente, pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, que se reuniram no Quênia, em 1981.

Coube à Declaração das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento, de 1986, estabelecer que o direito ao desenvolvimento é um dos direitos humanos.

A Conferência de Viena, de 1993, reconheceu o direito ao desenvolvimento como direito fundamental.

Determinando o papel de sujeito ativo desse direito à pessoa humana e todos os povos, pode-se extrair a partir dessa declaração que o direito ao desenvolvimento tem por objetivo final a dignidade da pessoa humana e se sujeita à proteção, à luz do que estabelece o direito positivado brasileiro, como um direito coletivo, difuso e individual homogêneo.⁴

O direito ao desenvolvimento é um direito humano fundamental, “inalienável”, universal, indivisível, interdependente e inter-relacionado.

Para que o direito ao desenvolvimento seja alcançado em sua totalidade, ou seja, seja satisfeito em todas as suas dimensões, é preciso que seu caráter multidimensional e interdependente seja amplamente respeitado.

Quanto à interdependência entre todos os direitos humanos, conforme enunciado em Viena, os signatários da conferência lembraram que o direito ao desenvolvimento sempre se encontra em harmonização com os direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais (1986).

O direito ao desenvolvimento está fundado na solidariedade social, na superação da miséria, em melhores condições sócio-econômicas, no poder da democracia e na efetivação da vida digna para todo ser humano.

3. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DOS CONSUMIDORES

O direito ao desenvolvimento dos consumidores deve ser abordado sob dois aspectos: o econômico e o social. Inicialmente, faz-se necessária a distinção conceitual entre desenvolvimento e crescimento econômico.

O desenvolvimento, em sentido lato, está ligado à ideia de paz mundial⁵, como direito fundamental do homem, coletivo e individual. Esse sentido dado ao desenvolvimento, como um direito fundamental, impõe-lhe um caráter de construtivismo, ou seja, lhe dá o status de ferramenta para a construção de uma melhor realidade social para o futuro.

Analisando-se o desenvolvimento consciente, estabelece-se uma ordem de prioridades, reconhecendo-se a importância do desenvolvimento técnico-científico-econômico, desde que não se despreze o desenvolvimento moral.

Nesse sentido, Amartya Sen propõe a aproximação da ética e da economia.⁶

O conceito de desenvolvimento possui uma incontável série “de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura e da própria sociedade do país em questão”.

O desenvolvimento econômico é o processo de sistemática acumulação de capital e de incorporação do progresso técnico ao trabalho e ao capital, que leva ao aumento sustentado da produtividade ou da renda por habitante e, em consequência, dos salários e dos padrões de bem-estar de uma determinada sociedade.⁸

Por outro lado, o crescimento é aquele que consiste em ordem apenas quantitativa, ou seja, no aumento da população ou do produto, não refletindo necessariamente a melhoria de condições de vida da sociedade.

O crescimento pode estar associado ao evento ou a algum fenômeno cíclico principiado a partir de um impulso exógeno. E, passado esse impulso, o crescimento para ou, ainda, volta ao estado anterior. Crescimento econômico de um Estado revela aumento da produtividade, não necessariamente a melhoria da qualidade de vida.

Assim, a preocupação sobre o crescimento econômico importa necessariamente a identificação das razões que tornam as sociedades mais propensas a investirem e, dessa forma, tornarem-se mais produtivas.⁹

Como ensina Angus Maddison, o crescimento econômico implica saber quais as razões que tornam uma sociedade mais produtiva.¹⁰ Segundo ele, haveria quatro razões básicas para tanto:

- a) o progresso tecnológico;
- b) os investimentos em capital humano;
- c) os investimentos em capital físico; e
- d) a eficiência na organização econômica que se traduz na estrutura de incentivos que induzem os indivíduos a inovar e acumular.

O crescimento é comumente visto quando há um relativo crescimento do PIB e da renda per capita de um determinado Estado, mas não há alteração da estrutura produtiva e das suas características sociais.

Há, neste sentido, um surto e não propriamente um processo de desenvolvimento, pois assim que cessar a causa de sua origem, o crescimento irá perdendo a dimensão que possuía para, com o tempo, toda a estrutura social e seus problemas voltarem a ser como antes.

Por isso, o desenvolvimento não é o mesmo que crescimento, haja vista que o crescimento pressupõe um aumento da renda e do PIB de um país, mas não

implica qualquer mudança estrutural profunda. Quando se vê um país em aparente crescimento, temos que analisar se houve a sua transformação estrutural, ou seja, se o país realmente já se desenvolveu; ou se a situação é apenas de crescimento, pois o fato analisado não se sustentará justamente porque não afetou a estrutura desse país. Em geral, os países subdesenvolvidos possuem alguns traços comuns, que são :

- a) uma baixa renda per capita;
 - b) a desigualdade na distribuição dessa renda, com extremos de riqueza e de pobreza;
 - c) altas taxas de mortalidade e de natalidade;
 - d) alta participação do setor primário da economia na formação da renda, setor secundário (indústrias) atrofiado, e o terciário inflado, possuindo grande contingente de serviços de pouquíssima produtividade (é uma espécie de desemprego disfarçado);
 - e) uma baixa produtividade de mão de obra;
 - f) baixos padrões médios de consumo e de qualidade de vida (instrução, nível sanitário, adequação alimentar e outros da espécie);
 - g) uma forte influência de oligarquias na legislação e na sua aplicação, bem como mau funcionamento ou inexistência de instituições políticas aprimoradas.
- Diante do exposto, pode-se afirmar que um país que está em crescimento não é necessariamente um país que está se desenvolvendo, pois “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser o participante ativo e o beneficiário do direito ao desenvolvimento”.¹²

O “direito ao desenvolvimento é reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como um direito humano fundamental e indisponível, assim como os demais direitos fundamentais, e reconhece-o como um direito a igualdade de oportunidades para todas as pessoas e todas as nações”.¹³

“É difícil pensar que o desenvolvimento possa realmente ser visto independentemente de seus componentes econômicos, sociais, políticos ou jurídicos”.¹⁴ Nesse contexto, o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), critério estabelecido pela Organização das Nações Unidas (ONU), é o melhor índice de avaliação do desenvolvimento, pois leva em conta a qualidade de vida, a saúde, a educação e a renda per capita da nação.

A esse propósito, o direito ao desenvolvimento é um tema fundamental no

O DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO É
UM DIREITO HUMANO
FUNDAMENTAL,
“INALIENÁVEL”,
UNIVERSAL,
INDIVISÍVEL,
INTERDEPENDENTE E
INTER-RELACIONADO.

cenário internacional, haja vista que a maior parte da população do planeta vive em condições de pobreza, usufruindo da menor parcela da riqueza gerada no mundo.

As desigualdades sociais, intelectuais e econômicas que assolam os povos ampliam ainda mais as diferenças entre os chamados países desenvolvidos e, de outro lado, os países em desenvolvimento e os subdesenvolvidos.

De fato, dados estatísticos demonstram que 20% dos países mais ricos se apropriam de 80% do produto interno bruto mundial, enquanto os 20% mais pobres não detêm mais que 1% desse produto interno bruto.¹⁵

O direito ao desenvolvimento foi elaborado a partir de um conceito de desenvolvimento que não negava a importância do crescimento de renda e produção, que propiciava a expansão dos recursos básicos e das oportunidades para o desenvolvimento. Todavia, deve ser realizado de forma a assegurar uma justa distribuição e igualdade de acesso aos recursos, oportunidades e expandir as liberdades fundamentais dos indivíduos.

Já o direito do desenvolvimento constitui-se internacionalmente e possui o intuito de estabelecer o equilíbrio entre os Estados economicamente desiguais. Com base em uma cooperação recíproca, busca oferecer iguais oportunidades para que os Estados consigam atingir o desenvolvimento.¹⁶

A natureza jurídica do direito do desenvolvimento é a de direito humano internacional.

Para realizar esse processo de desenvolvimento ao qual toda pessoa humana tem direito, em virtude de seu direito ao desenvolvimento, há responsabilidades que devem ser partilhadas por todas as partes envolvidas no exercício do direito do desenvolvimento: “os Estados operando nacionalmente” e “os Estados operando internacionalmente”.

O problema da efetivação dos direitos do desenvolvimento esbarra na falta de garantias expressas em caso de seu desrespeito.

É possível adotar uma solução jurídica ou natural do problema da ausência de garantias. Afinal, sendo um direito que leva em conta a solidariedade, na impossibilidade de sua efetivação por meio unicamente do Estado, deve contar com participação de toda a sociedade.

No dizer de Carla Rister: “seja por intermédio das empresas, das associações, das organizações não-governamentais e dos cidadãos individualmente considerados”.¹⁷

Se o desenvolvimento se realiza através de políticas públicas ou programas de ação governamental, nada mais lógico do que criar mecanismos para o controle judicial de políticas públicas, à luz do direito ao desenvolvimento, como ocorre com o controle judicial, da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

Eros Roberto Grau preconiza que o Estado tem papel fundamental na efetivação do desenvolvimento e, para isso, deve se valer de alianças com o setor privado. O Estado não é, em si, suficiente para atender todos os valores fundamentais.¹⁸

O Estado não pode isentar-se de suas responsabilidades nesse campo, diante da sua função de induzir, promover e garantir o desenvolvimento, deste modo, isso deve ocorrer independentemente de qualquer justificativa. Nem mesmo a escassez de recursos públicos pode ser óbice para a efetivação do direito do desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento confere inequívoca obrigação aos participantes: indivíduos na comunidade, Estados a nível nacional e Estados a nível internacional.

Estados nacionais têm a responsabilidade de ajudar a realização do processo de desenvolvimento através de políticas de desenvolvimento apropriadas. Outros Estados e agências internacionais têm a obrigação de cooperar com os Estados nacionais para facilitar a realização do processo de desenvolvimento.

A assistência ao desenvolvimento é considerada atualmente um elemento indispensável do direito ao desenvolvimento, por ser um meio encontrado pelos países ricos de permitir aos países em desenvolvimento exercer efetivamente a sua “responsabilidade principal de assegurar o seu próprio desenvolvimento”¹⁹, previsto na Declaração de 1986.

As relações de assistência são sempre estabelecidas sobre uma base voluntária: o país ofertante não deve ser obrigado a se associar a nenhum tipo de assistência específica, bem como o país beneficiário não pode sofrer imposição para receber a ajuda.

Por isso, o governo do país beneficiário deve consentir a ajuda (respeitando a soberania do Estado), bem como esse consentimento deve ser expresso em um instrumento internacional.

Muito embora a assistência internacional se dê de forma voluntária, há para os países ricos uma espécie de ‘dever de assistência’, calcada também na ideia de solidariedade.

A assistência internacional pode ser financeira ou técnica. Será financeira quando houver uma transferência direta dos recursos. De outro lado, será técnica quando houver a transferência de conhecimentos, como, por exemplo, na concessão de bolsas de estudo a estudantes que venham a concluir a sua formação profissional em um país desenvolvido.

Se a transferência vier a ocorrer por meio de bens ou serviços, pode-se falar em ajuda econômica ou humanitária (alimentar ou médica, por exemplo).

A ajuda internacional será pública quando se der por meio de organização in-

ternacional (assistência multilateral) ou por iniciativa de algum Estado (assistência bilateral).

Será privada, quando oriunda de entes privados.

Importante ressaltar que existem entidades, no âmbito das Nações Unidas, que financiam os países pobres no processo de desenvolvimento, tais como: o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)²⁰, a Corporação Financeira Internacional (CFI)²¹, a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID)²²; bem como, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)²³. Essas entidades financiam projetos em países pobres para que haja a promoção do desenvolvimento, a juros e prazos geralmente razoáveis.

Embora esses mecanismos (empréstimos dessas instituições) sejam bastante interessantes, pois têm caráter de ajuda para o desenvolvimento dos países po-

O DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO
ESTÁ FUNDADO NA
SOLIDARIEDADE
SOCIAL, NA SUPERÇÃO
DA MISÉRIA, EM
MELHORES CONDIÇÕES
SÓCIO-ECONÔMICAS,
NO PODER DA
DEMOCRACIA

bres, o que acontece na prática é bem diferente: os países pobres se endividam, pois a ajuda requer que os beneficiários reembolsem o capital que lhes foi investido, mediante o pagamento de juros dos empréstimos atribuídos em condições favoráveis. O problema pode ser resumido basicamente: quem não tiver dinheiro para pagar, não receberá investimento; e quem não vier a receber investimento, não terá como financiar, dentro de seu território, programas que favoreçam ao desenvolvimento; e sem desenvolvimento, haverá violação de diversos direitos humanos. Então haverá novos empréstimos e, novamente, endividamento... Em outras palavras, trata-se de um círculo vicioso.

Por isso, considera-se o direito do desenvolvimento um direito internacional, enquanto o direito ao desenvolvimento é um direito humano fundamental.

3.1. ASPECTOS ECONÔMICOS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DOS CONSUMIDORES

O termo desenvolvimento não significa apenas aumento do tamanho de uma economia. Os fatores de crescimento constituem as condições iniciais, ou necessárias do desenvolvimento. As condições suficientes do desenvolvimento vinculam-se à melhoria do nível de vida da população, à preservação ambiental e à estabilidade econômica e política de cada país. Os fatores de crescimento classificam-se em fatores de oferta, fatores de demanda e em fatores institucionais. Os fatores do crescimento do lado da oferta são constituídos pela acumulação do

capital, pela dotação e capacitação da mão de obra e pelas inovações tecnológicas.

Maior emprego de capital (incluindo o uso de insumos modernos na agricultura) torna-se necessário para aumentar a produtividade do trabalho e da terra, bem como para viabilizar a adoção de inovações tecnológicas na produção e comercialização, quase sempre acompanhadas por novos equipamentos e máquinas mais eficientes. A acumulação de capital é função da propensão marginal a poupar e a consumir, da taxa de juro, da eficiência marginal do capital e das expectativas favoráveis que os investidores possam ter dos negócios. A disponibilidade do capital aumenta o rendimento dos trabalhadores, proporcionando-lhes melhores salários, assim como maior nível de lucro para os empresários.

A oferta dos trabalhadores depende do crescimento demográfico, das migrações interurbanas e da qualidade da educação geral e profissionalizante. Os salários pagos constituem uma variável menos relevante para explicar a oferta de trabalho, à medida que o nível de desemprego aumenta. A capacitação profissional dos trabalhadores relaciona-se com os gastos em educação, treinamento e reciclagem dos desempregados, com a saúde e com outros itens relacionados com a qualidade e o bem-estar da força de trabalho. No Brasil, a adoção de vale-transporte e vale-refeição constitui uma forma de complementar os salários que beneficia igualmente os empregadores, pelo aumento da assiduidade ao trabalho.

O potencial de um trabalhador gerar maior volume de produção, durante a jornada de trabalho, depende da instrução e habilidades adquiridas, da saúde e alimentação, bem como de sua condição geral psicológica. Seu estado de espírito melhora quando ele consegue dar um nível de vida mínimo para a sua família, em termos de alimentação, vestuário, educação, saúde e segurança.

As inovações tecnológicas e o nível geral dos conhecimentos são importantes para aumentar a produtividade. Novas máquinas, instrumentos e processos do trabalho aumentam o volume de produção por unidade de tempo. Com maior produtividade, a mesma quantidade de fatores gera maior volume de produção. Novos produtos levam os consumidores a realizar novos gastos, aumentando seu conforto e bem-estar.

O aumento do estoque de conhecimentos em uma comunidade estimula as empresas a aumentarem a produção e o emprego, em virtude das economias externas que surgem. Isso ocorre porque o conhecimento gerado por uma empresa não pode ser perfeitamente patenteado, difundindo-se entre os demais, que se apropriam dessas novas tecnologias sem efetuar gastos. Lucros são obtidos, o que estimula novas pesquisas, e novos conhecimentos são gerados, produzindo um círculo virtuoso que expande a renda e o emprego. Ademais, as inovações tecnológicas podem economizar os fatores mais escassos, liberando-os para outros usos alternativos. A tecnologia, a serviço do desenvolvimento, representa maior dispo-

nibilidade de alimentos e vestuário, transportes mais rápidos e eficientes, maior conforto, segurança e bem-estar, além de proporcionar a economia de recursos naturais não renováveis e a preservação do meio ambiente.

Sobre o assunto, ensina Nali de Jesus de Souza:

“A poluição e a degradação da natureza são desvios que a tecnologia ainda precisa corrigir. Nesse sentido, torna-se também necessário aumentar o nível de conscientização das pessoas e induzir o cumprimento da legislação antipoluição. A degradação do meio ambiente prejudica a saúde e o bem-estar das pessoas, afetando o desenvolvimento econômico. A correção desses desvios e das deseconomias externas que deles derivam constitui tarefa do desenvolvimento econômico.

O desenvolvimento econômico pressupõe, portanto, o crescimento de variáveis básicas, como produção, emprego e renda, constituindo as condições necessárias; em segundo lugar, esse crescimento precisa efetuar-se com o aumento da produtividade, preservação do meio ambiente e melhorias de indicadores sociais, implicando maior nível de bem-estar para o conjunto da população em todas as regiões do sistema nacional”.²⁴

Ficou ultrapassada a tese de que o direito ao desenvolvimento somente deveria ser entendido como sinônimo de progresso e crescimento, não se podendo deixar de lado a importância da proteção dos interesses coletivos e difusos dos consumidores.²⁵

O CRESCIMENTO
PRESSUPÕE UM
AUMENTO DA RENDA
E DO PIB DE UM PAÍS,
MAS NÃO IMPLICA
QUALQUER MUDANÇA
ESTRUTURAL
PROFUNDA

Sob a visão estritamente econômica, o direito ao desenvolvimento limita-se ao ideário de crescimento econômico mediante cooperação internacional entre os Estados, para o enriquecimento de poucos e a melhoria dos índices do PIB, desprezando-se a distribuição de riquezas como maneira de combater às desigualdades sociais.

Trata-se de orientação liberal que não se ajusta aos dias atuais, devendo-se aperfeiçoar o alcance do direito ao desenvolvimento, que deve ser entendido não apenas como um direito internacional, como também como um direito humano fundamental.

O acréscimo da visão humanista ao direito ao desenvolvimento não suprime a importância da visão econômica, porém lhe dá uma finalidade mais justa e solidária, na busca da fraternidade.

As mudanças sociais globais, nesses últimos 40 anos, alteraram a dinâmica socioeconômica em três bases fundamentais: na dimensão demográfica (crescimento populacional); no plano tecnológico, promovendo as transformações mais profundas na sociedade; e no âmbito econômico, modificando a produção mundial.

Há também as mudanças culturais, com o advento do processo de comunicação de massa.

Diante dessas mudanças, as necessidades dos indivíduos para participarem do mercado econômico de forma digna também foram alteradas. Com aplicabilidade do direito ao desenvolvimento nas relações econômicas se buscou garantir a inclusão de todos os indivíduos ao processo econômico. É a participação dos consumidores no mercado, como agentes econômicos, pressupõe a garantia individual e coletiva dos direitos fundamentais dos adquirentes e utentes de produtos e serviços.

Protege-se, destarte, o agente econômico consumidor, de: abusos, omissões e exclusões ocorridas nas atividades econômicas.

Humaniza-se, desse modo, o direito ao desenvolvimento.

3.2. ASPECTOS SOCIAIS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DOS CONSUMIDORES

Como a sociedade é integrada por pessoas da mais diferentes culturas e necessidades individuais a serem satisfeitas, é natural a relevância positivamente dos direitos inerentes à natureza humana.

Dessa maneira, estatuem-se direitos inatos que poderiam ser questionados, ainda que indevidamente, caso a norma garantidora não existisse.

Em nome de um desenvolvimento irresponsável, altamente consumista e individualista, esqueceu-se da ética e da moral. E, por que não afirmar, do amor e da fraternidade

NADA MAIS LÓGICO
DO QUE CRIAR
MECANISMOS PARA O
CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS,
À LUZ DO DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO

Diante disso, a aposição de direitos inatos em normas escritas tem vantagem de permitir um repensar de solidariedade social, buscando-se o objetivo constitucional proposto pelo art. 3º, I.

O desenvolvimento estabelece-se, pois, também como decorrência do valor confiança e, por conseguinte, da fraternidade. Um desenvolvimento em que a todos se ofereça igualdade de oportunidades sociais e econômicas, de modo que seja, ao menos, possível o efetivo acesso: à educação, à saúde, à habitação e ao trabalho digno.

De acordo com Vladimir Oliveira da Silveira, “a teoria humanista pretende restabelecer na economia a ordem natural das coisas, onde a lei é o meio e o homem o fim”.²⁶

O direito ao desenvolvimento corresponde, conforme ensina Canotilho, à possibilidade da liberdade igual.²⁷ Busca-se, em verdade, o acesso equitativo das

oportunidades.

Para isso, é preciso lutar por mudanças reais no atual sistema do desenvolvimento econômico, que é na prática baseado ainda, em sua maioria, apenas no crescimento ilimitado da produção de bens materiais para consumo dos países ricos. Deve-se promover uma verdadeira aproximação dos países desenvolvidos com os países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, incentivando executar uma política de desenvolvimento multilateral consolidando a real cooperação entre eles, como a que foi traçada pela ONU.

Apesar dos grandes progressos internacionais acerca do tema (declarações, tratados, compromissos entre Estados), é essencial que os esforços sejam ampliados, a fim de minimizar as diferenças mundiais, visto que a estrutura social mundial é injusta, sobre picos de riqueza e total desigualdade na distribuição de renda.

O direito ao desenvolvimento é um direito humano reconhecido pelos países-membros das Nações Unidas.

Em nosso direito interno, a Constituição brasileira estabelece princípios e objetivos que orientam o exercício do direito ao desenvolvimento de uma forma igualitária, social e fraterna.

O desenvolvimento, assim entendido como um processo que muda a estrutura social, não deixa de ser um processo global, daí por que cabe sempre observar que o sujeito principal é o ser humano em todos seus aspectos.

Partindo desse raciocínio, o desenvolvimento econômico de um país deve significar também o desenvolvimento do bem-estar social.

A concepção de desigualdade de Amartya Sen reside na desigualdade de oportunidades pela privação de liberdades básicas, na desigualdade do indivíduo isolado, na ausência de condições iguais básicas de existência (acesso à saúde, educação, saneamento básico, alimentos etc.), únicos elementos capazes de ser proximamente igualados entre indivíduos empiricamente tão diversos.

As pessoas possuem o direito a cidadania plena, mas a privação de direitos básicos a elas formalmente reconhecidos e nunca efetivados poderia fazer com que elas jamais entendessem a importância que têm para a sociedade em que vivem.

E o desenvolvimento que realmente se espera, de fato, não ocorreria.

Carla Abrantkoski Rister²⁸ acredita no direito ao desenvolvimento com um direito humano deveria aproximar o desenvolvimento de noções de paz, justiça, democracia e meio ambiente.

Assim, acreditamos que o desenvolvimento não está apenas relacionado ao crescimento do PIB, como é definido pelos economistas clássicos, pois a maioria deles foi persuadida a aceitar o princípio de maximização do PIB per capita.

W. A. Lewis, o Nobel em desenvolvimento econômico, escreveu que o crescimento de produção per capita “dá ao homem maior controle de seu ambiente e,

portanto, aumenta sua liberdade”.²⁹

Essa liberdade, como ensina Amartya Sen, deveria ser vista como “o fim primeiro” e o “principal meio” do desenvolvimento, em um “papel constitutivo” e em um “papel instrumental”.³⁰

O direito ao desenvolvimento não nega esse impacto positivo do crescimento do PIB, mas existem demandas políticas adicionais para acelerar a expansão destas liberdades, em conjunto com igualdade e justiça.³¹

“Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”³²

O desenvolvimento é um processo para ser realizado em longo prazo, através de políticas públicas ou programas de ação governamentais em três campos interligados: econômico, social e político.

Os Estados e todas as pessoas são indispensáveis para o desenvolvimento sustentável, e eles devem cooperar na tarefa essencial da erradicação da pobreza, a fim de reduzir as diferenças nos padrões sociais, culturais e intelectuais da maioria da população do mundo.

É preciso pensar em uma economia mundial solidária a serviço de todos, em prol da real melhoria da qualidade de vida do ser humano.

4. AÇÃO COLETIVA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DOS CONSUMIDORES

A defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos dos consumidores é uma das maiores conquistas obtidas a partir da promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Objetivando-se a defesa coletiva, por meio das entidades legitimadas para tanto (art. 5º da Lei 7.347, de 24.7.1985, e 82, da Lei 8.078, de 11.9.1990), esse poderoso instrumento, em tese, proporciona o acesso ao Poder Judiciário pelo consumidor vítima que não conta com advogado próprio, além de beneficiar a qualquer pessoa que se acha nessa situação, pouco importando sua procedência sócio-econômica.

É contributo de aperfeiçoamento do instrumental colocado à disposição da sociedade para se viabilizar o desenvolvimento das pessoas vítimas, mediante a reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos.

Trata-se a tutela dos interesses individuais homogêneos de um importante meio de democratização do poder, que não impede ao interessado, se assim preferir, defender diretamente os seus direitos através de advogado.

Por isso, é conveniente diferenciar a tutela dos interesses individuais homogêneos da tutela dos chamados interesses individuais plúrimos.

Os interesses individuais plúrimos, de vários titulares, não pressupõem a relevância social, em contraste com o que sucede com os interesses individuais homogêneos.

De fato, ambos são interesses transindividuais.

Os interesses individuais homogêneos são necessidades reais ou sentidas de titulares ou sujeitos determinados, cujo objeto é divisível.

O mesmo fenômeno sucede com os interesses individuais plúrimos.

Ambos os interesses se caracterizam, ainda, pela existência de uma origem comum, ou seja, os titulares das necessidades ou utilidades em questão buscam a aquisição ou a defesa de seus direitos subjetivos em uma mesma fonte objetiva (negócio jurídico, ato jurídico ou normativo) ou subjetiva (um mesmo credor ou devedor de várias relações jurídico-obrigacionais com pessoas distintas).

É exatamente essa a linha adotada pelo legislador consumerista para identificar o interesse individual homogêneo (art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90).³³

Dispositivo esse que, se for observado superficialmente e sem qualquer rigor dogmático pelo aplicador da norma, não trará linha divisória exata com os interesses individuais plúrimos.

Ao conceber os interesses individuais homogêneos como aqueles que têm origem comum, o legislador procurou tão somente distingui-los, de imediato, dos interesses difusos e coletivos.

Em contrapartida, a distinção legislativa nenhum valor possui para estabelecer o divisor de águas entre o interesse individual plúrimo e o interesse individual homogêneo. Essa diferença, por isso, inexistente formalmente, uma vez que o art. 81 da Lei 8.078/90 expressamente consagra estes últimos interesses como passíveis de tutela coletiva (parágrafo único do artigo mencionado).

No que, então, distingue-se o interesse individual homogêneo do interesse individual plúrimo (também denominado agrupado coletivamente)?

Os interesses individuais homogêneos podem ser identificados pelo reconhecimento dos seguintes elementos:

a) Os interesses individuais homogêneos possuem uma origem comum, ou seja, um número determinável de sujeitos determinados que pelo menos tiveram algum liame jurídico com uma mesma pessoa natural (física) ou moral (jurídica);

A origem comum dos interesses individuais homogêneos viabiliza, sem dúvida, a propositura da ação coletiva, cuja finalidade é a obtenção de uma sentença condenatória genérica (art. 95 do CDC), para os fins de se promover as respectivas liquidações e execuções individuais (art. 97 e 98 do CDC).

A indeterminabilidade, ao menos na fase de cognição e de liquidação, do número de indivíduos interessados de forma homogênea, impede, por decorrên-

cia, o reconhecimento puro de interesses individuais homogêneos, mas não o de outros interesses transindividuais, em concurso com o individual homogêneo, como o difuso ou o coletivo.

Por tal motivo, com acerto se pode declarar que, em inúmeras oportunidades, é possível a detecção de interesses de múltiplas espécies em um mesmo caso concreto.

Tome-se, por exemplo, a nulidade de cláusula abusiva em contrato de financiamento bancário, que estipula juros extorsivos ao consumidor, incumbindo ao legitimado requerer a declaração de nulidade, com pedido de não se incluir nos contratos futuros a referida cláusula e de se condenar a entidade a pagar a indenização cabível em prol dos consumidores prejudicados.

A declaração judicial de nulidade do dispositivo é de interesse difuso (pois previne que outro consumidor venha a subscrever o contrato nestes termos),

OS INTERESSES
INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS
POSSUEM RELEVÂNCIA
SOCIAL, PORQUE A
LEI EXPRESSAMENTE
ESTABELECE QUE A
DEFESA DELES SERÁ
REALIZADA POR MEIO
DE AÇÕES COLETIVAS

coletivo (por interessar ao grupo de pessoas que celebrou tal contrato) e individual homogêneo (de vez que importará benefício para aqueles que pagaram as prestações do financiamento com a incidência de tais juros, concedendo-lhes, sucessivamente, a devolução dos valores pagos a maior, isto é, além daquilo que razoavelmente deveriam pagar).

b) Os interesses individuais homogêneos possuem relevância social, porque a lei expressamente estabelece que a defesa deles será realizada por meio de ações coletivas (art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990);

Incumbe ao legislador, por meio da política legislativa que entende apropriada, fixar quais são os interesses juridicamente relevantes. E, como veio a inserir os interesses individuais homogêneos na defesa coletiva, distinguiu-os dos interesses individuais plúrimos, e lhes conferiu uma maior proteção, de natureza socialmente relevante, daí o porquê não há como se olvidar a sua repercussão perante a sociedade em geral.

Percebe-se, nesse ponto, que todo interesse individual homogêneo é, por força de lei de ordem pública e de interesse social (art. 1.º, c/c o art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), defendido coletivamente.

Portanto, todo interesse individual homogêneo, uma vez reconhecido como tal, pressupõe relevância social.

Logo, afigura-se equivocada a interpretação de acordo com a qual deve-se apreciar o interesse individual homogêneo para verificar se ele possui ou não alguma conotação social.

Ora, se o legislador conferiu ao interesse individual homogêneo relevância social ao dispor que a sua tutela se dará pela via coletiva, é forçosa a conclusão lógica de que todo interesse individual homogêneo é socialmente relevante, ainda que se possa discordar da solução normativa empregada. Por outro lado, uma abordagem diferente sobre o tema deve ser feita.

Deve-se verificar se os interesses tutelados são individuais homogêneos ou não (caso em que ocorrerá a tutela de interesses individuais plúrimos).

Como os interesses individuais homogêneos:

- Primeiramente, não se confundem com os interesses individuais plúrimos, seja porque a tutela destes últimos não se faz coletivamente com relevância social, mas, no melhor das hipóteses, em litisconsórcio, sem repercussão social;

- Em segundo lugar, porque a tutela dos interesses individuais plúrimos é realizada sem a outorga de legitimidade para as entidades que possuem, por força de lei, autorização para a propositura de ações de natureza transindividual; e,

- Em terceiro lugar, porque os efeitos da coisa julgada se restringem às partes, ao contrário do que ocorre com a coisa julgada referente a uma sentença condenatória proferida nos autos da ação coletiva de interesses individuais homogêneos, que possui eficácia erga omnes (art. 103, III, do CDC), Conclui-se, portanto, que a análise a ser feita, quando da pretensão deduzida extrajudicialmente ou em juízo, não é a de se verificar se o interesse individual homogêneo é socialmente relevante ou não.

Afinal, a lei estabelece que todo interesse individual homogêneo é socialmente relevante.

O que se deve fazer é verificar se, efetivamente, estão sendo tutelados interesses individuais homogêneos, ou não.

Na primeira hipótese, a lei dispõe que há relevância social.

Na outra, a resposta afigura-se negativa.

c) Os interesses individuais homogêneos não dizem respeito, como afirmado anteriormente, a interesses privados puros, isto é, desprovidos de qualquer conotação social.

Embora o objetivo da ação coletiva seja proporcionar a condenação genérica, para os fins de liquidação e execução individual da sentença coletiva, o simples fato de a indenização se destinar preferencialmente para o pagamento devido às vítimas não retira o caráter eminentemente social de tais interesses e da respectiva tutela processual.³⁴

d) Os interesses individuais homogêneos são indiciariamente constatados pela potencialidade da proliferação do dano, o que equivale dizer, a tutela dos interesses individuais homogêneos não se dá tão somente porque se pretende obter a condenação genérica do réu, viabilizando-se as liquidações e execuções indivi-

duais da sentença coletiva, mas também porque se busca a prevenção do seu enriquecimento ilícito tanto no que diz respeito aos danos já perpetrados como no que tange a danos que no futuro podem vir a ocorrer, ante a repetição da conduta prejudicial aos interesses socialmente relevantes.

É o que pode ser chamado de princípio da proteção coletiva preventiva, decorrente da proteção da dignidade pessoal e da inafastabilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, de ameaça a direito (art. 1.º, III, e 5.º, XXXV, da CF).

Por isso, a potencialidade de proliferação do dano versa sobre a reconhecida possibilidade de que outras pessoas venham a sofrer idêntico prejuízo³⁶, pouco importando se essas pessoas poderão ser ou não, desde logo, determinadas.

É FORÇOSA A
CONCLUSÃO LÓGICA
DE QUE TODO
INTERESSE INDIVIDUAL
HOMOGÊNEO É
SOCIALMENTE
RELEVANTE, AINDA
QUE SE POSSA
DISCORDAR DA
SOLUÇÃO NORMATIVA
EMPREGADA

e) Os interesses individuais homogêneos são tutelados pelos entes legitimados, por dicção do art. 82 da Lei 8.078/90, não se encontrando no referido rol as próprias pessoas físicas cujos interesses estão em jogo; vez que elas poderiam, apenas após a publicação do edital do art. 94 do mesmo comando legal³⁷, vir a ingressar como litisconsortes ou como assistentes litisconsorciais (sem modificar o pedido inicial);

f) pode ocorrer a dispersão ou o elevado número dos titulares dos interesses mencionados (que devem ser vislumbrados numericamente, ao menos, durante a liquidação da sentença condenatória genérica na ação coletiva de interesses individuais homogêneos);

g) são interesses tutelados tão somente pela ação coletiva respectiva (pois a ação individual plú-

rima não pode ser proposta por associação com poderes diretamente outorgados por lei, mas somente com a autorização da assembleia correspondente e para defesa exclusiva dos filiados, com fulcro no art. 5.º, XXI, da CF)³⁸, podendo-se verificar a defesa dos mesmos por meio de ação civil pública, bastando que outros interesses, desta feita coletivos ou difusos, estejam em jogo e constem do pedido exordial.

Os poderes outorgados por lei às entidades associativas, para representação dos interesses individuais homogêneos, são os mesmos que essas entidades possuem para a defesa dos interesses difusos e coletivos.

Não se confunde a legitimação extraordinária que a associação possui para a tutela dos interesses transindividuais socialmente relevantes (difuso, coletivo e individual homogêneo) com a representação dos seus filiados respectivos. Apenas quando age em nome do filiado é que a associação necessita da autorização cons-

titucional do art. 5.º, XXI.³⁹

Percebe-se, desde logo, que a alternativa concernente à dispersão dos sujeitos é insuficiente para a correta identificação do interesse como sendo individual homogêneo, de forma isolada.

Realmente, a relevância social do interesse é, em princípio, indiciariamente aferida pelo número de titulares do interesse.

Todavia, a quantidade considerável de interessados, por si só, não viabiliza a conclusão segundo a qual o interesse a ser protegido é de relevância social.

A propositura de demanda por cem pessoas que vêm a integrar, desse modo, em litisconsórcio unitário, o polo ativo da relação processual, por si só, é insuficiente para a conclusão de que se reveste a ação de relevância social – de qualquer forma, nesta hipótese, a ação não seria coletiva, por ausência de legitimação das cem pessoas físicas para propô-la.

A pura e simples dispersão do dano é, de igual maneira, insuficiente para a caracterização do interesse como sendo o individual homogêneo de que fala a lei.

A dispersão do dano deve ser tamanha que justifique a caracterização da conflituosidade coletiva ou de massa.

Em se tratando de dispersão mínima, sem que se possibilite a conclusão de que uma classe social de pessoas, ligadas entre si por uma relação jurídica com outrem, veio a sofrer ou está prestes a sentir os efeitos nefastos de fato imputável ao fornecedor, o caso é, por vezes, de impossibilidade da legitimação extraordinária para tutela dos interesses.

Nada impede, contudo, o reconhecimento dos interesses individuais homogêneos, mesmo na dispersão mínima de titulares vítimas do dano. Basta que o interesse seja fixado como social por lei (interesse individual homogêneo formal) ou por natureza (interesse individual homogêneo material); ou, ainda, que se verifique, no caso concreto, a sua conexão com outro interesse socialmente relevante (difuso ou coletivo).

Quando apenas o interesse individual homogêneo for defendido em juízo, o *nomen iuris* da medida processual de conhecimento adotado pelo legislador consumerista, e aplicável à defesa de todas as espécies de interesses dessa espécie, é ação coletiva de interesses individuais homogêneos.

A ação coletiva de interesses individuais homogêneos somente pode ser ajuizada pelos entes legitimados para a propositura de ações civis públicas em geral, em nome próprio, mas no interesse das vítimas ou de seus sucessores (art. 91 da Lei 8.078/90).

Quando o pedido constante na exordial da ação contiver outro interesse transindividual, além do individual homogêneo (como é o caso do pedido da declaração de nulidade de cláusula constante em contrato padronizado de con-

sórcio – interesse difuso –, cumulado com a restituição dos valores pagos aos consorciados desistentes e excluídos – interesse individual homogêneo), estar-se-á diante de ação civil pública.

Portanto, de um mesmo fato jurídico diversos interesses podem ser detectados, de diferentes espécies.⁴⁰

O prejuízo sofrido por uma pessoa pode, muitas vezes, se expandir para outras, cujo número, apesar de elevado, não seja incalculável.

Portanto, percebe-se que o número de titulares do interesse, por si só, não se presta a delimitar sua natureza transindividual e social.

A relevância social do interesse individual plúrimo é que o qualifica como individual homogêneo e possibilita, conseqüentemente, a sua tutela coletiva.

Todo interesse individual homogêneo, pois, é dotado de relevância social a ele atribuída pela lei, descabendo ao julgador se pronunciar, no caso concreto, se há ou não relevância social no interesse individual homogêneo. O que deverá o julgador fazer, então, é afirmar se o interesse tutelado é individual plúrimo ou se é individual homogêneo.⁴¹

O Código de Defesa do Consumidor adotou a expressão “interesse individual homogêneo”, justamente por causa da relevância social do interesse. Distinguiu-o, assim, do chamado interesse transindividual que não é socialmente relevante. Porém, não o equiparou às ações individuais plúrimas, pois possibilitou a defesa pelos entes legitimados, a título coletivo, ao interesse individual homogêneo.⁴²

Não há maiores diferenças entre a ação coletiva de interesses individuais homogêneos e a ação civil pública, senão o procedimento a ser adotado, ante a expressa previsão de que àquela se aplicam as normas constantes no Código de Processo Civil e na Lei 7.347/85 (art. 90, da Lei 8.078/90).⁴³

5. ENTRAVES A SEREM SUPERADOS.

Infelizmente, a tutela dos interesses individuais homogêneos precisa ainda superar obstáculos que na prática se apresentam, contribuindo para a dificuldade de percepção das indenizações por danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelos consumidores vitimados.

Dentre os óbices a serem superados, cuja análise demandaria outra monografia, cabe observar:

a) a ausência de amadurecido culturalismo jurídico para a admissão da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos (o que, em parte, se deve à confusão entre os interesses individuais homogêneos, como interesses sociais, e os interesses individuais plúrimos, como interesses privados);

b) a ausência de propaganda adequada sobre a existência de ações coletivas, fruto da desinformação ou da informação insuficientemente divulgada pelos

meios de comunicação, assim como da educação inadequada dos consumidores, o que frustra a melhor eficiência da Política Nacional das Relações de Consumo;

c) a ausência de objetividade da inclusão do consumidor como litisconsorte ativo, durante o processo cognitivo da ação coletiva de interesses individuais homogêneos (o que gera uma maior quantidade de atos processuais e maior complexidade da ação);

d) a ausência de um amadurecido culturalismo jurídico por ocasião de dois momentos processuais distintos: a fixação do valor dado à causa e da prolação da sentença condenatória genérica a que se refere o art. 95 do CDC; laborando-se muitas vezes no equívoco de se fixar um valor indenizatório global para a fase de execução, quando isso, na realidade, não é imprescindível (e, por muitas vezes, inexecutável na prática);

e) a ausência de propaganda adequada da sentença condenatória genérica e do chamamento dos consumidores vítimas para promoverem as suas respectivas habilitações nos autos, como credores do fornecedor;

f) a ausência de elementos para que a entidade legitimada promova a liquidação da sentença condenatória genérica, e sua consequente execução civil, o que culmina com o envio de ações coletivas julgadas procedentes para o arquivo, à espera de informações concretas que, na prática, dificilmente virão aos autos; e, por fim,

g) a falta de previsão legal que conceda aos consumidores vítimas o reconhecimento de que o seu crédito é privilegiado, o que faz com que sejam considerados simples credores quirografários, deixando de receber as indenizações às quais teriam direito.

OS MECANISMOS
DE GARANTIA
DO PAGAMENTO
DE EVENTUAL
INDENIZAÇÃO A SER
CONCRETIZADA
ATRAVÉS DA SENTENÇA
CONDENATÓRIA
GENÉRICA DEVEM SER
APERFEIÇADOS

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode esquecer da necessidade da participação do Estado no processo de desenvolvimento que também assegure os direitos fundamentais.

No dizer de Eros Roberto Grau, se o Estado não atuasse dentro dessas funções regulamentadoras e em atividades econômicas importantes dentro do sistema de produção, não haveria capitalismo.⁴⁴

O desenvolvimento deve ser um processo global cujo sujeito principal é a pessoa humana e cuja finalidade é a plena realização da pessoa em todos seus aspectos, dentro das comunidades locais, nacionais e internacional. Tal processo requer uma participação ativa e consciente dos indivíduos e da coletividade na

formulação, adoção e implementação de políticas em todas suas etapas, como um fator importante de efetivação e a plena realização de todos os direitos humanos em todos os níveis.

Não existe um único modelo de desenvolvimento que deve ser seguido ou copiado pelos países do mundo.

Entretanto, todos os países do mundo devem considerar todo e qualquer modelo de desenvolvimento em sua concepção, como a lógica resultante da integração sustentável dos aspectos e dimensões econômicas, sociais, civis, culturais, científico-tecnológicas, ambientais, espirituais e políticas, sendo que, em sua execução, todo e qualquer modelo de desenvolvimento deve contemplar o indivíduo, o coletivo e o planetário de modo interdependente e indivisível como sujeitos centrais num processo de responsabilidade compartilhada.

Neste sentido, a tutela dos interesses individuais homogêneos deve ser aprimorada, buscando-se a concretização da reparação dos prejuízos sofridos pelos consumidores que foram vítimas de práticas abusivas e de práticas contratuais reprováveis.

Para tanto, os mecanismos de garantia do pagamento de eventual indenização a ser concretizada através da sentença condenatória genérica devem ser aperfeiçoados, propondo-se inclusive alteração legislativa que coloque o consumidor, em concurso de credores, em situação mais vantajosa que a de um simples credor quirografário, pena de marginalizar-se esse indispensável agente econômico a segundo plano, desestabilizando-se o desejado desenvolvimento do bem-estar social.

Um verdadeiro desenvolvimento exige autodeterminação do indivíduo e dos povos, o reconhecimento de suas soberanias sobre seus recursos naturais e o pleno respeito de suas identidades culturais.

Exige mais: o respeito aos direitos dos consumidores, agentes econômicos de inegável valor.

Todos os países de mundo, tanto os desenvolvidos quanto os em desenvolvimento devem assegurar o respeito pelos direitos humanos na promoção dos processos de desenvolvimento individual, coletivo e difuso mediante uma cooperação efetiva, equânime e realista com vistas à sustentabilidade da vida das pessoas, das populações e do próprio planeta.

NOTAS

¹É o caso de Vladimir Oliveira da Silveira, que lembra que os direitos de 1ª geração se caracterizam como direitos de dimensão política e civil que consagravam a liberdade e a igualdade (art. 1º da Declaração dos Direitos do Ho-

mem e do Cidadão, de 1789). Liberais, esses direitos não contemplavam a ordem econômica e se caracterizavam pela não intervenção do Estado na economia. A base fundamental desses direitos era a propriedade individual. Já os direitos de 2ª geração passaram a ser considerados os chamados direitos fundamentais dos seres humanos, que não se limitam aos direitos individuais, mas compreendem também os direitos sociais, econômicos e culturais. Trata-se de entendimento que surgiu após a 1ª guerra mundial, espelhado, por exemplo, nas Constituições de Weimar (1919) e do México. Nesse período, iniciou-se a internacionalização dos direitos humanos e criou-se a Sociedade das Nações (Liga das Nações). Por fim, a barbárie da segunda guerra mundial revelou a necessidade de criação de mecanismos eficazes para a proteção e garantia dos direitos humanos nos diversos Estados. O Estado passou a se tornar dirigente ou “administrador” da sociedade. A internacionalização do direito econômico e de outros assuntos fez com que mudasse significativamente o conceito de soberania. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e outras declarações e convenções internacionais, surgem os direitos de terceira geração, destacando-se a solidariedade e o desenvolvimento (O direito ao desenvolvimento, pp. 97-111).

²Willis Santiago Guerra Filho prefere dimensões de direitos e não gerações porque entende apropriadamente que as gerações anteriores não deixaram de existir a partir do reconhecimento das novas (Processo Constitucional e direitos fundamentais, São Paulo: RCS, 4ª Edição, 2005).

³Kelba M'Baye, apud Delgado, 2001, p.86.

⁴Conforme estabelece o artigo 81, parágrafo único, da Lei 8.078, de 11.9.1990, que contempla a defesa coletiva quando os interesses tutelados forem difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que vale para a proteção de todos direitos transindividuais, por força do que dispõe o art. 90 da mesma lei.

⁵J. Evangelista Jorge. Verbete “desenvolvimento”. Polis Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado, Vol. 2.

⁶Amartya Sen. Sobre a Ética e economia. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

⁷Fabio Nusdeo, Curso de economia, p. 354.

⁸Luiz Carlos Bresser-Pereira. Texto para Discussão SP/FGV 157, dezembro 2006, versão de 31 de maio de 2008.

⁹Giácomo Balbinotto e Manoel Gustavo Neubarth Trindade, Economia Constitucional: efeitos das variáveis constitucionais sobre o crescimento econômico. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. In: <http://escholarship.org/uc/item/0b41v647>.

¹⁰Angus Maddison, economista britânico e professor emérito da Faculdade de Gruningen.

¹¹Fabio Nusdeo, Curso de economia, pp. 351-352.

¹²Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, 1986, artigo 2º.

¹³Castro Ferreira, pp. 31-32.

¹⁴Amartya Sen. Prefácio. In: Welber Barral (org). Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005.

¹⁵Daiillier Dinh, e Pellet, Direito Internacional Público, 2003.

¹⁶Antonio Augusto Cançado Trindade. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.176.

¹⁷Carla Abrantkoski Rister, Direito ao Desenvolvimento, p. 523.

¹⁸Eros Roberto Grau. A ordem econômica na Constituição de 1988, p.198.

¹⁹Resolução 2626 (XXV), §11º, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

²⁰É um organismo que tem como objetivo central fornecer créditos a médio e longo prazos, agindo como captador de capitais internacionais para investimentos produtivos em países subdesenvolvidos. Não conseguindo tais recursos, pode usar de seu próprio capital. Daí entende-se que o BIRD não possui espírito de lucro.

²¹Criada em 1956, é um organismo filiado ao BIRD, tendo como finalidade complementar as atividades deste, estimulando o desenvolvimento das atividades privadas nos países-membros, em especial naqueles menos desenvolvidos. Sua administração é a mesma do BIRD. A concessão de créditos é a longo prazo, feita para os empreendedores particulares, sob a forma de empréstimos ou de participação em ações da empresa.

²²Órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA). Tem como objetivo

²³Nesse sentido, as lições de um dos idealizadores do IDH, Amartya Sen, não devem ser esquecidas: o ser humano precisa usufruir de todas as liberdades essenciais para poder ser um cidadão em sua sociedade, e cada membro desta deve ser atingido por todas as liberdades; caso contrário, serão apenas coadjuvantes de uma era sem mudanças.

²⁴Nali de Jesus de Souza, Desenvolvimento econômico, p. 297.

²⁵Vladmir Oliveira da Silveira, O direito ao desenvolvimento..., p. 125 e 134.

²⁶Vladmir Oliveira da Silveira, O direito ao desenvolvimento..., p. 124.

²⁷J. J. Gomes Canotilho, Estudos sobre direitos fundamentais, pp. 7-34.

²⁸Carla Abrantkoski Rister, Direito ao Desenvolvimento, p. 67.

²⁹W. A. Lewis, The theory of economic growth, p.

³⁰Amartya Sen, Desenvolvimento como liberdade, p.16.

³¹Sengupta Arjun, O direito ao desenvolvimento como um direito humano. http://www.itv.org.br/site/publicações/igualdade/direito_desenvolvimento.pdf.

³²Renato Sócrates Gomes Pinto. A Globalização dos Direitos Humanos, p.1.

³³“A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

³⁴Teori Albino Zavascki entende que os interesses individuais homogêneos são interesses defendidos coletivamente e, ainda, afirma que se torna possível a tutela preventiva dos interesses transindividuais (Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos). Embora não expresse o pensamento segundo o qual os interesses individuais homogêneos seriam de natureza transindividual, as suas conclusões anteriores levam à ilação de que a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos pode ser feita inclusive a título preventivo, assentando-se que ela busca inibir novas condutas praticadas pelo agente, em reiteração, que se tornem prejudiciais à coletividade de pessoas, determináveis ou não.

³⁵O critério da potencialidade da proliferação do dano encontra justificativa no caráter preventivo da tutela coletiva, o que é universalmente aceito.

³⁶Joaquín Silguero Estagnan fala expressamente sobre os interesses individuais homogêneos como necessidades individuais cuja extensão subjetiva é a de interesses coletivos, o que lhes confere uma conotação preventiva de danos (op. cit., p. 365-369).

Juan Montero Aroca procede à distinção entre os interesses individuais e os interesses coletivos, referindo-se à tutela preventiva (La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual, p. 44-52).

Louis Boré observa que a tutela preventiva e repressiva dos interesses passa por um mecanismo de representação de uma pluralidade de pessoas, determinadas ou não. E, a respeito dos interesses coletivos, reconhece a tutela preventiva como defesa de um interesse propriamente social (La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, p. 2-26). E preleciona sobre a potencialidade de dano coletivo e a punição na via administrativa (p. 334-340).

Cresti preocupa-se em demonstrar, em sua obra, sobre a evolução do tratamento conferido pela via administrativa e pela via judicial aos casos de proteção de interesses coletivos, e reconhece a tutela preventiva de danos (Contributo allo studio della tutela degli interesse diffusi, p. 55-62 e 138-140).

Por isso, ademais, Hugo Nigro Mazzilli assevera que os interesses individuais homogêneos constituem uma categoria dos interesses coletivos, e que devem ser analisados mediante uma interpretação finalística, o que nos leva à inexorável conclusão, adotada durante todo o presente trabalho, segundo a qual não se confundem tais interesses com os interesses individuais plúrimos, defendidos pelos próprios interessados e não por alguma entidade colegitimada, e em litisconsórcio (como ocorre, por exemplo, com a obrigação solidária). (Hugo Nigro Mazzilli. A defesa... cit., 8. ed., p. 72-74).

³⁷Márcio Flávio Mafra Leal entende que os interesses individuais homogêneos são interesses individuais coletivamente tratados, razão pela qual se inserem na chamada ação coletiva de cumprimento, sem pedido indenizatório específico (preponderando, pois, o pedido declaratório de reconhecimento da responsabilidade civil do réu, a título de condenação genérica). E conclui: a ação coletiva de interesses individuais homogêneos tem um efeito repressivo contra o réu e, além disso, preventivo contra o seu enriquecimento ilícito (Ações coletivas: história, teoria e prática).

“Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

³⁸“As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (grifo nosso).

³⁹TRF-1.^a Região, 3.^a T., AC 23.319-5, rel. Juiz Tourinho Neto, j. 26.09.1994, JSTJ 67/403.

⁴⁰Nelson Nery Jr. ensina: “Da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro, recentemente, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas do turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que qualifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor... cit.).

⁴¹Já há julgados neste sentido, contrariamente ao que ocorria por ocasião da elaboração da edição anterior desta obra, época em que já defendia esse posicionamento. Assim: “Processual civil e SFH – Recurso especial – Ação civil pública – Direitos individuais homogêneos – Ministério Público – Legitimidade. Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância (grifo nosso). O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos referentes aos contratos de mútuo vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, porquanto é interesse que alcança toda a coletividade a ostentar por si só relevância social. O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 635807-CE, rel. Min. Nancy Andriahi, j. 05.05.2005, DJ

20.06.2005, p. 277, LEXSTJ 191/166).

⁴²Não é o que se tem observado de uma série de julgados, ora minoritários no STJ, que de forma subjetiva e sob critérios muitas vezes polêmicos, ainda discutem se o interesse individual homogêneo é, na espécie apresentada, socialmente relevante ou não (STJ, 4.^a T., Resp 613493-DF, rel. Min. Asfor Rocha, j. 04.08.2005, DJ 20.03.2006, p. 281).

⁴³STJ, 1.^a T., RE 49.272-1, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.09.1994, JSTJ 65/235. O julgado reconheceu que a defesa dos interesses individuais homogêneos pode normalmente se dar por meio da via processual da ação civil pública.

⁴⁴Eros Roberto Grau, A ordem econômica na Constituição de 1988, p.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 1982. ALPA, Guido. Diritto Privato dei consumi. Bologna: Il Mulino, 1986. ARJUN, Sengupta. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. In: http://www.itv.org.br/site/publicações/igualdade/direito_desenvolvimento.pdf. BALBINOTTO NETO, Giacomio; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia Constitucional: efeitos das variáveis constitucionais sobre o crescimento econômico. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2008. In: <http://holarship.org/uc/item/0b41v647>. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. A citizen action norte-americana e a tutela ambiental. Rev. de Processo, 62/61-78. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense Universitária, 1995. BOURGOIGNIE, Thierry. Éléments pour une théorie du droit de la consommation. Bruxelas: Story Scientia, 1988. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Texto para Discussão EESP/FGV 157, dezembro 2006, versão de 31 de maio de 2008. CALAIS-AULOY, Jean. Droit de la consommation. 10. ed. Paris: Dalloz, 1986. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2.^a edição, 2008. CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. Riv. di Diritto Processuale 30/361-402, 1975. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. Litisconsórcio. São Paulo: RT, 1990. A instrumentalidade do processo. São Paulo: RT, 1987. DINH, N.Q., DAILLIER P., e PELLET, A. Direito Internacional Público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2.^a ed., 2003. DUGUIT, Leon. Las transformaciones del derecho público y privado. Buenos Aires: Heliasta, s/d. EVANGELISTA JORGE, J. Polis Enciclopedia Verbo da sociedade e do Estado, Vol. 2. FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patri-

mônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 1992. FERREIRA, Fátima de Paula; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. O direito ao desenvolvimento como direito de Igualdade de oportunidades entre as nações. In: Revista Anhangüera v. 5 n. 1 jan./dez. p. 31-44 2004. Disponível em: <http://www.unigoias.com.br/publicacoes/revista_Anhanguera/2004/Cap_02.pdf>, acesso em outubro de 2007. GOMES PINTO, Renato Sócrates. A Globalização dos Direitos Humanos. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo : Malheiros. 6ª edição, 2001. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. Revista de Direito do Consumidor 5/206-229. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: RCS, 2005. IMHOFF-SCHEIER, Anne-Catherine. Protection du consommateur et contrats internationaux. Genève: Librairie de L'Université Georg, 1981. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Kluwer. Doordrecht, 1995. v. II. LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. Contratos difusos e coletivos – consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, autor. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007. Manual de direito civil – Teoria geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. LUCAN, Maria Angeles Parra. Daños por productos y protección del consumidor. Barcelona: Bosch, 1990. MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 1999; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2000. NUSDEO, Fábio. Curso de economia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2005. PINHEIRO, Carla. Direito Internacional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2001. PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Social. Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. Manual das organizações internacionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1997. SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. SEN, Amartya Kumar. In: BARRAL, Welber (org). Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005. SEN, Amartya. Sobre a Ética e economia. São Paulo: Companhia das letras, 1999. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico. Tese de doutoramento. São Paulo: PUCSP, 2006. SOUZA, Nali de Jesus de. Desenvolvimento econômico. São Paulo: Atlas, 5ª edição, 2009. Caracteres: 71.482 Palavras: 10.430

DO REGIME JURÍDICO DO CRÉDITO AO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA

E SEUS REFLEXOS EM PORTUGAL:
A INVERSÃO DO PARADIGMA¹

MÁRIO FROTA

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

Do crédito selvagem ao crédito responsável:
o saudável retorno à máxima de sabor africano:
“Só se empresta um cabrito a quem tem um boi!”

EXCERPTS

“It is especially important that credit institutions and financial companies do not allow themselves to lend money irresponsibly or do so without full guarantees concerning the creditworthiness of consumers who apply for the credit to be granted”

“The wild credit does not benefit the community nor the family, much less people singularly considered: as it goes nowadays, it only benefits the financial institutions, as it is obvious!”

“Any relation conducted in the field of legal business consumption should be done so with absolute proscription of harassment and undue influence”

“To ensure full transparency, the consumer should be informed of the borrowing rates, both at the pre-contract phase as well as at the conclusion of the credit agreement”

“The contract will therefore be null and void when a copy of it is not handed to the consumer or guarantor at the time of its conclusion”

Pela Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, que disciplina os contratos de crédito ao consumidor, ter-se-á operado a inversão do que poderia considerar-se o paradigma vigente: o da celebração temerária, irresponsável de contratos por iniciativa dos dadores de crédito – de instituições de crédito como de sociedades financeiras.

De harmonia com as diretrizes nela plasmadas, incumbe aos Estados-membros adotar medidas tendentes a incentivar práticas responsáveis em todas as fases da relação de crédito, tendo em conta as especificidades do mercado de crédito. Práticas responsáveis que se dirigem tanto a dadores como a consumidores de crédito, no quadro do regime aplicável.

De banda dos consumidores tais medidas incluirão, por hipótese, a informação e a educação para os serviços financeiros, nomeadamente advertências no tocante aos riscos que advêm do incumprimento das obrigações a que os consumidores se adscvem e do sobre-endividamento que sobe em espiral nas distintas praças de crédito, um pouco por toda a parte.

De banda dos dadores de crédito, em um mercado em expansão, é especialmente importante que as instituições de crédito e as sociedades financeiras não se permitam conceder empréstimos de modo irresponsável ou não o façam sem se munirem previamente de garantias acerca da solvabilidade dos consumidores que se habilitem à sua concessão.

Tem-se como imperioso que os Estados-membros, através das autoridades para o efeito criadas, efetuem de modo eficiente e tempestivo a necessária supervisão para evitar eventuais defecções, aparelhando o arsenal punitivo com o fito de reprimir os mutuantes que se precipitem irresponsavelmente em operações temerárias de concessão de crédito.

Sem prejuízo das disposições vigentes em matéria de risco de crédito no domínio do acesso à atividade das instituições de crédito e sociedades financeiras e ao seu exercício, que se consagram em cada um dos ordenamentos jurídicos mercê também de uma diretiva editada neste particular, os dadores de crédito deverão ser responsáveis por verificar, individualmente, em concreto, as condições de solvabilidade do consumidor que se habilite a um qualquer contrato. Para o efeito, há que facultar-se-lhes o acesso a acervos de informação (bancos, bases de dados) que reflitam o perfil do consumidor e aos elementos que o próprio consumidor carrie não só aquando dos preliminares negociais, como ainda na vigência de relações contratuais duradouras, continuadas ou continuativas, como são as do estilo.

Às autoridades de supervisão, em cada um dos Estados-membros, cumprirá ainda emitir instruções e orientações adequadas aos dadores de crédito de molde

a que a irresponsabilidade não campeie e se sofriem implacavelmente eventuais manifestações nesse sentido.

Um voto se consigna nos *consideranda* da directiva, a saber, o de que os consumidores ajam com prudência e respeitem as obrigações contratuais a que se adscreverem. O que, de resto, se afigura estulto, a menos que o direito haja perdido a coatividade que, como ordem normativa, se lhe reconhecia.

Conquanto tais diretrizes se não espelhem em qualquer das normas da Directiva do Crédito ao Consumidor, constituindo meras intenções ínsitas nos *considerandos*, vale dizer, no preâmbulo do instrumento de que se trata (que os Estados-membros acatarão ou não), cumpre significar que o Estado Português dotou o ordenamento de regras que absorvem ou assimilam tais propósitos, sujeitando a coimas, vale dizer, a sanções com tradução patrimonial (substancialmente elevadas) as violações que entretanto se detectarem.

Repare-se no que se define no art.º 10.º do diploma legal derivado (DL 133/2009, de 2 de Junho) em que se consubstanciou em Portugal a transposição do texto europeu, sob a epígrafe “*dever de avaliar a solvabilidade do consumidor*”, susceptível de se “*traduzir*” do modo que segue:

Em momento anterior ao da celebração do contrato, cumpre ao credor avaliar a solvabilidade do consumidor, tanto pelos dados por este carreados, como pela consulta, que se tem por imperativa, à Central de Responsabilidades de Crédito na dependência do Banco Central, vale dizer, do Banco de Portugal, no caso.

O credor pode, complementarmente, proceder à avaliação da solvabilidade do consumidor pela consulta da lista pública de execuções ou de outras bases de dados consideradas para o efeito de todo imprescindíveis.

Em caso de rejeição do crédito requerido com base nos dados obtidos, deve o dador informar o consumidor imediata, gratuita e justificadamente do fato, bem como dos elementos constantes das bases consultadas, salvo se as informações daí decorrentes forem proibidas por disposição do direito da União Europeia ou do ordenamento jurídico nacional, ou se for contrária a objectivos de ordem pública ou de segurança pública.

Se, após a celebração do contrato, os co-contraentes se propuserem aumentar o montante do crédito, a informação financeira de que o dador dispõe deve ser actualizada, de novo se procedendo à avaliação da solvabilidade do consumidor com as consequências daí emergentes.

É ESPECIALMENTE
IMPORTANTE QUE AS
INSTITUIÇÕES DE CRÉ-
DITO E AS SOCIEDADES
FINANCEIRAS NÃO SE
PERMITAM CONCEDER
EMPRÉSTIMOS DE
MODO IRRESPONSÁVEL

O ónus da prova do expediente de avaliação da solvabilidade incumbe ao dador de crédito, por disposição expressa da lei.

A Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal (CRC) constitui realidade incontornável, suscetível de se enquadrar e definir como:

“uma base de dados, gerida pela Banco de Portugal, com informação prestada pelas entidades participantes, *i.e.*, instituições que concedem crédito, sobre os créditos concedidos, a que está associado um conjunto de serviços relativos ao seu processamento e difusão. A CRC obedece a todos os requisitos de proteção de dados individuais, de acordo com o estabelecido pela Comissão Nacional de Protecção de Dados.

Esta base de dados é alimentada por informação de natureza individual. O Banco de Portugal procede à sua centralização e divulgação pelas entidades participantes em termos agregados.

A CRC contém informação sobre as responsabilidades de crédito efetivas assumidas por qualquer pessoa singular ou coletiva perante as entidades participantes, bem como as responsabilidades de crédito potenciais que representem compromissos irrevogáveis.

Constituem exemplos de responsabilidades efetivas:

- . Empréstimos para aquisição de habitação;
- . Empréstimos para aquisição de automóveis, de mobiliário e de outros bens de consumo ou serviços;
- . Empréstimos para aquisição de títulos de crédito (ações, obrigações, etc.);
- . Desconto de letras e outros efeitos comerciais;
- . Descobertos em contas bancárias;
- . Operações de locação financeira (*leasing*) e de *factoring*;
- . Montantes utilizados de cartões de crédito.

Constituem exemplos de responsabilidades potenciais as situações que a seguir se perspectivam, quando representem compromissos irrevogáveis das entidades participantes:

- . Montantes não utilizados de cartões de crédito;
- . Linhas de crédito contratadas;
- . Garantias prestadas pelas entidades participantes;
- . Quaisquer outras facilidades de crédito suscetíveis de conversão em dívidas efetivas. São exemplos de entidades participantes na CRC:
 - . os bancos;
 - . as caixas económicas;
 - . a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo;
 - . as instituições financeiras de crédito;

- . as sociedades financeiras para aquisição a crédito (SFAC);
- . as sociedades de locação financeira;
- . as sociedades de *factoring*;
- . as sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito.”

E, dado que se pretende criar um Mercado Interno de Serviços Financeiros (delimitado pelas fronteiras físicas exteriores dos Estados que se reúnem no seio da União Europeia), mister se torna se faculte o acesso às bases de dados a quem quer, o que se plasma no artigo 11.º da lei vigente em Portugal, com a orientação que segue:

. As entidades gestoras das bases de dados disponíveis em Portugal - susceptíveis de permitir ajuizar da solvabilidade dos consumidores - obrigam-se a assegurar, em condições de reciprocidade, o acesso não discriminatório das instituições de crédito e das sociedades financeiras que operem em outros Estados-membros a tais bases. O Banco de Portugal permite o acesso dos dados de crédito dos mais Estados-membros ao acervo da Central de Responsabilidades de Crédito, observados determinados os pressupostos da lei.

Rejeitado o pedido de financiamento com fundamento nos dados colhidos, o dador de crédito deve transmiti-lo ao consumidor imediata, gratuita e justificadamente e dar de análogo modo notícia dos elementos pertinentes ao consumidor, salvo se a prestação de tais informações se achar vedada por outras disposições de direito da UE ou se tiver como oposta a interesses de ordem pública ou de segurança pública.

As informações veiculadas pelo Banco de Portugal reservam-se exclusivamente às instituições financeiras, cumprindo-lhes observar, de acordo com a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de Outubro, a protecção dos dados relativos às pessoas singulares, sendo-lhes vedada a sua transmissão a terceiros.²

II DOS PRELIMINARES

1. DA PUBLICIDADE

A publicidade ou, com maior propriedade, ante a evolução conceitual entretanto operada, a comunicação comercial, constitui um dos mais poderosos meios de sedução e o polo primacial de atração de créditos que se oferecem como acessíveis, denominador comum das campanhas que se empreendem, quando em verdade o não são e, a breve trecho, caem com fragor sobre a estabilidade financeira dos visados.

Os artifícios, sugestões e embustes em que se enredam – por esta via – os consumidores – e suas mais fundas repercussões na esfera própria de cada um e de todos – determinaram se estabelecessem peculiares regras susceptíveis de

reforçar a *veracidade* que é um dos princípios norteadores da publicidade. E por forma a travar as dissimulações que levam a que os consumidores se precipitem em ordem à celebração de contratos que lhes queimarão os bolsos doravante.

Daí que a publicidade haja de ser veraz e nela, por imposição da lei, se cruzem inalienáveis elementos de informação, que não podem ser senão rigorosos.

O que define a este propósito a directiva?

Que da informação constem elementos de *informação* normalizados.

O CRÉDITO SELVAGEM
NÃO APROVEITA NEM À
COMUNIDADE NEM À
FAMÍLIA, MENOS AINDA
ÀS PESSOAS SINGULAR-
MENTE CONSIDERADAS

A publicidade a contratos de crédito que indique uma qualquer taxa de juros ou os valores relativos ao custo do crédito terá de incluir informações normalizadas, como de imediato se revelará.

Tal obrigação não se aplica às hipóteses em que o direito interno exija que a publicidade indique a taxa anual de encargos efetiva global e não uma taxa de juros ou eventuais valores relativos a qualquer custo do crédito.

As informações normalizadas, porém, devem especificar de modo claro, conciso e visível, por meio de um exemplo representativo, um sem-número de elementos, a saber:

A taxa devedora, fixa ou variável ou ambas, juntamente com o detalhe de quaisquer encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito para o consumidor;

- . O montante total do crédito;
- . A taxa anual de encargos efetiva global;
- . Se for caso disso, a duração do contrato de crédito;
- . No caso de um crédito sob a forma de pagamento diferido para um produto ou serviço específico, o preço a pronto e o montante de um eventual pagamento de sinal; e
- . Se for caso disso, o montante total imputado ao consumidor e o das prestações.

Se a celebração de um contrato cujo objeto seja um serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente um seguro, for obrigatória para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e condições de mercado, e o custo desse serviço não puder ser antecipadamente determinado, deve igualmente ser mencionada de modo claro, conciso e visível a obrigação de celebrar esse contrato, bem como a taxa anual de encargos efetiva global.

O preceito de que se trata aplica-se sem prejuízo das regras vertidas a propósito das práticas comerciais desleais, cuja disciplina se impõe em plenitude no domínio em causa.³

É à autoridade de supervisão, no caso, ao Banco Central, que incumbe apreciar da licitude ou ilicitude da publicidade vertida neste particular, aplicando as sanções que na lei de cada um dos Estados-membros se cominam e que às hipóteses de fato couberem, distintas de Estado para Estado-membro, como vem sendo de regra, já que não há qualquer harmonização no domínio do arsenal repressivo para o efeito estabelecido.

2. DAS INFORMAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

Para além da publicidade, que ora obedece a uma padronização no que tange ao cruzamento de informações normalizadas para que a directiva incisivamente aponta, no que aos preliminares negociais se reporta há regras estritas e extensas que cumpre observar em todo o Espaço Económico Europeu.

A obrigação geral de informação, se não mesmo a obrigação especial decretada neste particular, espraia-se por três fases ou períodos distintos:

- . nos preliminares, *i.é.*, no momento pré-contratual
- . na fase da conclusão do contrato, ou seja, na da celebração propriamente dita
- . a da informação contratual
- . e na da execução do contrato, vale dizer, no decurso da vida do contrato, se for o caso, ante as modificações objetivas de que possa padecer a relação em apreciação
- . a da informação pós-contratual.

Neste passo ocupar-nos-emos da informação pré-contratual, que representa assinalável esforço do dador de crédito ou seu intermediário, e obriga a uma tarefa de inteligibilidade a fim de se dissiparem eventuais dúvidas subsistentes para que o consentimento, em fase ulterior, seja livre e esclarecido.

A informação pré-contratual, tal como se acha plasmada no artigo 5.º do instrumento normativo de que se trata, comporta um sem-número de tarefas que se desdobrarão como segue:

“Em tempo útil, antes de o consumidor se encontrar obrigado por um contrato de crédito ou uma oferta, o mutuante e, se for caso disso, o intermediário de crédito devem, com base nos termos e nas condições do crédito oferecidas pelo mutuante e, se for caso disso, nas preferências expressas pelo consumidor e nas informações por este fornecidas, dar ao consumidor as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de tomar uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito.”

Tais informações, em papel ou noutra suporte duradouro⁴, devem ser prestadas através do formulário sobre “*Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores*”.

A directiva considera que o dador de crédito cumpre os requisitos de informação previstos neste particular e ainda no que tange aos do regime europeu do contrato de serviços financeiros à distância se fornecer ao consumidor a “*Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores*”, que em anexo figura.

Considere-se, porém, que as informações pré-contratuais terão de especificar um extenso rol de elementos, susceptível de se configurar como obstáculo aos objetivos que em si mesmo se compendiam:

- a) O tipo de crédito;
- b) A identificação e o endereço geográfico do mutuante, bem como, se for caso disso, a identificação e o endereço geográfico do intermediário de crédito envolvido;
- c) O montante total do crédito e as condições de levantamento;
- d) A duração do contrato de crédito;
- e) Nos casos de um crédito sob a forma de pagamento diferido para um bem ou serviço específicos e de contratos de crédito coligados, o bem ou serviço em causa, bem como o respectivo preço a pronto;
- f) A taxa devedora⁵, as condições aplicáveis a esta taxa e, quando disponíveis, quaisquer índices ou taxas de juros de referência relativos à taxa devedora inicial, bem como os períodos, condições e procedimentos de alteração da taxa devedora; em caso de aplicação de diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, as informações acima referidas sobre todas as taxas aplicáveis;
- g) A taxa anual de encargos efetiva global⁶ e o montante total imputado ao consumidor, ilustrada através de um exemplo representativo que indique todos os pressupostos utilizados no cálculo desta taxa; se o consumidor tiver comunicado ao mutuante um ou mais componentes do seu crédito preferido, tais como a duração do contrato de crédito e o montante total do crédito, o mutuante deve ter em conta esses componentes; se um contrato de crédito estipular diferentes formas de levantamento com diferentes encargos ou taxas devedoras e o mutuante fizer uso dos pressupostos enunciados na alínea b) da parte II do anexo I, deve indicar que o recurso a outros mecanismos de levantamento para este tipo de acordo de crédito poderá resultar numa taxa anual de encargos efetiva global mais elevada;
- h) O montante, o número e a periodicidade dos pagamentos a efetuar pelo consumidor e, se for caso disso, a ordem pela qual os pagamentos devem ser imputados aos diferentes saldos devedores a que se aplicam taxas devedoras diferenciadas para efeitos de reembolso;
- i) Se for caso disso, os encargos relativos à manutenção de uma ou mais contas para registar simultaneamente operações de pagamento e levantamentos de

crédito, a menos que a abertura de uma conta seja facultativa, bem como os encargos relativos à utilização de meios que permitam ao mesmo tempo operações de pagamento e levantamentos de crédito, quaisquer outros encargos decorrentes do contrato de crédito e as condições em que esses encargos podem ser alterados;

j) Se for caso disso, os custos a pagar pelo consumidor a um notário na celebração do contrato de crédito;

k) A eventual obrigação de celebrar um contrato de serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente uma apólice de seguro, se a celebração de tal contrato for obrigatória para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e condições de mercado;

l) A taxa de juros de mora, bem como as regras para a respectiva adaptação e, se for caso disso, os custos devidos em caso de incumprimento;

m) Uma advertência relativa às consequências da falta de pagamento;

n) Se for caso disso, as garantias exigidas;

o) Existência ou inexistência do direito de retratação;

p) O direito de reembolso antecipado e, se for caso disso, informações sobre o direito do mutuante a uma indenização e a forma de determinar essa indenização;

q) O direito de o consumidor ser informado imediata e gratuitamente, do resultado da consulta de uma base de dados para verificação da sua solvabilidade;

r) O direito de o consumidor obter, mediante pedido e gratuitamente, uma cópia do projeto de contrato de crédito. Esta disposição não é aplicável se, no momento em que é feito o pedido, o mutuante não estiver disposto a proceder à celebração do contrato de crédito com o consumidor; e

s) Se for caso disso, o período durante o qual o mutuante se encontra vinculado pelas informações pré-contratuais.

Todas as informações adicionais que o mutuante entenda prestar ao consumidor devem ser oferecidas em documento separado, que constitua apenso ao formulário da “*Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores*”.

No entanto, tratando-se de comunicações por telefonia vocal no quadro do regime dos serviços financeiros à distância, a descrição das principais características do serviço financeiro a fornecer deve incluir, pelo menos, os elementos referidos nas alíneas c), d), e), f) e h) precedentemente enunciadas, bem como a taxa anual de encargos efetiva global ilustrada através de um exemplo representativo e o custo total do crédito imputável ao consumidor.

Se o contrato tiver sido celebrado, a rogo do consumidor, por meio de comunicação à distância que não permita o fornecimento das *informações pré-contratuais* prescritas anteriormente, nomeadamente as adicionais, a que noutro passo se alude, o dador de crédito deve facultar ao consumidor as *informações*

pré-contratuais via formulário de “*Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores*”, na íntegra, imediatamente após a celebração do contrato de crédito.⁷

Mediante solicitação, fornecer-se-á graciosamente ao consumidor, para além da “*Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores*”, como se assinalou, o projeto ou a minuta do contrato de crédito.

Tal disposição, acentue-se, não se observará, porém, se, no momento em que a solicitação se formular, o dador se não propuser celebrar o contrato de crédito com o consumidor.

No caso de contrato de crédito em que os pagamentos não constituam amortização imediata correspondente do montante total do crédito, mas se destinem à reconstituição do capital nos períodos e nas condições previstos no respectivo contrato ou em contrato adicional, as informações pré-contratuais noutro passo previstas devem incluir uma declaração clara e concisa de que não é exigida eventual garantia a terceiros no âmbito do contrato de crédito para assegurar o reembolso do montante total do empréstimo levantado ao abrigo de tal contrato, salvo se tal garantia for prestada espontaneamente.

Os Estados-membros garantirão que mutuantes e, se for caso disso, intermediários de crédito esclareçam pormenorizada e adequadamente o consumidor, descodificando as fórmulas adoptadas, de modo a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira, fornecendo eventualmente as informações pré-contratuais previstas no lugar próprio, esmiuçando as características essenciais dos produtos propostos e os efeitos específicos a que tendem, em que se incluem as consequências do incumprimento na esfera própria do consumidor. Os Estados-membros podem adaptar a forma e a extensão em que a assistência é dispensada, bem como identificar quem a presta, as circunstâncias específicas da situação em que o contrato se propõe, a quem é proposto e ao tipo de crédito oferecido.

Ponto é saber se um tão extenso rol de informações ainda nas primícias negociais não constituirá decisivo obstáculo à integral satisfação dos ditames da lei, a que se aliará a proverbial *iliteracia* dos consumidores, não suprida porque inexistentes as ações de informação e de educação financeira apropriadas, amiúde afirmadas mas permanentemente denegadas, já que, como proclamavam os romanos, *summum jus summa injuria...*

2.1. INFORMAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS A FORNECER EM DETERMINADOS CONTRATOS DE CRÉDITO SOB A FORMA DE FACILIDADES DE DESCOBERTO E EM DETERMINADOS CONTRATOS DE CRÉDITO ESPECÍFICOS

Nas hipóteses em epígrafe, a directiva estabelece regras segundo as quais, em tempo útil, antes de o consumidor se encontrar obrigado por um contrato de

crédito ou uma proposta atinente a um contrato do estilo em distintas modalidades⁸, o dador de crédito e, se for caso disso, o intermediário devem, com base nos termos e nas condições oferecidas e, se for ainda o caso, nas preferências expressas pelo consumidor e nos dados por ele carreados, prestar as informações necessárias para que diferentes ofertas se mostrem suscetíveis de ser comparadas, a fim de a decisão quanto à celebração do contrato de crédito se haver por criteriosa.

As informações em causa enuncia-as a directiva: mantém-se um tronco comum, a que acrescem cláusulas específicas em homenagem à tipicidade dos contratos em epígrafe.

2.2. ISENÇÕES DOS REQUISITOS DE INFORMAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL

As disposições precedentes não são aplicáveis aos fornecedores ou prestadores de serviços que intervenham a título acessório como intermediários de crédito.

Tal não obsta a que o dador de crédito haja de assegurar que o consumidor receba tempestivamente as informações pré-contratuais a que se reportam as disposições visadas de molde a que se observem em plenitude as normas imperativas a tal propósito editadas.

2.3. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: A CULPA IN CONTRAHENDO

O n.º 5 do artigo 8.º da LDC – Lei de Defesa do Consumidor –, em vigor em Portugal, estabelece inequivocamente que

“O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.”

Do mesmo passo, o artigo 227 do Código Civil, de forma cirúrgica porque especificamente no que tange à responsabilidade pré-contratual, define no seu n.º 1, sob a epígrafe “culpa na formação dos contratos” que

“Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Daí que cumpra ao dador de crédito (por si ou intermediário) fornecer a informação pré-contratual de modo completo, objetivo, rigoroso e adequado, como o prescreve o n.º 1 do artigo 8.º da LDC.

De resto, tratando-se de um contrato pré-redigido, avultarão também neste particular as prescrições do artigo 5.º da LCGC – Lei das Condições Gerais dos Contratos (DL 446/85, de 25 de Outubro e modificações entretanto introduzidas), que se definem de modo singelo em:

A comunicação das cláusulas a apor nos contratos singulares deve efetuar-se

na íntegra a quem se limite a subscrevê-las ou a aceitá-las.

E ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade do clausulado, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência.

O ónus da prova da comunicação adequada e efetiva cabe ao pré-disponente, ou seja, a quem submeta o clausulado ao consumidor.

Que, contas feitas, se reconduz às normas referenciadas precedentemente.⁹

3. DA OBRIGAÇÃO DE AVALIAÇÃO DA SOLVABILIDADE DO CREDOR: DO ACESSO A BASES DE DADOS

A obrigação de avaliação da solvabilidade de quem se proponha aceder ao crédito incumbe obviamente à instituição de crédito ou à sociedade financeira. Cumprindo, para tanto, empreender à exaustão as diligências que se requerem

QUALQUER RELAÇÃO
QUE NO DOMÍNIO DOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS
DE CONSUMO SE CON-
CLUA DEVE SÊ-LO COM
ABSOLUTA PROSCRIÇÃO
DO ASSÉDIO E DA IN-
FLUÊNCIA INDEVIDA

para travar quaisquer laivos de precipitação: “*só se pode emprestar um cabrito a quem tenha um boi*”, para usar uma velha máxima de típico sabor africano!

Como incidentalmente se expressou noutro passo, no art.º 10.º do diploma legal derivado (por que se operou a transposição do texto emanado do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia para o ordenamento pátrio) se concretizaram preceitos e critérios tendentes ao preenchimento da obrigação que impende sobre o dador de crédito em ordem à contração ou ao deferimento de créditos de modo responsável.

Exprimem-se tais critérios (*quod abundat non nocet*) singularmente em:

Previamente à celebração do contrato de crédito, deve o putativo dador avaliar a solvabilidade do consumidor, tanto pelos elementos oferecidos pelo aspirante ao financiamento, como pela indeclinável consulta à Central de Responsabilidades de Crédito adstrita ao Banco de Portugal

O potencial dador¹⁰ procederá, em complemento, à avaliação da solvabilidade pela perquirição da lista pública de execuções¹¹ ou das mais bases valiosas para a consecução dos objetivos *imprescritivelmente* assinados.

Rejeitada a pretensão deduzida pelo consumidor perante o dador de crédito, com fundamento nos dados recolhidos, cumpre à instituição financeira dar do fato parte imediata, gratuita e justificadamente ao interessado, bem como do que das bases a tal respeito constar (para eventual impugnação, se for o caso, e

exercício do contraditório, como se tem por elementar, para além da responsabilização dos gestores das bases pelos elementos que atinjam de modo irrefragável a reputação económica dos consumidores sem fundamentos de base), salvo se tal for vedado por disposição impositiva do direito europeu ou do ordenamento nacional, ou se se tiver como contrário a objetivos ou interesses de ordem ou segurança pública. Ponto é saber se, neste particular, os dados são fiáveis e as bases responsabilmente geridas e criteriosamente fundadas. O que nem sempre sucede, entre nós, ao menos, em razão das perturbações que os atribiliários processos de celebração de contratos coligados – compra e venda ou prestação de serviços e de crédito ao consumo –, como o não ignora quem da vida percebe os sinais adequados, acarretam a uma geometria defensável das relações jurídicas de consumo fundadas nos princípios éticos estruturantes, aliás, plasmados na Directiva das Práticas Comerciais (Des)Leais.

Se os contraentes, após a celebração do contrato, se propuserem ampliar o montante global do crédito, o concreto dador atualizará a informação financeira de que dispõe e avaliará de novo a respectiva solvabilidade, procedendo, pois, em conformidade.

Ónus da prova: compete ao dador de crédito a prova do estrito cumprimento das disposições precedentes.”

E, ante o desenho, o projeto de um Mercado Interno de Serviços Financeiros, em que decisivamente se aposta, nos termos precedentemente enunciados, a saber, bordejado ou marginado pelas fronteiras físicas exteriores dos diferentes Estados nacionais e com um impressionante número de almas ali radicadas – 500 milhões de consumidores é o que ora oferece o Espaço Económico Europeu –, curial será se dispense o acesso a bases de dados a quem quer, de entre as entidades legitimadas para o efeito, onde quer que se situem, de Malmö, na Suécia, à Mamarrosa, em Portugal, e de Brest, em França, a Bucareste, na Roménia.

Em Portugal um tal *desideratum* é susceptível de se captar em preceitos do estilo dos que se condensam no artigo 11 do regime legal vigente, que prima, entre nós, pela novidade:

- As entidades gestoras de bases de dados construídas e disponíveis, ainda que de modo restrito, em Portugal, em vista da avaliação da solvabilidade dos consumidores, assegurarão, em condições de reciprocidade e de forma não discriminatória, o acesso das instituições de crédito e das sociedades financeiras alienígenas ou não – que operem em distintos Estados-membros da União Europeia – a tais bases.

- Conformemente ao que se estatui, o Banco de Portugal assegurará o acesso dos dadores de crédito esparsos pelos distintos Estados-membros à base de dados da Central de Responsabilidades de Crédito ¹².

· Se ocorrer a rejeição do crédito com fundamento nos dados constantes da lista pública de execuções ou decorrer dos dados disponíveis nas mais bases, incumbe ao credor transmitir ao consumidor, como noutra ponto se assinalou, imediata, gratuita e justificadamente o fato e bem assim os elementos específicos delas resultantes e que reclamam a adoção de uma tal medida, salvo se os dados colhidos forem proibidos por outras disposições do direito europeu ou contrários a objetivos outros de interesse e ordem ou de segurança pública.

As informações veiculadas pelo Banco de Portugal, no caso, consignam-se exclusivamente às instituições de crédito e às sociedades financeiras, cumprindo a tais entidades assegurar, de acordo com a Lei de Proteção da Privacidade, e com o dispositivo próprio do diploma que rege no domínio da Central da Responsabilidade de Créditos, a proteção dos dados pertinentes às pessoas singulares, sendo vedada a sua transmissão a quem quer, excetuados os visados, nas condições precedentemente descritas.

As sanções cominadas para a inobservância da obrigação à qual se adscrive *ex vi legis* o dador de crédito (a de conceder – só e tão só – crédito de modo exigentemente responsável) exprimem-se em coimas (sanções com tradução pecuniária) cujos montantes se cifram entre um mínimo de aproximadamente 750 € a um máximo que ronda os 750 000 €. Para além obviamente de sanções acessórias de distinta natureza, de harmonia com o que prescreve o artigo 30 da LCC – Lei do Crédito ao Consumo (DL 133/2009), que remete para a alínea *i*) do artigo 210 e para o artigo 212 do Regime Jurídico das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras de 31 de Dezembro de 1998.

Ponto é que a autoridade de supervisão – que tão omissa se revelou desde o começo de vigência da Lei Antiga, em Setembro de 1991, até à declarada eclosão da crise, com nefastos reflexos na esfera de todos e cada um – se não distraia de todo e que... *da lei nos textos à lei em ato* não diste o abismo a que com “*notório exagero*” (!) se referem os anglo-americanos!

O crédito selvagem não aproveita nem à comunidade nem à família, menos ainda às pessoas singularmente consideradas: só aproveita, em termos correntes, às instituições financeiras, como se tem por óbvio! Com a toxicidade social e a ruína que daí advêm, como hoje consabidamente é insusceptível de negar-se!

Não nos iludamos, porém: é que importa deixar a ingenuidade à porta da escola! A vida é muito mais contundente que os filmes de violência que gratuitamente se nos oferecem nos espaços públicos dos *media*, nos *mass media* que marcam desmesuradamente o quotidiano de cada um e todos!¹³

III DA FORMAÇÃO OU CONSTITUIÇÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO

1. REQUISITOS DE FUNDO: DO CONSENTIMENTO

Como se não ignora, de entre os requisitos de fundo avultam os da perfeição, liberdade, esclarecimento e ponderação, ao menos em um quadro metodológico que em termos didáticos temos vindo a privilegiar.

No que tange à liberdade, para além dos convencionais elementos do erro, do dolo e da coação, em suas distintas refrações, inserem-se em paralelo, de harmonia com a Directiva das Práticas Comerciais Desleais, de 11 de Maio de 2005, transposta para o ordenamento jurídico interno em 26 de março de 2008, o *assédio* e a *influência* indevida.

Qualquer relação que no domínio dos negócios jurídicos de consumo se conclua deve sê-lo com absoluta proscrição do *assédio* e da *influência indevida*.

A Directiva das Práticas Comerciais (Des)leais não conceitua assédio. É uma outra directiva – a da Igualdade e da Não Discriminação em razão do Sexo –, de 13 de Dezembro de 2004, que o faz. Ainda que suscetível de adequação às vertentes situações, porque o determinante no assédio não é de todo o género (o sexo), perpassando distintamente os indivíduos, seja qual for o sexo. E, por vezes, envolvendo-os e vinculando-as a ambos, no caso dos casais heterossexuais, como forma de garantia do crédito.

1.1. A LIBERDADE

1.1.1. O ASSÉDIO

«Assédio», de harmonia com o que prescreve a directiva a que se alude no passo precedente, é toda e qualquer situação em que ocorra um comportamento indesejado, relacionado com o sexo de uma dada pessoa, com o objetivo ou o efeito de violar a sua dignidade e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.

As enciclopédias registam, em geral, o significado de *insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constantes em relação a alguém*.

E assediar consiste em *perseguir com propostas, sugerir com insistência; ser inoportuno ao tentar obter algo; molestar; abordar súbita ou inesperadamente*.

Relações jurídicas de consumo celebradas com base no assédio, nos termos que se consignam, como práticas desleais, na modalidade de agressivas, condicionam necessariamente o consumidor, violam o requisito da liberdade e ficam naturalmente inquinadas, feridas de invalidade.

E tal é suscetível de ocorrer, não só através de estratégias mercadológicas diretas (o denominado *marketing direto*), desenvolvidas por instituições de crédito

e sociedades financeiras, por meio de comunicações electrónicas ou de frequentes deslocações ao domicílio das vítimas, como ainda por intermediários que, na ânsia de escoar os seus produtos, cujos contratos se acoplariam aos de crédito, perseguem-nas indefectivelmente, não consentindo que “respirem” até à aposição de uma firma em um qualquer contrato. Ou até pela remessa forçada de cartões de crédito, à revelia das normas vigentes, que a inibem.

De considerar, por conseguinte, a “novidade” que se *caracteriza* como se deixou categoricamente exposto, para que os sujeitos de direito e os intérpretes, como os que por função têm a da aplicação - em concretas hipóteses de fato - da lei, possam de modo advertido perspectivar, enquadrando, situações do jaez destas, associando-se-lhes os efeitos que necessariamente lhes quadram de uma perspectiva rigorosamente jurídica.

As consequências jurídicas aparelhadas no ordenamento jurídico luso são, como sói dizer-se, insuficientes ante a gravidade das práticas desleais e, consequentemente, da preterição da diligência profissional, tal como se conceitua na Directiva das Práticas Comerciais Desleais: a invalidade negocial, na modalidade da anulabilidade, posta na dependência exclusiva daquele em cujo interesse a lei

O CONSUMIDOR DEVERÁ SER INFORMADO DA TAXA DEVEDORA, TANTO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL COMO NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO

o estabelece, parece “curta”, já que impende sobre o consumidor o “ónus do impulso processual”, com o que de negativo e inacessível o fenómeno comporta. Bastaria que se estabelecesse como efeito jurídico a nulidade “relativa”, modalidade das invalidades mistas, cometendo-se ao consumidor e ao julgador a faculdade de a invocar e apreciar de ofício, respectivamente, para se reprimir convenientemente todos os desvios que ocorrem clamorosamente no comércio jurídico de consumo, quantas vezes com absoluta impunidade dos fornecedores relapsos pelos gravosos meios que se antepõem às vítimas para o exercício

consequente dos seus direitos.

1.1.2. A INFLUÊNCIA INDEVIDA

Influência indevida, tal como a conceitua a Directiva das Práticas Comerciais Desleais, é “...a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”.

Claro que há manifesto equívoco na noção que transluz da directiva: não se trata de *capacidade*, como não escapará a um observador medianamente pre-

venido, antes de *consentimento*, tanto na liberdade de que se reveste, como no esclarecimento que o integra. Já que o consentimento tem de ser perfeito, livre, esclarecido e ponderado, de harmonia com o que vimos ensinando há décadas, na esteira de conceituados mestres.

A influência indevida tem peculiar campo de eleição nos serviços financeiros, no direito anglo-americano, em que os gestores de conta e de clientes os induzem deliberadamente a efetuar determinadas operações que se revelam à partida ruinosas, prevalecendo-se, porém, do seu ascendente sobre a vítima, do seu domínio dos mecanismos institucionais e do risco inerente às operações em que envolvem os consumidores a que falecem, em regra, os dados para um criterioso envolvimento do estilo.

Os efeitos jurídicos da influência indevida, entre nós, compaginam-se pelos do assédio, razão por que valem *mutatis mutandis* as considerações a tal propósito expendidas no passo precedente.

1.2. O ESCLARECIMENTO

1.2.1. MENÇÕES OBRIGATÓRIAS

Por *esclarecimento* se concebe as menções obrigatórias a que hodiernamente se submetem os contratos típicos de consumo imperativamente sujeitos a forma: o documento particular, em papel ou suporte duradouro, nas articulações a que o conceito se atém.

A Directiva Europeia do Crédito ao Consumidor prescreve inequivocamente, no seu artigo 10.º - e o diploma luso segue-lhe na pegada no seu artigo 12.º - que o contrato deve especificar de forma clara e concisa:

- a) O tipo de crédito;
- b) A identificação e o endereço geográfico das partes contratantes, bem como, se aplicável, a identificação e o endereço geográfico do intermediário de crédito envolvido;
- c) A duração do contrato de crédito;
- d) O montante total do crédito e as condições de levantamento;
- e) No caso de um crédito sob a forma de pagamento diferido para um bem ou serviço específico ou dos contratos de crédito ligados, o bem ou serviço em causa, bem como o respectivo preço a pronto;
- f) A taxa devedora, as condições aplicáveis a esta taxa e, quando disponíveis, quaisquer índices ou taxas de referência relativos à taxa devedora inicial, bem como os períodos, condições e procedimentos de alteração da taxa devedora; em caso de aplicação de diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, as informações acima referidas sobre todas as taxas aplicáveis;
- g) A taxa anual de encargos efetiva global e o montante total imputado ao consumidor, calculados no momento da celebração do contrato de crédito; de-

vem 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;

i) No caso de amortização do capital de um contrato de crédito com duração fixa, o direito do consumidor receber, a pedido e sem qualquer encargo, em qualquer momento durante a vigência completa do contrato de crédito, um extrato, sob a forma de um quadro de amortização.

O quadro de amortização deve indicar os pagamentos devidos, bem como as datas de vencimento e condições de pagamento dos montantes; o quadro deve incluir a composição de cada reembolso periódico em capital amortizado, os juros calculados com base na taxa devedora e, se for caso disso, os custos adicionais; se a taxa de juros não for fixa ou se os custos adicionais puderem ser alterados nos termos do contrato de crédito, o quadro de amortização deve incluir uma indicação

O CONSUMIDOR DEVERÁ SER INFORMADO DA TAXA DEVEDORA, TANTO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL COMO NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO

de forma clara e concisa de que os dados constantes do quadro apenas são válidos até à alteração seguinte da taxa devedora ou dos custos adicionais nos termos do contrato de crédito;

j) Se houver lugar ao pagamento de despesas e juros sem amortização do capital, um extrato dos períodos e das condições de pagamento dos juros devedores e dos encargos e despesas recorrentes e não recorrentes associados;

k) Se for caso disso, os encargos relativos à manutenção de uma ou mais contas para registar simultaneamente operações de pagamento e levantamentos de crédito, a menos que a abertura de uma conta seja facultativa, bem como os encargos relativos à utilização de meios que permitam ao mesmo tempo operações de pagamento e levantamentos de crédito, e quaisquer outros encargos decorrentes do contrato de crédito e às condições em que tais encargos podem ser alterados;

l) A taxa de juros de mora aplicável à data da celebração do contrato de crédito, bem como as regras para a respectiva adaptação e, se for caso disso, os custos devidos em caso de incumprimento;

m) Uma advertência relativa às consequências da falta de pagamento;

n) Se for caso disso, a menção de que os custos notariais deverão ser pagos;

o) As eventuais garantias e os eventuais seguros exigidos;

p) A existência ou inexistência do direito de retratação, o prazo e o proce-

dimento previstos para o seu exercício e outras condições para o seu exercício, incluindo informações sobre a obrigação do consumidor de pagar o capital levantado e os juros, bem como o montante dos juros diários;

q) Informações relativas aos direitos decorrentes da coligação de contratos (compra e venda ou prestação de serviços e crédito ao consumo), bem como às condições de exercício desses direitos;

r) O direito de reembolso antecipado, o procedimento a seguir em caso de reembolso antecipado e, se for caso disso, informações sobre o direito do mutuante a uma indemnização e a forma de determinar essa indemnização;

s) O procedimento a seguir para exercer o direito de denúncia do contrato de crédito;

t) A existência ou inexistência de processos extrajudiciais de reclamação e de recurso acessíveis ao consumidor e, quando existam, o respectivo modo de acesso;

u) Se for caso disso, outros termos e condições contratuais;

v) Se for caso disso, o nome e endereço da autoridade de supervisão competente.

Se for caso disso, o mutuante disponibilizará ao consumidor, em qualquer momento durante a vigência completa do contrato de crédito e sem qualquer encargo, um extrato, sob a forma de um quadro de amortização.

Tratando-se de contratos de crédito nos quais os pagamentos efetuados pelo consumidor não deem lugar imediatamente a uma amortização correspondente do montante total do crédito, mas sirvam para reconstituir o capital nos períodos e nas condições previstas pelo contrato de crédito ou por um contrato adicional, as informações exigidas incluem uma declaração clara e concisa de que não é exigida uma garantia por parte de terceiros no âmbito do contrato de crédito para assegurar o reembolso do montante total do crédito levantado ao abrigo desse contrato de crédito, salvo se tal garantia for prestada espontaneamente.

Os contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto devem, porém, conter elementos algo diversos ante a sua especificidade.¹⁴

A despeito da percepção (do ato de recebimento) da *informação pré-contratual*, o consumidor pode ter ainda necessidade de assistência suplementar para determinar, de entre o leque de produtos propostos, qual o contrato de crédito que mais e melhor se adequa às suas necessidades e situação financeira. Por conseguinte, os Estados-membros assegurarão que os dadores de crédito prestem tal assistência no que tange aos produtos de crédito que se propõem oferecer ao consumidor. Sempre que tal se revele necessário, a informação pré-contratual relevante, bem como as características essenciais dos produtos propostos, deverão ser objeto de dilucidação ao consumidor de forma personalizada, de modo que este possa compreender os efeitos daí decorrentes para a sua situação económica.

Se for caso disso, o dever de assistência ao consumidor incumbirá de análogo modo aos intermediários de crédito. Os Estados-membros determinarão quando e em que medida tais explicitações se carrearão ao consumidor, tendo em conta o contexto particular em que o crédito é oferecido, a necessidade de assistência ao consumidor e a natureza de cada um dos produtos de crédito.

A fim de garantir total transparência, o consumidor deverá ser informado da taxa devedora, tanto na fase pré-contratual como no momento da celebração do contrato de crédito.

No decurso da relação contratual, o consumidor deverá ser ainda informado de quaisquer alterações à taxa devedora variável e das alterações aos pagamentos que daí advierem. Tal não prejudica a observância das normas de direito interno (que não com a informação do consumidor se relacionem) que estabeleçam as condições para as alterações ou suas consequências, para além das que se referem aos pagamentos, às taxas devedoras e a outras condições económicas alusivas ao crédito, nomeadamente as regras que determinam que o mutuante só tem direito a alterar a taxa devedora se existir um motivo válido para tal, ou que o consumidor pode tomar a iniciativa da extinção do contrato em caso de alteração da taxa devedora ou de outras condições económicas relativas ao crédito.¹⁵

1.3. A PONDERAÇÃO: O DIREITO DE ARREPENDIMENTO OU DESISTÊNCIA – O DIREITO DE REATRATAÇÃO

Os dicionários registam *retractação*, *s.f.*: Acção ou efeito de retractar ou retrac-tar-se; palavras ou escritos em que alguém se desdiz do que disse anteriormente. . .

Retractar, *v. t.* Desaprovar expressamente; desdizer-se de. . . > *V.p.* Desdizer-se; dar o dito por não dito; mostrar público arrependimento por palavras ditas ou escritas. (Do lat. *retractare*)

O *direito de retratação*, que autores e legisladores mal conceituam e pior “traduzem” (denominam-no *indistinta* e *acriticamente* como direito de rescisão, direito de revogação, direito de revogação unilateral, direito de resolução, direito de livre resolução. . . sem qualquer rigor *terminológico-conceitual*), constitui algo de diverso face a figuras outras que surgem amiúde, *v.g.*, no rol dos modos de extinção das relações obrigacionais complexas.

O instrumento sob análise – a Directiva do Crédito ao Consumidor de que ora se cura –, contempla um rol de hipóteses subsumíveis no *direito de retratação* que a LDC – Lei de Defesa do Consumidor – (editada em Portugal) avisadamente e de modo rigoroso, ao que se nos afigura, contempla no n.º 7 do seu artigo 9.º, a saber:

“Sem prejuízo de regimes mais favoráveis, nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o

direito de retractação *no prazo de [catorze dias] a contar da data da recepção do bem ou da conclusão do contrato de prestação de serviços*”.

Como características essenciais do *direito de retratação* avultam, como o ensina a doutrina e nos permitimos repetir incessantemente, as de:

- . *imotivabilidade*
- . *inindenizabilidade*
- . irrenunciabilidade

A *imotivabilidade* analisa-se singelamente no fato de se não exigir ao consumidor que indique eventuais razões para se desvincular de uma sorte de compromisso provisório a que se adcreveu (e provisório porque lhe assiste o direito de arrependimento ou desistência no lapso assinado por lei, já que não se está perante espécies submetidas, na sua génese e nesse período intervalar, ao cutelo do *pacta sunt servanda*).

SERÁ NULO E DE
NENHUM EFEITO O
CONTRATO DE QUE
NÃO SEJA ENTREGUE
UM EXEMPLAR AO CON-
SUMIDOR OU AO GA-
RANTE NO MOMENTO
DA SUA CELEBRAÇÃO

A *inindenizabilidade* pelo fato de não ser exigível qualquer contraprestação pela desvinculação a que o consumidor se propuser proceder. A regra é, porém, susceptível de comportar excepções.

Na vertente situação, e de molde a que não ocorra uma qualquer hipótese de locupletamento ilícito por banda do consumidor, estabelece-se, excepcionalmente, que o pague ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data de utilização do crédito até à data do pagamento do capital, sem atrasos indevidos, em prazo não superior a 30 dias após a expedição da comunicação abdicativa.

Os juros calcular-se-ão com base na taxa nominal estipulada, nada mais sendo devido, com excepção da indenização por eventuais despesas não reembolsáveis pagas pelo credor a qualquer entidade da Administração Pública. O que permite formular determinadas considerações marginais, como adiante se assistirá.

A *irrenunciabilidade* no fato de, ainda que se chegue a consenso, a lei, porque injuntiva, não permitir que o consumidor abdique ou renuncie ao direito que se lhe outorga.

Neste particular, a directiva verte um sem-número de preceitos que cumpre oferecer na sua versão original:

“1. O consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de retractação do contrato de crédito sem indicar qualquer motivo.

O prazo para o exercício do direito de retractação começa a correr:

- a) Da data da celebração do contrato de crédito; ou
- b) Da data de recepção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das in-

formações a que se refere o artigo 10.º, se essa data for posterior à data referida na alínea a) do presente parágrafo.

2. No caso de um contrato de crédito ligado, (...), se a legislação nacional já prever, na data da entrada em vigor da presente directiva, que os fundos não podem ser disponibilizados ao consumidor antes do decurso de um determinado período, os Estados-membros podem prever excepcionalmente que o período referido no n.º 1 do presente artigo possa ser reduzido a esse período determinado a pedido expresso do consumidor.

3. Se exercer o seu direito de retractação, o consumidor deve:

a) Para que a retractação produza efeitos antes do termo do prazo estabelecido no n.º 1, comunicar o fato ao mutuante de acordo com a informação que este lhe forneceu nos termos da alínea p) do n.º 2 do artigo 10.º, utilizando um meio com força de prova de acordo com o direito nacional.

Considera-se que o prazo foi respeitado se a comunicação for enviada antes do termo do prazo, desde que tenha sido efectuada em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do mutuante e ao qual este possa aceder; e

b) Pagar ao mutuante o capital e os juros vencidos sobre este capital a contar da data de levantamento do crédito até à data de pagamento do capital, sem atrasos indevidos e no prazo de 30 dias de calendário após ter enviado a comunicação de retractação ao mutuante. Os juros são calculados com base na taxa devedora estipulada. O mutuante não tem direito a qualquer outra indemnização por parte do consumidor em caso de retractação, com excepção da indemnização de eventuais despesas não reembolsáveis pagas pelo mutuante a qualquer órgão da administração pública.

4. Se o mutuante ou um terceiro prestar um serviço acessório relacionado com o contrato de crédito com base num contrato entre esse terceiro e o mutuante, o consumidor deixa de estar vinculado ao contrato relativo ao serviço acessório no caso de exercer o seu direito de retractação do contrato de crédito de acordo com o presente artigo.

5. Se o consumidor tiver o direito de retractação nos termos dos n.ºs 1, 3 e 4, não são aplicáveis os artigos 6.º e 7.º da Directiva 2002/65/CE, nem o artigo 5.º da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.

6. Os Estados-membros podem determinar que os n.ºs 1 a 4 do presente artigo não se apliquem aos contratos de crédito que por lei devam ser celebrados por intermédio de um notário, desde que o notário confirme que o consumidor goza dos direitos previstos nos artigos 5.º e 10.º

7. O presente artigo não prejudica qualquer disposição de direito interno que

preveja um prazo durante o qual a execução do contrato não pode ter início.”^{16/17}

2. REQUISITOS DE FORMA: CONTRATO MERAMENTE CONSENSUAL OU FORMAL?

O retorno ao formalismo é uma característica vincante da contemporânea contratualística de consumo, como aliás o previne percucientemente o emérito da Panteão-Sorbonne, Jacques Ghestin.

Os contratos de crédito estão sujeitos a forma: a documento particular por imposição do legislador comunitário.

Em Portugal, no diploma transpositivo, figura o comando segundo o qual: “os contratos de crédito devem ser exarados em papel ou noutro suporte duradouro, em condições de inteira legibilidade.”

Por suporte duradouro se entende, como noutro passo se assinalou, qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de um modo que, no futuro, lhe permita um acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas, consoante o glossário constante da Directiva do Crédito ao Consumidor.

A Lei portuguesa dos Serviços Financeiros à Distância de 29 de Maio de 2006 define, porém, no seu preâmbulo, como suporte duradouro, nomeadamente, as disquetes informáticas, os CD-ROM, DVD, bem como o disco duro do computador que armazene consistentemente o correio electrónico.

De harmonia com a Lei do Comércio Electrónico de 7 de Janeiro de 2004, “*As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.*”

E o documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação.”

A Lei do Crédito ao Consumidor editada em Portugal, em decorrência da Directiva Europeia, estabelece mais: “*a todos os contraentes, incluindo os garantes, deve ser entregue, no momento da respectiva assinatura, um exemplar devidamente assinado do contrato de crédito.*”

Se a obrigação consubstanciada no passo precedente se incumprir, o contrato padecerá de um vício genético manifesto que conduzirá à sua invalidade, na sua forma mais grave: a nulidade. Será, pois, nulo e de nenhum efeito o contrato de que não seja entregue um exemplar ao consumidor ou ao garante no momento da sua celebração.¹⁸

CONCLUSÃO

1. Ainda que de modo tímido nos *consideranda*, que não nas normas cogentes do texto, em que é omissa, a nova Directiva do Crédito ao Consumidor aspira a que do crédito selvagem (expressão que por inteiro nos cabe e a ninguém mais deve, no contexto, ser assacada) se evolua para o crédito responsável.

2. Portugal verteu em texto de lei um tal comando e cominou com penalidades diversas as instituições de crédito e sociedades financeiras que retornem ao figurino do crédito selvagem, abstendo-se de avaliar as condições de solvabilidade de quantos se habilitem à concessão de crédito ao consumo.

3. O regime vigente – nos preliminares, nomeadamente no que tange à publicidade – reforça o princípio da veracidade que mister será presida a todos os passos da comunicação comercial, mesclando-a imperativamente com elementos padronizados de informação, que tornam mais credíveis e autênticas as mensagens.

4. As normas ora promulgadas reforçam a informação de modo exigente, tanto nos preliminares, como na conclusão, como ainda na execução do contrato sempre que ocorram circunstâncias supervenientes que o determinem: há assim um extenso rol de elementos, a título de informação pré-contratual, como ainda no que tange à informação contratual ou, quiçá, pós-contratual.

5. Ponto é saber se as instituições de crédito e as sociedades financeiras – entre nós, com uma “cultura” de base feita de silêncios e omissões pecaminosas – se mostram sensíveis a um processo de regeneração ao ponto de se aprestarem a cumprir os ditames da lei, tornando as espécies contratuais bem mais transparentes e o consumidor munido ou dotado de suficientes elementos para que o seu consentimento seja sobretudo livre, esclarecido e ponderado. Ou se as exigências ora estabelecidas não conduzirão a resultados equivalentes aos do brocardo *summum jus summa injuria...*

6. De par com a informação pré-contratual, prescreve-se um dever de assistência a que se adscrive o dador de crédito de molde a prestar os esclarecimentos adequados ao consumidor para que o interessado opte pelas ofertas mais convenientes sejam quais forem as perspectivas.

7. O *direito de retratação* é reforçado, tanto em termos temporais (de sete dias úteis no regime de pretérito para catorze dias de calendário no atual) quanto no que tange às características que o exornam, estabelecendo-se, porém, um regime de compensações – em termos de “indenizabilidade” – que visam a remunerar os capitais “mutuados” durante o período em que estiverem à disposição do consumidor e os montantes percebidos pela Administração: o que, neste caso, em rigor, de todo se não justificará porque o Estado locupletar-se-á sem justa causa, uma vez que as operações financeiras se frustram, vale dizer, se não concretizam,

e ainda assim o Estado arrecadará receitas sem justificação plausível na geometria de um autêntico Estado de direito.

NOTAS

¹O artigo original que ora se dá à estampa é-o em homenagem a um Homem que serviu denodadamente o Direito em múltiplos domínios e tem inequivocamente um lugar na galeria dos que no Brasil escavaram os caboucos e sedimentaram os alicerces do Direito do Consumidor.

A José Geraldo de Brito Filomeno, a quem nos unem indestrutíveis laços de amizade, singela homenagem de quem nestoutra riba do Atlântico procura simplesmente seguir, na humildade com que o faz, o seu contagiante exemplo numa entrega sem par à Causa da Cidadania.

² Transcreve-se para o efeito o artigo 7º do diploma em epígrafe:

“Restrições à divulgação de informação centralizada

As informações prestadas pelo Banco de Portugal às entidades participantes não podem conter qualquer indicação acerca da localidade em que os créditos foram outorgados nem das entidades que os concederam.

As informações referidas no número anterior são exclusivamente destinadas às entidades participantes, sendo-lhes vedada a sua transmissão, total ou parcial, a terceiros, sem prejuízo do direito de acesso do titular aos seus dados pessoais nos termos da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.”

³ O diploma de transposição para o ordenamento jurídico pátrio traduziu as directrizes constantes da Directiva nestes termos:

“Informação e práticas anteriores à celebração do contrato de crédito

Artigo 5.º

Publicidade

1- Sem prejuízo das normas aplicáveis à actividade publicitária em geral e do disposto no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio [práticas comerciais desleais], a publicidade ou qualquer comunicação comercial em que um credor se proponha conceder crédito ou se sirva de um mediador de crédito para a celebração de contratos de crédito deve indicar a TAEG para cada modalidade de crédito, mesmo que este seja apresentado como gratuito, sem juros ou utilize expressões equivalentes.

2- Se, em função das condições concretas do crédito, houver lugar à aplicação de diferentes TAEG, todas devem ser indicadas.

3- A indicação da TAEG que, pelo seu tratamento gráfico ou áudio-visual, não seja, em termos objectivos, legível ou perceptível pelo consumidor, não cumpre o disposto nos números anteriores.

4- A publicidade a operações de crédito reguladas pelo presente decreto-lei em que se indique uma taxa de juro ou outros valores relativos ao custo do crédito para o consumidor deve incluir informações normalizadas nos termos do presente artigo.

5- As informações normalizadas devem especificar, de modo claro, conciso, legível e destacado, por meio de exemplo representativo:

a) A taxa nominal, fixa ou variável ou ambas, juntamente com a indicação de quaisquer encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito para o consumidor;

b) O montante total do crédito;

c) A TAEG;

d) A duração do contrato de crédito, se for o caso;

e) O preço a pronto e o montante do eventual sinal, no caso de crédito sob a forma de pagamento diferido de bem ou de serviço específico; e

f) O montante total imputado ao consumidor e o montante das prestações, se for o caso.

6- Se a celebração de contrato relativo a um serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente o seguro, for necessária para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e nas condições de mercado, e o custo desse serviço acessório não puder ser antecipadamente determinado, deve igualmente ser mencionada, de modo claro, conciso e visível, a obrigação de celebrar esse contrato, bem como a TAEG.”

⁴ Por suporte duradouro se entende: *“qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de um modo que, no futuro, lhe permita um acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas”*

⁵ Por taxa devedora se entende: *“a taxa de juros expressa numa percentagem fixa ou variável aplicada numa base anual ao montante do crédito levantado”*.

⁶ Por taxa anual de encargos efectiva global se tem: *“o custo total do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito e, sendo caso disso, acrescido dos custos previstos no n.º 2 do artigo 19.º”*

O cálculo da TAEG não é nem tarefa simples nem algo de fácil explanação. Repare-se no que prescreve o artigo 19 da Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, transposta pelo DL 133/2009, de 2 de Junho, para o ordenamento português, diploma cujo começo de vigência se protraiu a 1 de Julho de 2009:

Cálculo da taxa anual de encargos efectiva global

1. A taxa anual de encargos efectiva global, que torna equivalentes, numa base anual, os valores actuais do conjunto dos compromissos (levantamentos de

crédito, reembolsos e encargos) existentes ou futuros, acordados pelo mutuante e pelo consumidor é calculada de acordo com a fórmula matemática constante da parte I do anexo I.

2. A fim de calcular a taxa anual de encargos efectiva global, determina-se o custo total do crédito para o consumidor, com exceção de quaisquer encargos a suportar pelo consumidor devido ao incumprimento de qualquer uma das suas obrigações decorrentes do contrato de crédito e dos encargos que não se incluem no preço de compra e venda e que, na compra de bens ou de serviços, o consumidor for obrigado a suportar, quer a transacção se efectue a pronto quer a crédito.

Os custos relativos à manutenção de uma conta que registe simultaneamente operações de pagamento e levantamentos de crédito, os custos relativos à utilização ou ao funcionamento de um meio de pagamento que permita ao mesmo tempo operações de pagamento e levantamentos de crédito, bem como outros custos relativos às operações de pagamento, são incluídos no custo total do crédito para o consumidor, excepto se a abertura da conta for facultativa e os custos da conta tiverem sido determinados de maneira clara e de forma separada no contrato de crédito ou em qualquer outro contrato celebrado com o consumidor.

3. O cálculo da taxa anual de encargos efectiva global é efectuado com base no pressuposto de que o contrato de crédito continua a ser válido durante o prazo acordado e de que o mutuante e o consumidor cumprem as respectivas obrigações nas condições e datas especificadas no contrato de crédito.

4. Para os contratos de crédito com cláusulas que permitam alterações da taxa devedora e, se for caso disso, das despesas incluídas na taxa anual de encargos efectiva global, mas não quantificáveis no momento do cálculo, a taxa anual de encargos efectiva global é determinada com base no pressuposto de que a taxa devedora e outros encargos são fixos em relação ao nível inicial e aplicáveis até ao termo do contrato de crédito.

5. Sempre que necessário, podem ser utilizados os pressupostos adicionais enumerados no anexo I para o cálculo da taxa anual de encargos efectiva global. Se os pressupostos enumerados no presente artigo e na parte II do anexo I não forem suficientes para calcular de modo uniforme a taxa anual de encargos efectiva global ou já não estejam adaptados à situação comercial do mercado, a Comissão pode determinar os pressupostos adicionais para o cálculo da taxa anual de encargos efectiva global ou alterar os existentes. Essas medidas, que têm por objecto alterar elementos não essenciais da presente directiva, são aprovadas pelo procedimento de regulamentação com controlo a que se refere o n.º 2 do artigo 25º.

⁷ *Cfr.* a este propósito o anexo em que se contém o modelo imposto pela Directiva em todo o Espaço Económico Europeu e que o DL 133/2009, de 2 de Junho, em vigor em Portugal, reproduz na íntegra.

⁸ A saber: *contratos de crédito sob forma de facilidades de descoberto* cujo crédito deva ser reembolsado mediante pedido ou no prazo de três meses;

. *contratos de crédito celebrados por uma instituição* que:

Seja ainda em benefício mútuo dos seus membros;

Não obtenha lucros em benefício de qualquer outra pessoa para além dos seus membros;

Responda a um objecto social imposto pelo direito interno;

Receba e gira apenas as poupanças dos seus membros e proporcione fontes de crédito unicamente aos seus membros; e

Proporcione crédito com base numa taxa anual de encargos efectiva global que seja inferior às taxas praticadas no mercado ou esteja sujeita a um limite estabelecido pelo direito interno.

. *Contratos de crédito que prevejam que o mutuante e o consumidor acordem em disposições relativas ao pagamento diferido ou a métodos de reembolso*, se o consumidor já estiver em falta aquando da celebração do contrato de crédito inicial e nos casos em que:

a) Essas disposições sejam susceptíveis de afastar a possibilidade de acção judicial relativa a essa falta; e

b) O consumidor não fique sujeito a condições menos favoráveis do que as do contrato de crédito inicial.

⁹ Já o *Supremo Tribunal de Justiça*, ainda que no domínio do regime anteriormente vigente, em acórdão com a chancela de Fonseca Ramos, a 30 de Outubro de 2007, houve por bem expressar-se nestes termos, por si só eloquentes:

Os contratos de crédito ao consumo são contratos de adesão, já que, a par de cláusulas específicas que exprimem a particularidade de cada negócio, contêm cláusulas pré-determinadas destinadas à massa dos consumidores e que não são passíveis de negociação individualizada, aplicando-se-lhe o regime das cláusulas contratuais gerais (ccg).

Neste tipo de contrato em que existe uma aceitação, não particularmente negociada pelo aderente, a lei visa a sua protecção, como parte contratualmente mais débil, assegurando de modo efectivo um “*dever de informação*” a cargo do proponente.

Essa comunicação dever abranger a totalidade das cláusulas e ser feita de modo adequado e pessoal e com antecedência compatível com a extensão e complexidade do contrato, de modo a tornar possível o seu conhecimento “*completo e efectivo por quem use de comum diligência*”.

Nos contratos de crédito ao consumo em que intervêm, além do comprador, o financiador e o vendedor, não sendo simultâneas as assinaturas das três partes contratualmente envolvidas, sai afrontada a defesa do consumidor e o seu direito

a ser informado, se o financiador, usando de ccg comete a terceiro (a entidade vendedora do bem) o dever de informação, como que numa *delegação de competência* que viola um seu dever pessoal, mais a mais, sendo o consumidor analfabeto (a sua assinatura no contrato foi aposta a rogo por não saber ler).

Não é exigível a pessoa analfabeta, que domine conceitos jurídicos como “mora”, “cláusula penal”, “rescisão do contrato” e “reserva de propriedade”, sobretudo se tais conceitos constaram das “Condições Gerais”, sendo, por isso, mais exigente o *dever de informação*.

Quanto à ponderação de *abuso do direito* por parte do consumidor que invoça vícios do contrato, após o início da sua execução, o Tribunal deve actuar com particular prudência, já que, na relação de financiamento à aquisição de bens de consumo, é patente a desigualdade de meios entre o fornecedor dos bens ou serviços e o consumidor, sendo de equacionar se, ao actuar como actuou, a entidade financiadora da aquisição, prevalecendo-se de superioridade negocial em relação a quem recorreu ao crédito, não infringiu ela mesmo, em termos censuráveis, os deveres cooperação, de lealdade, e informação, em suma os princípios da boa fé.

Se assim tiver acontecido não deve ser paralisado o direito do consumidor.

¹⁰ O DL 201/2003, de 10 de Setembro, que rege no domínio do registo informático das execuções, predispõe no seu artigo 6.º o elenco de entidades dotadas de legitimidade para o acesso à lista pública de execuções, a saber:

“1 - A consulta do registo informático de execuções pode ser efectuada:

- a) Por magistrado judicial ou do Ministério Público;
- b) Por pessoa capaz de exercer o mandato judicial ou agente de execução;
- c) (Revogado pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro).
- d) Pelo titular dos dados;

e) Por quem tenha relação contratual ou pré-contratual com o titular dos dados ou revele outro interesse atendível na consulta, mediante consentimento do titular ou autorização dada por entidade judicial.

2 - Para efeitos da alínea e) do número anterior, considera-se existir interesse atendível quando a consulta do registo informático de execuções se destine à obtenção de certificado para demonstração da natureza incobrável de créditos resultantes de incumprimento contratual.

3- Para efeitos da alínea e) do número anterior, considera-se existir interesse atendível quando a consulta do registo informático de execuções se destine à obtenção de certificado para demonstração da natureza incobrável de créditos resultantes de incumprimento contratual.”

¹¹ O diploma de que se trata, no seu artigo 2.º, lista os dados que no registo informático figuram, de interesse para o efeito:

“1 - O registo informático de execuções contém o rol das execuções penden-

tes e, relativamente a cada uma delas, a seguinte informação:

- a) Identificação da execução;
- b) Identificação do agente de execução, através de nome, domicílio profissional, números de cédula profissional e de identificação fiscal, ou do oficial de justiça, através de nome e número mecanográfico;
- c) Identificação das partes, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 467.º do Código de Processo Civil, incluindo ainda, sempre que possível, o número de identificação de pessoa colectiva, a filiação, o número de identificação fiscal, o número de bilhete de identidade ou, na impossibilidade atendível da sua apresentação, os números de passaporte ou de licença de condução;
- d) Pedido, indicando o fim e o montante, a coisa ou a prestação, consoante os casos;
- e) Bens indicados para penhora;
- f) Bens penhorados, com indicação da data e hora da penhora e da adjudicação ou venda;
- g) Identificação dos créditos reclamados, através do seu titular e montante do crédito.

h) Indicação da realização de citação edital.

2 - Do mesmo registo consta também o rol das execuções findas ou suspensas, mencionando-se, além dos elementos referidos no número anterior:

- a) A extinção com pagamento integral;
- b) A extinção com pagamento parcial;
- c) A extinção da execução por não terem sido encontrados bens penhoráveis, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 832.º e no n.º 6 do artigo 833.º-B do Código de Processo Civil.

3 - Na sequência de despacho judicial, procede-se ainda à introdução dos seguintes dados:

- a) A declaração de insolvência e a nomeação de um administrador da insolvência, bem como o encerramento do processo especial de insolvência;
- b) O arquivamento do processo executivo de trabalho, por não se terem encontrado bens para penhora.

4 - Os dados previstos no número anterior são acompanhados da identificação do processo e da informação referida na alínea c) do n.º 1.

5 - Não havendo indicação do número de identificação fiscal do titular dos dados ou, em alternativa, do número de identificação civil, passaporte ou licença de condução, deve o agente de execução promover as diligências necessárias à obtenção destes elementos, designadamente mediante consulta das bases de dados, arquivos e outros registos, nos termos previstos no artigo 833.º-A do Código de Processo Civil.”

¹² A Central de Responsabilidades de Crédito, que opera em Portugal, tem o seu regime definido no DL 204/2008, de 14 de Outubro, cuja consulta se impõe para mais adequada percepção dos seus termos.

¹³ *A Directiva nos seus consideranda pondera:* “a fim de avaliar a solvabilidade de um consumidor, o mutuante deverá também consultar as bases de dados relevantes; as circunstâncias de facto e de direito podem exigir que tais consultas sejam de âmbito variável. A fim de evitar distorções de concorrência entre os mutuantes, há que assegurar o acesso destes às bases de dados públicas ou privadas relativas aos consumidores de um Estado-membro em que não estejam estabelecidos, em condições não discriminatórias relativamente aos mutuantes desse Estado-membro.

Caso a decisão de recusar um pedido de crédito tenha sido tomada com base na consulta de uma base de dados, o mutuante deverá informar o consumidor desse facto bem como dos elementos da base de dados consultada. Todavia, o mutuante não deverá ser obrigado a dar essas informações quando outra legislação comunitária o proibir, por exemplo a legislação em matéria de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Além disso, essas informações não deverão ser prestadas se forem contrárias aos objectivos de ordem pública ou de segurança pública, tais como a prevenção, investigação, detecção ou repressão de infracções penais.”

¹⁴ *Os contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto* devem especificar de forma clara e concisa:

- a) O tipo de crédito;
- b) A identificação e o endereço geográfico das partes contratantes, bem como, se aplicável, a identificação e o endereço geográfico do intermediário de crédito envolvido;
- c) A duração do contrato de crédito;
- d) O montante total do crédito e as condições de levantamento;
- e) A taxa devedora, as condições aplicáveis a esta taxa e, quando disponíveis, quaisquer índices ou taxas de referência relativos à taxa devedora inicial, bem como os períodos, condições e procedimentos de alteração da taxa devedora; em caso de aplicação de diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, as informações acima referidas sobre todas as taxas aplicáveis;
- f) A taxa anual de encargos efectiva global e o montante total do crédito ao consumidor, calculados no momento da celebração do contrato de crédito; devem ser mencionados todos os pressupostos utilizados para calcular esta taxa nos termos do n.º 2 do artigo 19.º em articulação com as alíneas g) e i) do artigo 3.º; os Estados-membros podem determinar que a taxa anual de encargos efectiva global não precisa de ser indicada;

g) A indicação de que, a pedido, pode ser exigido ao consumidor em qualquer momento o reembolso integral do montante do crédito;

h) O procedimento a seguir para exercer o direito de retractação do contrato de crédito; e

i) Informações sobre os encargos aplicáveis a partir da celebração do contrato de crédito e, se for caso disso, as condições em que estes podem ser alterados.

¹⁵A correspondente regra no direito português tem a forma que segue:

Artigo 7.º

Dever de assistência ao consumidor

O credor e, se for o caso, o mediador de crédito devem esclarecer de modo adequado o consumidor, por forma a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira, cabendo -lhes, designadamente, fornecer as informações pré-contratuais previstas no artigo anterior, explicitar as características essenciais dos produtos propostos, bem como descrever os efeitos específicos deles decorrentes para o consumidor, incluindo as consequências da respectiva falta de pagamento.

Estes esclarecimentos devem ser fornecidos antes da celebração do contrato de crédito, devem ser entregues ao consumidor em suporte duradouro reproduzível e devem ser apresentados de forma clara, concisa e legível.

Sendo a informação da responsabilidade do credor, os mediadores de crédito têm o dever de a transmitir integralmente ao consumidor.

Compete ao credor e, se for o caso, ao mediador de crédito fazer prova do cumprimento das obrigações previstas neste artigo.

¹⁶ No ordenamento jurídico português a disciplina *do direito de arrependimento ou desistência* contempla-a no quadro do crédito ao consumidor o artigo 17, sob a epígrafe “*direito de livre revogação*”, nestes termos:

“1- O consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de revogação do contrato de crédito, sem necessidade de indicar qualquer motivo.

2- O prazo para o exercício do direito de revogação começa a correr:

a) A partir da data da celebração do contrato de crédito; ou

b) A partir da data de recepção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações a que se refere o artigo 12.º, se essa data for posterior à referida na alínea anterior.

3- Para que a revogação do contrato produza efeitos, o consumidor deve expedir a declaração no prazo referido no n.º 1, em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do credor e ao qual este possa aceder, observando os requisitos a que se refere a alínea h) do n.º 3 do artigo 12.º.

4- Exercido o direito de revogação, o consumidor deve pagar ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data de utilização do crédito até à data de pagamento

do capital, sem atrasos indevidos, em prazo não superior a 30 dias após a expedição da comunicação.

5- Para os efeitos do número anterior, os juros são calculados com base na taxa nominal estipulada, nada mais sendo devido, com excepção da indemnização por eventuais despesas não reembolsáveis pagas pelo credor a qualquer entidade da Administração Pública.

6- O exercício do direito de revogação a que se refere o presente artigo preclui o direito da mesma natureza previsto noutra legislação especial, designadamente a referente à contratação à distância ou no domicílio.”

¹⁷Os reflexos do exercício do direito de arrependimento ou desistência nos contratos de compra e venda ou de prestação de serviços coligados com os de crédito ao consumidor plasma-os a lei no artigo 18 do diploma legal vigente em Portugal (DL133/2009, de 2 de Junho) de modo impressivo:

“Contrato de crédito coligado

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

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

3- No caso de incumprimento ou de desconformidade no cumprimento de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços coligado com contrato de crédito, o consumidor que, após interpelação do vendedor, não tenha obtido deste a satisfação do seu direito ao exacto cumprimento do contrato, pode interpelar o credor para exercer qualquer uma das seguintes pretensões:

a) A excepção de não cumprimento do contrato;

b) A redução do montante do crédito em montante igual ao da redução do preço;

c) A resolução do contrato de crédito.

4- Nos casos previstos nas alíneas b) ou c) do número anterior, o consumidor não está obrigado a pagar ao credor o montante correspondente àquele que foi recebido pelo vendedor.

5- Se o credor ou um terceiro prestarem um serviço acessório conexo com o contrato de crédito, o consumidor deixa de estar vinculado ao contrato acessório se revogar o contrato de crédito nos termos do artigo 17.º ou se este se extinguir com outro fundamento.

6- O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, aos créditos concedidos para financiar o preço de um serviço prestado por terceiro.”

¹⁸O artigo 13 da Lei do Crédito ao Consumidor editada em Portugal a 2 de

Junho p.º p.º prescreve imperativamente:

Artigo 13.º

Invalidade e inexigibilidade do contrato de crédito

1- O contrato de crédito é nulo se não for observado o estabelecido no n.º 1 [se não obedecer à forma legal prescrita] ou no n.º 2 do artigo anterior [se não for entregue um exemplar ao co-contratante no momento da sua celebração], ou se faltar algum dos elementos referidos no proémio do n.º 3, no proémio do n.º 5, ou nas alíneas *a)* e *d)* do n.º 5 do artigo anterior.

2- A garantia prestada é nula se, em relação ao garante, não for observado o prescrito no n.º 2 do artigo anterior [a entrega do exemplar ao garante].

O 28º REGIME

UM PASSE DE MÁGICA OU UMA ABORDAGEM
PROATIVA DE HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA NA
UNIÃO EUROPEIA

J PEGADO LIZ¹

Advogado membro do Conselho Económico e Social
Europeu (CESE)
Presidente da Comissão Consultiva para as Mutações
Industriais (CCMI), Bruxelas

EXCERPTS

“The terms ‘28th Regulation’ and ‘optional instrument’, often used synonymously, seek to convey the idea of a European statute which would not be above national laws but would rather be an alternative to them, leaving their application to the discretion of the contracting parties”

“Another characteristic of a ‘2nd. Regulation’ is that the courts can not treat such an optional instrument as a discretionary ‘foreign’ law”

“A ‘2nd. Regulation’ of this nature can be used by contracting parties to establish commercial transactions across the European Union”

“The ‘2nd. Regulation’ will have to provide mandatory rules and ensure a high level of protection to the weaker party”

“The purpose of that legal opinion paper has been to demonstrate how a proactive approach to law can favor better regulation by promoting a new way of thinking, a way that takes in consideration the real-life needs and aspirations of individuals and businesses instead of the juridical instruments in the way they should be used”

“Studies always show that when the social partners participate in the negotiation of agreements later converted to European legislation, the implementation of the law is more effective”

“In the proactive approach of the law emphasis is placed on success and not failure. It means to take the initiative to promote and reinforce the factors that lead to success”

1. INTRODUÇÃO

Legislar melhor e, se possível, legislar menos é um dos componentes essenciais do grande projeto europeu da realização de um mercado único sem fronteiras, iniciado na segunda metade dos anos 80 por esse grande europeísta que foi Jacques Delors, à altura presidente da Comissão Europeia. Todas as iniciativas e diligências levadas a cabo no âmbito do programa “Legislar melhor” pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu e inteiramente apoiadas pelo Comité Económico e Social Europeu (CESE), em vários dos seus pareceres, visaram encontrar as melhores formas de tornar o ambiente legislativo mais convivial e mais facilmente compreendido pelas empresas, pelos trabalhadores e pelos consumidores.

Uma ideia relativamente nova sobre uma forma melhor e mais consistente de legislar sobre questões importantes a nível da UE surgiu pela primeira vez num parecer do CESE sobre o contrato de seguro europeu², de que o signatário foi relator, em 2005. Esse parecer propôs que a legislação sobre o contrato de seguro europeu se baseasse num regime uniforme, opcional e alternativo à harmonização dos diversos direitos nacionais.

Posteriormente, o Grupo de Projeto *Restatement of European Insurance Contract Law*, no âmbito do QCR (quadro comum de referência), desenvolveu e apresentou à Comissão a única proposta estruturada de um modelo de instrumento opcional na UE até à data.

Nos últimos anos, juristas, eminentes consultores da Comissão e do Conselho Europeus, representantes do mundo académico parlamentares europeus e representantes de várias partes interessadas da sociedade civil, sugeriram, em diferentes eventos e em importantes relatórios, que este método poderia ser uma alternativa útil ao método tradicional de harmonização em domínios específicos, tais como o regime voluntário de pensões³ ou os serviços financeiros⁴ ou mesmo para a harmonização dos contratos a nível europeu, na perspectiva e como primeiro passo para um Código Civil europeu. A própria Comissão tem vindo a referir-se à possibilidade de utilizar o método do “28.º regime” em vários domínios, o que já mereceu o apoio do CESE numa série de pareceres⁵.

Contudo, até recentemente não se havia elaborado sobre uma definição precisa do conceito, natureza e âmbito de aplicação do que se tem comumente designado por “28º Regime” de forma a demonstrar que tal regime não só é exequível como comporta inegáveis vantagens quando a finalidade é “legislar melhor” e lograr um quadro regulamentador mais simplificado, compreensível e convivial.

Foi esse o objetivo de um parecer de iniciativa que o signatário teve oportunidade de elaborar, sustentar e ver aprovado no Comité Económico e Social

Europeu e de que se dá conta neste artigo⁶.

2. O CONCEITO DE “28.º REGIME”

2.1 A NOÇÃO DE “28º REGIME”

As expressões “28.º regime” e “instrumento opcional”, amiúde usadas como sinónimos, procuram transmitir a ideia de um direito europeu que não estaria acima dos direitos nacionais mas constituiria, antes, uma alternativa aos mesmos, ao deixar a sua aplicação ao critério das partes contratantes. E, no entanto, estas expressões, embora frequentemente usadas em vários documentos das instituições da UE e na maior parte dos artigos publicados sobre a matéria, a podem induzir em erro, já que podem ser interpretadas como constituindo um regime de direito “estrangeiro”, por oposição aos 27 direitos “nacionais” dos contratos, ou mais um regime a acrescentar aos 27 normativos que fariam parte da legislação “interna”.

Assim, parece mais correto falar-se de um “2.º regime”⁷ do direito privado em todos os Estados-membros. Esta designação deixa claro que um instrumento opcional europeu fará parte da legislação interna dos Estados-membros como qualquer outra fonte do direito comunitário.

Em suma, um “2.º regime” assim concebido dá a todos os cidadãos interessados, em especial aos contratantes, uma opção entre dois regimes do direito nacional dos contratos, um adotado pelo legislador nacional e eventualmente resultante dos processos de integração de normas comunitárias e outro, alternativo, proposto pelo legislador europeu, como opção.

Uma referência a um instrumento opcional deste tipo pode ser encontrado no considerando 14 do Regulamento Roma I, que reza assim: “*Caso a Comunidade venha a aprovar num instrumento jurídico adequado regras de direito material dos contratos, (...), esse instrumento poderá prever a possibilidade de as partes optarem por aplicar essas regras.*”

2.2 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS

Uma vez que um instrumento opcional é um verdadeiro 2.º regime do direito dos contratos na legislação de cada Estado-membro, poderá ser prevista a possibilidade da sua utilização mesmo em casos puramente “internos”. Dessa forma, os empresários poderiam basear todas as suas transações (nacionais e internacio-

AS EXPRESSÕES “28.º REGIME” E “INSTRUMENTO OPCIONAL”, AMIÚDE USADAS COMO SINÓNIMOS, PROCURAM TRANSMITIR A IDEIA DE UM DIREITO EUROPEU QUE NÃO ESTARIA ACIMA DOS DIREITOS NACIONAIS

nais) no 2.º regime, permitindo-lhes reduzir os encargos jurídicos da transação.

Uma outra característica de um “2.º regime” é que os tribunais não podem tratar um tal instrumento opcional como uma lei “estrangeira” escolhida. Por conseguinte, aplicam-se-lhe princípios como o *iura novit curia* e o acesso aos supremos tribunais nacionais não será limitado, o que frequentemente não é o caso quando se aplicam princípios gerais ou uma lei estrangeira. Do mesmo modo, as instituições que preveem a resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de reparação extrajudiciais não podem recusar-se a dirimir uma questão invocando o argumento de ela se reger por uma lei estrangeira.⁸

Por último, mas não menos importante, um instrumento opcional adotado pelo legislador europeu está sujeito a decisão prejudicial do TJUE, que assegura uma aplicação uniforme pelos tribunais nacionais da UE.⁹

Um “2.º regime” desta natureza pode ser usado pelas partes contratantes para transações comerciais em toda a União Europeia. Desta forma, as partes não têm que lidar com 27 regimes jurídicos nacionais diferentes em matéria de contratos e podem basear as suas transações num regime europeu único comum de direito privado, não sendo nenhuma das partes contratantes obrigada a aceitar a aplicação de legislação que considere estrangeira.

2.3 VANTAGENS E INCONVENIENTES

Um instrumento opcional desta natureza permite às partes contratantes, antes de mais, efetuar transações na União Europeia com base num único regime jurídico. As barreiras ao mercado interno, tal como os riscos e os custos para os consumidores ou para as empresas derivados de ordenamentos jurídicos nacionais discrepantes, são assim superadas.¹⁰

Além disso, em comparação com a unificação ou a harmonização dos direitos nacionais, um instrumento opcional tem reconhecíveis vantagens.

Desde logo porque um instrumento opcional deixa ao mercado a decisão quanto à sua aplicação, sendo certo que só será aplicado se as partes o considerarem vantajoso. Os instrumentos opcionais serão provavelmente utilizados por atores de mercado internacionais, ao passo que os agentes locais pouparão os custos de transposição, especialmente com a reformulação das suas cláusulas contratuais para as ajustar a um novo regime europeu.

Em segundo lugar, a cultura jurídica de cada Estado-membro é mantida intacta, o que tenderá a facilitar a aceitação do instrumento opcional na esfera política. O mesmo argumento aplica-se aos juristas de cada Estado-membro, que normalmente serão inclinados, por tradição e conservadorismo, a estar contra a substituição das regras jurídicas tradicionais por um direito inovador europeu dos contratos, mas não terão razões para se oporem a um instrumento opcional que

deixe inalterado o direito nacional.

Por outro lado, um “2.º regime” deste tipo revela-se particularmente vantajoso nos domínios em que o direito privado internacional (Roma I) proíbe ou restringe a seleção do direito a aplicar pelas partes contratantes, como é o caso dos contratos de transporte (art. 5.º, Roma I), dos contratos celebrados por consumidores (art. 6.º, Roma I), dos contratos de seguro (art. 7.º, Roma I) e dos contratos individuais de trabalho (art. 8.º, Roma I).

O instrumento opcional poderia inclusivamente ser aplicado às regras internacionalmente obrigatórias (art. 9.º, Roma I), contanto que sejam tidos em conta os interesses gerais protegidos que essas regras visam proteger¹¹. Dessa forma, um “2.º regime” permitiria que todas as transações comerciais na União Europeia se baseassem num único regime de direito dos contratos, mesmo nos domínios em que o direito privado internacional prevê a aplicação obrigatória das regras que protegem a parte mais fraca.

Além disso, mesmo sem terem sido designados como tal¹², já estão em vigor “2.ºs regimes” em múltiplos domínios do direito comunitário, o que demonstra claramente que o direito constitucional nacional não cria dificuldades à sua introdução.

Mas não se pode esconder que a introdução de um instrumento opcional no direito dos contratos ou noutros domínios do direito privado pode suscitar problemas de vária ordem. Não é claramente fácil criar uma nova possibilidade de escolha e regulamentar a relação entre dois tipos paralelos de direito dos contratos.

2.4 DIREITO DOS CONTRATOS OPCIONAL E PROTEÇÃO DA PARTE MAIS FRACA

Uma das principais dificuldades encontradas na aceitação deste regime vem precisamente de domínios como o dos representantes dos consumidores por terem que a sua aplicação determine uma menos proteção da parte mais fraca. Julga-se, no entanto, que sem razão.

Um “2.º regime” como o acima descrito constitui uma opção de aplicação não limitada por regras obrigatórias do direito nacional, contanto que não comprometa os interesses gerais que essas regras visam proteger. Isso significa que a proteção das partes mais fracas, sobretudo os consumidores, não será comprometida¹³ e que o “2.º regime” não será aproveitado para contornar as disposições obrigatórias do direito nacional.

Isso poder ser conseguido de três maneiras:

- a) Antes de mais, o “2.º regime” terá que prever regras obrigatórias e assegurar um elevado nível de proteção da parte mais fraca;¹⁴
- b) Em segundo lugar, haverá que prevenir qualquer exclusão de disposições

específicas do “2.º regime” por acordo, a fim de impedir uma “combinação” de direito nacional e do “2.º regime” através da seleção das normas menos severas de cada um;

c) Finalmente, os consumidores devem ser informados sobre os instrumentos opcionais através de informação geral prestada pelas organizações de defesa do consumidor, bem como por uma obrigação pré-contratual do fornecedor de informar o consumidor de que o contrato proposto está sujeito às condições de um instrumento opcional, dando-lhe a conhecer exatamente os seus termos e consequências, por comparação ao regime nacional “interno”.

UMA OUTRA CARAC-
TERÍSTICA DE UM
“2.º REGIME” É QUE
OS TRIBUNAIS NÃO
PODEM TRATAR UM
TAL INSTRUMENTO
OPCIONAL COMO UMA
LEI “ESTRANGEIRA”
ESCOLHIDA

Assim, a possibilidade de optar pelo “2.º regime” não será um incentivo a que a parte mais forte induza a outra parte a aceitar regras com um nível de proteção inferior. Em vez disso, os incentivos ao recurso ao “2.º regime” advêm da possibilidade de aplicar disposições contratuais idênticas em toda a UE sem necessidade de adaptar os direitos nacionais mas com base no “2.º regime”, que proporcionará por si só um nível de proteção da parte mais fraca mais elevado do que a legislação dos Estados-membros em geral.

Um instrumento opcional, com um elevado nível de proteção dos consumidores, terá vantagens para os consumidores na medida em que os produtos colocados no mercado europeu com base nesse instrumento opcional podem ser comparados mais facilmente. Assim, o instrumento opcional pode melhorar significativa e efetivamente a transparência. Basta pensar na vantagem da sua aplicação a certos tipos de contratos complexos como certos instrumentos financeiros, bancários ou de seguros.

2.5 BASE JURÍDICA DE UM INSTRUMENTO OPCIONAL

A competência da UE no que toca à adoção de um instrumento opcional continua a ser uma questão fundamental nos debates sobre a sua natureza e características.

Alguns autores consideram que o artigo 81.º do TFUE (ex-artigo 61.º, alínea c), e artigo 65.º do TCE) podem servir de base jurídica, porque, em sua opinião, o importante é o conflito entre legislações e não o direito substantivo. Assim, a UE só precisaria de uma base fiável para permitir que as partes escolham o instrumento enquanto direito aplicável e, por conseguinte, só precisa de se concentrar na compatibilidade das regras nacionais do direito privado internacional.

No entanto, um instrumento baseado no artigo 81.º do TFUE só abrangeria as “matérias civis com incidência transfronteiriça” e não vincularia o Reino Unido, a Irlanda ou a Dinamarca.

Outros sustentam que o artigo 352.º do TFUE (ex-artigo 308.º do TCE) é a melhor base jurídica para conferir à Comunidade autoridade para adotar um instrumento opcional a fim de cumprir um dos objetivos definidos nos Tratados, se se aceitar que estes não previram “os poderes de acção necessários”¹⁵.

Contudo, não deve excluir-se a possibilidade de usar o artigo 114.º do TFUE (ex-artigo 95.º do TCE), que trata da aproximação das “disposições legislativas” que “tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno” e visem à “realização dos objetivos enunciados no artigo 26.º” (ex-artigo 14.º do TCE). Além disso, sempre que o legislador europeu é competente para aproximar os direitos nacionais dos contratos com base no art. 114.º do TFUE, deveria ter a possibilidade de adotar igualmente um instrumento opcional que, em última análise, constitui uma menor ingerência nos regimes nacionais e representa, por isso mesmo, a melhor solução à luz do princípio da subsidiariedade.

Por seu turno, o novo artigo 118.º do TFUE cria uma base jurídica específica. Contudo, o seu âmbito de aplicação está limitado aos direitos de propriedade intelectual.

UM “2.º REGIME” DESTA NATUREZA PODE SER USADO PELAS PARTES CONTRATANTES PARA TRANSAÇÕES COMERCIAIS EM TODA A UNIÃO EUROPEIA

2.6 INSTRUMENTO LEGAL NO QUADRO COMUNITÁRIO

Para garantir a máxima uniformidade, tal instrumento deverá ser adotado sob a forma de um regulamento (artigo 288.º, n.º 2 do TFUE). Dessa forma, passa a fazer parte do direito substantivo nacional e só será aplicável se a legislação de um Estado-membro for aplicável ao contrato em questão de acordo com as normas de conflito previstas no Regulamento Roma I.

Esse regulamento deve prever regras detalhadas, e não apenas normas mínimas, constituindo um todo que se aplica na sua integralidade.

Em qualquer dos casos, haverá que analisar cuidadosamente a compatibilidade de qualquer novo instrumento opcional com o princípio da subsidiariedade.

2.7 CONTEÚDO

Um instrumento opcional deste deve incluir disposições gerais, para regulamen-

tar a sua aplicação opcional, e disposições específicas, com regras substantivas para os domínios do direito abrangidos.

O instrumento opcional pode ser estruturado da seguinte forma:

Parte I: Disposições gerais

A parte I, que poderá consistir em apenas 4 ou 5 artigos¹⁶, define o âmbito de aplicação do instrumento opcional e as opções das partes. Especifica igualmente quais as regras obrigatórias (sobretudo as que protegem a parte mais fraca). Por último, proíbe o recurso ao direito nacional e, em vez disso, prevê a possibilidade de suprir as lacunas através de princípios gerais do direito comuns a todos os Estados-membros¹⁷.

Parte II: Disposições específicas

A Parte II define as regras substantivas dos domínios do direito abrangidos pelo instrumento opcional.

2.8 INSTRUMENTOS ANÁLOGOS

Como se referiu já existem instrumentos opcionais utilizados quer a nível mundial quer a nível europeu.

A nível mundial podemos citar como exemplo a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980)¹⁸ e as convenções UNIDROIT sobre Factoring Internacional¹⁹ e sobre Locação Financeira Internacional²⁰. Estas convenções seguem um modelo de *opt-out* (exclusão)²¹.

A nível europeu há vários instrumentos opcionais:

- os regulamentos que criam as empresas europeias, tais como o Regulamento relativo ao estatuto da sociedade europeia²², o Regulamento relativo à instituição de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE)²³ e o Regulamento relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE)²⁴;
- os regulamentos que consagram os direitos de propriedade intelectual na Europa, como o Regulamento sobre a marca comunitária²⁵ e o Regulamento relativo à patente da UE²⁶;
- os regulamentos sobre os processos civis europeus, como o Regulamento que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento²⁷ e o Regulamento que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante²⁸.

Outros instrumentos opcionais têm sido propostos, como o certificado sucessório europeu²⁹. Estes regulamentos ou propostas acrescentam instrumentos europeus aos já previstos no direito nacional.

3. O 28.º regime no âmbito da iniciativa “Legislar melhor” e de uma aproximação proativa ao direito comunitário.

3.1 A INICIATIVA “LEGISLAR MELHOR”

O conceito de legislar melhor, que se concentra na perspectiva dos utilizadores da legislação³⁰, inclui determinados princípios que ganharam um novo ímpeto nos últimos anos: consulta preliminar, combate da inflação legislativa, remoção das propostas e da legislação obsoleta, redução dos custos e dos encargos administrativos, simplificação do acervo comunitário, melhor redacção das propostas legislativas incluindo estudos de impacto *ex ante* e *ex post*, redução da legislação ao essencial e concentração nos objetivos e na sustentabilidade da legislação ao mesmo tempo que se mantém a sua flexibilidade.

Há muito tempo que a Comissão Europeia³¹, o Parlamento Europeu³² e o Comité Económico e Social Europeu³³ promoveram e aduziram argumentos em favor do *legislar melhor*, da *simplificação* e da *comunicação* enquanto objetivos políticos principais no contexto da realização do mercado único. Entre os primeiros documentos neste domínio não se pode esquecer o importante Relatório Molitor, que data de 1995, com as suas 18 recomendações, que ainda são atuais³⁴.

Legislar melhor também inclui os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade e pode envolver as partes interessadas na redação da legislação, i.e., através da auto e da correção sob fiscalização minuciosa do legislador conforme previsto no *Acordo Interinstitucional Legislar Melhor* de 2003³⁵ e desenvolvido nos sucessivos relatórios anuais da Comissão.

Legislar melhor não quer necessariamente dizer menos regulação ou desregulação³⁶ e, efetivamente, a segurança jurídica é um dos requisitos essenciais para o bom funcionamento do mercado único³⁷.

3.2 UMA ABORDAGEM PROATIVA AO DIREITO COMUNITÁRIO

Um passo mais ousado foi também dado pelo CESE em parecer de iniciativa de que o signatário foi igualmente relator, relativamente a uma abordagem proativa ao direito comunitário³⁸.

O objetivo desse parecer foi demonstrar de que forma uma abordagem *proativa* do *direito* pode favorecer uma melhor regulamentação através da promoção de uma nova forma de pensar: uma forma que tenha como ponto de partida as necessidades da vida real e as aspirações das pessoas e das empresas, em vez dos instrumentos jurídicos e da forma como devem ser utilizados.

O que significa, antes de mais, que, quando se redigem leis, o legislador deve preocupar-se em adotar normas operacionalmente eficientes que reflectam as necessidades da vida real e sejam aplicadas de tal forma que os objetivos últimos dessas normas sejam cumpridos. As normas devem ser comunicadas de forma que tenham sentido para o público a que pretensamente se destinam de modo que sejam compreendidas e possam ser seguidas por todos aqueles a quem as

normas se aplicam.

Ou seja, o ciclo de vida de um diploma não se inicia com a redação de uma proposta nem termina quando tenha sido formalmente adotado. O diploma não é o objetivo; o objetivo é o sucesso da sua aplicação, que não significa apenas o cumprimento pelas instituições mas também a adoção, aceitação e, quando necessário, uma alteração do comportamento por parte das pessoas ou das organizações em causa.

Os estudos realizados neste contexto revelam que sempre que os parceiros sociais participaram na negociação de acordos convertidos posteriormente em legislação europeia, a aplicação desta é mais eficaz.

Com efeito, tradicionalmente, na feitura do direito, a ênfase foi colocada no passado. Os estudos jurídicos sempre se preocuparam principalmente com os *incumprimentos* – lacunas, prazos e incumprimentos da lei.

ANTES DE MAIS, O
“2.º REGIME” TERÁ
QUE PREVER REGRAS
OBRIGATÓRIAS E ASSE-
GURAR UM ELEVADO
NÍVEL DE PROTEÇÃO DA
PARTE MAIS FRACA

O ponto central da abordagem *proativa* é diferente; é o *futuro*. Ser *proativo* é o oposto de ser *reativo* ou *passivo*. A abordagem especificamente denominada do *direito proativo* iniciou-se nos anos 1990 na Finlândia. Respondendo à necessidade de desenvolver ainda mais métodos práticos e teorias jurídicas neste domínio emergente, foi criada em 2004³⁹ a *Nordic School of Proactive Law (NSPL)* (Escola Nórdica do Direito Proativo)⁴⁰.

O termo *proativo* implica agir em antecipação, através do controlo e da autoiniciativa⁴¹.

Todos estes elementos fazem parte da *abordagem proativa do direito* que procede à diferenciação de outros dois aspectos da *proatividade* – sendo que um consiste na dimensão da *promoção* (promoção do que é desejável; encorajar o bom comportamento) e o outro na dimensão *preventiva* (prevenindo o que não é desejável, impedindo os riscos jurídicos de se materializarem)⁴².

A *abordagem proativa do direito* coloca a ênfase no *bom resultado* e não no incumprimento. Consiste em tomar a iniciativa para promover e reforçar os fatores que conduzem ao êxito. No *direito proativo* coloca-se a ênfase em *assegurar o êxito* e tornar possível a realização dos objetivos fixados na situação em apreço.

Esta abordagem proativa do direito pode contribuir ainda mais para uma melhor regulamentação, melhor aplicação e melhor cumprimento da legislação da UE

Um dos objetivos principais da União Europeia é proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas; um

espaço assente nos princípios da transparência e do controlo democrático. Contudo, a justiça não se materializa apenas no proporcionar acesso aos tribunais ou, *a posteriori*, em ações em reparação. Para as pessoas e as empresas poderem exercer as suas atividades com sucesso é necessário um forte quadro jurídico.

As pessoas e as empresas contam com um grau razoável de segurança, clareza e consistência da parte do legislador de forma a poderem definir os seus objetivos, executar os seus planos e atingir os resultados previstos.

Os legisladores devem seguramente preocupar-se com o fato de saber se as pessoas e as empresas estão suficientemente informadas dos casos em que a lei se lhes pode aplicar, podem ser mais informadas sobre a sua situação jurídica no caso de assim o desejarem ou podem evitar litígios caso isso seja possível ou resolver as suas disputas através do recurso às técnicas mais apropriadas⁴³. A experiência e a investigação mostram-nos, hoje, que nem sempre as pessoas e as empresas e, em particular, os consumidores e as PME estão suficientemente informadas.

Ao contrário, uma abordagem proativa pode ser particularmente benéfica para o processo de tomada de decisão relacionado com o processo de elaboração, aplicação e de cumprimento da legislação comunitária.

Em primeiro lugar, uma participação ativa e efetiva, em vez de uma mera consulta das partes interessadas antes e durante a redação de quaisquer propostas e durante o processo de tomada de decisão, de forma que o ponto de partida sejam os verdadeiros problemas e as suas soluções e que o processo de decisão seja um diálogo contínuo e um processo de aprendizagem mútua baseado na consecução de determinados objetivos.

Em segundo lugar, os estudos de impacto tomarão em consideração não apenas aspectos económicos mas também sociais e éticos; não apenas o quadro económico mas também os consumidores enquanto últimos recipientes das medidas jurídicas e das iniciativas; não apenas as opiniões da sociedade civil organizada, mas também a voz do cidadão anónimo.

Em terceiro lugar, antecipando soluções em vez de problemas, utilizando a lei para atingir e promover objetivos e fazer dos direitos e liberdades uma realidade num determinado contexto cultural, em vez da fixação numa lógica jurídica formalista.

Redigir as leis da forma mais clara possível e o mais perto dos seus utilizadores, assegurando que a linguagem utilizada seja rapidamente compreensível e clara e comunicar os seus conteúdos da forma adequada, acompanhando e

UMA ABORDAGEM
PROATIVA DO DIREITO
PODE FAVORECER UMA
MELHOR REGULA-
MENTAÇÃO ATRAVÉS
DA PROMOÇÃO DE
UMA NOVA FORMA DE
PENSAR

orientando a sua aplicação e cumprimento em todas as fases do seu ciclo de vida.

Além disso, eliminar as leis redundantes, contraditórias, obsoletas e que já não se aplicam, e harmonizar a compreensão dos termos, definições, descrições, prescrições e interpretações em quadros comuns de referência. Também é extremamente importante limitar a criação de novos termos ou jargão comunitário, de significado duvidoso, usados sem que a maioria dos falantes realmente os compreenda.

3.3 A REALIZAÇÃO DO MERCADO INTERNO

É neste contexto que se deve centrar uma abordagem legislativa que privilegia as “leis modelo” ou 28.ºs regimes, em vez de uma harmonização total demasiado detalhada e desnecessária.

Como se referiu, a adoção de instrumentos opcionais deste tipo contribuirá fortemente à realização e o melhor funcionamento do mercado interno e será uma forma exemplar de harmonização voluntária, de harmonia com o princípio da subsidiariedade.

Além disso, estes instrumentos opcionais facilitam a liberdade de circulação dos consumidores e promovem a mobilidade transfronteiras e a concorrência entre empresas.

3.4 O DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS

A rede “Princípios Comuns de Direito Europeu dos Contratos” (rede Co-PECL) deu recentemente por terminado o seu Projeto de Quadro Comum de Referência⁴⁴ e apresentou-o à Comissão Europeia. Essas regras dão manifestamente ao legislador europeu um modelo que poderia ser utilizado para a adoção de um instrumento opcional, como advogado pela comissária Viviane Reding⁴⁵. O que falta ainda é uma regra relativa à aplicação opcional do quadro comum de referência ou dos princípios comuns semelhante à proposta que já existe no artigo 1.º, n.º 102 dos PDEC (Princípios de Direito Europeu dos Contratos)⁴⁶.

Foi esta lacuna que a Comissão pretendeu colmatar com o seu recentíssimo *Livro Verde* sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas⁴⁷, que lançou uma alargada consulta pública sobre o destino a dar e a forma de aproveitar todo o imenso e relevantíssimo labor de um enorme escol de académicos eminentes que elaboraram o QCR.

Na opinião expressa no Parecer do CESE de que o signatário foi relator, a necessidade de um instrumento opcional revela-se menos urgente na área do direito geral dos contratos. O Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR), que abrange o direito dos contratos em geral, não foi, na verdade, concebido como

um instrumento opcional.

É certo que os seus autores salientam, na introdução, que ele pode servir de base para um ou mais instrumentos opcionais⁴⁸. Esta proposta também poderia ser posta em prática de forma restrita através da introdução das disposições gerais do PQCR num instrumento opcional aplicável somente a domínios específicos do direito dos contratos. Isso ajudaria a colmatar lacunas na regulamentação que surgiriam inevitavelmente se só fossem aplicadas disposições específicas a tipos especiais de contrato.

A Comissão, de seu lado, pôs à consideração pública nada menos do que sete opções estratégicas, a saber:

- a mera publicação na internet de normas contratuais tipo (não vinculativas) que poderão ser aplicadas no mercado interno europeu;

- a definição de uma “caixa de ferramentas” (vinculativa ou não) à qual podem recorrer os legisladores da UE na adoção de novos atos legislativos e garanta a coerência e a qualidade da legislação;

- uma recomendação sobre o direito dos contratos que incentive os Estados-membros a incorporá-lo na legislação nacional, com base, em parte, no método aplicado nos EUA, país em que 49 dos 50 estados federados adotaram voluntariamente um Código Comercial Uniforme;

- um direito europeu dos contratos opcional concebido como um “28.º regime” que os consumidores e as empresas poderão escolher livremente no âmbito das relações contratuais. Este regime seria uma alternativa às normas nacionais existentes

e estaria acessível em todas as línguas. Seria aplicável apenas aos contratos transfronteiriços ou tanto a estes como aos contratos nacionais e deveria garantir um nível elevado de defesa dos consumidores e garantir a certeza jurídica durante toda a vigência do contrato;

- a adoção de uma diretiva da UE sobre o direito europeu dos contratos que harmonizaria as normas nacionais neste domínio,

- a adoção de um regulamento da UE sobre o direito europeu dos contratos que harmonizaria as normas nacionais neste domínio;

- a criação de um verdadeiro Código Civil europeu para substituir todas as normas nacionais sobre contratos.

Conquanto algumas das opções citadas sejam puramente teóricas, tudo leva a crer que a opção preferencial da Comissão será a da adoção de um regulamento

SEMPRE QUE OS
PARCEIROS SOCIAIS
PARTICIPARAM NA
NEGOCIAÇÃO DE ACOR-
DOS CONVERTIDOS
POSTERIORMENTE EM
LEGISLAÇÃO EUROPEIA,
A APLICAÇÃO DESTA É
MAIS EFICAZ

comunitário sobre os princípios gerais do direito europeu dos contratos, em especial para os contratos com os consumidores.

Não foi esta a opção do CESE, que, no seu Parecer⁴⁹, de entre as opções propostas pela Comissão, favoreceu antes uma opção mista sob a forma de:

- uma “caixa de ferramentas” que serviria de Quadro Comum de Referência disponível para as partes com vista à elaboração de contratos transfronteiriços, acompanhada de

- um regime regulamentar opcional prevendo bases mais favoráveis para as partes mediante um novo regime opcional avançado ao qual recorrer, no âmbito das relações contratuais transfronteiriças, em alternativa às disposições nacionais, desde que, quer a “caixa de ferramentas” quer o regulamento, garantam certeza jurídica aos cidadãos e às empresas com base nos mecanismos de proteção mais avançados. Este regime regulamentar não devará obstar, contudo, a que nenhum Estado-membro mantenha ou introduza medidas de defesa do consumidor mais severas.

O CESE entendeu ainda que estes objetivos devem ser alcançados gradualmente, começando por contratos transfronteiriços de compra e venda de mercadorias (B2B—*business to business*), concebidos como operações-piloto, para verificar a coexistência dos regimes e a sua aplicação na prática.

3.5 DOMÍNIOS DE APLICAÇÃO FUTUROS

A necessidade de um instrumento opcional é mais forte em áreas do direito dos contratos em que prevalecem normas obrigatórias do direito nacional, as quais constituem uma barreira jurídica ao funcionamento do mercado único⁵⁰. Este aspecto já foi assinalado pela Comissão a propósito dos serviços financeiros, incluindo os seguros⁵¹. Por isso, os serviços financeiros (legislação bancária e de seguros) poderão ser um dos domínios de aplicação futura do instrumento opcional, sem prejuízo da observância da legislação relativa à proteção dos consumidores em quaisquer circunstâncias.

Um “28.º regime” também poderia ser contemplado para as vendas de bens de consumo (em especial as vendas através da internet). Contudo, para esse tipo de vendas haverá que prestar especial atenção à compatibilidade do instrumento opcional com as disposições da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores⁵², a qual, no entanto, mercê da posição defendida pelo CESE⁵³, sofreu recentemente importantes modificações no seguimento do processo de codecisão entre o Conselho e o Parlamento Europeu, cujo resultado final ainda não é totalmente conhecido⁵⁴.

Também poderiam ser adotados instrumentos opcionais para domínios do direito privado que não o direito dos contratos: os direitos de garantias relativos

a bens móveis e bens incorpóreos são obviamente susceptíveis de ser abrangidos pelo 28.º regime. A proposta da Comissão relativa a um certificado sucessório europeu⁵⁵ demonstra a possibilidade de aplicar instrumentos opcionais ao direito sucessório. Os regimes de bens no casamento poderiam ser um outro domínio de aplicação. Identicamente o regime voluntário das pensões dos cidadãos europeus⁵⁶.

4. CONCLUSÕES

4.1. Um regime opcional ou 28º regime a utilizar como forma de harmonização do direito comunitário deve:

- a) ser concebido como um “2.º regime” em cada Estado-membro, proporcionando a ambas as partes uma escolha entre dois regimes de direito nacional dos contratos;
- b) ser definido ao nível da UE e introduzido por regulamento da UE;
- c) facilitar a interação entre as partes no processo de elaboração;
- d) incluir disposições vinculativas que assegurem um elevado nível de proteção da parte mais fraca pelo menos semelhante ao que é proporcionado pelas regras obrigatórias da UE ou dos Estados-membros e aplicáveis sempre que necessário;
- e) limitar a escolha das partes à opção por um só regime na íntegra, evitando assim a possibilidade da seleção apenas dos elementos mais favoráveis de cada regime.

4.2. UM TAL REGIME APRESENTA NUMEROSAS VANTAGENS, NO-MEADAMENTE:

- a) Permite às partes contratantes realizar transações comerciais em toda a União Europeia com base num único regime de direito dos contratos, eliminando assim automaticamente os entraves que os riscos e os custos jurídicos decorrentes das diferenças entre regimes jurídicos representam para o mercado único;
- b) Deixa a decisão quanto à sua aplicação ao mercado, pelo que só será utilizado quando as partes o considerem vantajoso;
- c) A cultura jurídica de cada Estado-membro não é afetada, o que tornaria o regime opcional mais aceitável para os responsáveis políticos;
- d) Se for adequadamente concebido e aplicado através de regulamentos da UE, permite que as partes o usem mesmo para contratos puramente internos a um só país;
- e) Os tribunais não podem tratar o instrumento opcional como uma lei “estrangeira” escolhida. Por conseguinte, aplicam-se princípios como o *iura novit curia* e o acesso aos supremos tribunais nacionais é ilimitado, o que frequentemente não é o caso quando se aplicam princípios gerais ou uma lei estrangeira.

Do mesmo modo, as instituições que preveem a resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de reparação extrajudiciais não podem recusar-se a dirimir uma questão invocando o argumento de ele se reger por uma lei estrangeira.

4.3. ALGUMAS DIFICULDADES EXISTEM NA APLICAÇÃO DESTE TIPO DE REGIMES OPCIONAIS:

a) A inter-relação entre o instrumento opcional e o direito privado internacional europeu, nomeadamente no que respeita às regras que asseguram a ordem pública a nível nacional (ordem pública – Artigo 21.º do Regulamento n.º 593/2008 [Roma I]);

b) Até um instrumento opcional setorial requer um conjunto de princípios gerais do direito privado;

c) Um instrumento opcional que abranja exclusivamente as questões de direito privado não pode aplicar-se a problemas do direito fiscal;

d) Os consumidores devem ser devidamente informados da natureza, das vantagens e inconvenientes de um instrumento opcional.

4.4. Por todas estas razões, o debate sobre este tipo de regime deve continuar a ser aprofundado a vários níveis – mundo académico, partes interessadas (profissionais, consumidores, etc.), centros de investigação e instituições da UE, sobretudo no âmbito da iniciativa “Legislar melhor” – a fim de definir as condições necessárias para que o novo instrumento seja viável e útil.

4.5. Enfim, a sua avaliação *ex ante* deve analisar cuidadosamente o impacto potencial da legislação opcional nas atuais regras obrigatórias em vigor nos Estados-membros. Também deve examinar o risco de essa legislação ser aproveitada para contornar as regras nacionais obrigatórias em detrimento da parte mais fraca.

Bruxelas, 28 de fevereiro de 2011

a) Jorge Pegado Liz

NOTAS

¹ Advogado, membro do Conselho Económico e Social Europeu (CESE) e Presidente da Comissão Consultiva para as Mutações Industriais (CCMI), Bruxelas

² JO C 157 de 28.6.2005, p.1.

³ Parecer CESE 72/2011 sobre o Livro Verde dos sistemas de reformas adequados viáveis e seguros na Europa (SOC/386), adotado em 20 de janeiro de 2011

⁴ Cf. Henri de CASTRIES, « *Le 28^{ème} régime : un outil au service de l'intégration du marché des services financiers de détail* », in *Revue d'Économie financière*, 11.04.08

⁵ JO C 157 de 28.6.2005, p.1, relator: Jorge Pegado Liz; JO C 318 de 23.12.2006, p. 200, relator: Frank Von Fürstenwerth; JO C 65 de 17.3.2006, p. 134, relator: Guido Ravoet; JO C 309 de 16.12.2006, p. 26, relator: Edgardo Maria Iozia; JO C 65 de 17.3.2006, p.13, relator: Umberto Burani; JO C 27 de 3.2.2009, p.18, relator: Angelo Grasso; JO C 151 de 17.6.2008, p.1, relator: Edgardo Maria Iozia; JO C 175 de 28.7.2009, p. 26, relator: Jorge Pegado Liz.

⁶ CESE 1869/2009 (INT/499) adotado em 28 de Abril de 2010

⁷ Sobre a interpretação do Instrumento Opcional como um “2.º regime”, ver Heiss, Introdução, em Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law* [Princípios do Direito Europeu dos Contratos de Seguros] (2009), I 45.

⁸ Ver Heiss, Introdução, em Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law* (2009) I 47. Por exemplo, o provedor de justiça de seguros da Alemanha pode recusar-se a aceitar uma queixa de acordo com o seu Código de Procedimento se a decisão tiver de ser proferida com base em lei estrangeira Contudo, um instrumento opcional europeu seria um “2.º regime” do direito dos contratos em cada Estado-membro e não poderia, por isso, ser considerado direito “estrangeiro” pelo provedor de justiça alemão.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ver, por exemplo, Basedow, “Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz: Opt-in, opt-out, wozu überhaupt?” [Um direito europeu dos contratos opcional: *Opt-in* ou *opt-out*, e para quê], ZEuP 2004, 1.

¹¹ A Assembleia Nacional de França adoptou recentemente um relatório de informação sobre os direitos dos consumidores (a relatora foi Marietta Karamanli) que recomendou que fosse posto à prova um “28.º regime” jurídico europeu no quadro do Regulamento Roma I.

¹² Um pouco como o personagem do “Bourgeois Gentil’homme” de Molière quee fazia prosa sem o saber...

¹³ De acordo com o professor M. Hesselink, da Universidade de Amsterdão, no que respeita à justiça social um 28.º regime poderia ser a opção carregando num botão azul; se o projeto de quadro comum de referência (PQCR) se tornasse num instrumento opcional nas transacções empresas-consumidores, isso não causaria *dumping* social; a possibilidade de optar pelo regime jurídico previsto no PQCR, caso seja autorizada pelo legislador europeu, traria vantagens para todos nas transacções empresasconsumidores.

¹⁴ Ver Heiss/Downes, “Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law: Reflections from a Private International Law Perspective” [Elementos não opcionais de um direito europeu dos contratos opcional: Reflexões da perspectiva do direito privado internacional], ERPL 13 (2005), 693 (699).

¹⁵ Hesselink/Rutgers/de Booy, “The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law” [Base jurídica para um instrumento opcional do direito europeu dos contratos], documento de trabalho n.º 2007/04 do Centro para o Estudo do Direito Europeu dos Contratos.

¹⁶ Tomando como modelo os Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PDECS), e sem prejuízo de discussões posteriores.

¹⁷ Ou através de regras gerais aplicáveis a todos os tipos de contrato previstos em *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edição preliminar de 2009, se e quando essas regras forem reconhecidas ou introduzidas por um instrumento legislativo da UE.

¹⁸ O texto está disponível em www.uncitral.org.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Ver artigo 6.º da CISG, artigo 3.º da Convenção sobre Factoring Internacional e artigo 5.º da Convenção sobre Locação Financeira Internacional.

²² Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, sobre o estatuto da sociedade europeia, JO L 294 de 10.11.2001, p. 1.

²³ Regulamento (CEE) n.º 2137/85 do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativo à instituição de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE), JO L 199 de 31.7.1985, p. 1.

²⁴ Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 2 de Julho de 2003, relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), JO L 207 de 18.8.2003, p. 1.

²⁵ Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de Fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária, JO L 78 de 24.3.2009, p. 1.

²⁶ O regulamento foi adotado em 4 de Dezembro de 2009 mas ainda não está publicado no Jornal Oficial.

²⁷ Ver 10.º considerando do Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento, JO L 399 de 30.12.2006, p. 1, versão modificada.

²⁸ Ver 8.º considerando do Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, que estabelece um processo europeu para acções de pequeno montante, JO L 199 de 31.7.2007, p. 1.

²⁹ Ver Capítulo VI da Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu, COM(2009) 154 final.

³⁰ Como foi correctamente referido no parecer do CESE sobre legislar melhor (CESE 1068/2005 de 28.9.2005, ponto 1.1.2, relator: Daniel Retureau, “Legislar melhor é, antes de tudo, colocar-se ao nível do utente da norma jurídica. Daí a importância de um método participativo, que organize a consulta prévia e tenha em conta a representatividade das organizações da sociedade civil e dos parceiros sociais ...”.

³¹ Principais documentos da Comissão nesse domínio:

Estratégia da União Europeia em favor do desenvolvimento sustentável, COM (2001) 264 final

Comunicação sobre a Avaliação de Impacto, COM (2002) 276 final

Plano de acção – Simplificar e melhorar o ambiente regulador, COM (2002) 278 final

Obtenção e utilização de competências especializadas, COM (2002) 713 final

Actualizar e simplificar o acervo comunitário, COM (2003) 71 final

Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa – Estratégia de simplificação do quadro regulador, COM (2005) 535 final

Análise estratégica do programa Legislar melhor na União Europeia, COM (2006) 689 final

Primeiro relatório intercalar sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, COM (2006) 690 final

Segundo relatório intercalar sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, COM (2008) 33 final

Guia prático conjunto para a redacção de legislação comunitária (para as pessoas que participam na redacção de legislação nas instituições da UE).

³² Principais documentos do PE:

Relatório sobre Legislar Melhor 2004 – aplicação do princípio da subsidiariedade (12º relatório anual), A6-0082/2006

Relatório sobre o vigésimo primeiro e o vigésimo segundo relatórios anuais sobre o controlo da aplicação do direito comunitário (2003 e 2004) apresentados pela Comissão, A6-0089/2006

Relatório sobre as implicações institucionais e jurídicas da utilização de instrumentos jurídicos não vinculativos (“soft law”), A6-0259/2007

Relatório sobre o programa Legislar Melhor na União Europeia, A6-0273/2007

Relatório sobre a minimização dos custos administrativos impostos pela legislação, A6-0275/2007

Relatório sobre Legislar Melhor 2005 – aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade – 13º relatório anual, A6-0280/2007

Relatório sobre a revisão do mercado único: superar barreiras e ineficiências

através de uma melhor implementação e aplicação, A6-0295/2007

Relatório sobre o Vigésimo Terceiro Relatório Anual da Comissão sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário (2005), A6-0462/2007

³³ Principais documentos do CESE:

Parecer de iniciativa sobre a *Simplificação das regras no Mercado Único*, CESE 1174/2000, JO C 14 de 16.1.2001

Parecer de iniciativa sobre *Simplificação* CESE 1496/2001, JO C 48, de 21.2.2002

Parecer exploratório sobre *Simplificar e melhorar o ambiente regulamentar* COM(2001) 726 final, CESE 364/2002, JO C 125, de 27.5.2002

Parecer de iniciativa sobre *A simplificação, com referência particular à Governação Europeia: Legislar melhor*, CESE 398/2003, JO C 133, de 06.06.2003

Parecer sobre *A actualização e simplificação do acervo comunitário*, COM (2003) 71 final, CESE 500/2004, JO C 112, de 30.04.2004

Brochura intitulada *Qual a situação do mercado único alargado? 25 Conclusões do Observatório do Mercado Único* CESE C-2004-07-EN

Relatório de Informação sobre *A situação da co-regulação e da auto-regulação no Mercado Único*, CESE 1182/2004 fin

Brochura intitulada *Melhoria do quadro regulamentar da União Europeia – a montante e a jusante do processo legislativo* CESE 2005-16-EN

Parecer exploratório solicitado pela Presidência britânica sobre *Legislar melhor*, CESE 1068/2005, JO C 24, de 31.1.2006

Parecer de iniciativa sobre *Como melhorar a aplicação e observância da legislação da UE*, CESE 1069/2005, JO C 24, de 31.01.2006

Parecer sobre *Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa – Estratégia de simplificação do quadro regulador*, COM (2005) 535 final, CESE 952/2006, JO C 309, de 16.12.2006

Parecer exploratório a pedido da Comissão Europeia sobre a *Simplificação do quadro regulamentar do sector das máquinas*, CESE 1238/2007, JO C 10, de 15.1.2008

³⁴ Relatório do grupo de peritos independente sobre legislação e simplificação administrativa (COM (95) 0288 – C4-0255/95 – SEC (95) 1379). Há que fazer ainda uma referência especial ao Relatório Mandelkern (Novembro de 2001) e às suas recomendações, sintetizadas no Parecer CESE 364/2002, de 21/03/2002, relator K. Walker.

³⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF>

³⁶ Já no Parecer CESE 1174/2000 de 19.10.2000, relator Bruno Vever, o CESE reconheceu que “Não se trata de defender uma desregulamentação brutal

e simplista que prejudicaria a qualidade dos produtos, dos serviços e dos interesses colectivos de todos os utentes sejam eles empresários, assalariados ou consumidores. A economia e a sociedade têm necessidade de regras para funcionarem bem” (ponto 2.8). No seu parecer sobre Legislar Melhor (CESE 1068/2005 de 28/09/2005) o CESE afirmou que “simplificar é reduzir tanto quanto possível a complexidade do direito, mas tal não significa que haja que reduzir forçosamente de maneira drástica a obra legislativa comunitária ou desregulamentar, sob pena de se ir contra a expectativa de segurança que emana da sociedade civil e a necessidade de segurança jurídica e de estabilidade expressa pelas empresas, nomeadamente as PME”; e no seu parecer sobre a Revisão do Mercado Único (CESE 89/2007 de 17/01/2007, relator Bryan Cassidy) o CESE recordou que “a elaboração de menos regulamentação não se traduz necessariamente num melhor quadro regulamentar” (ponto 1.1.17).

³⁷ “*Quanto menos (normas) melhor*”, http://bre.berr.gov.uk/regulation/news/2005/050720_bill.asp

³⁸ Parecer de Iniciativa do CESE 1905/2008, (INT/415), sobre “*A abordagem proativa do direito: Um passo para legislar melhor a nível da UE*”, aprovado em 3 de Dezembro de 2008. A primeira obra em que se fala de “*contratação proativa*” foi publicada em finlandês, em 2002: Soile Pohjonen (Ed.): *Ennakoiva sopiminen*. Helsínquia 2002.

³⁹ Ver <http://www.proactivelaw.org>.

⁴⁰ Para mais informação ver Helena Haapio, *An Ounce of Prevention – Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success*, publicado no Jornal Jurídico Finlandês JFT, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, volume 1/2007, bem como em Helena Haapio (Ed.): *A Proactive Approach to Contracting and Law*, Turku 2008. e em Peter Wahlgren & Cecilia Magnusson Sjöberg (Eds): *A Proactive Approach*, Volume 49 dos Scandinavian Studies in Law, Stockholm 2006; ver <http://www.cenneth.com/sisl/tom.php?choice=volumes&page=49.html>.

⁴¹ As definições no dicionário do termo *proactivo* salientam dois aspectos principais: um elemento de *antecipação*, que implica agir em antecipação de uma situação futura, como “agir antecipando problemas futuros, necessidades ou alterações” (Merriam-Webster Online Dictionary), e um elemento de *tomada* de controlo e de *provocar* alterações, por exemplo, “controlar uma situação fazendo com que algo aconteça em vez de aguardar e reagir apenas após o acontecimento se ter produzido” (proactive.Dictionary.com. WordNet® 3.0. Universidade de Princeton). – A investigação recente sobre comportamento proactivo assenta em definições análogas. Parker et al. (2006) define comportamento proactivo como uma acção de antecipação pessoal do agente com o objetivo de alterar e melhorar

a sua situação. Ver o programa de investigação sobre proactividade em organizações em <http://proactivity.group.shef.ac.uk/>.

⁴² Louis M. Brown foi o primeiro a introduzir esta abordagem com este nome numa obra intitulada *Manual of Preventive Law*, Prentice-Hall, Inc., New York 1950.

⁴³ Ver Civil.justice.2000 – A Vision of the Civil Justice System in the Information Age 2000. <http://www.dca.gov.uk/consult/meta/cj2000fr.htm#section1>.

⁴⁴ Ver von Bar/Clive/Schulte-Nölke *et al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Princípios, definições e modelo de regras do direito europeu dos contratos – Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR)], Outline Edition (2009); o Projeto de Quadro Comum de Referência pode ser consultado em Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law* [Princípios do Direito Europeu dos Contratos de Seguros] (2009).

⁴⁵ Audição de Viviane Reding, comissária designada responsável pela Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania, no Parlamento Europeu, 7.1.2010. Cf. sobre os aspectos jurídicos de direito internacional privado desta solução, o profundo artigo de Helmut HEISS e Noemi DOWNES “*Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective*”, in *European Review of Private Law* 5-2005, pags 693 e sgs.

⁴⁶ O artigo 1.º, n.º 102 dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PDECS) reza assim: “*Aplicam-se os PDECS quando as partes, não obstante quaisquer limitações de escolha da legislação ao abrigo do direito internacional privado, concordarem em que o seu contrato se reja por eles*” [NT: tradução não oficial]. (Basedow, “The Optional Application of the Principles of European Insurance Contract Law” [Aplicação Opcional dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro], em Fuchs (ed.), *European Contract Law*, ERA Forum, Edição Especial 2008, vol. 9, p. 111)

⁴⁷ COM (2010) 348 final de 01.07.2010

⁴⁸ Ver von Bar/Beale/Clive/Schulte-Nölke *in* von Bar/Clive/Schulte-Nölke *et al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Princípios, definições e modelo de regras do direito europeu dos contratos – Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR)], edição preliminar de 2009, Introdução, p. 79.

⁴⁹ CESE 60/2011 (INT/524), aprovado a 19 de janeiro de 2010, relator A. Pezzini

⁵⁰ Ver Heiss/Downes, *Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law*, ERPL [Elementos não opcionais de um direito europeu dos contratos opcional] (2005) pp. 693, 697 e seguintes.

⁵¹ Ver, por exemplo, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Maior coerência no direito europeu dos contratos – Plano de acção, de 12 de Fevereiro de 2003, COM (2003) 68 final, n.ºs 47 e 48.

⁵² COM (2008) 614 final

⁵³ Parecer CESE 1190/2009 (INT/464) de 16 de julho de 2009, relator H. Bataller.

⁵⁴ Será um tema de relevante interesse para o direito comunitário do consumo, a tratar em próximo artigo.

⁵⁵ Ver COM (2009) 154 final, referido já no ponto 3.6.3 supra.

⁵⁶ Ver Parecer CESE 72/2011 (SOC/386) de 20 de Janeiro de 2011

DIREITO DO CONSUMO E DIREITO DO CONSUMIDOR: REFLEXÕES OPORTUNAS

ANTÔNIO CARLOS EFING

Doutor pela PUC/SP

Professor da Pontifícia Universidade Católica do
Paraná, nos cursos de graduação, pós-graduação,
mestrado e doutorado

EXCERPTS

“The entire production chain also has state protection and rulings that act in the economic order and in the consumer market, serving as the object of consumption law”

“Consumer law addresses all issues related to consumption, including both suppliers and consumers”

“Consumer law, as a new branch of law, provides itself with distinct principles from other legal systems”

“To establish a consumption relationship, it is necessary that the subjects involved (supplier and consumer) and its object concerned (product or service) be adjusted to the features predicted by the CDC”

“This consumption relationship is marked by dynamism in Brazilian law, because the same person deemed as a consumer in a legal relationship may appear as a supplier in another legal relationship”

“Consumption law focus on the analysis of the consumer society and the dynamics of this relationship and its impact on the environment, the economy, and society itself”

RESUMO

A proteção do consumidor no Brasil encontra seu fundamento jurídico na Constituição Federal de 1988 com vistas ao desenvolvimento do país e à proteção da dignidade do cidadão. Portanto, quando se trata da proteção outorgada pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) quer-se garantir que o cidadão, reconhecidamente vulnerável, seja efetivamente protegido e tenha suas garantias de preservação da saúde, segurança e melhoria da qualidade de vida asseguradas pelo ordenamento legal. Contudo, o direito do consumidor, em que pese ser microsistema de direito, envolve uma relação de consumo, cuja configuração depende da presença de sujeitos (consumidor e fornecedor) e objeto (produto e/ou serviço). Neste sentido, enquanto uma relação abarcada pelo direito do consumo envolve necessariamente uma análise mais abrangente da sociedade e das repercussões geradas aos sujeitos (consumidores e fornecedores) no plano individual e coletivo, ao meio ambiente e à economia, o direito do consumidor centra-se na figura submissa e vulnerável do mercado de consumo. Assim, a adoção da terminologia direito do consumo afigura-se mais adequada para o estudo de todos os aspectos das relações jurídicas de consumo encetadas numa sociedade complexa e dinâmica marcada pela produção e consumo em massa.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; direito do consumo; proteção do cidadão vulnerável na sociedade de consumo; desenvolvimento socioeconômico.

ABSTRACT

In Brazil, consumer protection finds its legal basis in the Federal Constitution of 1988, being related to national development and the protection of citizen's dignity. Therefore, when it comes to the protection granted by the Act # 8078 of 1990 (the Consumer Protection Code) the goal is to ensure that citizens, legally acknowledged as vulnerable, are effectively protected and have their rights of preservation of health, safety and improvement of the quality of life guaranteed by the legal system. However, consumer law, despite being a legal microsystem, involves a legal relation of consumption whose configuration depends also on the presence of another party (supplier) and an object (product and/or service). In this sense, while the legal relations covered by the term "consumption law" necessarily involves a more comprehensive analysis of society and of the impacts faced by the parties (consumers and suppliers), both on the individual and collective perspective, and by environment and economy, consumer law focuses on the submissive and vulnerable party in the consumer market. Thus, the use of the term "consumption law" seems more appropriate for the study of every aspect of the legal relations of consumption situated in today's complex and dynamic society.

KEYWORDS: consumer law; consumption law; vulnerable citizen's legal protection; socioeconomic development.

INTRODUÇÃO

O direito do consumo justifica-se nas atuais sociedades e nelas encontra a sua gênese, regulando a produção e a comercialização de produtos e serviços pela ótica do consumo. Encontra-se o direito do consumidor num contexto atual, não obstante as dificuldades prementes de aplicação do diploma consumerista no caso concreto quando se trata da inversão do ônus probatório (inclusive das custas processuais), da pessoa jurídica consumidora, dentre outras dificuldades.

Tratando-se a relação entre fornecedor e consumidor de um fenômeno de massa, não se pode admitir a adoção de soluções individualistas que contrariam a conexão da sociedade de consumo com o direito.

Merecem os consumidores a devida tutela do ordenamento jurídico, enquanto classe vulnerável, para que assim possam estar protegidos frente ao fortalecimento da empresa, que se posiciona de modo a impor as regras nos contratos, gerando, desta forma, a figura dos contratos de adesão e práticas homogeneizadas no mercado de consumo.

Este estudo pretende analisar quais são as implicações jurídicas do direito do consumidor e do direito do consumo para a sociedade brasileira. Para tanto, traça-se, no primeiro capítulo, as distinções entre o direito do consumo e o direito do consumidor, com o fim de situar as características terminológicas dentro da realidade jurídica brasileira. No segundo capítulo analisa-se o direito do consumidor enquanto ramo do direito, com o fim de identificar a autonomia deste ramo. Por fim, verificam-se no cenário brasileiro as implicações da análise do direito do consumo e a dinamicidade destas relações.

1. SIMETRIAS E ASSIMETRIAS ENTRE DIREITO DO CONSUMO E DIREITO DO CONSUMIDOR

Ao analisar a situação do consumidor no direito europeu, Mário Frota¹ entende que a “emergência de uma incipiente política de consumidores nos anos 70 do século XX é ainda fruto da concepção original – o consumidor é um agente econômico”. Para o referido autor, a economia só prospera pelo escoamento de produtos e de serviços que a seu redor se moldam: o alvo é um só – a massa anônima de consumidores². Neste cenário o homem não é nada para além da economia, submetendo-se a ela e às suas leis, não sendo sujeito na economia, não sendo titular de direitos, mas objeto visto que é destinatário sem estatuto dos produtos, moldados à conveniência do mercado, manipulador pelos meios de que o mercado possa lançar mão³.

Ao traçar as características entre direito do consumo e direito do consumidor é importante lembrar a lição de José de Oliveira Ascensão de que o direito, mais do que apenas um fenômeno humano, é um fenômeno social, havendo uma ligação necessária entre direito e sociedade⁴. Indo além, se por ordem jurídica se compreende a noção englobante em que se inscrevem as instituições, órgãos, fontes do direito, vida jurídica e situações jurídicas, por direito pode se referir ao complexo normativo que exprime esta ordem⁵.

A ciência do direito – que estuda o direito a partir do método jurídico – impôs a demarcação da ordem jurídica em setores ou ramos cujo conteúdo é estruturado a partir de princípios gerais que lhes sejam próprios, a fim de permitir um aprofundamento coordenado dos conteúdos neles abrangidos. Os ramos clássicos de estudo do direito, por sua vez, pela mesma necessidade organizam-se em seus respectivos sub-ramos. Conclui Ascensão que, “defeituosa ou não, a sistemática clássica tem funcionado satisfatoriamente. Enraizou-se de tal maneira que não é sensato propugnar pela sua substituição⁶”.

No âmbito de ramificações desenvolvidas pela ciência do direito em seus estudos depara-se com a distinção a ser traçada entre a terminologia direito do consumo e direito do consumidor.

Conforme ensina Carlos Ferreira de Almeida, a expressão em português direito do consumo corresponde ao normalmente empregado no direito francês e nas obras belgas e canadenses redigidas em francês como *droit de la consommation*, e pode ainda ser encontrada em obras espanholas (*derecho de consumo*) e italianas (*diritto del consumo*); já a expressão direito do consumidor corresponde ao comumente utilizado nos direitos de origem linguística anglo-saxônica (*consumer law*), germânica (*Verbraucherrecht*) ou holandesa (*consumentenrecht*), embora também seja encontrado em obras em espanhol (*derecho del consumidor*) e em português⁷.

Embora seja possível afirmar, inicialmente, que tanto o direito do consumidor quanto o direito do consumo se debrucem sobre o complexo de normas jurídicas de proteção aos consumidores, divergem em relação à extensão desta proteção: se, de maneira mais restrita, tenha-se por objeto somente as normas que diretamente digam respeito aos consumidores, ou se, de maneira mais ampla, abarcam-se as normas de proteção de “outras pessoas que estão à mercê da organização econômica da sociedade”, regulando também o mercado de consumo⁸.

Almeida oferece uma interessante ferramenta para se avaliar quando se está diante da ciência do direito vertida no direito do consumo ou da ciência do direito vertida no direito do consumidor. Sintetiza a divergência concluindo que a disciplina que a ciência do direito der à proteção do consumidor em relação a regimes jurídicos mais diferenciados (como práticas comerciais, preços, informação,

redução e limitação à livre fixação de preços, rotulagem, requisitos de segurança de alimentos, de medicamentos e de outros bens e serviços, e pressupostos para a atuação comercial), indo além do estudo dos temas nucleares como contratos de consumo, responsabilidade do fornecedor/ produtor, publicidade e resolução de litígios de consumo, serve de parâmetro para a percepção de se estar diante de uma abordagem mais ampla ou mais restrita quanto ao direito do consumo (ou do consumidor)⁹. Além da observação dos regimes jurídicos controvertidos, Almeida acrescenta que para muitos autores a extensão do direito do consumo dependeria também do conceito de consumidor adotado, entendendo ele, no entanto, que a noção de situações jurídicas de consumo melhor serviria para delimitar seu objeto¹⁰.

Em outra ocasião tivemos a oportunidade de esclarecer em relação ao direito brasileiro que, se por um lado temos a proteção do consumidor compreendida pelo direito do consumidor, por outro toda a cadeia produtiva também possui proteção e regramento legal em sua atuação na ordem econômica e no mercado de consumo, servindo de objeto do direito do consumo. Desta forma, enquanto o direito do consumidor mais especificamente prestar-se-ia à disciplina das relações havidas entre consumidores e fornecedores na relação jurídica de consumo

A CADEIA PRODUTIVA
TAMBÉM POSSUI
PROTEÇÃO E REGRA-
MENTO LEGAL EM SUA
ATUAÇÃO NA ORDEM
ECONÔMICA E NO MER-
CADO DE CONSUMO

(observadas as equiparações legais previstas no Código brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90), o direito do consumo englobaria tanto o direito do consumidor como a legislação relativa às atividades de todos os agentes econômicos¹¹.

António Pinto Monteiro, a seu turno, defende que o termo mais adequado em face ao direito português seria direito do consumidor, pois foi com o objetivo de proteção do consumidor que se criaram normas para disciplinar a produção e distribuição de bens e a prestação de serviços. Ademais, não é a disciplina do consumo em si que seria objeto das normas jurídicas, e, sim, a criação de obrigações de defesa do consumidor a serem observadas por produtor e prestador. Conclui, por fim, que também em relação à Constituição portuguesa seria a expressão mais adequada, visto que se determina a proteção do *consumidor*¹².

A despeito das peculiaridades do complexo de normas jurídicas de Portugal ou do Brasil (ou dos estudos de suas respectivas ciências) que envolva de forma mais ou menos direta a proteção do consumidor, o direito é fenômeno social, não do homem ou do consumidor isolado. E como fenômeno social, é encontrado na gama de expressões da realidade social que direta ou indiretamente sejam afe-

tas à proteção do consumidor. Tratando-se de relações intersubjetivas no âmbito restrito ao consumidor e produtor/fornecedor, o direito do consumidor exprime adequadamente a realidade a que dá referência; tratando-se de relações intersubjetivas que tenham impacto amplo nas relações de consumo no mercado de consumo e, por sua vez, no contexto em que se insere, na sociedade, na economia e no meio ambiente, a expressão direito do consumo mostra-se acertada.

2. A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMO ENQUANTO RAMO DO DIREITO

Reconhecendo a ligação do direito do consumidor com outros ramos do direito, haja vista o fato de ser verdadeiro microsistema de direito é que se verifica, por meio da releitura dos problemas sobre as relações de consumo, a submissão do consumidor frente ao fornecedor.

Quando se preconiza a autonomia do direito do consumidor ou do consumo quer-se destacar a atuação de um direito especial que visa a regular situações também peculiares, que mereçam tratamento diferenciado. Nesta perspectiva não se sustenta o argumento de que surge uma nova ciência dentro da ciência do direito, mas sim, uma subdivisão, para melhor elaboração e compreensão das normas que devem regular relações fáticas especiais, como bem diz Antonio Herman V. Benjamin¹³.

Nitidamente percebem-se, portanto, os pressupostos de autonomia no direito do consumidor, quais sejam: a vastidão da matéria a merecer um estudo específico; a especialidade de princípios, conceitos, teorias, e até processos especiais de interpretação de sua formulação.

Decorre a autonomia do direito do consumidor da natureza específica da relação jurídica de consumo, a particularidade quanto aos seus sujeitos no que tange aos papéis de “fornecedor” e “consumidor”; e, sobretudo da originalidade dos seus instrumentos.

A intervenção estatal no mercado de consumo empreendida pelo direito do consumidor assim se concretiza em homenagem à coletividade consumidora, uma vez que outros ramos do direito, por não tratarem das relações de consumo abrangendo toda a sua complexidade, acabavam por interpretar a matéria de maneira inadequada.

A autonomia do direito do consumidor igualmente encontra seu fundamen-

O DIREITO DO
CONSUMIDOR, COMO
UM NOVO RAMO DO
DIREITO, DOTA-SE DE
PRINCÍPIOS PARTICU-
LARES DISTINTOS DOS
DEMAIS SISTEMAS
JURÍDICOS

to na própria necessidade de criação do seu Código: “sem uma visão autonômica do Direito do Consumidor, a implementação e interpretação do CDC ficam seriamente ameaçadas”, como arremata Antonio Herman V. Benjamin¹⁴.

O direito do consumidor como ramo distinto dos demais ramos do direito, e tendo como fenômeno norteador a relação jurídica de consumo, abrange institutos jurídicos a cuidarem da matéria e que, como tais, tutelam-na com o objetivo de outorgar aos consumidores e à sociedade de consumo a proteção que lhes é constitucionalmente assegurada.

Sob esta ótica, compete neste momento compor um conteúdo ao direito do consumidor acolhendo normas a criarem direitos específicos e a proteção devida ao consumidor; normas asseguradoras da eficácia dos mesmos direitos, assim como aquelas que promovam a devida representação dos consumidores frente aos órgãos estatais detentores do poder de decisão sobre o mercado, fazendo também parte do núcleo do direito do consumidor os mecanismos jurídicos que visam a racionalizar e a dirigir o comportamento do consumidor¹⁵.

Cumpre, diante da importância do assunto, oferecer a distinção entre direito do consumidor e “direitos dos consumidores”. Estes últimos correspondem a um prisma individual daquele primeiro e a uma expressão já existente antes do surgimento do direito do consumidor. Já o direito do consumidor desponta para solucionar os problemas gerados na relação de consumo, à qual pertencem tanto fornecedores como consumidores. Quanto aos direitos dos consumidores, não obstante alguns fossem previstos anteriormente ao efetivo surgimento do direito do consumidor, dele renascem, visto que este comporta não só os direitos, mas também os deveres dos consumidores. Portanto, o direito do consumidor pretende dar um tratamento especial à relação jurídica de consumo, além de regrá-la devido à extensão social que alcança¹⁶, conforme anteriormente comentado.

O direito do consumidor segue a tendência atual na adoção de microsistemas reguladores de determinadas situações jurídicas, imunes às desconexas influências de outros ramos do direito que se situam à margem das relações por eles regradas. O direito do consumidor não se afasta desta inclinação, pois a situação que rege é a relação de consumo, composta das particularidades desta decorrentes. Desta forma, as normas do Código Civil, do Código de Processo Civil etc., somente incidirão no contexto do direito do consumidor para suprirem eventuais lacunas do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁷. Neste caso, deverá existir conformidade entre as normas de outros diplomas legais e os princípios reguladores das relações de consumo¹⁸.

O CDC, instrumento normativo regente dos direitos do consumidor no

Brasil, e como tal dotado de particularidades inerentes à relação de consumo, encontra na sua base princípios próprios que distinguem o direito do consumidor dos demais ramos do direito. Neste sentido leciona Nelson Nery Júnior:¹⁹ “no CDC, os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos arts. 1º ao 7º do Código. De resto, o que consta na lei corresponde ao desdobramento desses princípios”.

O art. 4º do CDC, quando dispõe sobre a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, ressalta a importância da boa-fé e do equilíbrio contratual, enquanto princípios basilares das relações entre consumidores e fornecedores.

Já no que tange à inversão do ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor propôs uma inovação no âmbito do processo civil, posto que de maneira geral caberia ao reclamante a apresentação de provas. Essa medida adotada pelo CDC nada mais pretendeu do que obter o equilíbrio preconizado no direito do consumidor, já que vulnerabilidade e hipossuficiência são características frequentes dos consumidores nas relações de consumo. Assim, pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, estabeleceu o legislador no CDC que, quando a critério do juiz for o consumidor considerado hipossuficiente, ou quando houver verossimilhança das alegações, é seu direito a inversão do ônus da prova, com o fim claro de facilitar a defesa de seus direitos (artigo 6º do CDC).

Ainda no campo processual, ressalta-se a preocupação do legislador com a facilitação do acesso à justiça para concretização da proteção ao consumidor. O CDC propõe na seção sobre a defesa do consumidor em juízo, do desenvolvimento das ações coletivas, a class action do direito norte-americano, para facilitar a efetiva proteção dos direitos do consumidor. Ainda, os órgãos como os Procons e principalmente o Ministério Público possibilitam efetivação judicial das reclamações formuladas pelos consumidores²⁰.

O CDC, ao dispor no seu art. 83 sobre a admissibilidade de todas as espécies de ações capazes de propiciar a efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos pelo referido código, propõe a ideia de que as ações previstas em seu Título III não excluem quaisquer outras, desde que “compatíveis e idôneas”, constantes do sistema processual civil brasileiro²¹. Percebe-se, portanto, a abrangência do art. 83 do CDC a amoldar-se à amplitude do contexto do direito do consumidor, a cons-

O DIREITO DO
CONSUMIDOR
DESPONTA PARA
SOLUCIONAR OS
PROBLEMAS GERADOS
NA RELAÇÃO DE
CONSUMO, À QUAL
PERTENCEM TANTO
FORNECEDORES COMO
CONSUMIDORES

tituir uma nova concepção na proteção da parte frágil na relação de consumo.

Também o CDC, no art. 84, § 5º, que possibilita ao juiz a tomada de medidas adequadas, principalmente de caráter cautelar, que permitam a obtenção de resultado prático, com vistas à satisfação dos direitos do consumidor²², reflete o avanço empregado pelo legislador pátrio, visando garantir a efetiva tutela do consumidor.

No âmbito da desconsideração da personalidade jurídica sucede o prevalecimento da ideia de que ela ocorrerá quando a personalidade atribuída à sociedade, ou a qualquer ente jurídico personificado, “for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor”²³.

Quanto ao princípio da confiança, o CDC salvaguardará a confiança depositada pelo consumidor à prestação contratual, que deverá se conformar ao fim que razoavelmente dela se espera. As normas imperativas do CDC “irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado”²⁴.

Portanto, o direito do consumidor, como um novo ramo do direito, dota-se de princípios particulares distintos dos demais sistemas jurídicos. No entanto, não ocorre de todo o seu desligamento com os demais ramos, pois, em casos de lacunas na lei à proteção da sociedade de consumo, outros diplomas legais concorrerão para supri-las, ao mesmo tempo em que não deverão contrariar os princípios nela vigentes.

3. CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Como visto, as expressões direito do consumidor e direito do consumo são distintas. Direito do consumo é mais abrangente e envolve toda a tutela do consumidor na sociedade de consumo (tanto consumidor pessoa física quanto consumidor jurídica, conforme adotou o direito brasileiro), preocupando-se com os direitos e obrigações de todos os partícipes das relações de consumo.

Nesta perspectiva, a tutela do Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade máxima regular as relações de consumo, razão pela qual impende seja aclarado o que vem a ser relação de consumo.

Pode-se definir relação jurídica como um vínculo estabelecido entre pessoas, acerca de determinado bem ou interesse jurídico, em que há a incidência de regras jurídicas. Percebe-se, de início, que a relevância jurídica do vínculo é fato gerador da chamada juridicização da relação social. Conforme afirma Francisco Amaral²⁵, “relação jurídica é o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas

ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos”.

Aplicada esta noção à relação jurídica de consumo, segundo leciona Nelson Nery Júnior²⁶, “entende-se por relação de consumo a relação jurídica entre ‘fornecedor’ e ‘consumidor’ tendo como objeto o ‘produto’ ou o ‘serviço’”.

Ainda, José Geraldo Brito Filomeno²⁷ entende que a “relação de consumo configura-se em relação jurídica por excelência, pressupondo sempre três elementos, quais sejam, dois polos de interesses (consumidor e fornecedor) e a coisa – objeto desses interesses – que representa o terceiro elemento, e, consoante ao CDC, abrange produtos e serviços”.

Considerando que a relação parte de uma concepção com base nos vínculos entre as pessoas é que se desenvolveu uma concepção normativista, ou seja, de relação jurídica enquanto vínculo entre sujeitos e sistema normativo, ou entre pessoas e objetos – uma concepção que possui, no entanto, pequena expressão na comunidade jurídica. Já da análise da concepção personalista, pode-se verificar que a configuração da relação jurídica é dada pela coexistência de um requisito material – a relação social – e de um requisito formal – a incidência normativa.

Nesse sentido, pondera Francisco Amaral que:

A relação social assim regulada passa a denominar-se relação jurídica, que apresenta, portanto, dois requisitos: um de ordem material, que é a relação social, o comportamento dos indivíduos; outro de ordem formal, que é a norma de direito incidente, que confere a relação social o caráter de jurídica²⁸.

Desta forma, para restar configurada uma relação de consumo, necessário é que os sujeitos envolvidos (consumidor e fornecedor), bem como o seu objeto (produto e/ou serviço), se amoldem aos traços previstos pelo CDC.

Entendemos por relação de consumo, objeto do regramento instituído pelo CDC, a relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor tendo por objeto produto e/ou prestação de serviço, segundo as conceituações do CDC brasileiro³⁰.

Esta relação de consumo é marcada no direito brasileiro pela dinamicidade, pois a mesma pessoa conceituada como consumidora em uma relação jurídica pode figurar noutra relação jurídica como fornecedora.

A base estrutural da relação jurídica está constituída por dois elementos, um subjetivo e outro objetivo. O elemento subjetivo se refere às pessoas que estão num dos polos da relação jurídica. Têm-se as figuras do sujeito ativo (aquele que

NECESSÁRIO É QUE OS
SUJEITOS ENVOLVIDOS
(CONSUMIDOR E FOR-
NECEDOR), BEM COMO
O SEU OBJETO (PRODU-
TO E/OU SERVIÇO), SE
AMOLDEM AOS TRAÇOS
PREVISTOS PELO CDC

pode exigir um agir) e do sujeito passivo (aquele que se encontra numa situação de sujeição jurídica). Por outro lado, o elemento objetivo consiste no objeto sobre o qual recai a relação jurídica, o qual se subdivide em objeto imediato (ato ou negócio jurídico que viabilizará o alcance do bem da vida pretendido) e objeto mediato (o bem da vida, que pode ser um objeto ou interesse jurídico).

A par dessa concepção clássica de relação jurídica como a realidade estática e atomística configurada pela existência de um vínculo jurídico que liga ao elemento objetivo sujeito ativo e sujeito passivo, a partir da obra de Karl Larenz³¹ e, no Brasil, de Couto e Silva³², tem se desenvolvido a compreensão da relação jurídica, especialmente a obrigacional, como uma realidade complexa e dinâmica, um processo de direitos e obrigações que se desenvolvem e transformam no tempo, podendo ora o sujeito passivo encontrar-se na posição de sujeição jurídica e ora na posição de exigir do sujeito ativo o cumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, e vice-versa.

A MESMA PESSOA
CONCEITUADA COMO
CONSUMIDORA EM
UMA RELAÇÃO JURÍDICA
PODE FIGURAR NOUTRA
RELAÇÃO JURÍDICA
COMO FORNECEDORA

São estes os fundamentos que orientam a análise da relação jurídica de consumo, lembrando-se que a dinamicidade destas relações jurídicas é observada de maneira bem clara na medida em que a pessoa jurídica e o prestador de serviços, entre outros, ora são consumidores, ora são fornecedores, razão pela qual a adequada análise pressupõe a capacidade do intérprete da relação jurídica de segmentar cada relação objeto de estudo.

Não resta qualquer dúvida de que a importância do reconhecimento da existência ou não de uma relação de consumo reside na possibilidade

de serem aplicadas as normas determinadas pelo CDC; caso contrário – não sendo detectada a relação de consumo – se estará diante de uma relação outra, seja societária, tributária, civil, concorrencial etc., passível de regramento por distintos textos legais que não o CDC.

Também por este mesmo motivo evidencia-se a importância de serem identificadas especificamente as partes componentes da relação de consumo (consumidor, fornecedor, produto, serviço) segundo as conceituações trazidas pelo CDC, vez que somente com a presença de todos estes elementos³³ é que será possível a identificação da relação de consumo.

Complementa José Geraldo Brito Filomeno³⁴ que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-se basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consu-

mo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens³⁵, bem como a prestação de serviços.

Além disso, há que se equiparar a consumidor a coletividade ou os indivíduos que potencialmente estejam sujeitos ou propensos à referida contratação, conforme determina o CDC. Caso contrário, deixar-se-ia de conceder a tutela coletiva, por exemplo, ao público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então ao sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à sua saúde ou segurança.

Não há como fugir-se, todavia, à definição de consumidor como um dos partícipes das relações de consumo, nada mais do que relações jurídicas por excelência, mas que são obtemperadas precisamente pela situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços, a denominada vulnerabilidade.

Conclui-se que toda a relação de consumo: 1) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor fático, econômico ou equiparado) e de outro o fornecedor ou prestador de um serviço e/ou produto (produtor/fornecedor); 2) destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; 3) que o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a se submeter ao poder e às condições dos produtos daqueles mesmos bens e serviços e dos seus fornecedores.

Portanto, as implicações que decorrem do direito das relações de consumo são avaliadas por meio de toda condição jurídica, social, ambiental, econômica que envolva as transações jurídicas, considerando a relação de forma abrangente e contextualizada. Contudo, quando se fala do direito do consumidor o interesse é proteger um cidadão vulnerável e exposto às determinações e imposições do fornecedor/produtor no mercado.

CONCLUSÃO

As atuais sociedades são complexas e um mesmo sujeito (pessoa física ou jurídica) pode ser consumidor ou fornecedor de produtos e/ou serviços em diferentes relações no mercado de consumo.

Com isto, é necessário esclarecer, como faz no direito brasileiro a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o que é a relação de consumo e qual o regramento jurídico que irá proteger as pessoas no mercado de consumo atual, que possui características que colocam o consumidor em sensível desvantagem (veja-se, por exemplo, a massificação da produção e consumo e a inserção de novas tecnologias).

Contudo, o regramento do Código de Defesa do Consumidor envolve direi-

tos e deveres que se estendem à proteção do sujeito ao qual o código se dirige, ou seja, ao consumidor, versando inclusive sobre situações que envolvem a sociedade e o seu crescimento sustentável.

Neste sentido, este estudo procurou tratar sobre a dinamicidade das relações de consumo, na sociedade de consumo brasileira, complexa e massificada e a proteção do cidadão vulnerável e exposto às condições pré-estabelecidas (em sua quase unanimidade) unilateralmente pelos fornecedores.

Assim, ao aplicar uma ou outra terminologia, como se demonstra ao longo deste estudo, poderá ter efeitos práticos distintos no tratamento dispensado ao consumidor, pois o direito do consumidor visa à proteção focada do cidadão vulnerável e atende à determinação constitucional de promoção e defesa dos direitos do consumidor. O direito do consumo, por sua vez, volta-se para a análise da sociedade de consumo e a dinamicidade desta relação e suas repercussões para o meio ambiente, para a economia, e para a própria sociedade.

Tanto a adoção da terminologia direito do consumidor como direito do consumo não trazem prejuízos ao estudo que visa, antes de tudo, o aprimoramento socioeconômico e ambiental da nação.

Portanto, o esforço do operador do direito em voltar-se ao estudo das relações de consumo pode surtir efeitos para a sociedade, visto que o equilíbrio nestas relações representa, na mesma medida, o crescimento sustentável da ordem econômica do país em que está inserido.

NOTAS

¹ FROTA, Mário. Direito Europeu do Consumo, O - Reflexo da Política de Consumidores da União Europeia. Curitiba, Juruá, 2007, p. 18.

² FROTA, Mário. Direito Europeu do Consumo..., p. 18.

³ FROTA, Mário. Direito Europeu do Consumo..., p. 19.

⁴ Segundo Miguel Reale, por *socialidade* se tem uma das características da realidade jurídica: “De ‘experiência jurídica’, em verdade, só podemos falar onde e quando se formar relações entre os homens, por isso denominadas *relações intersubjetivas*, por sempre envolverem dois ou mais sujeitos. Daí sempre a nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não de podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade. O Direito é, por conseguinte, um *fato ou fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social.” (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2).

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva Luso-Brasileira. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 11 e 37.

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva Luso-Brasileira..., p. 87, 309 e 312.

⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Direito do consumo. Coimbra: Almedina, 2005. p. 16-17.

⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Direito do consumo..., p. 18.

⁹ “Na inclusão ou exclusão da maioria destes regimes jurídicos (com ressalva da quase pacífica inclusão do regime da publicidade) reside o principal foco de controvérsia acerca dos limites do direito do consumo, conforme se adopte uma concepção mais restrita de protecção (direta) dos consumidores ou alguma das concepções mais latas, próximas da (plena) regulação dos mercados de consumo.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Direito do consumo..., p. 24.)

¹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Direito do consumo..., p. 25- 52.

¹¹ EFING, Antônio Carlos (coord.). Direito do consumo. Curitiba: Juruá, 2001. p. 11-14.

¹² MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal. In: Estudos de direito do consumidor, n. 4. Coimbra: Centro de Direito do consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

¹³ BENJAMIN, Antonio Herman. O direito do consumidor. Revista dos Tribunais, 1991, vol. 670, p. 49.

¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. O direito do consumidor..., p. 60.

¹⁵ Cf. BENJAMIN, Antonio Herman. O direito do consumidor..., p. 60.

¹⁶ Cf. BENJAMIN, Antonio Herman. O direito do consumidor..., p. 60.

¹⁷ Neste sentido se manifestou a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ocasião do julgamento da Ap. Cív. 2.134/92: *Direito do consumidor. Pedido de anulação de negócio jurídico consistente em promessa de cessão de fração de terreno e promessa de compra e venda de benfeitorias. Alegação de erro de falta da promissória cessionária compradora, ao se seduzir com publicidade veiculada na televisão, quando desejosa de adquirir um imóvel para morar. Senhora aposentada, inexperiente, desassistida e hipossuficiente, que comprometeu todas as suas economias e, ainda assim, logo constatou sua impossibilidade de responder pelas parcelas vincendas e agravadas à hipótese as normas tradicionais do Código Civil, não dando, a desrespeito de questionados, o devido relevo aos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.079 de 11.09.1990), mormente em se tratando de contrato firmado já sob sua vigência (em vigor a partir de 11.09.1990). Reforma da sentença de 1º grau, para ser julgado procedente o pedido.*

¹⁸ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995. p. 229.

¹⁹ Segundo MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 288-289.

²⁰ Cf. ARRUDA ALVIM e outros. Código do Consumidor Comentado. São Paulo: RT, 1991. p. 195.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1992. p. 232.

²² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1992. p. 179.

²³ Como, por exemplo, a Lei 9.656 de 03.06.1998, que trata dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde.

²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson, *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 47 e 58.

²⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159.

²⁶ Ob. cit., p. 46-47.

²⁷ Ob. cit., p. 26.

²⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 160.

²⁹ Sobre a Transmodernidade e a Relação de Consumo, leia-se CARVALHO, Astrid Maranhão de. *In*: EFING, Antônio Carlos (coord.). Direito das Relações Contratuais 1. Curitiba: Juruá, 2002. p. 149 e s.

³⁰ Cf. EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do Direito das Relações de Consumo. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

³¹ LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, t. I. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

³² Paulo Nalin, Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier indicam a origem da expressão “*relação jurídica obrigacional como processo*” na obra “A Obrigação como Processo”, de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, primeiro publicada em 1976, e previamente apresentada pelo autor como sua tese de livre-docência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. (XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. p.299-322. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). Diálogos sobre direito civil. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008).

³³ Partes: consumidor(es) e fornecedor(es); e objetos: produto(s) e/ou serviço(s).

³⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito, *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 26.

³⁵ A jurisprudência do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, reiterada-

mente tem se manifestado pela não-incidência das normas do CDC aos contratos regidos pela Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), notadamente quanto à não abusividade da cláusula de não indenizar benfeitorias necessárias erigidas pelo locatário. Sobre este tema, leia-se interessante artigo de CALIL NETO, Abdo. A Aplicação do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Inquilinato e Outras Leis Pertinentes à Indenização das Benfeitorias Necessárias. *In: EFING*, Antônio Carlos (coord.). *Direito das Relações Contratuais 1*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 63 e s.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

ARRUDA ALVIM e outros. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 1991.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva Luso-Brasileira*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1991.

BENJAMIN, Antonio Herman. *O direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CALIL NETO, Abdo. A Aplicação do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Inquilinato e Outras Leis Pertinentes à Indenização das Benfeitorias Necessárias. *In: EFING*, Antônio Carlos (coord.). *Direito das Relações Contratuais 1*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 63 e s.

CARVALHO, Astrid Maranhão de. *In: EFING*, Antônio Carlos (coord.). *Direito das Relações Contratuais 1*. Curitiba: Juruá, 2002.

EFING, Antônio Carlos (coord.). *Direito do consumo*. Curitiba: Juruá, 2001.

Fundamentos do Direito das Relações de Consumo. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FROTA, Mário. *Direito Europeu do Consumo: O Reflexo da Política de Consumidores da União Europeia*. Curitiba, Juruá, 2007

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MONTEIRO, António Pinto. *Sobre o direito do consumidor em Portugal*. *In: Estudos de direito do consumidor*, n. 4. Coimbra: Centro de Direito do Con-

sumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; FILOMENO, José Geraldo Brito; *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). Diálogos sobre direito civil. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

UM ESTUDO DA DIRECTIVA 2005/29/CE

CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA
Orientador: Professor Doutor JAVIER LETE ACHIRICA

Trabalho de Investigação Tutelado apresentado à Universidade de Santiago de Compostela para obtenção do Diploma de Estudos Avançados no Programa de Doutoramento: La Contratación: Marco Jurídico Actual

Santiago de Compostela, 2009

EXCERPTS

“The goal outlined by CPPD is based on protecting the economic interests of consumers harmed by unfair trade practices, being such interests in perspective of a comprehensive manner”

“When we find a legitimate promotion of a product similar to another not likely to induce the consumer into error or an imitation that can lead to confusion, we are out of the scope of CPPD or within it, respectively”

“It is further noted that issues pertaining to the jurisdiction of the courts and with the certification and indication of the standards of purity of precious metal articles are also outside the scope of CPPD”

“It should be stressed that Member States only are allowed to maintain national standards according to the rules exposed, but they are, however, prohibited to introduce any rules more prescriptive or restrictive than those contained in CPPD”

“The substantial distortion of the consumer’s economic behavior is the result of an appreciable reduction in his ability to make a free, thoughtful and enlightened decision, that is, the impact of this distortion blurs the discerning consumer to the point that he decides to make a transaction that he otherwise would not have made, to the extent that his own will, because it does not meet the essential requirements of its formation, is flawed”

“Situations such as offering the consumer a choice of tea or coffee, or a shuttle to the delivery address free of charge, as long as they allow consumers to retain the freedom to accept or not the incentive, are not in the field of CPPD’s application”

“In accordance to the 8th article, aggressive commercial practices are those that, using harassment, coercion and undue influence, significantly impair the freedom of choice of the average consumer or his behavior toward a product, leading him, or at least being susceptible to lead him, to make a transaction decision he would not have taken otherwise, given the characteristics and circumstances of the case”

“We would reiterate, however, the intended desire to balance the protection of the consumers’ economic interests with the development of commercial activities by the corporations ”

I. INTRODUÇÃO

Num contexto em que o consumidor assume o papel de sujeito ativo no teatro de ações que representa o Mercado Interno da União Europeia, surge a Directiva 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, doravante designada por DPCD, objeto do presente estudo.

Directiva de um largo espectro de intervenção – todas as práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores –, a ser transposta por 27 Estados-Membros, que encerra como abordagem a acalentada harmonização plena, pedra de toque de um sem número de questões.

Assim, pretende-se com o presente estudo abordar o conteúdo deste diploma comunitário, desdobrando-o nos seus elementos-chave.

Aproximação a que se procederá, considerando a sistemática normativa consagrada pela directiva, designadamente a abordagem de aproximação das legislações nacionais pretendida, com as implicações técnicas que ela importa, o seu âmbito de aplicação e as consequentes exclusões, a técnica legislativa adotada, nomeadamente a definição de cláusulas gerais complementadas por uma lista de exemplos, analisadas atendendo aos elementos que as constituem, e finalmente os requisitos da sua aplicação, não sem antes se apontarem as suas origens e fundamentos jurídicos.

No decurso do desenvolvimento da análise que se propõe, levantar-se-ão algumas questões quanto à efetiva concretização dos objetivos traçados por este novo quadro legal aplicável às práticas comerciais desleais, procedendo-se sempre que possível, dada a sua quase inexistência, a referências jurisprudenciais europeias.

Como critério de abordagem aos conceitos e princípios plasmados na directiva em análise, partir-se-á de linhas de orientação adotadas pelo ordenamento jurídico português, porque nele se desenvolveram os quadros de raciocínio de quem se propõe desenvolver este tema, sem que com isso (pretende-se) se perca a dimensão europeia destes conceitos e princípios.

Por abordar ficarão, no entanto, as medidas adotadas pelos Estados-Membros para a transposição desta directiva, mormente a análise da sua transposição para o ordenamento jurídico português, assim como a pesquisa jurisprudencial reveladora da evolução da proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais, quer a nível europeu quer a nível nacional.

II. FUNDAMENTOS

1. ORIGEM

Surge com o Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia¹, doravante designado por Livro Verde, em 2 de outubro de 2001, a iniciativa de desenvolvimento de uma directiva quadro sobre práticas comerciais desleais, num quadro de uma apontada necessidade de reestruturação do acervo do direito europeu do consumo, designadamente em matéria de defesa do consumidor.

Desta forma, de molde a garantir um mais elevado nível de defesa do consumidor, balanceado com a ponderação dos interesses das empresas, projeta-se a criação de uma directiva que complete o quadro legal comunitário aplicável às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores, objetivo fundamental da defesa do consumidor², com perdão pela redundância.

Esta directiva foi conceptualizada como instrumento de harmonização plena, transpondo desta forma a paliçada da costumada harmonização mínima, funcionando como rede de segurança, no sentido de abranger as práticas que não são objeto de legislação comunitária setorial.

Consagra, pela sua abordagem, uma proibição geral das práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores, perspectivadas pela negativa, ou seja, enquanto práticas desleais.

Assume destaque o direito dos consumidores à informação, relevante perante omissões passíveis de consubstanciarem práticas comerciais desleais, perpassando o que diversas ações e iniciativas das instituições comunitárias vêm destacando como elemento “(...) essencial para que o consumidor beneficie das vantagens no mercado único”³.

A autorregulação e a corregulação são também pedra de toque na construção deste diploma comunitário, quer ao nível nacional quer ao nível da União Europeia, ainda que aqui se reconheça a dificuldade de implementação destes últimos códigos de conduta.

Note-se, a referência ao Livro Branco sobre Governança Europeia⁴, que consagra para a prossecução dos princípios da boa governança – designadamente o da coerência –, a promoção da utilização de instrumentos políticos como as directivas-quadro⁵, associadas a mecanismos de corregulamentação⁶.

O Livro Verde aponta também a possibilidade de recurso a orientações práticas não vinculativas que permitam atingir um maior grau de segurança jurídica, pela convergência de interpretações dos elementos conformadores de uma prática comercial desleal. Orientações que poderiam integrar a participação das partes interessadas.

Refira-se também a relevância conferida ao reforço da cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do con-

sumidor.

No cumprimento da determinação do Livro Verde surge, em 11 de junho de 2002, a Comunicação da Comissão sobre o Seguimento do Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia⁷, doravante designado por Seguimento do Livro Verde, nos termos da qual se expressa o resultado da consulta às partes interessadas e às autoridades nacionais.

De forma genérica, este documento corrobora as pretensões do Livro Verde, designadamente na adoção de uma directiva-quadro, alicerçada numa plena harmonização, baseada numa cláusula geral assente na obrigação dos profissionais, em não praticar a atividade comercial de forma desleal, consagrando categorias de “lealdade/deslealdade” a que se acrescentaria uma lista indicativa de exemplos.

Categorias que deveriam incluir a proibição das práticas enganosas, o dever de divulgar, junto do consumidor, toda a informação material que possa afetar a sua decisão, incluindo declarações, omissões e conduta, a proibição de utilizar a força física, o assédio, a coação ou qualquer abuso de influência e a divulgação efetiva de informação e o tratamento das queixas formuladas após a venda.

Destaca o desenvolvimento de códigos de conduta e as consequências do seu não cumprimento, a sua possível aprovação pelas autoridades públicas e a correspectiva presunção de conformidade com as disposições deste diploma comunitário, assim como a formulação de orientações práticas não vinculativas e a participação das partes interessadas.

Este instrumento deveria consagrar a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo e o controlo pelo país de origem, e seria aditada à lista das directivas abrangidas pelo artigo 1.º da directiva relativa às ações inibitórias.

Em 18 de junho de 2003 surge, resultado do Seguimento do Livro Verde, a Proposta de Directiva⁸ relativa às práticas comerciais desleais, cujos elementos-chave, como *infra* se verá no decurso da análise da directiva que se estuda, a que se confrontará este documento, se centram na consagração de uma harmonização plena das obrigações comunitárias em matéria de práticas comerciais desleais das empresas relativamente aos consumidores de molde a garantir um elevado nível de proteção aos consumidores.

Inclui uma proibição geral, atendendo aos critérios por ela definidos que permitem determinar se uma prática comercial é desleal, distinguindo, em particular, as duas categorias de práticas comerciais desleais, como sejam as práticas comerciais enganosas – ações e omissões – e as práticas comerciais agressivas, que incluem os mesmos elementos que os contidos na proibição geral, ainda que esta última seja autónoma.

Nos supraditos critérios, estabelece como consumidor de referência o consumidor médio na aceção do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,

doravante designado por TJCE, considerado da mesma forma nos grupos particularmente vulneráveis.

À proibição geral, coadjuvada pelas categorias suprarreferidas, acrescenta-se uma lista negra de práticas comerciais, que serão consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

Os códigos de conduta relevam, como pretendido, no controlo das disposições da directiva pelos seus titulares, realçando-se, no entanto a sua natureza voluntária.

É consagrada uma cláusula de mercado interno, pela adoção do princípio do reconhecimento mútuo, na sua mais ampla dimensão, que inclui o controlo pelo país de origem.

Com as necessárias alterações às directivas, que em matéria de práticas comerciais desleais confrontam com este dispositivo comunitário, é determinada a inclusão – por substituição – desta directiva quadro no Anexo da directiva relativa a ações inibitórias.

ESTA DIRECTIVA
FUNCIONA COMO REDE
DE SEGURANÇA, NO
SENTIDO DE ABRANGER
AS PRÁTICAS QUE NÃO
SÃO OBJETO DE LEGISLAÇÃO
COMUNITÁRIA
SETORIAL

Sem acolhimento ficaram questões como o desenvolvimento de códigos de conduta ao nível europeu – os termos da sua implementação nesta matéria –, a intervenção das autoridades públicas, a formulação de orientações práticas não vinculativas e a participação das partes interessadas.

Refira-se que esta proposta foi objeto de um estudo de Avaliação de Impacto Exaustiva, cujo Relatório⁹ expressa a análise do potencial impacto das disposições da directiva proposta, baseado em fontes como os inquéritos do Eurobarómetro, as respostas às consultas, os estudos universitários sobre a legislação vigente, os trabalhos do grupo de peritos nomeados pelos Estados-Membros e o estudo de avaliação de impacto anteriormente realizado pela GFA12.

2. MERCADO INTERNO

Consagra o artigo 153.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia¹⁰, a que nos referiremos doravante como CE, a garantia, pela Comunidade, de um elevado nível de proteção dos consumidores, a que se associa, nos termos do seu n.º 1, al. a), e pelo disposto no artigo 95.º do mesmo diploma legal, a prossecução do funcionamento do Mercado Interno, ingredientes chave para que nasça, à luz destes preceitos, e no respeito pelos princípios fundamentais da atividade legislativa comunitária, da proporcionalidade e da subsidiariedade, a Directiva

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.

Ora, atendendo a que “*o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada*”¹¹ pela Comunidade, e face a alteração do paradigma do consumidor europeu, sempre será o reforço das garantias de defesa e promoção dos interesses dos consumidores, um dos meios mais eficazes para assegurar a concretização deste espaço.

Refira-se que a intensificação do processo de globalização e o correspondente incremento das relações comerciais transfronteiriças densificam o princípio da livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais, essencial para a concretização do mercado interno¹².

Concretização cuja tónica incide numa economia de mercado¹³ aberta¹⁴ e de livre concorrência leal, dotada de um alto grau de competitividade, disposições a desenvolver concertadamente para que contendam entre si o mínimo possível, numa perspectiva de progressiva minimização, de forma a que, com o aumento da produtividade caminhe o cidadão consumidor, enquanto principal ator do mercado que se invoca, de forma a “*(...) concretizar um verdadeiro mercado interno de consumo que permita alcançar um justo equilíbrio entre um elevado nível de defesa do consumidor e a competitividade das empresas (...)*”¹⁵.

Assim, face ao que podem ser interesses opostos na dicotomia empresa-consumidor, surge a necessidade, de forma a promover o saudável desenvolvimento deste mercado, de garantir um elevado nível de proteção ao consumidor, que se pretende informado e esclarecido, como adiante se referirá.

Por outro lado, e ainda que indiretamente, esta medida legislativa será de molde a permitir a prossecução de uma livre concorrência, restringindo práticas que podem consubstanciar obstáculos ao processo concorrencial, proporcionando aos destinatários deste mercado, quer ao consumidor, diretamente consagrado pela DPCD, quer às empresas concorrentes, uma maior segurança e confiança nas transações que os unem¹⁶.

Permite-se então que o mercado possa “*garantir esse ambiente competitivo, que leve as empresas a operarem com eficiência, reduzindo custos e repassando estes ganhos para o consumidor.* (PEREIRA, 1996)”^{17/18}.

Expurgando práticas comerciais – das empresas face aos consumidores – que possam “*distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores*”¹⁹, e conseqüentemente constituir um entrave à concretização do mercado interno europeu, quer porque turvam a vontade dos consumidores europeus, quer pelos desvios concorrenciais a que dão origem.

Atenda-se que um aumento na procura transfronteiriça implicará um aumento na oferta e na produtividade que refletir-se-á nos custos imputados a cada produto. Por outro lado, uma concorrência tendencialmente perfeita²⁰, ou praticável, despertará no seio das empresas a necessidade de promoção de uma maior eficácia – produtiva –, o que através de processos de inovação trará uma vantagem competitiva às empresas que nela invistam, que, sem se pretender com a presente afirmação abordar teorias e políticas económicas, se traduzirá, inelutavelmente, num incremento da qualidade dos produtos transaccionados e num maior bem-estar do consumidor cidadão.

Por outro lado, a simplicidade, pretendida, com que se encetarão as relações comerciais entre Estados – o problema da diversidade de legislações nacionais não mais se coloca face à harmonização implementada pela DPCD –, facilita os procedimentos de transação e logicamente os custos inerentes reduzir-se-ão, o que por sua vez se refletirá no preço final²¹. Atenda-se aos custos resultantes de acompanhamento jurídico, de marketing e de eventuais despesas judiciais, entre outros.

Sem que tal choque com a procura do lucro, objetivo da atividade empresarial, minimizando o que muitas vezes constitui um conflito de interesses entre empresas e consumidores, num mercado que saneará o tecido empresarial e o expurgará de práticas comerciais desleais tornando-o mais transparente, nos termos da directiva que se analisa.

Como resulta do exposto no Seguimento do Livro Verde²², designadamente nos pontos 23, 24 e 25, *“a reforma económica e a promoção da concorrência parecem ser as medidas mais indicadas para eliminar a dispersão residual de preços nesses mercados”*²³, uma vez que *“as divergências existentes entre disposições no domínio da defesa do consumidor e práticas comerciais nacionais constituem obstáculos importantes que inviabilizam qualquer estratégia pan-europeia de comercialização e de uniformização dos produtos”*²⁴, traduzindo-se numa conseqüente falta de confiança pelos consumidores²⁵, aliás como refere o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor²⁶ no ponto 3.3. dedicado à falta de confiança.

No entanto, questões se levantam das premissas suprarreferidas e que no desenrolar da pena se colocarão, nomeadamente no que concerne à aplicabilidade prática das disposições da DPCD, nos diferentes Estados-Membros. Atenda-se a que para o consumidor usufruir livremente das dotações conferidas pela presente directiva, deve ultrapassar todo um processo de desmistificação, uma vez que, até ao momento, a transação internacional estava envolta em desconfiança e receio, processo este dependente da informação e esclarecimento de cada consumidor, que só assim poderá exprimir livremente a sua vontade enquanto agente económico.

Por outro lado, o acolhimento por cada Estado-Membro das disposições comunitárias, face às diversas e díspares heranças jurídicas, poderá traduzir-se numa divergente aplicação destas normas, referira-se a possibilidade de uma multiplicidade de interpretações plausíveis deste dispositivo legal, que consubstanciará, certamente, a coexistência de diferentes regimes.

Focos de atrito, que poderão representar, ainda, entraves ao desenvolvimento de um “oleado” mercado interno.

3. BASE JURÍDICA

Foi à luz do artigo 95.º CE que surge a DPCD, uma vez que *“as legislações dos Estados-Membros em matéria de práticas comerciais desleais apresentam diferenças de relevo, que podem provocar distorções sensíveis de concorrência e criar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno”*²⁷.

No entanto, e nos termos do considerando 1.º do diploma legal em análise, pretende-se assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores, conforme o disposto no art.º 153.º, números 1 e 3, al. a), CE.

Ora, o cidadão/consumidor comunitário assume hoje as vestes de motor do mercado interno comunitário, na senda de uma progressiva alteração do paradigma da proteção dos consumidores, aliás como refere a Estratégia comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013, reflexo do que já vinha a construir-se, *“a política comunitária dos consumidores ocupará um lugar de destaque na próxima fase do mercado interno, tal como preconiza a Comunicação da Comissão ao Conselho Europeu da Primavera sobre a revisão do mercado único”*²⁸.

Atenda-se, nomeadamente, aos considerandos da supradita norma, e deles emana inequivocamente, em plena projeção, a *“garantia de um elevado nível de defesa dos consumidores”*²⁹.

Assim, e como advogou o Comité Económico e Social Europeu (CESE), na posição adotada face à Proposta da DPCD, deveria a base jurídica deste dispositivo legal fundar-se no preceituado no art.º 153.º CE ou eventualmente na conjugação dos dois artigos supracitados, em regime de igualdade.

Resulta designadamente do art.º 1.º da DPCD, que constitui objetivo deste diploma legal *“(…) contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores (...)”*, no entanto, certo é

PARA O CONSUMIDOR
USUFRUIR LIVREMENTE
DAS DOTAÇÕES CONFE-
RIDAS PELA PRESENTE
DIRECTIVA, DEVE
ULTRAPASSAR TODO
UM PROCESSO DE
DESMISTIFICAÇÃO

que “*um mercado único para os cidadãos*”³⁰ sempre exigirá um *iter* que permita “*a edificação da Europa dos cidadãos “que são todos os consumidores*”³¹.

Pelo exposto, talvez a sinceridade conceptual exigisse a adoção da norma contida no art.º 153.º CE, abandonando, desta forma, o que tem vindo a ser a regra no acervo jurídico do direito dos consumidores, ou seja, o recurso ao art.º 95.º CE^{32/33}, abandonando-se a concepção de que as medidas a adotar pelas Instituições Comunitárias devem justificar-se em termos de impacto no mercado interno, assumindo que matérias existem que “*(...) may have less of an internal market dimension*”³⁴.

Tal alteração, a verificar-se, não contenderia com os fundamentos necessários à intervenção da Comunidade, designadamente com os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, uma vez que a questão não se coloca quanto aos motivos da atuação, que manter-se-iam intactos, nomeadamente no que concerne aos considerandos 6.º e 23.º – lidos em contexto.

Atente-se que a proteção dos consumidores, cidadãos europeus, integrados numa rede global, num mercado comum, manancial de oportunidades, dificilmente se bastará com a regulação nacional. A confiança, segurança e os interesses económicos dos consumidores quando perspectivados à sua real dimensão europeia só colocados nas esfera de atuação da Comunidade poderão ser de forma mais eficaz garantidos.

Assim, não pretendendo reproduzir os considerandos consagrados pelo dispositivo legal em referência, e face às disparidades entre as legislações dos Estados-Membros em matéria de práticas comerciais desleais, que causam incertezas no que aos consumidores diz respeito, quanto aos seus direitos, pondo em causa a sua confiança no mercado interno, não poderiam, os interesse económicos dos consumidores, diretamente visados e protegidos pela DPCD perante práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, “*(...) ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e podem, pois, ser melhor alcançados ao nível comunitário (...)*”, “*(...) em conformidade com o princípio da subsidiariedade(...)*”, e “*em conformidade com o princípio da proporcionalidade(...)*”, garantindo-se também, desta forma, “*(...) a supressão dos entraves ao funcionamento do mercado interno (...)*”, conforme consagra o considerando 23.º da DPCD³⁵.

4. HARMONIZAÇÃO

Importa desde logo distinguir entre o que são duas técnicas de aproximação das legislações nacionais diferentes, atendendo a que o recurso, pelas Instituições Comunitárias, a este tipo de ato, representa uma “*(...) alavanca mais flexível, (...) que permite atender aos particularismos nacionais deixando aos Estados-membros*”

uma certa margem de liberdade na implementação das regras adoptadas a nível comunitário”³⁶

Assim, e adotando as noções preconizadas e acolhidas por Luís González Vaqué³⁷, temos por um lado o processo de harmonização mínima segundo o qual se verifica “(...) *la inclusión de una cláusula en virtud de la cual la normativa comunitaria fija un mínimo común denominador que debe integrarse en la legislación nacional, sin que ello impida a los Estados miembros mantener o introducir disposiciones que supongan un mayor nivel de protección*”. Técnica eleita pelo direito do consumo até ao que constitui um momento de viragem, ou seja, o já referido Livro Verde³⁸, dada a maior liberdade conferida aos Estados-Membros na implementação das regras adotadas a nível comunitário, e face à dificuldade na obtenção de consensos.

Atendendo a que esta técnica fomenta a fragmentação das regras de proteção dos consumidores, e uma vez que “(...) *la Comisión tolera cada vez menos las iniciativas nacionales*”³⁹ (...), como propõe o supracitado Livro Verde, adotou-se nesta directiva a técnica da harmonização total “*que MATTERA ha definido del siguiente tenor: «se produce una armonización total cuando una Directiva impone reglas que sustituyen en su totalidad a las normas nacionales existentes en la materia de modo que sólo pueda comercialzarse en todo el territorio de la Comunidad el producto que cumpla las exigencias fijadas por la Directiva comunitaria*”⁴⁰, ou seja, nenhum Estado-Membro poderá aplicar regras mais estritas que as consagradas a nível comunitário.

Técnica que se assume agora como a mais adequada à proteção dos consumidores, por garantir um mais coerente e uniforme quadro legal, associada a uma nova abordagem de harmonização, a directiva-quadro global – caso da DPCD – que, e de acordo com o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor⁴¹, “*introduziu uma abordagem «horizontal» mais integrada*”, permitindo que directivas especiais sobre determinados setores, como ulteriormente se referirá, não fossem afetadas, abrangendo, no entanto, áreas que as últimas não contemplam, alargando a malha de proteção dos consumidores, agora mais coerente, porque tendencialmente unívoca.

Esta abordagem concertada baseia-se, contrariamente às directivas setoriais – prescritivas e detalhadas –, em princípios, e como tal, reveste uma natureza mais flexível e adaptável ao constante devir das relações comerciais transfronteiriças⁴².

A cláusula de máxima harmonização, ínsita designadamente no art. 4.º da DPCD, sendo que doravante qualquer referência a normas, sem que nada se indique, se prende com este diploma comunitário, consagra o princípio do reconhecimento mútuo, pela primeira vez acolhido por uma directiva europeia no âmbito da proteção dos consumidores, obstando a que os Estados-Membros imponham

ónus adicionais aos comerciantes de outro Estado-Membro, susceptíveis de consubstanciar uma barreira na concretização do mercado interno.

Refira-se que na Proposta de Directiva⁴³ constava, no n.º 1 do mesmo artigo, a consagração do princípio do país de origem, segundo o qual ao profissional apenas competia o cumprimento das disposições da ordem jurídica nacional do Estado-Membro em que se encontrasse estabelecido.

No entanto, e conforme proposta do Parlamento Europeu que considerou a possibilidade de os consumidores serem lesados pela aplicação da lei do país do profissional, foi suprimido este princípio mantendo-se apenas o do reconhecimento mútuo⁴⁴, que como refere Luís Gonzalez Vaqué⁴⁵ citando Pardo Leal, poderá transformar o art. 4.º da DPCD em “(...) *una cláusula del mercado interior mutilada y casi inválida, cuyo ambiguo contenido no resulta de fácil interpretación*”, uma vez que esta alteração importou uma alteração ao sentido amplo inicialmente previsto e com consequências que se referirão.

Assim, encontramos-nos perante uma nova abordagem no processo de harmonização, que de forma concertada integra a harmonização total, associada a uma directiva-quadro que acolhe o princípio do reconhecimento mútuo, suscitando, desde logo, inúmeras questões colocadas pela doutrina.

O OBJETIVO DELIMITADO PELA DPCD ASSENTA NA PROTEÇÃO DOS INTERESSES ECONÓMICOS DOS CONSUMIDORES LESADOS PELAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

a. Harmonização total

Como referido, esta técnica de harmonização derroga a adoção de cláusulas mínimas, que de acordo com J. Pegado Liz representavam uma proteção acrescida dos consumidores, proteção esta que hoje aparece “(...) *em cedência manifesta à concepção que pretende reduzir a proteção de consumidores à realização do mercado único, e sem, curar de saber se o nível de proteção assim alcançado é o mais elevado possível no espaço da União Europeia*”, podendo, como refere o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, “(...) *implicar uma alteração do nível de defesa do consumidor em alguns Estados-Membros*”.

Desta forma, a segurança jurídica e a confiança do consumidor poderão ser apenas conceitos vazios, uma vez que para países com tradição na defesa dos consumidores, a regulamentação pela Comunidade pelo máximo poderá consubstanciar um decréscimo na sua proteção e a consequente desconfiança destes intervenientes do mercado interno.

Refira-se a recente jurisprudência emanada pelo TJCE, referente à aplicação da DPCD, segundo a qual “*a Directiva 2005/29/CE (...) deve ser interpretada no*

sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos litígios dos processos principais, que, salvo certas exceções e sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso em apreço, proíbe qualquer oferta conjunta feita por um vendedor a um consumidor”. Decisão que se sustenta no fato das supraditas ofertas conjuntas não figurarem entre as práticas enumeradas no Anexo I da DPCD, que consagra de forma exaustiva as 31 práticas comerciais que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 5, são consideradas desleais “em quaisquer circunstâncias⁴⁷”. Desta forma, esta prática comercial sempre exigiria uma avaliação caso a caso de harmonia com as disposições dos artigos 5º a 9º. Assim uma norma nacional, como a controvertida, ao estabelecer o princípio da proibição de ofertas conjuntas, quando tais práticas não são enunciadas no supracitado anexo, é contrária à DPCD, uma vez que “tem uma natureza mais restritiva e rigorosa do que as normas da Directiva 2005/29”, num “domínio que está sujeito à harmonização plena e em relação ao qual não se aplicam as disposições transitórias do artigo 3.º, n.º 5, da Directiva 2005/29”, de acordo com as conclusões da advogada-geral Verica Trstenjak concernentes a estes litígios⁴⁸.

Por outro lado, e como aventou J. Pegado Liz⁴⁹, poderá ser questionável a impossibilidade de acolhimento, pelos ordenamentos jurídicos nacionais, de medidas mais rigorosas e protetoras dos consumidores, atentando o n.º 5 do art. 153.º CE, segundo o qual “as medidas adoptadas nos termos do n.º 4 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de proteção mais estritas”, ainda que este artigo se refira, apenas, às “medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros”, e não às “medidas adoptadas em aplicação do artigo 95.º no âmbito da realização do mercado interno”.

b. Directiva-quadro

O desenvolvimento de uma directiva-quadro perspectivada numa base de harmonização total, como a directiva que se estuda, coloca a questão da possibilidade de “(..) ignorar as necessidades sectoriais que exigem regulamentações específicas (...)”, como evoca J. Pegado Liz⁵⁰.

c. Princípio do reconhecimento mútuo

Como suprarreferido, o princípio do reconhecimento mútuo é acolhido pela DPCD, de forma mitigada, ou seja, foi suprimido a este diploma o controlo na origem, pelo que, atendendo a que “(..) las prohibiciones que establece la Directiva integran numerosas cláusulas y conceptos abiertos⁵¹ (...)”, uma prática comercial interpretada, por um tribunal nacional, como conforme à clausula geral – art.º 5.º –, não pode ser obstada por outro Estado-Membro, ainda que a repute como mais fraca ao nível da proteção do consumidor, atendendo a que não podem existir restrições à “livre prestação de serviços” nem à “livre circulação de mercadorias”, vendo-se, portanto, compelido a aceitá-la. Assim, e atentando ainda a que a

determinação da lei concretamente aplicável ao litígio, particular, em contenda, depende da aplicação das regras do direito internacional privado e como refere Hans-W. Micklitz “*depending on which court decides first, more liberal or stricter standards could prevail in Europe – provided the judgment can be based on a correct interpretation of the Directive as approved by the European Court of Justice*”⁵².

Problemática que se prende, igualmente, com o fato de estarmos perante um princípio cuja validade se funda na “(...) simplificação da regulação comunitária no domínio da realização do mercado único (...)”⁵³, pelo que a sua aplicação no âmbito da proteção dos consumidores poderá configurar-se numa efetiva desproteção.

No que concerne às exclusões quanto ao campo de atuação da DPCD, serão objeto de ulterior análise.

III. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

1. INTERESSES ECONÓMICOS DOS CONSUMIDORES

O objetivo delimitado pela DPCD assenta na proteção dos interesses económicos dos consumidores lesados pelas práticas comerciais desleais, interesses esses perspectivados de forma abrangente, ou seja, como refere Thomas Wilhelmsson, “*the Directive is a device that seeks not only to prevent important individual losses of consumers, but also to prohibit those unfair commercial practices that may only slightly affect each individual consumer, but create considerable gains for the trader*”⁵⁴.

Assim, e como reflete a Proposta da DPCD, a directiva apenas contempla os interesses económicos dos consumidores, expressão das suas decisões de transação⁵⁵ em relação a produtos oferecidos pelas empresas. Decisão essa, sustentada numa expressão de vontade, livre, ponderada e esclarecida, corolário da validade da declaração negocial emitida, designadamente pelos consumidores, aliás como refletem os considerandos 6.º, 14.º e 16.º da DPCD. Mesmo porque “(...) *la deslealtad frente al consumidor se concibe y construye como una interferencia indebida en su conducta de mercado, por ser ello circunstancia que en general frustra la maximización de las propias utilidades de los consumidores, esto es, la mejor satisfacción de aquellos intereses*”⁵⁶ (...).

Não deixe de se referir, assente no enfoque dado à plena formação da vontade do consumidor, o considerando 6.º da DPCD quando exclui do âmbito de aplicação da directiva “(...) *a colocação legítima de produtos, a diferenciação das marcas ou a oferta de incentivos, que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida.*” (sublinhado nosso)

Desta forma, ficam excluídas áreas como as que passaremos a referir.

2. EXCLUSÕES

a. Gosto, decência ou responsabilidade social

No termos da Proposta da directiva que se analisa, as questões concernentes com gosto, decência e responsabilidade social encontram-se excluídas do âmbito de aplicação da DPCD, isto porque, dada a diversidade cultural coexistente na Comunidade, tais matérias serão dificilmente harmonizáveis, não constituindo sequer pretensão das suas Instituições.

Por outro lado, e desde que se tratem efetivamente de questões circunscritas a este tema – e não se trate de um expediente através do qual um Estado-Membro se escusa à aplicação das normas da DPCD⁵⁷ –, respeitam à autonomia cultural⁵⁸ desse Estado, e como tal não poderão estar sujeitas a qualquer ingerência⁵⁹.

Assim, práticas comerciais que contendam com normas nacionais de proteção contra o racismo, relativas a pornografia, a religião estão fora do âmbito de aplicação da DPCD. A título exemplificativo, os anúncios publicitários que apresentam mulheres seminuas podem ser proibidos em alguns países por outras razões que não a de proteger os interesses económicos dos consumidores, e sim para proteger a decência e o bom gosto.

No entanto, no caso de determinada prática comercial desleal, ainda que associada a questões de gosto, decência ou responsabilidade social, prejudicar interesses económicos dos consumidores, deve a prática controvertida ser abrangida pela DPCD, veja-se a supradita Proposta quando refere que deve considerar-se no âmbito de aplicação da directiva os casos em que o profissional institui uma relação específica entre a prática comercial e determinada questão de gosto, decência ou responsabilidade social⁶⁰, nomeadamente “(...) *if a trader falsely states in its advertising that it does not use labour for the manufacture of its products(...)*”⁶¹.

Ora, tarefa difícil será a do TJCE na determinação da fronteira entre o que é efetivamente uma questão de gosto ou decência em determinado Estado-Membro, não contendendo a norma nacional protetora com as disposições comunitárias contidas na DPCD e o que é uma norma protetora dos consumidores, por exemplo mais restritiva, e que consequentemente se opõe às regras comunitárias ali contidas. Refira-se que poderá ser ténue a barreira que separa uma norma protetora de questões de gosto e decência de determinado Estado-Membro e uma norma protetora dos consumidores em que as questões em referência se invoquem.

Atenda-se, como evoca Thomas Wilhelmsson⁶², à questão da coexistência de normas que visam proteger as crianças – grupo vulnerável de consumidores consagrado na DPCD – face à publicidade que as incite à adoção de comporta-

mentos imorais ou perigosos – em princípio, excluídos do âmbito de aplicação da directiva – e de normas que pretendem protegê-las enquanto pequenos consumidores integrados no mercado, situação que coloca problemas no que tange à sua interpretação e à sua eventual inclusão sob a égide da DPCD.

Ora, nos termos supradescritos deparamo-nos com uma vasta área não sujeita à plena harmonização visada pela DPCD, a que corresponde, inevitavelmente, uma fragmentação – permitida – nas normas aplicáveis a uma mesma prática comercial – que num Estado-Membro está sujeita à aplicação da DPCD e num outro a ela se exclui –, situação que poderá, desde logo, consubstanciar um entrave ao desenvolvimento do mercado interno, objetivo preconizado pelo diploma comunitário em análise.

b. Empresas face empresas

Como vem decorrendo da exposição que se lavra, o âmbito de aplicação da DPCD circunscreve-se às práticas comerciais das empresas face aos consumidores⁶³, ou seja, de forma expressa se vêm apartadas as contendas “(...) *relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes (...)*”⁶⁴, assim como se excluem as questões “(...) *que digam respeito a uma transação entre profissionais(...)*”.

Desta forma, no que a práticas comerciais diz respeito encontramos agora perante a coexistência de três quadros legais distintos, um – plenamente harmonizado – relativo às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, que prejudicam os interesses económicos dos consumidores, um outro relativo às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, que prejudicam os interesses económicos das empresas concorrentes e finalmente, um outro relativo às práticas comerciais desleais das empresas⁶⁶ face a outras empresas – estes últimos fragmentados.

Refira-se, desde já, e no que respeita às últimas, que estão excluídas questões concernentes diretamente com o direito concorrencial, designadamente, situações de acordos e práticas concertadas, abuso de posição dominante, fusões e aquisições⁶⁷, que afetam a dinâmica interempresarial.

Assim, da aplicação das normas da DPCD resulta, nomeadamente no que concerne a publicidade enganosa, e do cotejo da directiva que se analisa com a Directiva 84/450/CEE, que as práticas publicitárias enganosas, nos termos aí definidos, que prejudiquem os interesses económicos dos consumidores, estão no campo de aplicação da DPCD. Por sua vez, a publicidade enganosa que prejudique, apenas, os interesses económicos de empresas concorrentes encontra-se no âmbito de aplicação da supracitada directiva, 84/450/CEE. No que respeita a publicidade comparativa, a sua regulamentação mantêm-se, quer face aos consumidores quer face às empresas desde que, nos termos previstos no art. 14.º, n.º 3

da DPCD, “*não seja enganosa na aceção do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º da presente directiva ou dos artigos 6.º e 7.º da Directiva 2005/29/CE (...)*”, isto porque tratando-se de publicidade comparativa lícita “*(...) quando compara características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores das vantagens que lhe estão associadas(...)*”⁶⁸, sendo que a tratar-se de publicidade comparativa ilícita porque enganosa, conforme supradito, é-lhe aplicável o regime descrito neste parágrafo⁶⁹.

Assim, a mesma matéria – publicidade enganosa – está sujeita a dois regimes jurídicos diversos atendendo aos sujeitos afetados – consumidor ou profissional –, o que, como refere o CESE na posição adotada face à Proposta da DPCD, “*(...) pode complicar bastante o quadro normativo vigente e a sua aplicação pode gerar incoerências e diferenças. O que colide com o princípio de simplificação legislativa e pode gerar insegurança jurídica*”⁷⁰.

Esta cisão, se por alguns Estados-Membros já tinha sido instituída – porque contemplada quer no direito do consumo quer no direito da concorrência⁷¹ –, para outros⁷² representará uma alteração nevrálgica no direito concorrencial uma vez que, para muitos, a matéria regulamentada pela DPCD está inserida num só regime jurídico, coeso e parte do referido direito concorrencial^{73/74}.

Atenda-se ainda, que as directivas que regulamentam questões concernentes com práticas comerciais desleais excluídas do âmbito de aplicação da DPCD, ou seja, práticas comerciais desleais das empresas face a outras empresas, ou mesmo face a consumidores, não lesivas dos interesse económicos destes últimos – veja-se a citada Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa e comparativa –, preveem uma harmonização mínima, ou seja, à diversidade de tratamento de uma mesma matéria ao nível comunitário, acresce a múltipla regulamentação dessa matéria no seio de cada Estado-Membro.

Não deixe, no entanto, de referir-se que a exclusão em análise deve ser contextualizada nos termos supraexpostos, ou seja, como alude o considerando 6.º da DPCD, este diploma legal protege, ainda que “*(...) indiretamente (...)*”, “*(...) os interesses económicos de concorrentes legítimos*”. Veja-se, nomeadamente, o considerando 14.º, podendo, desde logo, inferir-se que a directiva inclui no seu âmbito de aplicação as práticas relativas à promoção de produtos cuja “*(...) semelhança (...)*”

A PUBLICIDADE
ENGANOSA QUE
PREJUDIQUE, APENAS,
OS INTERESSES
ECONÓMICOS
DE EMPRESAS
CONCORRENTES
ENCONTRA-SE NO
ÂMBITO DE APLICAÇÃO
DA SUPRACITADA
DIRECTIVA, 84/450/CEE

possa “(...) confundir os consumidores em relação à origem comercial do produto e for por essa razão enganosa”. Situação que, consubstanciando uma distorção substancial do comportamento económico dos consumidores, não deixa de traduzir-se numa lesão dos interesses dos concorrentes legítimos.

c. Direito de propriedade intelectual

Atento o exposto, e como consagra o considerando 9.º da DPCD, não se encontram abrangidas pelas normas desta directiva situações concernentes com o direito de propriedade intelectual, nomeadamente e repescando os exemplos citados, questões como imitação servil, o uso indevido de marcas ou denominações de origem, entre outros, salvo se estas práticas viciarem a formação de vontade do consumidor, induzindo-o em erro, caso em que estaremos sob a égide deste normativo comunitário⁷⁵.

Assim, quando nos deparamos com a promoção legítima de um produto semelhante com outro, não suscetível de induzir o consumidor em erro⁷⁶ ou perante uma imitação que pode conduzir o consumidor a confusão⁷⁷, estamos fora do âmbito de aplicação da DPCD ou dentro dele, respectivamente.

Não deixe de se reiterar a concepção abrangente de interesses económicos dos consumidores, em conjugação com o que virá, *infra*, a referir-se em relação à distorção substancial do seu comportamento económico.

d. Direito contratual

O direito contratual constitui a primeira exclusão expressamente prevista no corpo normativo do diploma legal em análise, designadamente no art.º 3.º, n.º 2. De acordo com esta norma, estão fora do âmbito de aplicação da directiva, em particular, as questões relativas à validade, formação ou efeitos de um contrato.

No entanto, se num primeiro momento nada há a assinalar quanto a esta disposição, atendendo não só à sua contextualização sistemática, nomeadamente à exclusão das ações individuais intentadas por quem tenha sofrido um prejuízo causado por uma prática comercial desleal⁷⁸ (ações indenizatórias, incluindo a responsabilidade contratual), como à iniciativa das Instituições Comunitárias no que concerne ao direito contratual europeu e à revisão do acervo em matéria de consumo, em que se incluí a directiva sobre cláusulas abusivas e a elaboração de um marco comum de referência⁷⁹, num segundo momento algumas questões se erigem, como a seguir se referirá.

Considerando o direito dos contratos como “(...) *the law governing the relative rights and duties of parties to consumer contracts (...)*”, adotando o conceito aventado por Simon Whitaker^{80/81}, considerando que as práticas comerciais designadas pela DPCD estão diretamente relacionadas com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores⁸², e ainda que, este diploma comunitário abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comporta-

mento econômico do consumidor, compelindo-o, desta forma, a “(...) a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”, sendo que a decisão de transação mais não é do que “(...) a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, (...) ou exercer outro direito contratual em relação ao produto (...)”, parece não poder concretizar-se um total divórcio entre estas matérias que, realmente, se interpenetram^{83/84}.

Atenda-se que uma vontade livre, ponderada e esclarecida, como se referiu, é condição essencial de validade da declaração de vontade, na qual se inclui a declaração negocial, por sua vez, elemento essencial de perfeição de um contrato.

Ora, pelo exposto, e ainda que as normas previstas na DPCD não se apliquem diretamente ao direito contratual, quer a nível comunitário, quer a nível nacional, sempre influenciará, decisivamente, a atividade legislativa e o desenvolvimento jurisprudencial das Instituições Comunitárias e dos Estados-Membros.

Assim, uma prática comercial que contenha, designadamente, informações falsas, induzindo em erro o consumidor, conduzirá, em princípio, a uma invalidade do contrato individual, com as legais consequências. Veja-se o caso português, que considera que “os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor⁸⁵(...)”.

Por outro lado, o tribunal nacional, quando chamado a dirimir uma particular contenda, na apreciação da responsabilidade – contratual –, tenderá a ajuizar, considerando que determinada conduta consubstancia uma prática comercial desleal e como tal proibida.

Desta forma, parece resultar que o direito dos contratos será permeável às influências emanadas pela DPCD enquanto diploma legal, assim como pela sua interpretação sucessiva, levada a cabo pelos tribunais – quer pelo TJCE, quer pelos tribunais nacionais⁸⁶.

e. Saúde e segurança dos produtos

De acordo com o art.º 3.º, n.º 3 da DPCD, estão excluídas do âmbito de aplicação da directiva as questões relativas aos aspectos de saúde e segurança dos produtos, o que, de acordo com o considerando 15.º deste diploma legal, importa a manutenção ou introdução, pelos Estados-Membros, de normas mais restritivas em relação a práticas comerciais que incidam sobre áreas sobre as quais recaem preocupações de saúde pública⁸⁷.

No entanto, e como refere a Proposta da DPCD, determinadas “(...) declarações enganosas em matéria de saúde, (...), serão consideradas no âmbito das disposições relativas às práticas comerciais enganosas (...)”^{88/90}, salvo “(...) se o produto afectar a saúde do consumidor (...)”, caso em que, “(...) já não será abrangido pelo âmbito de aplicação da presente directiva (...)”.

Ora, poder-se-á, como suscitou Thomas Wilhelmsson⁹¹, colocar a questão,

uma vez que os Estados-Membros estão apenas, nestas matérias, sujeitos a uma harmonização mínima, da possível manutenção, pelos últimos, de normas mais restritivas do que as previstas na DPCD quanto a práticas comerciais, designadamente, de marketing.

Deverão as supraditas normas ser derogadas pela aplicação da DPCD, ou no entanto, manter-se em vigor quando inseridas num determinado plano, traçado pela política de saúde de determinado Estado-Membro – temática esta excluída do âmbito de aplicação da DPCD?

f. Regulamentação comunitária setorial

Como *supra* se referiu, designadamente quanto à harmonização pretendida pela DPCD, este diploma comunitário introduz uma nova orientação na técnica

UMA PRÁTICA COMERCIAL QUE CONTENHA, DESIGNADAMENTE, INFORMAÇÕES FALSAS, INDUZINDO EM ERRO O CONSUMIDOR, CONDUZIRÁ, EM PRINCÍPIO, A UMA INVALIDADE DO CONTRATO INDIVIDUAL

legislativa comunitária, a directiva-quadro. Técnica essa, que permite a intervenção comunitária de forma horizontal, permitindo uma abordagem da temática das práticas comerciais desleais em todo o acervo do direito europeu do consumo, sem, no entanto, contender com as normas previstas em directivas especiais sobre determinadas matérias, completando o acervo comunitário aplicável às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores⁹² de forma tendencialmente coerente e coesa.

Desta forma, a DPCD assume um carácter supletivo⁹³, aplicável, tão só, perante a inexistência de regulamentação comunitária sectorial, coexistindo com directivas como a Directiva 97/7/CE, de 20 de

Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, a Directiva 90/314/CEE, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Directiva 89/552/CEE, de 3 de Outubro de 1989, designada por “Televisão sem Fronteiras”, a Directiva 2003/33/CE, de 26 de Maio de 2003, relativa à publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco ou a Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, entre outras⁹⁴, cujas disposições prevalecerão sobre as normas do diploma legal em análise.

No entanto, a existência e aplicação de normas comunitárias específicas não implica, desde logo, o afastamento das normas da DPCD, isto porque, como refere a Proposta deste diploma comunitário, as suas normas aplicar-se-ão a outros aspectos, não diretamente consagrados pela legislação setorial, como por exem-

plo, aos casos em que as informações exigidas pela última sejam apresentadas de forma enganosa⁹⁵.

Da mesma forma, a consagração, pela legislação setorial, de princípios gerais, não pode acarretar, desde logo, a derrogação das normas da DPCD, uma vez que na presença de princípios muito abrangentes, estes poderão necessitar de uma “materialização” que apenas a DPCD permitirá conseguir, só assim se logrando uma mais eficaz proteção dos interesses económicos dos consumidores.

g. Outras exclusões

Ora, o direito do consumo europeu encontra-se alicerçado, maioritariamente, em normativos que preveem uma harmonização mínima, ou seja, é permitido aos Estados-Membros, em relação a matérias que pelas “(...) exigencias de integridad que deben satisfacer los prestadores de servicios o la complejidad de la materia y la importancia de los riesgos que afrontam los consumidores (...)”⁹⁶ poderão estar sujeitas a “(...) requisitos mais pormenorizados (...)”⁹⁷, manter ou introduzir normas mais restritivas, quanto a práticas comerciais, do que as contidas na DPCD.

Assim, setores como o dos serviços financeiros e bens imóveis⁹⁸ – assim como a imposição de obrigações positivas aos profissionais – e jogos de azar⁹⁹ – assim como condições de estabelecimento e regimes de autorização –, encontram-se alheados à malha, de plena harmonização, consagrada pela DPCD, pelo que aos Estados-Membros é permitido ir “(...) mais longe do que o que nela está disposto (...)”¹⁰⁰.

Da mesma forma, questões relativas a profissões regulamentadas¹⁰¹, entendidas de forma abrangente, uma vez que contemplam as condições de estabelecimento, os regimes de autorização, códigos de conduta e deontológicos ou outras normas específicas que as regem, estão excluídas do seu âmbito de aplicação.

Situação que, de acordo com o expressamente plasmado no n.º 8, do art. 3.º desta directiva, se destina “(...) a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional (...)”, e consequentemente garantir um elevado nível de proteção aos consumidores.

Assim, mais uma vez, podem os Estados-Membros, de acordo com o direito comunitário, impor aos profissionais, nos termos expostos neste subcapítulo, regras mais restritivas no que tange às práticas comerciais.

No entanto, e como avoca Thomas Wilhelmsson¹⁰², encontrar-nos-emos perante diferentes níveis de regulamentação desta matéria, melhor concretizando, dependendo da, pecando pela redundância, regulamentação ou não de determinada profissão – de forma consentânea com o direito comunitário – estará ou não, a última, sob a égide da DPCD.

O mesmo é dizer que determinadas profissões, sujeitas a regulamentação num determinado Estado-Membro, estarão excluídas do âmbito de aplicação

desta directiva, e já num outro Estado-Membro, por inexistir regulamentação, ou por esta ser apenas parcial, encontrar-se-ão abrangidas, total ou parcialmente, pelo diploma que se analisa.

Quadro que, nesta matéria, poderá importar, a aplicação de diversos regimes jurídicos a uma mesma profissão.

Refira-se ainda, que questões concernentes com a competência das instâncias judiciais¹⁰³ e com a certificação e a indicação dos padrões de pureza dos artefatos de metais preciosos, estão, também, fora do campo de aplicação da DPCD.

Não deixe de se fazer menção que a possibilidade de criação e manutenção de normas mais restritivas ou prescritivas do que as previstas pela DPCD deriva quer da inexistência de regulamentação comunitária – ou seja, encontramos-nos perante regimes jurídicos não harmonizados – quer da transposição, para os ordenamentos jurídicos nacionais, de directivas “de mínimos”. De qualquer forma, uma qualquer nova directiva de carácter específico, independentemente do nível de harmonização consagrado, importará, nos termos expostos, uma derrogação das disposições da DPCD¹⁰⁴.

3. REGIME TRANSITÓRIO

O art.º 3.º da DPCD, no seu n.º 5, consagra uma derrogação temporária das suas normas, face às “(...) *disposições nacionais, no domínio sujeito a uma aproximação por força da presente directiva, que sejam mais restritivas ou prescritivas do que a presente directiva e que apliquem directivas que contenham cláusulas de harmonização mínima*”.

Assim, por um período de seis anos, após 12 de junho de 2007 – data da entrada em vigor deste diploma comunitário¹⁰⁵ –, podem os Estados-Membros, nos termos que se verá, continuar a aplicar as supraditas normas, esquivando-se à aplicação da DPCD.

Período, prorrogável por outro, limitado, se assim se entender, nos termos do disposto no art.º 18.º, aquando da apresentação da eventual proposta de revisão desta directiva.

No entanto, para que tal se efetive, é necessário que, cumulativamente, se reúna os requisitos plasmados na referida norma, designadamente, que se encontrem num domínio sujeito a aproximação pela DPCD, que tenham natureza mais restritiva ou prescritiva, que as regulamentações nacionais apliquem directivas que contenham cláusulas de harmonização mínima, e sejam adequadas e proporcionais à proteção dos consumidores contra as práticas comerciais desleais¹⁰⁶, caso contrário, sempre se aplicarão as disposições daquele dispositivo comunitário.

Note-se, que esta derrogação fundamenta-se na adequação e proporcionali-

dade das normas nacionais, fruto de uma harmonização mínima. Ora, parece, de alguma forma, um contrassenso, atendendo a que as normas da DPCD se fundamentam, elas próprias, na adequação e proporcionalidade para uma mais eficaz proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais.

Realce-se ainda, que aos Estados-Membros apenas é permitida a manutenção das normas nacionais, nos termos expostos, sendo-lhes, no entanto, vedada a introdução de quaisquer normas de natureza mais restritiva ou prescritiva do que as consagradas na DPCD.

Questão em tudo consentânea com o dever de abstenção, pelos Estados-Membros, de adoção de disposições suscetíveis de comprometer o resultado prescrito pela DPCD – inclusivamente, durante o prazo de transposição de uma directiva¹⁰⁷.

Por outro lado, nos termos do n.º 6, do art.º 3.º, devem os Estados-Membros notificar a Comissão das disposições nacionais, aplicadas ao abrigo do n.º 5.

Ora, a esta norma de “*standstill*”, pode desde logo, apontar-se a questão do afastamento do objetivo de harmonização plena – desde que preenchidos os supraditos requisitos –, preconizada pela DPCD, que pode traduzir-se no eternizar da fragmentação da regulamentação sobre práticas comerciais desleais.

No entanto, atenda-se, como refere a Comissão na sua Comunicação relativa à Posição Comum do Conselho sobre a adoção da DPCD, que “(…) *esta derrogação, dado o seu carácter limitado e temporário (…)*” – até 12 de junho de 2013 –, “(…) *permitirá aos Estados-Membros gerir a transição da harmonização mínima para uma harmonização completa*”.¹⁰⁸

Assim, espera-se pelo justo equilíbrio entre estas premissas.

IV. Práticas comerciais desleais

As práticas comerciais desleais consubstanciam o cerne e fundamento da DPCD, pelo que se procederá à análise dos seus elementos e específicas proibições, como sejam a previsão de uma cláusula geral – art.º 5.º –, as práticas enganosas (por ação ou omissão) – n.º 4, al. a), do art.º 5.º, 6.º e 7.º – as práticas agressivas – n.º 4, al. b), do art.º 5.º, 8.º e 9.º – e a lista negra – n.º 5, do art.º 5.º e Anexo I.

Não sem antes fazer referência ao conceito de prática comercial, já abordado *supra*, de forma dispersa, e com as limitações apontadas, como sejam as referentes aos sujeitos – empresas face aos consumidores –, ou as relativas aos interesses visados – interesse económicos dos consumidores –, e que, de acordo com a al. d) do art.º 2.º, se traduz em “*qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores.*”

Note-se ainda, de molde a melhor enformar este conceito, que as “*commer-*

cial practices are primarily (and intended to be) means of persuasion, not means of informing the consuming public (though consumers may be able to extract information from those practices)”, como refere Fernando Gomez Pomar¹⁰⁹ e confirma a advogada-geral Verica Trstenjak nas suas conclusões concernentes aos Processos apensos C-261/07 e C-299/07¹¹⁰, e em referência às ofertas conjuntas que “(...) destinam-se a criar um estímulo à compra por parte dos consumidores (...). Por outras palavras, visam atrair clientes e aumentar o potencial de angariação de clientes das empresas”, correspondendo “(...) inteiramente ao conceito de práticas comerciais na aceção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29 (...)”, termos em que, nos encontramos perante uma “(...) definição legal ampla de práticas comerciais das empresas face aos consumidores (...)”.

1. CLÁUSULA GERAL

Prevista no art.º 5.º do normativo em análise, encontra-se a consagração da proibição geral de perpetração de práticas comerciais desleais, cujo caráter, geral, pretende-se, solverá “(...) questões que estão na origem de incertezas e diversidades (...)”¹¹¹, permitindo “(...) assegurar que a directiva é adaptável às alterações das tecnologias e aos desenvolvimentos do mercado”¹¹², pela substituição das “(...) cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros”¹¹³.

Assim, e em referência à já citada Proposta, para determinar da deslealdade duma prática comercial devem estar reunidas, cumulativamente, três premissas. A saber:

« a prática deve ser contrária às obrigações de diligência profissional;
» o consumidor de referência a considerar na avaliação de impacto da prática é o consumidor ‘médio’ na aceção estabelecida pelo TJCE e
» a prática deve distorcer ou ser susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores”¹¹⁴

Cabe então analisar cada uma destas três condições.

a. Diligência profissional

Atendendo à definição consagrada na al. h) do art.º 2.º da DPCD, diligência profissional traduz-se no “padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta elou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional”¹¹⁵.

Ora, deparamo-nos, desde logo, com a presença de conceitos indeterminados, como sejam, padrão de competência especializada ou de cuidado, prática de mercado honesta e a boa-fé, termos jurídicos cuja conformação dependerá da herança jurídica dos diferentes Estados-Membros.

Partindo, desde logo, da Proposta da DPCD, diligência profissional parte

da boa conduta profissional, cuja tónica se encontra no grau de competência e de cuidado de um profissional – reforçada pela integração do princípio da boa fé¹¹⁶ –, (...) em conformidade com as normas geralmente admitidas para as práticas comerciais no seu sector de actividade específico¹¹⁷ (...)”, e que de acordo com Giuseppe Abbamonte¹¹⁸ representa a “(...) *measure of diligence above that of an ordinary person or non-specialist*” – daí a natureza especializada da competência do profissional –, aferida de acordo com “(...) *critères objectifs, à savoir les pratiques du marché*”¹¹⁹, ou seja, independentemente da intenção do comerciante ou do conhecimento ou previsibilidade das consequências do seu comportamento.

Comportamento que variará, como supradito, com o setor de atividade mas que, considerando que estamos a braços com práticas comerciais de empresas face aos consumidores, se visa o mais elevado nível de proteção dos seus interesses económicos e que estamos perante padrões de conduta alicerçados em práticas comerciais honestas e no princípio da boa-fé, não poderá importar a aceitação de qualquer prática reveladora de falta de cuidado e competência por parte dum profissional, ainda que consentânea com os usos e costumes de determinado setor de atividade – onde tais práticas são comuns.

Práticas comerciais honestas que atendendo à tradição belga¹²⁰, que as assume como critério de determinação da deslealdade de determinada prática comercial, “(...) *generally entail the conduct and the customs of prototypical merchants and economic players*”, devendo no entanto, e de acordo com Mário Frota, ser “(...) *susceptíveis de se aferir pelos códigos de honorabilidade, de probidade, de integridade*”¹²¹.

Códigos esses que, de acordo com o setor de atividade, impõem ao profissional um determinado nível de qualidade, atendendo às expectativas¹²² do consumidor médio, enquanto marco de referência, promanando desta fricção de interesses – comportamento do profissional *vs* expectativas do consumidor médio – a razoabilidade das últimas.

Por outro lado, e como princípio que em regra trespassa todos os ordenamentos jurídicos, temos o princípio da boa-fé, que como refere o mesmo autor, e na óptica da empresa, comporta quer a vertente subjetiva – consagrada “*no objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo do contrato utilizado*” –, quer a vertente objetiva – consagrada “*na 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*

QUESTÕES
CONCERNENTES COM
A COMPETÊNCIA DAS
INSTÂNCIAS JUDICIAIS
E COM A PUREZA DE
METAIS PRECIOSOS
ESTÃO FORA DO CAMPO
DE APLICAÇÃO DA DPDC

outros elementos atendíveis”.

i. Códigos de Conduta

Considerando que um Código de Conduta consubstancia o “*acordo ou conjunto de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividade específicos*” (sublinhado nosso), e ainda a questão suscitada no relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês¹²³ relativa ao seu cumprimento, abordar-se-á neste capítulo esta temática.

Prevê a Proposta da DPCD¹²⁴ um controlo incentivado por “(..) titulares dos códigos nacionais ou de nível comunitário (...)”, estes últimos de molde “(..) a promover a convergência das expectativas em matéria de diligência profissional (...)”(sublinhado nosso).

Na senda do que se preconiza no Livro Branco da Governança Europeia¹²⁵ e no Livro Verde¹²⁶, a autorregulação, pretende-se, assumir um papel importante na orientação futura das práticas comerciais, mormente pelo controlo exercido no sentido de eliminar as práticas comerciais desleais, pela elevação da fasquia dos níveis de qualidade dos produtos a fornecer aos consumidores, pela promoção de procedimentos alternativos de resolução de litígios e consequentemente por um mais elevado nível de proteção dos seus interesses económicos¹²⁷.

Da mesma forma representará, também, o reflexo das práticas comerciais que se pretendem – no mínimo – honestas, atendendo à dinâmica que pautará a outorga destes códigos, por diferentes profissionais, em diversos setores de atividade, designadamente pelas legítimas expectativas que suscita aos consumidores, e consequente procura pelos últimos de produtos fornecidos por profissionais que se pautam por determinados padrões de conduta – presumivelmente práticas de comércio honestas, com as ressalvas que *infra* se analisarão –, reflexo do acolhimento pelos códigos de conduta dos princípios da DPCD.

Não pode, no entanto, deixar de se fazer alusão ao fato de que ainda que os profissionais se vinculem a compromissos “(..) voluntariamente obrigatórios¹²⁸ (...)” – só se vinculam aqueles que assim o entenderem –, as obrigações daí decorrentes são desprovidas de coercibilidade, pelo que o seu não cumprimento não poderá importar a sua exigibilidade judicial, independentemente das repercussões desse incumprimento a nível concorrencial ou da responsabilização das empresas pelas entidades competentes pela aplicação dos códigos de conduta.

Assim, e nos termos do já citado art. 10.º, o recurso ao controlo por via da aplicação de códigos de conduta é adicional às vias de recurso judicial ou administrativo, não se excluindo.

Atenda-se por outro lado, que estes códigos, à escala europeia, serão de difícil implementação “(...) *dada a diversidade de disposições nacionais*”¹²⁹ (...), e como aponta o próprio Livro Verde, dada a inexistência de meios bastantes para garantir sua eficácia.

Aliás, veio a suprimir-se, no texto normativo da DPCD, a referência aos códigos de nível europeu, como alude a Comunicação da Comissão relativa à posição comum do Conselho¹³⁰, atitude criticada pela doutrina¹³¹, dada a maior garantia, conferida pelo recurso a estes códigos, de supressão dos entraves ao desenvolvimento do mercado interno.

Ainda assim, atentando a que a adesão a um código de conduta por uma empresa suscita expectativas legítimas aos consumidores pela sua outorga e pela imagem que daí se projeta – determinado padrão de comportamento –, pode determinada conduta ser considerada uma prática comercial desleal, seja por constanciar uma prática enganosa, nos termos previstos no Anexo I da DPCD¹³², seja porque o incumprimento de uma das normas destes códigos, ao abrigo do art.º 6.º, n.º 2, al. b), aí conduz¹³³.

Por outro lado, não se subsumindo como prática comercial enganosa nos termos supradescritos, e atentando à questão suscitada no relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês, já referido, não pode o incumprimento de determinada norma de conduta prevista num determinado código, por si só, importar, automaticamente, a qualificação dessa ação como prática de mercado desonesta e conseqüentemente, nos termos expostos, contrária à diligência profissional. Isto porque, dependendo dos setores de atividade, diferentes serão os padrões de comportamento adotados pelas respectivas associações representativas, pelo que, podemos encontrar-nos perante um determinado código de conduta que encerre normas traçadas pelos mais altos níveis de exigência¹³⁴, ou seja, um profissional que não as cumpra está a romper com esse padrão, mas não está a incorrer numa prática de comércio desonesta.

Por outro lado, podemos também cair na tentação de pensar que as entidades representativas de determinado setor de atividade poderão definir os padrões mínimos de exigências dos profissionais respectivos, e assim estariam delimitadas e conformadas as práticas comerciais honestas. Ora, não são, nem poderiam ser, estes intervenientes a traçar os mínimos de exigência de determinado setor, caso contrário poderíamos incorrer numa distorção concorrencial, que se visa, indiretamente, combater, pelo que o cumprimento de determinado código de conduta não implica, desde logo, a conformidade com as práticas de comércio honestas.

Assim, e como conclui o supradito relatório, caberá aos tribunais nacionais aferir da “honestidade” de determinada prática de comércio, independentemente da sua compatibilidade com determinado código de conduta, ainda que na con-

tenda, em particular, aquela prática possa ser por ele conformada.

b. Consumidor¹³⁵

O conceito de consumidor adotado pela DPCD corresponde à definição tipo que figura em várias directivas sobre a defesa dos consumidores, como infere a Proposta desta directiva¹³⁶, e que de acordo com Luís González Vaqué, se pode resumir “(...) *en el sentido de que comprende toda persona física, no profesional, que adquiere bienes o servicios para su uso o consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares*”¹³⁷.

Conceito que se pretende, possa evoluir em conformidade com a jurisprudência do TJCE, pelo que se suprimiu da Proposta da DPCD a definição de consumidor médio, mantendo-se apenas a definição de consumidor, dada a clara ligação entre aquelas¹³⁸, fazendo depender do consumidor médio, enquanto marco de referência, a qualificação de determinada prática como desleal – seja na

AOS ESTADOS-MEMBROS
APENAS É PERMITIDA
A MANUTENÇÃO DAS
NORMAS NACIONAIS,
SENDO-LHES VEDADA A
INTRODUÇÃO DE QUAIS-
QUER NORMAS DE NATU-
REZA MAIS RESTRITIVA
OU PRESCRITIVA

cláusula geral prevista no art.º 5.º, seja quanto a práticas comerciais enganosas, consagradas nos artigos 6.º e 7.º, seja quanto a práticas comerciais agressivas, preceituadas nos artigos 8.º e 9.º.

Assim, e não pretendendo enfadar pela transcrição, reproduz-se o considerando 18.º da DPCD, que contém os elementos chave que cintam a adopção deste critério:

“É conveniente proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais; todavia, o Tribunal de Justiça considerou necessário, nas decisões sobre casos de publicidade após a aprovação da Directiva 84/450/CEE, analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico. De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas na mesma, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as proteja de exortações directas à aquisição.”

O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso.” (sublinhado nosso)

Note-se a referência expressa, no corpo normativo da DPCD, ao consumidor médio de um determinado grupo, mormente se este for vulnerável^{139/140}, pela idade, doença, credulidade, ou condição¹⁴¹, reforçando, desta forma, este critério.

Assim, na determinação do consumidor médio atender-se-á ao consumidor, ou grupo de consumidores, visado por determinada prática, seja ele todo e qualquer consumidor, seja considerando o produto ou bem objeto de procura, a circunscrição geográfica, a língua, ou qualquer particular circunstância que conduza à sua aferição.

Da mesma forma, serão atendíveis as suas expectativas¹ assim como a sua percepção sobre a prática em questão, considerando que nos encontramos perante uma pessoa normalmente informada e razoavelmente atenta e advertida.

O mesmo é dizer que o consumidor pouco informado, desatento ou inadvertido não se encontrará protegido pela DPCD¹⁴⁴ – desde que se não trate de uma situação subsumível nos parâmetros da credulidade, termos em que seria versada, no âmbito deste diploma, enquanto consumidor vulnerável, como *infra* se concluirá.

Situação, geralmente, associada aos níveis de formação/educação ou mesmo aos hábitos de consumo – atendendo mesmo às condições económicas dos consumidores –, pelo que esta opção foi, desde logo, objeto de crítica, quer pelo Parlamento Europeu, que pretendeu a ponderação do grau de instrução quanto aos consumidores mais vulneráveis, quer pelo CESE que teme que “(...) *que a política de defesa do consumidor perca a sua natureza protectora e que, sem prejuízo para a atenção especial que a proposta dedica aos «grupos mais vulneráveis», os consumidores menos informados ou os que tenham um nível de ensino mais baixo fiquem desprotegidos*”¹⁴⁵.

No entanto, ainda que informado, atento e advertido, não se espera que, por excesso, o consumidor médio seja, conhecedor e especialista quanto ao produto ou serviço em questão, pelo que a determinação da sua razoabilidade dependerá do “(...) *padrão racional de agente económico, do lado da procura*”¹⁴⁶, considerando o necessário equilíbrio entre a proteção dos consumidores e a concretização do mercado interno – princípio da proporcionalidade¹⁴⁷.

No que tange aos grupos de consumidores mais vulneráveis, estes identificam-se na DPCD, pela idade, doença mental ou física ou pela credulidade, ainda que de uma forma abrangente, uma vez que, *in casu*, poderão, estas características, não consubstanciar uma particular vulnerabilidade.

Levantando a concretização da característica de credulidade especial dificuldade, na medida em que credulidade e ingenuidade, seja por inexperiência, ou por ignorância, no caso comerciais, são muitas vezes utilizados como sinónimos.

No entanto, e como refere Hans-W. Micklitz¹⁴⁸, “*a certain degree of help in putting credulity into a specific context is provided by the European Court of Justice (...)*”, designadamente pelos processos apensos C-240/98 e C-244/98, C-481/99¹⁴⁹ e C-473/00¹⁵⁰, quando referem que a faculdade reconhecida ao juiz de apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula, foi considerada necessária para assegurar ao consumidor uma proteção efetiva, nomeadamente, tendo em conta o risco não despreciando de ele ignorar os seus direitos ou de ter dificuldade de os exercer.

Assim, parece que o TJCE protege os consumidores que ignoram os seus direitos.

Ainda assim, e atendendo às concepções de vulnerabilidade e hipossuficiência, adotadas pela doutrina brasileira¹⁵¹, assim como à desigualdade material¹⁵² das partes, nas relações entre consumidores e profissionais, manifestamente reconhecida pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina, pela dificuldade do primeiro na defesa dos seus direitos, não deixa a ingenuidade de ser uma vulnerabilidade característica de todos os consumidores, e não, sem mais, de um consumidor particularmente vulnerável.

Assim, e considerando o exemplo alemão citado pelo mesmo autor, que considera que o consumidor crédulo ou inexperiente – em termos comerciais – é aquele que é “*(...) too lethargic, too inattentive, too apathetic, too passive and too indolent to obtain information*”¹⁵³, é demasiado extremo, colocando sem proteção muitos consumidores que, vulneráveis, não se encontram naquelas condições, não deixa a credulidade comercial de consubstanciar uma falta de resistência do consumidor, mercê de uma particular fragilidade intelectual.

Ora, a linha que medeia estes conceitos deve ser traçada pelo tribunal nacional, na contenda em particular, mesmo porque como abaixo se referirá, não nos encontramos perante um consumidor médio, seja vulnerável ou não, cuja reação seja apreensível de forma estatística.

Há no entanto que realçar, como refere José Massaguer¹⁵⁴, que em relação a estes consumidores, o art.º 5.º, n.º 3 dá corpo a uma regra excepcional face à regra geral prevista no n.º 2 do mesmo artigo.

Caráter excepcional que pretende estender a malha de proteção destes consumidores, que apenas pela aplicação da regra geral não estaria garantida.

Assim, aquela prevê, como alude o considerando 19.º, que determinada prática, destinada não especificamente aos consumidores vulneráveis, os afete, pelas suas características pessoais, desde que se trate de um grupo claramente identifi-

cável, de forma razoavelmente previsível para o profissional.

Ora, considerem-se as especificidades desta norma, designadamente que não estamos perante uma norma que prevê uma prática que visa em especial um grupo de consumidores vulneráveis – caso que se subsumiria na regra geral e seria o consumidor médio deste grupo a ser considerado como marco de referência, sem que os requisitos do n.º 3 fossem necessários –, mas sim, como suprarreferido, de uma prática que visando consumidores que não especificamente um determinado grupo de consumidores mais vulneráveis – consumidores ordinários –, apenas estes são suscetíveis de distorção do seu comportamento económico, sendo que neste caso o consumidor médio de referência será deste grupo de consumidores – mais vulneráveis.

Por outro lado, deve a distorção do comportamento económico destes consumidores ser razoavelmente previsível pelo profissional, mais uma vez *in casu*, do cotejo entre “(...) *the opposing interests of the advertiser and the addressee*”¹⁵⁵ – ou seja, dos profissionais e dos consumidores.

Assim, resulta não só do considerando 18.º da DPCD, como de todo o exposto, que este marco de referência não é, nem poderia ser, estatístico pelo que caberá aos tribunais nacionais, casuisticamente, a determinação da reação típica do consumidor médio, o que obrigará à aceitação de uma panóplia de critérios – num universo de 27 Estados-Membros – que apenas *in casu* poderá ser apreendida.

c. Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores

Resulta da proibição geral, prevista no art.º 5.º, a necessidade de que determinada prática comercial distorça ou seja suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores. Distorção que, de acordo com a al. e) do art.º 2.º, se traduz na “*utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo*”.

Chame-se, desde já, o que se grafou sobre os interesses económicos dos consumidores, designadamente quanto ao objetivo da diretiva que se analisa, cujo enfoque recai sobre a proteção dos consumidores contra o “(...) *effective and relevant harm*”¹⁵⁶ (...), originado por práticas comerciais desleais.

Realce-se o carácter abrangente destes interesses, que incluem os danos sofridos pelos consumidores atendendo ao impacto “(...) *suficientemente importante*”¹⁵⁷ (...) de determinada prática comercial sobre o seu comportamento económico – aptidão para tomar uma decisão esclarecida –, podendo traduzir-se quer em avultados danos sofridos pelo último, quer em avultados ganhos para os profissionais¹⁵⁸ – excluem-se naturalmente as bagatelas.

Note-se também que o comportamento económico do consumidor é resultado de uma decisão de transação¹⁵⁹, fundada numa expressão de vontade, livre, ponderada e esclarecida, ideia projetada nomeadamente pelos considerandos 6.º, 7.º, 14.º e 16.º da DPCD, pelo que qualquer prática comercial suscetível de reduzir a “(...) a aptidão de o consumidor conscientemente tomar uma decisão com conhecimento de causa¹⁶⁰” deve ser reputada, nos termos desta cláusula geral, como desleal.

Assim, a distorção substancial do comportamento económico do consumidor resulta de uma redução sensível da sua aptidão para tomar uma decisão livre, ponderada e esclarecida, ou seja, o impacto daquela distorção tolda o discernimento do consumidor ao ponto de o fazer tomar uma decisão¹⁶¹ de transação que de outro modo não teria tomado, na medida em que a sua vontade, por não reunir os requisitos essenciais da sua formação, está viciada.

Refira-se que a definição de transação é também ela abrangente, uma vez que abraça todos os momentos da transação comercial que liga o profissional ao consumidor, designadamente as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Assim, vêm-se incluídas no âmbito de aplicação da DPCD, aliás como resulta do seu art. 3.º, n.º 1, as práticas comerciais desleais que vão conformar a decisão, pela positiva ou pela negativa, de transação, aquelas perpetradas durante a execução do contrato¹⁶², bem como aquelas que ainda que realizadas em momento ulterior ao fim da transação comercial, a influenciarão, ainda que de forma acessória, determinantemente.

No que concerne a estas últimas, levanta a doutrina¹⁶³ a questão da efetiva inclusão das práticas comerciais desleais em fase pós-contratual, na medida em que estas já não poderão influir na decisão de transação do consumidor – já tomada – e consequentemente não terão repercussões diretas no seu comportamento económico.

Ora, não só pela consagração expressa destas práticas^{164/165}, mas também pela coerência sistemática deste diploma legal, pode o tribunal nacional, através de um juízo de prognose póstuma, aferir se o consumidor médio perante aquela prática comercial desleal, naquelas circunstância de tempo e lugar, e atendendo às particularidades que enformam este marco de referência, como *supra* se explanou, teria tomado ou não aquela decisão de transação.

Não deixe de se realçar que ainda que a supradita prática se imponha ao consumidor, porque ulterior à decisão de transação, esta não deixa de ter uma repercussão na reação típica do consumidor médio, e que nessa medida o tribunal nacional, na contenda em particular, ao determiná-la, poderá projetar nela a prática desleal pós-transação.

Refira-se ainda que “(...) a colocação legítima de produtos, a diferenciação das

marcas ou a oferta de incentivos, que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida” estão excluídas do âmbito de aplicação da DPCD.

Assim, situações como a oferta ao consumidor de um chá ou café, ou de um serviço de transporte até ao local de entrega gratuitos¹⁶⁶, na medida em que permitam ao consumidor conservar a liberdade¹⁶⁷ de aceitar ou não o incentivo proposto, não estão no campo de aplicação da DPCD.

Isto, desde que a liberdade de aceitar por parte do consumidor seja isso mesmo e não, por exemplo, uma “liberdade”, com perdão pela redundância, equiparada à existente em situação de coação, ou seja, desde que as ofertas e incentivos não possam consubstanciar uma prática comercial enganosa ou agressiva.¹⁶⁸

Isto, na medida em que, como aponta J. Pegado Liz, “(..) os consumidores não actuam no mercado como ‘agentes económicos’¹⁶⁹, pelos menos equiparáveis aos agentes empresariais, sendo que “(..) o conocimiento de causa no es necesariamente sinónimo de la autonomía y racionalidade económica (...)”¹⁷⁰

Pelo que é da aceitação destas derivações de uma mesma cláusula geral, articuladas *in casu* pelos tribunais nacionais, que se poderá obter a melhor composição do litígio, norteadas pela conveniente protecção de todos os consumidores das práticas comerciais desleais¹⁷¹.

d. Prova

A reacção pelo consumidor contra uma prática comercial desleal implica desde logo a apresentação da prova bastante para que se demonstre que determinada prática é contrária às exigências relativas à diligência profissional, que distorceu ou é susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio, conduzindo-o a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.

Premissas que atravessam quer a cláusula geral do art.º 5, quer as normas especiais consagradas nos artigos 6.º a 8.º, dada a articulação que entre elas se verifica, conforme *infra* se verá.

Ora, ainda que, como refere o considerando 21.º da DPCD, caiba à legislação nacional determinar o ónus da prova, não deixa de constituir regra que este ónus recaia sobre o consumidor enquanto queixoso¹⁷², cabendo àquele fazer a prova dos fatos constitutivos do direito alegado.

AINDA QUE OS PROFIS-
SIONAIS SE VINCULEM
A COMPROMISSOS
VOLUNTARIAMENTE
OBRIGATÓRIOS, AS
OBRIGAÇÕES DAÍ
DECORRENTES SÃO
DESPROVIDAS DE
COERCIBILIDADE

A própria DPCD confirma isto mesmo, ao consagrar no art.º 12.º o que se entende por uma inversão do ónus da prova, fazendo impender, se assim pretenderem os Estados-Membros, sobre o profissional o ónus da apresentação de provas respeitantes à exatidão dos fatos que tenham alegado.

Posição adotada, nomeadamente, pelas directivas relativas à publicidade enganosa¹⁷³ e aos contratos à distância¹⁷⁴, de forma a aproximar este encargo daquele que reúne melhores condições para apresentar as provas necessárias, permitindo, desta forma, equilibrar as posições das partes.

Realce-se que se trata de uma faculdade atribuída aos Estados-Membros, que a poderão ou não exercer, situação última, que poderá consubstanciar uma maior vulnerabilidade – jurídica nos termos já referidos – do consumidor, dada a acrescida dificuldade em demonstrar fatos que consubstanciem o assédio, a coação, a influência indevida ou o particular atentado contra as exigências de diligência profissional.

Este último poderá levantar sérios problemas ao consumidor na medida em que nos encontramos perante um padrão de conduta conformado por práticas de mercado honestas de determinado setor de atividade, pelo que a demonstração de fatos que consubstanciem uma violação de códigos de honorabilidade, de probidade, de integridade poderá representar um entrave à efetiva proteção do consumidor.

No entanto, onexo causal entre a distorção do comportamento económico e a decisão de transação, mais não requer do que a sua alegação, uma vez que, “(...) *no parece que pueda exigirse una prueba concreta de este elemento (...)*”, encontrando-se o elemento causal “(...) *contained already in the decision whether the autonomy of the consumer is distorted or is likely to be distorted by a commercial practice*”¹⁷⁶.

O mesmo se pode dizer quanto à prova do engano pelo consumidor – quer por ação, quer por omissão, como *infra* se referirá, quando forem abordadas estas práticas e à suscetibilidade destas induzirem ou serem suscetíveis de induzir o consumidor médio em erro –, uma vez que a possibilidade de este ser induzido em erro, por si só, pode ser considerada enganosa, se todos os restantes elementos que conformam as práticas comerciais enganosas estiverem presentes.¹⁷⁷

e. Articulação entre cláusula geral e as normas especiais

Atentando à proibição geral consagrada no art.º 5.º, deparamo-nos com três níveis de ponderação na qualificação de deslealdade de uma prática comercial. Vejamos:

O n.º 5 daquela norma refere o Anexo I da directiva, que contem uma lista, exaustiva, de 31 práticas, que serão consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, por todos os Estados-Membros, pelo que dispensam o recurso a uma

avaliação casuística, nos termos da aplicação das cláusulas gerais – quer da cláusula geral de deslealdade, quer das cláusulas gerais relativas às práticas comerciais enganosas e agressivas – previstas nos artigos 5.º a 9.º¹⁷⁸. Lista que só poderá ser alterada mediante revisão da directiva que se estuda, nos termos do art.º 18.¹⁷⁹.

Desta forma, perante determinada prática comercial, caberá primeiramente verificar se esta está contida naquela lista, e apenas perante a negativa se lançará mão das cláusulas gerais supracitadas.

No entanto, também entre elas se verifica, por força, do n.º 4 daquela norma, uma relação de especialidade. Não porque as últimas – enganosas e agressivas – se afastem do regime regra plasmado no n.º 1 do art.º 5.º ou que com ele apresentem qualquer antinomia, mas no sentido em que *“a proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas”*¹⁸⁰.

Assim, estas duas práticas serão, pelas suas características, aprofundadas e delimitadas, de molde a garantir uma maior segurança jurídica, sem que para a sua aplicação seja necessário lançar mão dos requisitos previstos no art.º 5.º, n.º 1, nomeadamente à determinação da falta de diligência profissional – as práticas que induzem em erro, porque inverídicas ou associadas a um comportamento de assédio, por exemplo, consubstanciam uma conduta contrária com as exigências de diligência profissional – e à distorção substancial do comportamento económico de consumidor – a coação prejudica a aptidão do consumidor médio para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o a uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado.¹⁸¹

Ora, acrescente-se que as cláusulas relativas às práticas enganosas – artigos 6.º e 7.º – e agressivas – artigos 8.º e 9.º – fazem referência expressa ao consumidor médio – em que se incluem os particularmente vulneráveis, quer pela sistematização normativa da directiva, designadamente a construção de todo o art.º 5.º, quer pelo seu elemento teleológico, que pretende a protecção destes consumidores^{182/183} –, nos mesmos termos consagrados na cláusula geral do referido n.º 1 do art.º 5.º, pelo que incluem os mesmos elementos caracterizadores de determinada prática como desleal.

Desta forma, não constando a prática controvertida da supradita lista, e não se subsumindo naquelas cláusulas gerais, será então, aplicável a norma geral prevista no n.º 1 do art.º 5.º, *“(..) que continuará a funcionar como uma rede de segurança (...)”*¹⁸⁴, autonomamente, garantindo, pelo seu carácter abrangente e flexível, a inclusão de práticas comerciais futuras¹⁸⁵.

f. O paradigma da lealdade/deslealdade

O diploma que se analisa adotou como técnica uma abordagem negativa de prática comercial, ou seja, definiu os critérios de determinação de uma prática

comercial desleal.

Critérios esses, desenvolvidos de forma detalhada, como *infra* se verificará aquando do estudo das práticas comerciais enganosas, agressivas e do Anexo I da DPCD, de molde a minimizar, o que vem sendo apontado como problema, eventuais incertezas ou dispersões, características da aplicação de uma cláusula geral, sem que aquela concretização contenda com o caráter flexível e abrangente desta técnica legislativa.

Ideia projetada, desde logo, no Livro Verde¹⁸⁶, atendendo ao caráter mais restrito das práticas desleais, face ao universo de práticas de comércio honestas e leais¹⁸⁷.

Atente-se que a abordagem negativa preconizada pela DPCD foi objeto de crítica, designadamente pelo CESE, emitida no seu parecer, por considerar que uma cláusula geral abordada de forma positiva “(...) *podia assegurar a sua adaptação às circunstâncias de mercado e aos comportamentos concorrenciais em mutação e permitiria, especialmente, submeter os comportamentos impróprios ao controlo de práticas desleais*”.

AADESÃO A UM
CÓDIGO DE CONDUTA
POR UMA EMPRESA
SUSCITA EXPECTATIVAS
LEGÍTIMAS AOS
CONSUMIDORES PELA
SUA OUTORGA E PELA
IMAGEM QUE DAÍ SE
PROJETA

No entanto, note-se que uma tal construção, fundada na consagração de uma prática leal de comércio, pressupõe a determinação dos elementos que enformam um determinado padrão de conduta, conformado pelas características de determinado setor de atividade – aos seus níveis de exigência – e pelas expectativas do consumidor, atendendo às tradições de cada Estado-Membro, entre um sem número de condicionantes. Situação que poderia, no entanto, ser obviada pela implementação de códigos de conduta, aplicáveis ao nível comunitário,

pela maior convergência das expectativas em matéria de diligência profissional que a outorga destes compromissos poderia oferecer, sendo que esta medida não é, ainda, exequível, como se referiu no subcapítulo respectivo.

Assim, pelo exposto, a harmonização plena, visada por este normativo comunitário, poderia importar a cristalização deste conceito perante o progressivo desenvolvimento de novas técnicas comerciais e perante a necessidade de consensos sobre a imposição de normas afirmativas em relação à lealdade das práticas.

Desta forma, a consagração de uma lista negra, de duas cláusulas gerais relativas a práticas comerciais enganosas e agressivas, completada por uma cláusula geral mais abrangente, correspondem a diferentes níveis de filtragem do caráter desleal de determinada prática comercial, considerando os elementos comuns aos sistemas jurídicos da maioria dos Estados-Membros, permitindo que desta for-

ma, a lealdade das práticas de comércio se desenvolva sem qualquer espartilho¹⁸⁸, sendo que as práticas comerciais desleais, conforme se delimitam na DPCD, sempre serão, pelo menos previsivelmente, conformadas por aqueles elementos.

2. PRÁTICAS COMERCIAIS ENGANOSAS

A DPCD classifica as práticas comerciais enganosas como ações enganosas e omissões enganosas.

a. Ações enganosas

Ao abrigo do n.º 1 do art. 6.º, encontram-se consagradas as ações dos profissionais que serão qualificadas como enganosas se contiverem “(...) *informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo*”¹⁸⁹.

Chama-se aqui a definição adoptada pelo ordenamento jurídico português decorrente da transposição da DPCD, na medida em que expurgou alguns elementos que parecem redundantes, estruturando-o de forma mais clara. Assim, afasta-se o carácter inverídico de uma informação falsa, e a aparente divisão desta norma, como considerou o relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês¹⁹⁰, segundo o qual a lista de elementos ali enumerados serão aplicáveis apenas aquelas informações que, mesmo que factualmente corretas, por qualquer forma, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio e então o conduzam a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, sendo que as informações falsas, *per se*, o conduzirão àquela decisão de transação, sem que seja necessário o recurso à referida lista.

Esta divisão parece, no entanto, demasiado rebuscada, senão vejamos, a pedra de toque da prática comercial enganosa é a suscetibilidade desta induzir o consumidor em erro, afetando o seu discernimento, a sua vontade, aliás conforme resulta da proposta da DPCD¹⁹¹, do Seguimento do Livro Verde¹⁹² e da Diretiva 84/450/CEE relativa publicidade enganosa, segundo a qual é enganosa “*a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente*”¹⁹³.

Ora, nas citadas informações incluem-se, então, as falsas e aquelas que, mesmo que fatualmente corretas, por qualquer razão – a sua apresentação geral, por exemplo –, todas elas, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio em relação a um ou mais dos elementos elencados no n.º 1 do

art.º 6.º, conduzindo-o, desta forma, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, mesmo porque, como refere José Massaguer, "(...) *lo relevante no es la exactitud o veracidad de la information que se comunique a los consumidores en si mesma considerada, sino la exactitud de la creencia que inculca en sus destinatarios (...)*"¹⁹⁴.

Por outro lado, parece excessivo qualificar, automaticamente, como enganosa uma prática comercial que contenha informação errada, sem o recurso aos elementos enunciados naquela norma, uma vez que esta directiva não proíbe, nomeadamente, a "(...) *prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas (...)*"¹⁹⁵.

Assim, o que o ordenamento jurídico português assume como *dolus bonus*, designadamente, "(...) *as sugestões ou artificios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico*"¹⁹⁶, é aceite pela directiva, desde que não induzam ou não sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio, no caso, em relação a um ou mais dos elementos elencados no n.º 1 do art.º 6.º, elementos esses "(...) *que devem ser do conhecimento do consumidor para que este possa tomar uma decisão de contratar mais livre e esclarecida*"¹⁹⁷, sem prejuízo da possível subsunção desta situação na sistemática existente entre as normas especiais desta directiva, em *ultima ratio* na cláusula geral, neste caso, atendendo às exigências da diligência profissional.

Assim, o art.º 6.º, n.º 1 encerra um elenco de elementos, como sejam a existência ou a natureza de um produto, as suas características principais, o preço, a necessidade de um serviço, de uma peça, entre outros enumerados nesta norma, que, sem necessidade de avaliação casuística, se forem objeto de uma prática comercial que sobre eles contenha informação desvirtuada, determina a sua qualificação como enganosa.

No que concerne ao caráter fechado desta norma, reitera-se o que se grafou sobre a articulação entre a cláusula geral e as normas especiais, designadamente, no que concerne à rede de segurança prevista no art.º 5.º, que sempre permitirá filtrar qualquer prática comercial enganosa que não se subsuma no n.º 1 do art.º 6.º, mormente na lista de elementos constantes nas alíneas a) a g), não deixando de referir que esta técnica de tipicidade importa sempre o risco de exclusão de práticas que pela sua inovação poderão versar sobre elementos ali não elencados.

Por sua vez, a al. a) do n.º 2 do art.º 6.º qualifica como enganosa a prática comercial suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor médio, através de qualquer actividade de *marketing*, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente.

Note-se que se encontram excluídos do âmbito de aplicação da DPCD "(...)

a promoção de produtos que parecem semelhantes a outros produtos, salvo se essa semelhança confundir os consumidores em relação à origem comercial do produto e for por essa razão enganosa”.¹⁹⁸

Por outro lado, o incumprimento, pelos profissionais, dos códigos de conduta por eles outorgados, assume nesta norma particular relevância, uma vez que toda a prática comercial, perpetrada ao arrepio dos compromissos a que voluntariamente se vinculou um profissional – desde que seja firme e verificável, e desde que o profissional nela indique que está vinculado pelo código –, suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor médio, será determinada como enganosa ao abrigo do art.º 6.º, n.º 2, al. b).

Ressalva-se, no entanto, tudo o que se grafou quer nos subcapítulos referentes às exclusões, nomeadamente, quanto às empresas face empresas, quanto às questões relativas ao gosto, decência e responsabilidade social, quer no subcapítulo concernente aos códigos de conduta.

Destaque-se, no entanto, que ainda que o n.º 2 do art.º 6.º, faça referência expressa ao contexto factual, “(...) tendo em conta todas as suas características e circunstâncias (...)” da prática comercial, a necessidade de uma avaliação casuística importa também ao n.º 1, designadamente, na aferição da prática comercial que por qualquer forma induza em erro o consumidor médio.

b. Omissões enganosas

Impende sobre o profissional, nas suas relações com os consumidores, o dever de o informar, de forma clara, objetiva e adequada¹⁹⁹, sobre os elementos essenciais relativos ao produto sobre que versa a prática comercial. Elementos esses, sem os quais o consumidor não poderá adotar uma decisão de transação “(...) esclarecida e, deste modo, eficiente²⁰⁰ (...)”.

Dever de informação, projetado quer do Livro Verde, quando refere como essencial “(...) a obrigação para as empresas de comunicar todas as informações materiais aos consumidores clara e atempadamente”, sendo que “isto garantiria o cumprimento correcto do direito à informação conferido aos consumidores pelo Tratado²⁰¹” – art.º 153.º CE –, quer do Seguimento do Livro Verde²⁰², quer da própria letra do art.º 7.º²⁰³.

Assim, o exposto no ponto 30.º da Proposta da DPCD²⁰⁴, designadamente quanto à pretensão em evitar “(...) que seja imposta uma obrigação positiva de comunicação (...)” ao profissional, parece contrariar o que de fato se lhe impõe, nomeadamente, que não oculte determinadas informações, ou seja, de fato, impõe-se-lhe o dever de informar, caso contrário o profissional perpetraria uma omissão enganosa. Informação que deve ser, de acordo com o n.º 2 do art.º 7.º, clara, inteligível, certa e atempada.

Posto isto, tendo em conta o contexto factual da prática comercial perpe-

trada e as limitações do meio de comunicação utilizado para transmiti-la, são qualificadas como enganosas as práticas comerciais que omitam – n.º 1 do art.º 7.º –, ocultem, ou apresentem de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio²⁰⁵, informação substancial, que não possa resultar do seu contexto, ou quando o profissional não refira a intenção comercial da prática e esta não se possa depreender do seu contexto – n.º 2 do art.º 7.º –, todas estas situações, conduzindo ou sendo suscetíveis de conduzir, o consumidor médio, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

Ora, a informação deve ser substancial, ou seja, e em referência ao que já se explanou quanto à distorção substancial do comportamento económico do consumidor, a sua omissão importará uma redução sensível da aptidão do consumidor médio, para tomar uma decisão esclarecida, ou seja, o impacto daquela condiciona-o ao ponto de o fazer tomar uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado.

Por outro lado, o efeito da prática comercial, é perspectivado na sua totalidade, incluindo a forma como é apresentada, sendo que uma informação obscura ou equívoca poderá equivaler a uma omissão²⁰⁶, assim como, pode ser recolhida pelo consumidor quando resulta de forma evidente do próprio contexto em que se encontra inserida²⁰⁷.

Ainda, considerando a substancialidade da informação necessária ao consumidor para que possa exercer o seu direito de escolha, de forma esclarecida, ao objetivo de plena harmonização preconizado pela DPCD, e à definição de convite a contratar apresentado por um profissional, segundo o qual nos encontramos perante “*uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição*”²⁰⁸, foram definidos pela directiva que se analisa, quais os elementos essenciais²⁰⁹ que o conformam e que devem ser facultados aos consumidores – art.º 7.º, n.º 4.

Atenda-se que, como acolhe o ordenamento jurídico português²¹⁰, e sem pretender estender esta análise, a linha entre o convite a contratar e a proposta contratual pode ser nenhuma, uma vez que a segunda, enquanto declaração negocial, desde que seja completa, assuma a forma exigida para o contrato definitivo e revele uma intenção inequívoca de contratar e seja eficaz, faz surgir na esfera jurídica do destinatário – no caso, consumidor – o direito potestativo de, aceitando-a, fazer nascer o contrato.

Assim, se casos haverá em que aqueles requisitos poderão, faltar, ou ser insuficientes, e então, estaremos apenas perante um convite a contratar – e como tal a sua eficácia não resultará em qualquer direito potestativo do consumidor nem em qualquer sujeição pelo profissional –, noutros, porque aqueles elementos existem,

tratar-se-á de uma verdadeira proposta.

De qualquer forma, elementos como as características principais do produto, o endereço geográfico e a identidade do profissional, o preço, as modalidades de pagamento, a existência de um direito de resolução ou de anulação, entre outros naquela norma melhor identificados, ao não constarem de um convite a contratar apresentado por um profissional ao consumidor, consubstanciarão uma omissão enganosa, desde que não possam depreender-se do contexto, reiterando a projeção total da prática comercial²¹¹.

Permitindo-se, no entanto, aos Estados-Membros “(...) que especifiquem nas respectivas legislações nacionais as características principais de determinados produtos como, por exemplo, os artigos de colecção ou artigos eléctricos, cuja omissão seria substancial num convite a contratar”²¹², o que flexibiliza a lista definida no n.º 4 do art.º 7.º.

São consideradas substanciais, de igual modo, as informações relativas às comunicações comerciais, à publicidade e ao *marketing*, cuja imposição resulte de legislação comunitária, constando do Anexo II da DPCD, uma lista, não exaustiva, dos requisitos daquela informação – art.º 7.º, n.º 5 –, pelo que as disposições aplicadas por força da directiva que se estuda devem ser concatenadas com outras normas, resultantes da transposição de directivas como aquela relativa às vendas à distância, que obriga o profissional a fornecer informação prévia assim como a confirmá-la pela forma escrita²¹³.

Refira-se, no entanto, que não constitui omissão enganosa, aquela que resultar da imposição de requisitos de informação, adicionais, pelos Estados-Membros, por extrapolarem as cláusulas mínimas consagradas em normativos comunitários.

Por outro lado, realce-se o destaque conferido pelo art.º 7, à avaliação casuística, uma vez que a aferição do carácter substancial da informação dependerá sempre do contexto em que se encontra inserida a prática comercial.

Cabe ainda destacar que o artigo 7.º na sua redação não contempla a suscetibilidade da omissão de uma informação substancial induzir em erro o consumidor médio, estabelecendo o nexos causal de forma direta, ou seja, a omissão que conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, é reputada como enganosa.

Chama-se aqui tudo o que se referiu quanto às ações enganosas e ao papel que a indução em erro do consumidor por uma prática comercial perpetrada por

NA DETERMINAÇÃO
DO CONSUMIDOR
MÉDIO ATENDER-SE-Á
AO CONSUMIDOR,
OU GRUPO DE
CONSUMIDORES,
VISADO POR
DETERMINADA PRÁTICA

um profissional assume no âmbito de proteção da DPCD.

Assim, se assumirmos, como o faz a doutrina e jurisprudência portuguesa, e parece fazer a DPCD, que *“ao esclarecimento da vontade se opõe o erro, que se define como a ignorância ou falsa representação de uma realidade no momento da formação do negócio jurídico”*²¹⁴, sendo que *“ocorre uma “ignorância (falta de representação exacta) ou uma falsa ideia (representação inexacta) por parte do declarante, acerca de qualquer circunstância de facto ou de direito que foi decisiva na formação da sua vontade, por tal maneira que se ele conhecesse o verdadeiro estado de coisas não teria querido o negócio, ou, pelo menos, não o teria querido nos precisos termos em que o concluiu.”* (Prof. Manuel de Andrade, in *“Teoria Geral da Relação Jurídica”, II, Reimpressão, 1992, 233*)²¹⁵, a omissão não pode importar outro resultado que não seja a indução em erro do consumidor médio.

3. PRÁTICAS COMERCIAIS AGRESSIVAS

A regulamentação das práticas comerciais agressivas constitui, no acervo comunitário relativo à defesa do consumidor, uma inovação, contrariamente às práticas comerciais enganosas, objeto de anteriores consagrações legislativas, designadamente pela directiva relativa à publicidade enganosa²¹⁶.

Assim, de acordo com o art.º 8.º, constituem práticas comerciais agressivas aquelas que, através do recurso ao assédio, à coação e à influência indevida, prejudiquem significativamente a liberdade de escolha do consumidor médio ou o seu comportamento em relação a um produto, conduzindo-o, ou pelo menos, sendo suscetível de o conduzir, a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, atendendo às características e circunstâncias do caso concreto.

Refira-se, na senda do que já se grafou, que a distorção do comportamento económico do consumidor se funda na insuscetibilidade deste emitir uma declaração de vontade formada de um *“modo julgado normal e são”*²¹⁷, uma vez que as práticas comerciais desleais o impedem de livre, ponderada e esclarecidamente formar a sua vontade.

No que tange às práticas comerciais agressivas, sucumbem quer o requisito do esclarecimento – pelo recurso à influência indevida –, quer o requisito da liberdade – pelo recurso ao assédio e à coação –, no processo de formação da vontade do consumidor médio.

Posto isto, partindo da Proposta da DPCD²¹⁸, contemplam-se nos artigos 8.º e 9.º deste diploma legal, três formas de agressividade que podem revestir uma prática comercial, nomeadamente, o assédio, a coação e o abuso de influência.

Ora, se a última encontra consagração no rol de definições do art.º 2.º da

DPCD, designadamente na alínea j), as definições de assédio e coação são deixadas à avaliação de cada Estado-Membro.

No entanto, se num primeiro momento parece existir a forte possibilidade de disparidades na aplicação destes conceitos²¹⁹ na subsunção de uma prática comercial como agressiva, não pode olvidar-se que a construção das cláusulas gerais previstas pela DPCD, têm por base elementos recolhidos de “*exemplos nacionais relativos a pontos tais como (...) o abuso de influência ou as pressões (...)*”²²⁰, sendo que qualquer um destes conceitos, na sua determinação pelos tribunais nacionais, devem ser enformados pelos elementos elencados no art.º 9.º, e que por força da DPCD serão comuns a todos os Estados-Membros, pelo que serão minimizados eventuais desvios de interpretação.

Assim, considerem-se cada um daqueles elementos que ainda que assumam uma projecção “comunitária”, não deixam de refletir os traços gerais destes comportamentos na maioria dos Estados-Membros, independentemente da necessidade, pela aplicação da DPCD, de eventuais ajustes nas regulamentações nacionais²²¹.

Atendendo ao ordenamento jurídico português, a aplicação do conceito de assédio, no âmbito das práticas comerciais desleais, é uma inovação. No entanto, recorreremos à definição aplicada ao direito do trabalho, expurgando-lhe as especificidades deste ramo do direito, segundo a qual, constitui assédio “*(...) o comportamento indesejado (...) com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador*”²²².

Considerando o relatório apresentado ao Departamento de Comércio e Indústria inglês²²³, ainda que não exista no Reino Unido uma definição de assédio, existem no entanto linhas orientadoras segundo as quais se destacam alguns elementos que integram este comportamento, independentemente da conclusão da necessidade de revisão da legislação nacional inglesa, que não se prende com os elementos conformadores deste conceito.

Ora, encontramos-nos então perante um comportamento que causa ao seu destinatário “*(...) alarm, distress or humiliation (...)*”, de forma “*(...) oppressive and unreasonable (...)*”.

Assim, os supracitados elementos que enformam uma conduta de assédio, parecem convergir, pelo que, associados àqueles que constam do art.º 9.º, como sejam o momento, o local, a persistência²²⁴, a linguagem injuriosa utilizada numa prática comercial, poderão colmatar eventuais desvios na aferição destes comportamentos.

Comportamentos, dada a especificidade da matéria sobre que versa, perpetrados por um profissional através da perseguição do consumidor com propostas

insistentes, de forma inoportuna, molestando-o²²⁵, de tal forma, que todam a liberdade de escolha do consumidor médio conduzindo-o ou sendo suscetíveis de o conduzir a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

No que concerne à coação, recorrendo à teoria geral do direito civil português e ao elenco contido no art.º 9.º – pelo recurso à ameaça –, parece que esta directiva acolheu a coação moral²²⁶, que radica no receio de um mal de que o consumidor foi – a DPCD não requer a ilicitude da ameaça – ameaçado – ameaça que tanto pode respeitar à pessoa, à honra ou à fazenda do consumidor como de terceiro²²⁷ – com o fim de dele se obter a declaração negocial²²⁸.

Ainda que a directiva que se analisa inclua neste conceito o recurso à força física, não parece que seja pretendida a inclusão da coação física, uma vez que a DPCD visa à proteção dos interesses económicos do consumidor, assentes numa decisão de transação livre, ponderada e esclarecida, apontando para o processo de formação da vontade negocial do consumidor.

A DISTORÇÃO SUBSTANCIAL DO COMPORTAMENTO ECONÓMICO DO CONSUMIDOR RESULTA DE UMA REDUÇÃO SENSÍVEL DA SUA APTIDÃO PARA TOMAR UMA DECISÃO LIVRE, PONDERADA E ESCLARECIDA

Ora, a coação física traduzir-se-á numa divergência entre o elemento interno (vontade) e o elemento externo da declaração negocial (declaração propriamente dita), uma vez que não é esta declaração que o consumidor médio pretende emitir, contrariamente à coação moral que, por sua vez, releva na relação entre a vontade real – aquela que o consumidor efetivamente formou no momento em que se decide pela emissão da sua vontade negocial, no caso, ainda que viciada pelo medo – e a vontade conjectural – vontade que o consumidor teria formado se a sua vontade real não estivesse viciada –, ou seja, o consumidor médio emite a declaração que pretende, sem que esta corresponda à sua vontade livre de vícios.

Por outro lado, no caso da coação física, exclui-se toda a liberdade do coagido, conduzindo à completa ausência de vontade, contrariamente às situações de coação moral, em que o vício, medo, reduz a liberdade do coagido mas não a elimina. Assim, o recuso à força física encontra-se ainda no âmbito da coação moral, como começo de execução do mal cominado, para compelir ao negócio²²⁹, sendo que a referência a ela, pela DPCD, constituirá apenas um reforço da consagração da coação moral nos termos explanados.

Ainda, se considerarmos o referido relatório, “(...) *threats to a person or property would give rise to duress if this coerced the innocent person to enter into a con-*

*tract if he would not have done so otherwise*²³⁰.

Ora, resulta das supraditas aceções que, pela coação o consumidor sofrerá uma limitação da sua liberdade de escolha susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.

Finalmente, a DPCD define como influência indevida, “*a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida*”²³¹.

Assim, assume particular relevância a posição de supremacia de um profissional, que substancialmente prejudique o comportamento do consumidor médio em relação a um produto²³², limitando a sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida, traduzida num desequilíbrio entre as partes^{233/234}.

Desequilíbrio, que em regra, resulta de relações particulares de confiança – médico e paciente –, de uma particular posição, social ou económica²³⁵, ou mesmo de uma relação jurídica – contrato de trabalho²³⁶, mas que, também, por força delas pode encontrar-se na relação profissional – consumidor²³⁷.

Refira-se ainda que parece incongruente a referência na definição de influência indevida, da possibilidade de recurso à força física ou à sua ameaça, senão vejamos.

De acordo com o que se aduziu em relação ao erro nas práticas comerciais enganosas, ao assédio, à coação, e atendendo à definição de influência indevida, parece que a limitação de vontade do consumidor médio decorrente desta última radica na falta de esclarecimento, ou seja, encontrar-nos-emos perante uma má representação da realidade pelo consumidor, que por sua vez importará a sua indução em erro e conseqüentemente será susceptível de o levar a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

Ora, se recorrermos aos exemplos e às orientações da DPCD – art.º 9.º, al. c) –, podemos verificar que a posição de poder do profissional sobre o consumidor relevará como influência indevida se o primeiro, pela sua ascendência, influenciar – nomeadamente, pelo aproveitamento de um infortúnio – o consumidor, prejudicando a sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida – por exemplo, o estado de ansiedade acerca da sua própria segurança, causada pela morte de um familiar do consumidor²³⁸.

Ainda que o nexo causal possa estabelecer-se de forma direta entre a posição de poder do profissional e a decisão de transação do consumidor, seja pela confiança, seja pela ascendência psicológica do profissional, é projetada uma imagem ao consumidor médio que, por não corresponder à realidade, o influencia àquela tomada de decisão.

Poder-se-ia dizer então que estaríamos ante uma prática comercial enganosa,

no entanto, não nos encontramos perante uma informação – essencial – que gera uma má representação da realidade, ou sequer diante da sua omissão, mas sim face a um comportamento abusivo, de exploração ou aproveitamento de uma relação particular – confiança ou outra –, na qual as partes se encontram em situação de desequilíbrio, e como tal é agressiva.

Também não pode confundir-se com coação, uma vez que, como aduzido, esta sim, importa uma ameaça, independentemente da relação entre as partes, que conduz à limitação da liberdade do consumidor na tomada de decisão de transação, que pode incluir o recurso à força física, como se analisou.

Assim, a referência ao recurso ou ameaça de recurso à força física na definição de influência indevida, poderá apenas significar que a influência indevida, mesmo sem aquela, e ainda que apenas tolde o esclarecimento do consumidor médio, quando utilizada numa prática comercial, consubstancia uma prática agressiva.

Por outro lado, parece resultar dos exemplos consagrados pela Proposta da DPCD²³⁹, que eventuais pressões podem ser exercidas pelos profissionais, desde que não limitem a capacidade do consumidor médio, de forma livre ponderada e esclarecida, tomar uma decisão de transação. Aliás como refere a directiva em análise, no considerando 6.º, quando exclui do seu âmbito de aplicação “(...) a oferta de incentivos, que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e afectar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida”.

Assim, qualquer uma das supraditas formas de agressividade, previstas no art.º 8.º, utilizadas numa prática comercial importarão a sua qualificação como agressiva, atendendo ao caso concreto, reitera-se, desde que sejam suscetíveis de afetar, de forma substancial, o comportamento económico do consumidor médio, pelo que a utilização do assédio, coação ou influência indevida devem traduzir-se numa redução sensível da aptidão do consumidor médio, para tomar uma decisão esclarecida ou livre, ou seja, o impacto daquelas “agressões” condiciona-o ao ponto de o poder fazer tomar uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado.

De molde a permitir enformar qualquer um daqueles conceitos, devem considerar-se os elementos constantes do art.º 9.º, designadamente, o momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência, o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos, o aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio, entre outros ali melhor descritos.

4. ANEXO I

Como referido sobre a articulação entre cláusula geral e as normas especiais, a proibição geral prevista no art.º 5.º consagra no n.º 5 uma lista, exaustiva, de 31

práticas, que serão consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, por todos os EstadosMembros, pelo que dispensam o recurso a uma avaliação casuística, nos termos da aplicação das cláusulas gerais – quer da cláusula geral de deslealdade, quer das cláusulas gerais relativas às práticas comerciais enganosas e agressivas – previstas nos artigos 5.º a 9.º²⁴⁰. Lista que só poderá ser alterada mediante revisão da directiva que se estuda, nos termos do art.º 18.^{º241/242}.

Desta forma, e de molde a garantir uma maior segurança jurídica, são elencadas as situações – por constituírem exemplos nacionais – que *per se* serão reputadas como enganosas ou agressivas.

Assim, caberá primeiramente verificar se determinada prática comercial está contida naquela lista, e apenas perante a negativa se lançará mão das cláusulas gerais de deslealdade.

No entanto, se atentarmos às práticas elencadas no Anexo I da DPCD verificaremos que a subsunção de uma particular situação não é automática, podendo exigir alguns juízos valorativos pelos tribunais nacionais, perante conceitos indeterminados como “*critério de razoabilidade*”, exigindo mesmo nexos causais, designadamente quando é necessário aferir “(..) *da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida*”²⁴³ – os consumidores.

No que tange às práticas propriamente ditas, que aqui não se enumeram, são apontados, pela doutrina, alguns problemas à técnica que as elenca, nomeadamente à falta de estrutura sistemática²⁴⁴ deste Anexo I, uma vez que práticas há, qualificadas como agressivas, que poderão subsumir-se como enganosas²⁴⁵ e outras que ainda que qualificadas como enganosas, poderão subsumir-se como agressivas.

Mesmo porque a interpretação das situações em concreto, pelos tribunais nacionais, deve realizar-se à luz dos princípios gerais consagrados na DPCD sendo que na lista que se analisa, encontram-se elencadas situações que poderão *in casu* representar uma prática comercial enganosa ou agressiva²⁴⁶.

Da mesma forma, como aponta J. Pegado Liz²⁴⁷, o imobilismo da lista e a inexistência de uma lista cinzenta²⁴⁸ impõem o recurso às cláusulas gerais, uma vez que não existe nem a possibilidade de adicionamento de novas práticas, nem a faculdade de, atendendo à situação concreta, com base em práticas típicas ali identificadas, poderem ser as práticas controvertidas reputadas *per se* como desleais.

5. APLICAÇÃO

São traçadas no capítulo 4 da DPCP as disposições finais que consagram os termos de aplicação desta directiva, seja pelas normas que a ditam, seja pela entidade que a garante, seja pela legitimidade dos sujeitos, seja pelo regime san-

cionatório.

Da mesma forma, são indicadas neste capítulo quais as alterações a introduzir nas directivas que com a DPCD confrontam, designadamente, nas Directivas 84/450/CEE do Conselho, 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e no Regulamento (CE) n.º 2006/2004.

Posto isto, impõe-se aos Estados-Membros que, na implementação desta directiva nos ordenamentos jurídicos nacionais, garantam a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra as práticas comerciais desleais, decorrência quer do art.º 11.º, quer do princípio previsto no art. 249.º CE²⁴⁹.

Para este intento, traça a directiva entre imposições e opções, quais as linhas de orientação dos Estados.

Assim, os meios a adotar devem contemplar disposições legais que permitam às pessoas ou organizações que, de acordo com a legislação nacional, tenham um interesse legítimo em combater as práticas comerciais desleais, a possibilidade de recurso quer às vias judiciais – art.º 11.º, n.º 1, 1.º par., al. a) – quer às vias administrativas²⁵⁰ – art.º 11.º, n.º 1, 1.º par., al. b) – para esse efeito, independentemente dos consumidores se encontrarem no território do Estado-Membro em que o profissional esteja estabelecido.

Assim, os Estados-Membros poderão optar, no combate às práticas comerciais desleais, pela via judicial, administrativa ou pela conjugação de ambas, e da eventual necessidade de recurso prévio à resolução extrajudicial de conflitos, nos termos do art.º 10.º.

Por outro lado, é reconhecida legitimidade ativa aos consumidores, seja individual seja coletiva – através de organizações de consumidores –, competindo aos Estados-Membros decidir qual a mais apropriada ao plano nacional.

Da mesma forma, atendendo a que este diploma comunitário pretende assegurar um elevado nível de proteção aos consumidores – que face à morosidade, aos encargos financeiros, à ignorância, entre outras condicionantes, muitas vezes não reage contra práticas comerciais perpetradas pelas empresas –, estendendo, ainda que indiretamente, o seu âmbito de aplicação aos interesses legítimos das empresas²⁵¹, é expressamente atribuída a estas legitimidade ativa para reagir contra práticas comerciais desleais de um concorrente face aos consumidores.

Decorre também desta norma o reconhecimento de legitimidade ativa às autoridades administrativas, competentes à luz do direito nacional, para promover os procedimentos legais adequados, contra práticas comerciais desleais.

No que tange à legitimidade passiva, compete a cada Estado-Membro decidir se as ações instauradas no combate às práticas comerciais desleais sê-lo-ão individualmente, contra um profissional, ou coletivamente, contra diversos profissionais do mesmo setor económico – art.º 11.º, n.º 1, 4.º par., al. a) –, assim

como, se estas ações podem ser instauradas contra o titular de um código, caso este promova o não cumprimento das prescrições legais^{252/253}.

Por outro lado, nos termos do n.º 2 do art. 11.º, devem os Estados-Membros dotar os tribunais ou as autoridades administrativas das competências necessárias para que possam prevenir – al. b – corrigir ou fazer cessar – al. c) – as práticas comerciais desleais.²⁵⁴

Sem que para tal seja necessário fazer prova de uma efetiva perda ou prejuízo pelo consumidor – atenda-se que “*a presente directiva não prejudica as ações individuais intentadas por quem tenha sofrido um prejuízo provocado por uma prática comercial desleal*”²⁵⁵ – e independentemente da intenção ou negligência do profissional.

O mesmo é dizer, neste último caso, do carácter objetivo da prática comercial desleal, ou seja, a ilicitude da prática decorre independentemente da culpa do profissional, simplesmente pela sua desconformidade com as exigências da diligência profissional.

No que concerne ao processo ou procedimento – judicial ou administrativo – a que der origem a prática comercial desleal, este deve revestir forma simplificada, e como tal célere²⁵⁶, quer seja com efeito provisório, quer seja com efeito definitivo, podendo cada Estado-Membro decidir qual das alternativas deverá aplicar-se – art.º 11.º, n.º 2, 2.º parágrafo.

Por outro lado, autoridades administrativas que iniciem ou presidam aquele processo/procedimento, devem apresentar garantias de imparcialidade, de molde a garantir uma fiscalização ou aplicação das suas decisões de forma eficaz, devendo, em princípio, fundamentar as suas decisões, sendo que no segundo caso tal fundamentação é sempre necessária – art.º 11.º, n.º 3.

Da atuação das autoridades administrativas, deve caber sempre a possibilidade de recurso à via judicial.

No que se refere ao regime da prova, chama-se o que já se grafou em IV.1.d., referindo-se, no entanto, que aos tribunais ou às autoridades administrativas nacionais, nos termos do art.º 13.º, devem ser atribuídas competências que os habilitem, na contenda em particular, a exigir ao profissional a apresentação de provas da exatidão dos fatos que alegue relativos à prática comercial, e perante a sua falta ou insuficiência, considerá-las como inexatas.

Ainda, em referência ao regime sancionatório, determina a DPCD no art.º 13.º que devem ser definidas pelos Estados-Membros as sanções que, com carácter efetivo, proporcional e dissuasor, se apliquem às violações das disposições nacionais aprovadas nos termos da presente directiva, garantindo, desta forma, a sua efectiva aplicação^{257/258}.

Fica, no entanto, no arbítrio dos Estados-Membros definir o carácter das san-

ções aplicáveis, sejam de natureza administrativa sejam de natureza penal²⁵⁹ ou civil.

Acrescente-se que os tribunais ou as autoridades administrativas podem, se os Estados-Membros assim o entenderem, exigir a publicação da decisão de cessação definitiva de uma prática comercial desleal, no todo ou em parte e da forma que considerem adequada – art.º 11, n.º 3.º par., al. a) –, assim como exigir, também, a publicação de um comunicado retificativo – art.º 11, n.º 3.º par., al. a).

Sob a epígrafe de informação, o art.º 17.º, consagra o dever dos Estados-Membros permitirem aos consumidores o acesso aos dispositivos legais nacionais que transpuseram a DPCD, preocupação que trespassa as diversas iniciativas das Instituições Comunitárias, de forma a habilitar o consumidor a que de forma autónoma e eficiente, se movimente no mercado²⁶⁰. Por isso, estabelece, também esta norma, o dever dos Estados-Membros incentivarem os titulares de códigos a informar os consumidores dos seus códigos de conduta²⁶¹.

Finalmente, os artigos 14.º, 15.º e 16.º consagram as alterações a introduzir na directiva 84/450/CEE, relativa à publicidade enganosa e comparativa, nas directivas 97/7/CE, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, e 2002/65/CE, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, e na Directiva 98/27/CE, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores e do Regulamento n.º 2006/2004 (CE), relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, respectivamente²⁶².

Alterações necessárias, quanto à primeira, para limitar o âmbito de aplicação da directiva sobre a publicidade enganosa e comparativa, à publicidade que lese as empresas, mas não os consumidores, matéria sujeita à disciplina da DPCD, e uniformizando conceitos.

No que concerne às segundas, e como a letra do próprio artigo aduz, tendo em conta a proibição expressa das práticas de fornecimento não solicitado estabelecida pela DPCD, qualificada como prática comercial agressiva em quaisquer circunstâncias²⁶³, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para dispensar o consumidor de qualquer contraprestação/obrigação em caso de fornecimento ou prestação não solicitados, não valendo como consentimento a ausência de resposta.

Por sua vez, de modo a ser possível instaurar uma ação inibitória que tenha por objetivo a defesa dos interesses coletivos dos consumidores que estejam ligados a práticas comerciais desleais, é substituída pela DPCD, na lista das directivas que os prevêem, a Directiva 84/450/CEE.

No que tange à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, é aditada à lista das directivas e

regulamentos que a prevêm, a DPCD.

V. CONCLUSÕES

Num contexto em que o consumidor assume uma posição de destaque no desenvolvimento do Mercado Interno da União Europeia, surge a directiva relativa às práticas comerciais desleais, objeto do presente estudo, traçando objetivos ousados, numa construção legislativa inovadora.

Assim, vêm-se consagrados um mais elevado nível de proteção dos consumidores, visando diretamente os seus interesses económicos, promovendo uma maior confiança destes no mercado interno, cujo desenvolvimento requer uma diminuição dos entraves à sua concretização, resultante da coexistência de díspares quadros legais nacionais relativos a práticas comerciais, que esta directiva, pela plena harmonização que pretende, visa diminuir.

Harmonização, destinada a conferir uma maior segurança jurídica fundada num *“quadro jurídico único baseado em conceitos legais claramente definidos regulando todos os aspectos das práticas comerciais desleais na União Europeia”*²⁶⁴.

Ora, a realização dos objetivos traçados pela DPCD, requerem a sua transposição para 27 ordenamentos jurídicos diferentes, pelo que a implementação das suas premissas dependerá de um processo de construção, senão vejamos.

A DPCD pretende criar um quadro legal único definindo para o efeito alguns conceitos, a que juntou uma lista de exemplos. No entanto, estes conceitos, dadas as diversas heranças jurídicas tenderão a ser interpretados de forma diferente quer no processo de transposição quer pela sua aplicação pelos tribunais nacionais. Interpretação que constitui a pedra de toque da problemática da integração das normas da DPCD nos ordenamentos jurídicos nacionais.

No entanto, se podemos ser críticos pela indeterminação destas definições, e como referimos, designadamente na análise das práticas comerciais agressivas, pela introdução de elementos como o assédio e a coação, tais definições são construídas atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, mormente o conceito de consumidor médio, a exemplos nacionais²⁶⁵, ponderados os princípios gerais, enquanto denominadores comuns, dos diversos Estados-Membros, contra práticas comerciais desleais.

Ora, a consagração de cláusulas gerais, pelo seu carácter flexível, pressupõe o

[É] ENGANOSA A PRÁTICA COMERCIAL SUSCETÍVEL DE DISTORCER SUBSTANCIALMENTE O COMPORTAMENTO ECONÓMICO DO CONSUMIDOR MÉDIO, ATRAVÉS DE QUALQUER ACTIVIDADE DE MARKETING

recurso a conceitos adaptáveis, sem que com eles se perca, contudo, a linha base de orientação que sempre se conseguirá pela articulação da cláusula geral, com as normas especiais como se explanou em IV.1.e..

Assim, na apreciação dos elementos conformadores de qualquer conceito cabe ajuizar dos diferentes elementos interpretativos seja ele o gramatical, o sistemático, o teleológico, e até o histórico²⁶⁶, para que eventuais disparidades interpretativas possam ser minimizadas pelo recurso aos elementos de cada cláusula geral e da lista de exemplos constante do Anexo I.

No entanto ainda que se conclua por uma precisão de conceitos balanceada pelas necessidades de flexibilidade e de consensos entre os Estados-Membros, os elementos que os conformam não deixam de traduzir o mínimo, que de forma plena, se pode esperar da aplicação das disposições previstas pela DPCD, uma vez que aos Estados-Membros pelos seus tribunais nacionais ou pela via legislativa, caberá a definição de um sem números de situações.

Atenda-se que às exclusões normativamente consagradas, designadamente as relações entre empresas, ao direito contratual, entre outras, cujas matérias confrontam com o âmbito de aplicação da DPCD, acrescem as exclusões circunstanciais, que derivam da aplicação das suas disposições, como sejam a determinação da reação típica do consumidor médio, a apreciação *in casu* da violação das exigências de diligência profissional, do assédio, assim como todas as possibilidades que a avaliação casuística de que parte a subsunção das práticas comerciais como enganosas ou agressivas implica, uma vez que sempre existem as derivações interpretativas dos diversos conceitos pelos tribunais nacionais, que assim mesmo, por determinação da directiva atenderão a fatores culturais, sociais e linguísticos.

Por outro lado, o que pretende ser uma construção normativa coerente, porque, abrangente, flexível e uniformizadora e como tal eficaz na proteção dos interesses económicos dos consumidores e na supressão dos entraves do mercado interno, parece encerrar nesses desígnios a sua contradição, uma vez que a aceitação de todos estes “desvios”, de molde a permitir “(...) *proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais*(...)”²⁶⁷ poderá fazer succumbir uma harmonização total.

No entanto, se a esta cedência nos termos em que se apresenta, corresponderá uma diminuição da segurança jurídica, só o tempo o dirá, na medida em que a esta flexibilidade, enquadrada pelos princípios orientadores previstos da DPCD, poderá corresponder uma mais pronta resposta à proteção dos consumidores pela aproximação, que a sua aplicação importa, das características e circunstâncias do contexto factual que envolve determinada prática comercial.

Outra questão que a plena harmonização suscita é o alcance efetivo de um mais elevado nível de proteção do consumidor, se considerarmos, aliás como re-

flete a recente jurisprudência do TJCE²⁶⁸, que normas mais restritivas, consagradas pelos ordenamentos jurídicos nacionais, serão afastadas pelas disposições da DPCD.

Reitere-se no entanto o equilíbrio pretendido entre a proteção dos interesses económicos dos consumidores e o desenvolvimento da atividade comercial pelas empresas, que deve ser norteadada, nomeadamente, pela imposição de padrões de boa conduta, mormente pela outorga de códigos de conduta, espera-se que de futuro ao nível europeu, pelo dever de informar os consumidores dos elementos essenciais de determinado produto, para que este adote uma decisão de transação livre e esclarecida, mas também considerando que é objetivo das Instituições Europeias desde sempre^{269/270} que o consumidor, quer pelo correspectivo direito à informação, quer pelas previstas ações de formação, seja, como entende o TJCE, um consumidor “(...) *normalmente informado e razoavelmente atento e advertido* (...)”²⁷¹.

Assim, uma segurança jurídica menos conseguida, por uma harmonização total debilitada, pode ser colmatada por um mais informado e melhor formado consumidor, que quer pelo conhecimento dos elementos essenciais de um produto determinado, quer pelo acesso aos dispositivos legais nacionais que transpuseram a DPCD, quer pelo incentivado conhecimento dos códigos de conduta outorgados pelos profissionais de determinado setor, verá reforçada a sua confiança nas transações comerciais realizadas no espaço comunitário – pelo reconhecimento de um quadro legal harmonizado.

Refira-se, ainda, que não resulta diretamente da DPCD qual o nome do vício de que enferma a vontade do consumidor perante uma prática comercial desleal, no entanto, como se explanou em IV.2.b. e IV.3., o erro e o medo parecem ser os elementos que toldam o discernimento do consumidor conduzindo-o a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

Assim, por tudo o exposto, parecem estar os desígnios desta directiva dependentes dum processo construtivo a desenvolver pelos Estados-Membros, seja pela definição total de um novo regime jurídico, seja pela redefinição de modelos já existentes – por pequenos ajustes ou por cisão –, seja pela aplicação *in casu* dos princípios que a definem. Esforço que se espera meritório.

NOTAS

¹ Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.

² Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, p. 5.

³ Plano de Ação Trienal de 1993-1995, FROTA, Mário, *Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo*, Coimbra, (2003), p. 30.

⁴ Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001.

⁵ Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, p. 23, quando refere que *“as denominadas “directivas-quadro” devem ser utilizadas com maior frequência. Para além de pressuporem um menor grau de intervenção e de proporcionarem uma maior flexibilidade em termos de transposição, estes textos são normalmente aprovados mais rapidamente pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu. Independentemente da forma do instrumento legislativo escolhida, dever-se-ia recorrer mais à legislação “primária”, limitada aos elementos essenciais (direitos e obrigações básicos, condições da sua execução), deixando ao poder executivo a tarefa de regular os aspectos técnicos de execução através da adopção de regras “derivadas””*.

⁶ Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, p. 23, quando refere que *“a co-regulamentação combina a ação legislativa e regulamentar vinculativa com medidas adoptadas pelos intervenientes mais afectados, tirando partido dos seus conhecimentos práticos.”*

⁷ Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002.

⁸ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

⁹ Documento SEC(2003), de 18.6.2003.

⁰ Na sua Versão Consolidada, JO C 321/E de 29.12.2006.

¹¹ Veja-se o art.º 14.º, n.º 2 CE.

¹² Considerando 1.º da DPCD.

¹³ Economia de mercado *“(..)* que comporta a propriedade privada dos meios de produção, a liberdade de empreender e de agir no domínio económico, a livre concorrência (...)”, como refere MOTA CAMPOS, João, Manual de Direito Comunitário, Lisboa, (2001), p. 262.

¹⁴ Caracterizada pela importância das suas trocas internacionais.

¹⁵ Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007, Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, p. 3.

¹⁶ Vejam-se os considerandos 4.º e 8.º da DPCD.

¹⁷ SENHORAS, E.M./UNOPAR Cient., «Ciências Jurídicas Empresariais, Londrina», v.6, p. 57-66, Março 2005, p.57.

¹⁸ Eficiência, numa óptica de racionalidade da empresa, traduzida na preocupação concentrada na melhor maneira de execução de determinadas tarefas, a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas...) sejam aplicados da forma mais racional possível.

¹⁹ *“Qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores”*.

²⁰ Veja-se ALPA, Guido, «Rules on Competition and Fair Trading», em

COLLINS, H., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, La Haya, (2004), p. 99.

²¹ Considerandos 3.º e 4.º da DPCD.

²² Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002.

²³ Em referência ao Relatório de Cardiff da Comissão.

²⁴ Em referência ao relatório requerido pela Mesa Redonda Europeia dos Serviços Financeiros.

²⁵ Em referência ao estudo Eurobarómetro.

²⁶ Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007.

²⁷ Considerando 3.º da DPCD.

²⁸ Documento COM(2007) 99 final de 13.3.2007, p. 2.

²⁹ Refira-se designadamente o considerando 23.º da DPCD relativo à eventual revisão da directiva, que consagra primeiramente – como coerentemente o fez o legislador ao longo deste diploma – a supressão dos entraves ao mercado interno, mantendo, no entanto, a tónica na elevada protecção dos consumidores.

³⁰ Documento COM(2007) 60, de 21.2.2007, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Um Mercado Único para os Cidadãos”, p. 5.

³¹ FROTA, Mário, *Politica de Consumidores na União Europeia, O Acervo do Direito Europeu do Consumo*, Coimbra, (2003), p. 23.

³² Veja-se a Directiva 98/6/CE, de 16/02/98, in JO L80 de 18/03/98, sobre a indicação dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, única baseada no art.º 129.º-A, actual 153.º CE, após nova numeração, designadamente no considerando 1.º quando refere que “um funcionamento transparente do mercado e uma informação correcta favorecem a protecção do consumidor e uma concorrência sã entre as empresas e os produtos”.

³³ Veja-se BOUSSIS, Panayota, “La protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales”. Institut d’Etudes Européennes, Bruselas (2006), p.3, quando refere que “Cela n’implique pas que l’objectif principal de la directive est le bon fonctionnement du Marché intérieur, mais bien la protection des consommateurs face aux pratiques commerciales déloyales. Si le Marché intérieur peut en être renforcé, c’est encore mieux.”

³⁴ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p.13.

³⁵ Veja-se a conclusão 75ª das conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak apresentadas em 21 de Outubro de 2008 referentes aos Processos apenas C-261/07 e C-299/07, primeiras questões colocadas no âmbito da DPCD, quando refere que “no artigo 1.º da Directiva 2005/29 volta-se a referir o método

da aproximação legislativa, do que resulta que este visa aumentar a proteção dos consumidores e aperfeiçoar o mercado interno.”

³⁶ MOTA CAMPOS, João, Manual de Direito Comunitário, Lisboa, (2001), p. 315.

³⁷ «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», Gaceta Juridica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 233, (2004), p. 33-48, p.2.

³⁸ Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.

³⁹ SEGURA RODA, Isabel, «Opinión: La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales», Revista de Derecho Alimentario, n.º 14, (2006), p. 15-21, p. 3.

⁴⁰ GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», Gaceta Juridica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 233, (2004), p. 33-48, p. 4.

⁴¹ Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007, p. 9.

⁴² Veja-se o Livro Branco sobre a Governança Europeia, Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, no que respeita a uma melhor regulamentação, p. 21-24.

⁴³ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

⁴⁴ Veja-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu relativa à Posição Comum do Conselho, Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p.2, na qual a Comissão manifesta o seu acordo com a abolição do princípio do país de origem por considerar que o elevado nível de defesa dos consumidores se encontra garantido pela plena harmonização contemplada pela DPCD, permitindo que, “de acordo com a prática habitual, o direito aplicável aos litígios transfronteiriços” seja “determinado pelos tribunais competentes”.

⁴⁵ «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores», Derecho de los Negocios, n.º 181, (2005), p. 5-18, p. 6.

⁴⁶ «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 86.

⁴⁷ Acórdão do TJCE de 23 de Abril de 2009, JO C 141, de 20.06.2009, p.3, Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

⁴⁸ Vejam-se as 88ª e 89.º das conclusões apresentadas em 21 de Outubro de 2008.

⁴⁹ «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 86-87.

⁵⁰ «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 75.

⁵¹ MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, (2006), p. 54.

⁵² HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 43.

⁵³ PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 87.

⁵⁴ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 58.

⁵⁵ De acordo com o art. 2.º, al. k) da DPCD, é “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir.”

⁵⁶ MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, (2006), p. 37.

⁵⁷ Veja-se o ponto 39.º, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

⁵⁸ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 60.

⁵⁹ Veja-se o considerando 7.º da DPCD quando refere que “práticas comerciais como a abordagem na rua para efeitos comerciais, podem ser indesejáveis em certos Estados-Membros por razões culturais.”

⁶⁰ Veja-se o ponto 39.º, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

⁶¹ Como refere Giuseppe B Abbamonte, «The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition» em BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, Stephen, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Hart, (2007), p. 15-16.

⁶² HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Tho-

mas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Aldershot, (2006), p. 61.

⁶³ Veja-se a al. d) do n.º 2 da DPCD quando as define como “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores”.

⁶⁴ Exemplos paradigmáticos, enunciados no ponto 40.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, são a denegrição e a imitação servil “(i.e. a reprodução independentemente de ser demonstrado o risco de confusão)”, praticas que, não se consubstanciando como lesivas para os interesses económicos dos consumidores, não distorcendo substancialmente o seu comportamento económico – no caso da imitação servil poderão até traduzir-se numa vantagem, pela colocação no mercado de produtos, que poderão substituir os originais, a custos mais baixos para os consumidores –, representando sim um prejuízo para os concorrentes que, desta forma, sofrem um desvio na procura dos seus produtos, podendo mesmo ver a sua reputação afectada.

⁶⁵ Veja-se o considerando 6.º da DPCD.

⁶⁶ Veja-se o considerando 6.º da DPCD quando refere que este diploma legal “(..) não abrange nem afecta as disposições da Directiva 84/450/CEE sobre publicidade susceptível de enganar as empresas mas não os consumidores(..).”

⁶⁷ Veja-se o considerando 9.º quando refere que a DPCD não prejudica as disposições comunitárias e nacionais relativas “(..) às regras comunitárias da concorrência e às disposições nacionais que as aplicam.”

⁶⁸ Veja-se o considerando 8.º da Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa, que revogou e substituiu a Directiva 84/450/CEE sobre publicidade enganosa (JO L 376, p. 21).

⁶⁹ Veja-se o art. 6.º, n.º 2, al. a) da DPCD.

⁷⁰ JO C108 de 30 de Abril de 2004, ponto 3.4.1.1., p. 83.

⁷¹ Ainda que esta sistematização não se encontre completamente cimentada. Veja-se o caso francês que inclui as práticas desleais de marketing num abrangente código do consumidor.

⁷² A grande maioria dos ordenamentos jurídicos continentais.

⁷³ Veja-se o direito alemão que, como refere Ulf Bernitz, «The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition» em Ulf Bernitz y Stephen Weatherill, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Hart, (2007), p.33-34, considera a proteção dos consumidores e das empresas, no âmbito do direito concorrencial, ao mesmo nível, “(..) balancing

conflicting business and consumer interests, when necessary”. Nesta mesma orientação atenda-se ao direito espanhol e à “Ley de Competencia Desleal”, pelo que a transposição e aplicação das normas comunitárias emanadas pela DPCD representará, citando Marta Pardo Leal em «La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales: su transposición al Ordenamiento jurídico español», Revista de Derecho Alimentario, nº 16, (2006) p. 22-25, p.10, uma “(...) diferenciación que es ajena a la legislación que es vigente en España(...)”.

⁷⁴ Aliás, como refere a Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003, no ponto 40.º quando considera que “(...) são abrangidas pelo âmbito de aplicação da directiva as práticas que alguns Estados-Membros classificam no contexto da concorrência desleal (...)”.

⁷⁵ Veja-se o art.º 6.º, n.º 2, al. a) da DPCD, quando considera como enganosa, em contexto, “(...) Qualquer actividade de marketing relativa a um produto, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;”

⁷⁶ Veja-se o considerando 6.º da DPCD in fine.

⁷⁷ Veja-se, no Anexo I, a 13ª prática, considerada como prática comercial enganosa em qualquer circunstância a promoção de “(...) um produto análogo ao produzido por um fabricante específico, de forma a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o produto provém desse mesmo fabricante.”

⁷⁸ Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

⁷⁹ Vejam-se o Documento COM(2003) 68 final, de 12.2.2003 relativo à Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos. Plano de Ação» e o Documento COM(2004) 651 final, de 11.10.2004 relativo à Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «O Direito Europeu dos Contratos e a Revisão do Acervo: O caminho a seguir».

⁸⁰ «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws» em BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques, Hart, (2007), p. 157.

⁸¹ Conceito amplo, que inclui todas as regras jurídicas relativas ao contrato de consumo, independentemente da classificação como contratual ou extra-contratual, pelos diferentes ordenamentos jurídicos.

⁸² Veja-se o art. 2.º, al. d).

⁸³ Atenda-se à 27ª prática comercial, elencada no Anexo I da DPCD, quando é perpetrada “(...) com o objetivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais.”

⁸⁴ Veja-se, no mesmo sentido, o considerando 13.º da DPCD, quando refere que a proibição geral única das práticas comerciais desleais “(...) deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução.” (sublinhado nosso).

⁸⁵ Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março, Diário da República, 1.ª série — N.º 60 — 26 de Março de 2008, art. 14.º, n.º 1, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a DPCD.

⁸⁶ Veja-se COLLINS, H., «EC Regulation of Unfair Commercial Practices», em *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, La Haya, (2003), p. 38, quando se refere que “a duty to trade fairly might shape or interfere with established patterns of private law with respect to pre-contractual obligations, performance obligations, and possible enforcement mechanisms”.

⁸⁷ Desta forma, questões como a publicidade a bebidas alcoólicas ou a alimentos para crianças ricos em gordura, açúcar ou sal estão excluídas do âmbito de aplicação da DPCD.

⁸⁸ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 43.º.

⁸⁹ A promoção de um produto com a indicação de que consegue o crescimento de cabelo em calvos.

⁹⁰ Veja-se, ainda, a 17ª prática comercial, reputada como enganosa em qualquer circunstância, por “alegar falsamente que um produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações”.

⁹¹ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 75.

⁹² Veja-se o considerando 10.º da DPCD.

⁹³ Veja-se o art.º 3.º, n.º 4 da DPCD.

⁹⁴ Veja-se, designadamente, o Anexo II da DPCD.

⁹⁵ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, 45.º ponto da exposição de motivos.

⁹⁶ MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, (2006), p. 52.

⁹⁷ Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

⁹⁸ Veja-se o art. 3.º, n.º 9 da DPCD.

⁹⁹ Esta matéria não encontra consagração expressa no corpo normativo da DPCD.

¹⁰⁰ Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

¹⁰¹ Veja-se a al. l) do n.º 2 da DPCD, segundo a qual uma profissão regu-

lamentada compreende “a actividade ou o conjunto de actividades profissionais cujo acesso, exercício ou modalidade de exercício se encontram directa ou indirectamente subordinados, por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, à posse de determinadas qualificações profissionais”.

¹⁰² HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 79.

¹⁰³ Veja-se o art. 3.º, n.º 7 da DPCD.

¹⁰⁴ Veja-se o art. 3.º, n.º 10 da DPCD.

¹⁰⁵ Veja-se o art.º 20.º da DPCD.

¹⁰⁶ Vejam-se as conclusões 77ª e 89ª das conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak apresentadas em 21 de Outubro de 2008 referentes aos Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

¹⁰⁷ Nesse sentido, veja-se o Acórdão do TJCE de 23 de Abril de 2009, JO C 141, de 20.06.2009, p.3, Processos apensos C-261/07 e C-299/07, no ponto 38.º.

¹⁰⁸ Documento COM(2004)753 final, de 16.11.2004, p. 3.

¹⁰⁹ «The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective», *InDret*, revista para el analisis del derecho», Barcelona, 2006. [Internet]. Available from: www.indret.com/pdf/330_en.pdf [Accessed 25 August 2008], p. 8.

¹¹⁰ Vejam-se as 68ª, 69ª e 70ª conclusões.

¹¹¹ Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, Livro Verde, ponto 4.1.

¹¹² Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, Proposta da DPCD, motivo 50.º.

¹¹³ Veja-se o considerando 13.º da DPCD.

¹¹⁴ Veja-se o motivo 51.º.

¹¹⁵ Atente-se que a Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, previa no art.º 2.º uma outra definição de diligência profissional, traduzida no “grau de competência e de cuidado assumido por um profissional de uma forma proporcional às exigências das práticas habituais do mercado relativamente ao consumidor no seu âmbito de actividade no mercado interno”. O legislador comunitário reforçou esta definição, completando-a, pela referência à competência especializada do profissional, conformada por práticas de mercado honestas temperadas pelo princípio geral da boa fé.

¹¹⁶ Veja-se a Comunicação da Comissão relativa à posição comum do Conselho, Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p. 2.

¹¹⁷ Veja-se o motivo 53.º.

¹¹⁸ BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, Stephen, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Tech-*

niques, Hart, (2007), p. 22.

¹¹⁹ BOUSSIS, Panayota, «La protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales» Institut d'Etudes Européennes, Bruselas, (2006), p. 6.

¹²⁰ Veja-se «An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive – Answers to the questionnaire by Jules Stuyck, with the assistance of Tom van Dyck and Evelyne Terryn – Belgium», contido em TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry. [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 183.

¹²¹ FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 43, (2005), p. 23-69, p. 37.

¹²² Nesse sentido, veja-se WILLET, Chris, Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms. Ashgate, (2007), p. 49 e 430.

¹²³ TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry, in www.berr.gov.uk [accessed 25 August 2008].

¹²⁴ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 73.º.

¹²⁵ Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, na parte concernente à co-regulação, p. 21-23.

¹²⁶ Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, ponto 4.4, p. 15.

¹²⁷ Veja-se o considerando 20.º da DPCD.

¹²⁸ Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, ponto 4.4, p. 15.

¹²⁹ Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, relativo ao Seguimento do Livro Verde, ponto 29.º, p. 12.

¹³⁰ Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p. 2.

¹³¹ Veja-se, por exemplo, GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores». Derecho de los Negocios, n.º 181, (2005), p. 5-18, p. 19.

¹³² “ 1. Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando o profissional não o seja;

2. Exibir uma marca de confiança (trust mark), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária;

3. Afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo pú-

blico ou outra entidade, quando tal não corresponda à verdade.”

¹³³ Veja-se também o ponto 28.º do Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, relativo ao Seguimento do Livro Verde.

¹³⁴ Note-se, que estão excluídas do âmbito de aplicação da DPCD, nos termos do art.º3.º, n.º 8, “(...) os códigos de conduta deontológicos (...) destinados a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional, que os Estados-Membros podem, em conformidade com o direito comunitário, impor aos profissionais.”

¹³⁵ “Qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.”, de acordo com a al. a), do art. 2.º da DPCD.

¹³⁶ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, no ponto 34.º.

¹³⁷ «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores». Derecho de los Negocios, n.º 181, (2005), p. 5-18, p. 10-11.

¹³⁸ Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, Comunicação da Comissão relativa à posição comum do Conselho, p. 2.

¹³⁹ Veja-se também o considerando 19.º da DPCD.

¹⁴⁰ Como refere a Posição Comum do Conselho (JO C 38-E de 15.2.2005) na senda das alterações propostas pelo Parlamento na Posição sobre a Proposta da DPCD (JO C-104-E de 20 de Abril de 2004).

¹⁴¹ Veja-se a Posição do Parlamento Europeu sobre a Proposta da DPCD, JO C-104-E, de 20 de Abril de 2004, considerando 14.º e 15.º, quando propõe a introdução de fatores económicos e do grau de instrução na conformação do critério do consumidor médio.

¹⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de Julho de 1998, Processo C-210/96 in Colectânea da Jurisprudência 1998, página I-04657.

¹⁴³ Nesse sentido, GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», Gaceta Juridica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 233, (2004), p. 33-48, p. 11 e 12.

¹⁴⁴ Veja-se PONCIBÒ, Cristina, INCARDONA, Rossela, «The EU Unfair Commercial Practices Directive: A faltering first step, London Law Review», Volume I, Outubro 2005, Issue 2, p. 317-337. [Internet]. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1097069> [Accessed 25 August 2008], p. 9, quando refere que “the Commercial Practices Directive does not, however, protect the consumer who

is distrate or uninformed on the goods or services which are the subject matter of a commercial practice, nor those consumers who naively allow themselves be convinced by deceptive exaggerations in advertising.”

¹⁴⁵ JO C 108 de 30.4.2004, ponto, 3.6.2., p. 84.

¹⁴⁶ Em sentido contrário veja-se PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 73.

¹⁴⁷ Veja-se o n.º 3, do art.º 5.º da DPCD quando salvaguarda a “(..) prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente.”

¹⁴⁸ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 114.

¹⁴⁹ JO C 44, de 16.02.2002.

¹⁵⁰ JO C 7, de 11.01.2003.

¹⁵¹ Veja-se LIMA DE BRITO, Alírio Maciel e TEIXEIRA DUARTE, Haroldo Augusto da Silva, «O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade». [Internet]. Available from: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8648>>. [Accessed 26 Mars 2009], quando citam António Benjamin, que considera que “... A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é uma marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores”.

¹⁵² Veja-se o parecer do CESE, JO C 108 de 30.4.2004, ponto 3.6.2., p. 84, em referência ao conceito de consumidor médio.

¹⁵³ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 114.

¹⁵⁴ MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, (2006), p. 91-92.

¹⁵⁵ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 116.

¹⁵⁶ GÓMEZ POMAR, Fernando, «The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective», *InDret*, revista para el analisis del derecho, Barcelona, (2006). [Internet]. Available from: www.indret.com/pdf/330_

en.pdf [Accessed 25 August 2008], p.19.

¹⁵⁷ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001, relativo à Proposta da DPCD, ponto 54.º.

¹⁵⁸ Atenda-se ao considerando 6.º da DPCD, quando refere que “(..) a presente directiva protege os consumidores das consequências de tais práticas comerciais desleais se estas forem substanciais, reconhecendo embora que, em alguns casos, o impacto sobre os consumidores pode ser negligenciável.”

¹⁵⁹ Veja-se o art.º 2.º, al. k) da DPCD.

¹⁶⁰ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001, relativo à Proposta da DPCD, ponto 54.º.

¹⁶¹ Veja-se a definição de práticas comerciais, que incluem as comunicações comerciais associadas à promoção de um produto.

¹⁶² Seja pelas condições de aquisição, de entrega, formas de pagamento, entre outras especificidades da execução do contrato.

¹⁶³ Veja-se, entre outros, o relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês, TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry» [Internet]. Available from: www.berr.gov.uk [Accessed 25 August 2008], p. 13-14.

¹⁶⁴ Veja-se o considerando 13.º da DPCD quando refere que “(..) a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução”.

¹⁶⁵ Nesse sentido também, a Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 59.º.

¹⁶⁶ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001, relativo à Proposta da DPCD, ponto 54.º.

¹⁶⁷ Veja-se WILLET, Chris, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, Ashgate, (2007), p.389, quando refere que “(..) consumers are not really ‘free’ unless they are free from restrictions at the procedural stage that obstruct their ability to protect their interests (..) notion of freedom infused with fairness concerns”.

¹⁶⁸ Veja-se nesse sentido o considerando 56.º da Directiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro de 2007 que altera a Directiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, JO L 332 de 18.12.2007, quando refere que “para além das práticas reguladas pela presente directiva, as práticas

comerciais desleais, como as práticas enganosas e agressivas, que se verifiquem nos serviços de comunicação social audiovisual são reguladas pela Directiva 2005/29/CE (...)

⁹ «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 76.

¹⁷⁰ MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 85.

¹⁷¹ Veja-se o considerando 18.º da DPCD.

¹⁷² Veja-se o ponto 69.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001.

¹⁷³ Veja-se o art.º 6.º da Directiva 84/450/CEE sobre publicidade enganosa, art.º 7.º na versão codificada, designadamente da Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 relativa à publicidade enganosa e comparativa que a revogou e substituiu (JO L 376, p. 21).

¹⁷⁴ Veja-se o art.º 11.º, n.º 3, al. a) da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997.

¹⁷⁵ MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 87.

¹⁷⁶ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Aldershot, (2006), p. 110.

¹⁷⁷ COMISSÃO EUROPEIA, Direcção-Geral da Saúde e Defesa do Consumidor, «A Directiva das Práticas Comerciais Desleais, Novas leis para impedir comportamentos desleais em relação aos consumidores», (2006). [Internet]. Available from: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_pt.pdf. [Accessed 25 August 2008], p. 10 e 20.

¹⁷⁸ Veja-se o considerando 7.º, in fine, da DPCD.

¹⁷⁹ Veja-se o considerando 17.º da DPCD.

¹⁸⁰ Veja-se o considerando 13.º, in fine, da DPCD.

¹⁸¹ Veja-se os pontos 56.º e 57.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

¹⁸² Veja-se o considerando 18.º, da DPCD, quando refere que “(...) a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, (...) mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a

um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo.”

¹⁸³ Veja-se, também, o ponto 30.º, da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, quando refere que o critério do consumidor médio é “(..) aplicável sempre que uma prática comercial se destine ou afecte a maioria dos consumidores, devendo ser adaptado sempre que a prática comercial se destine de maneira especial a um determinado grupo (por exemplo, as crianças), devendo neste caso, a pessoa média deste grupo passar a ser o ponto de referência.” (sublinhado nosso)

¹⁸⁴ Veja-se o ponto 58.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

¹⁸⁵ Veja-se nesse sentido a conclusão 79ª, das conclusões da advogada-geral Verica Trstenjak referentes aos já citados Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

¹⁸⁶ Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, p. 15.

¹⁸⁷ JO C 108, de 30.4.2004, ponto 3.7.2., p. 84.

¹⁸⁸ Veja-se a conclusão 81ª, das conclusões apresentadas pela advogada-geral Verica Trstenjak, concernentes aos já citados Processos apensos C-261/07 e C-299/07, quando refere que “(..) a directiva, segue a abordagem contrária, favorável à liberdade de empresa do profissional, que corresponde no essencial ao raciocínio jurídico in dubio pro libertate.”

¹⁸⁹ Traz-se aqui a definição adoptada pelo ordenamento jurídico português pela transposição da DPCD, designadamente no art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, Diário da República, 1.ª série, N.º 60 de 26 de Março de 2008.

¹⁹⁰ TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from: www.berr.gov.uk [Accessed 25 August 2008], p. 43.

¹⁹¹ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 66.º.

¹⁹² Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 9 e 17-18.

¹⁹³ Veja-se o art.º 2.º, n.º 2, art.º 2.º, al. b) na versão codificada, designadamente da Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 relativa à publicidade enganosa e comparativa que a revogou e substituiu (JO L 376, p. 21).

¹⁹⁴ MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 105.

- ¹⁹⁵ Veja-se o art.º 5.º, n.º 3 in fine, da DPCD.
- ¹⁹⁶ Veja-se o Código Civil português, art.º 253.º, n.º 2.
- ¹⁹⁷ DIAS OLIVEIRA, Elsa, «Práticas Comerciais Proibidas», em Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Volume III, Coimbra, (2006), p. 163.
- ¹⁹⁸ Veja-se o considerando 15.º da DPCD.
- ¹⁹⁹ Veja-se o art.º 8.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, Diário da República, I Série – A, N.º 176 de 31-7-1996.
- ²⁰⁰ Veja-se o considerando 14.º da DPCD.
- ²⁰¹ Veja-se o ponto 4.3, Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.
- ²⁰² Veja-se o ponto 2.2., p. 18, e a p. 9, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002.
- ²⁰³ Veja-se neste sentido, TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], ponto 4.13, p. 54.
- ²⁰⁴ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- ²⁰⁵ Veja-se o n.º 3 do art.º 7.º, em relação ao juízo de ponderação levado a cabo na determinação da existência ou não de uma omissão, quando o meio de comunicação utilizado para veicular a informação impuser limitações de espaço ou de tempo.
- ²⁰⁶ Veja-se o ponto 62.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- ²⁰⁷ Veja-se o ponto 63.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- ²⁰⁸ Veja-se a al. i) do art.º 2.º da DPCD.
- ²⁰⁹ Veja-se o considerando 14.º da DPCD.
- ²¹⁰ Veja-se o art.º 10.º do Decreto-lei 57/2008, de 26 de Março, Diário da República, 1ª Serie, N.º 60, 26 de Março de 2008.
- ²¹¹ Veja-se o ponto 64.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- ²¹² Veja-se o considerando 14.º da DPCD.
- ²¹³ Veja-se o ponto 65.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- ²¹⁴ Acórdão de Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 4301/2005-4, de 19 Outubro 2005. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April 2009].
- ²¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07A1066, de 08 de Maio 2007. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April

2009].

²¹⁶ Directiva 84/450/CEE, recentemente revogada e substituída, com efeitos a partir de 12 de Dezembro de 2007, pela Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (JO L 376, p. 21), que, todavia, mais não é do que uma versão codificada, por necessidades de clareza e de racionalização, das anteriores disposições da Directiva 84/450.

²¹⁷ Como refere MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Actualizada, Coimbra, (1999), p. 501, citando o Professor Manuel de Andrade.

²¹⁸ Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 70.º.

²¹⁹ Veja-se PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 83.

²²⁰ Veja-se o ponto 4.1 do Livro Verde, Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.

²²¹ TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 178.

²²² Veja-se o art.º 29.º, n.º 1 do Código do Trabalho, anexo à Lei 7/2009 de 12 de Fevereiro, *Diário da República*, 1.ª série de 12 de Fevereiro de 2009, que o aprova.

²²³ TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 62-66.

²²⁴ Veja-se a prática 25ª no Anexo I, reputada como agressiva em quaisquer circunstâncias.

²²⁵ FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 43, (2005), p. 63.

²²⁶ Veja-se o art.º 255.º do Código Civil português, segundo o qual:

1. Diz-se feita sob coação moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração.

2. A ameaça tanto pode respeitar à pessoa como à honra ou fazenda do de-

clarante ou de terceiro.

3. Não constitui coação a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.

²²⁷ Veja-se a prática 30^a no Anexo I, reputada como agressiva em quaisquer circunstâncias.

²²⁸ FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 43, (2005), p. 64.

²²⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto, Teoria Geral do Direito Civil, 3^a Edição Actualizada, Coimbra, (1999), p. 526.

²³⁰ TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 56.

²³¹ Veja-se a al. j) do art.º 2.º da DPCD.

²³² Veja-se o ponto 71.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003.

²³³ Veja-se a alínea c) do art.º 9.º da DPCD.

²³⁴ Veja-se também a 27^a prática do Anexo I, reputada como agressiva em quaisquer circunstâncias.

²³⁵ FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 43, (2005), p. 64-65.

²³⁶ MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 135.

²³⁷ Veja-se o ponto 71.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003, quando refere a título de exemplo que “(...) se o consumidor já possui dívidas e pagamentos em atraso em relação a um profissional, haveria abuso de influência se o profissional propusesse a renegociação da dívida na condição de o consumidor adquirir outro.”

²³⁸ Veja-se o ponto 2.3 do Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 19.

²³⁹ Veja-se o ponto 71.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003 quando refere que “o facto de ser proposto um incentivo ao consumidor, como um autocarro gratuito para um estabelecimento situado fora da cidade ou a oferta de refrescos durante as compras (...) ou as ofertas efectuadas no âmbito de uma promoção de vendas não podem, só por si, ser conside-

radas como práticas agressivas.”

²⁴⁰ Veja-se o considerando 7.º, in fine, da DPCD.

²⁴¹ Veja-se o considerando 17.º da DPCD.

²⁴² Veja-se o ponto 30.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, p. 10.

²⁴³ Veja-se a 7ª prática do Anexo I da DPCD.

²⁴⁴ HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 160.

²⁴⁵ Veja-se a prática 31ª do Anexo I da DPCD.

²⁴⁶ Veja-se a prática 12ª do Anexo I da DPCD, que pode ser contextualizada numa situação de recurso a influência devida pelo profissional e como tal tratar-se-á não de uma prática enganosa mas sim de uma prática agressiva.

²⁴⁷ PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44 (2005), p. 17-93, p. 84.

²⁴⁸ Veja-se o Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, ponto 3., p. 20.

²⁴⁹ Veja-se MOTA CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, (2001), p. 321, quando refere que “(...) os Estados gozam, ao abrigo, desta disposição, da possibilidade de escolher, entre as medidas concretas susceptíveis de conduzir o resultado prescrito a nível comunitário, as que lhe pareçam (do seu ponto de vista) as mais adequadas, as menos perturbadoras da ordem interna e as mais conformes ao regime jurídico existente.”

²⁵⁰ Veja-se o considerando 21.º da DPCD.

²⁵¹ Veja-se o considerando 8.º da DPCD.

²⁵² Veja-se nesse sentido a Comunicação da Comissão relativa à Posição Comum do Concelho, Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p. 2-3.

²⁵³ Veja-se o Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 12.

²⁵⁴ Veja-se o art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março, *Diário da República*, 1ª Serie, N.º 60, 26 de Março de 2008, que transpôs a DPCD para o ordenamento jurídico português.

²⁵⁵ Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

²⁵⁶ Veja-se o Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 16.

²⁵⁷ Veja-se o considerando 22.º da DPCD.

²⁵⁸ Veja-se o ponto 78.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

²⁵⁹ Refira-se que o ordenamento jurídico português consagrou, por efeito da transposição da DPCD, um regime sancionatório de natureza contra-ordenacional, cujo processamento e aplicação das coimas e das sanções acessórias competem às autoridades administrativas competentes.

²⁶⁰ Veja-se o Plano de quinquenal de ação (2002-2006), ponto 3.3.2.1., FROTA, Mário, Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo, Coimbra, (2003), p. 84.

²⁶¹ Veja-se o Plano de Ação Trienal 1996-1998, ponto 1, FROTA, Mário, Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo, Coimbra, (2003), p. 36, quando refere que “(...) fazer cumprir e controlar o cumprimento da regulamentação resultará mais difícil se os consumidores não estiverem vigilantes e prontos a assinalar quaisquer falhas no mercado.”

²⁶² Veja-se o ponto 79.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

²⁶³ Veja-se a prática 29ª do Anexo I, segundo a qual consubstancia uma prática comercial agressiva “exigir o pagamento imediato ou diferido ou a devolução ou a guarda de produtos fornecidos pelo profissional que o consumidor não tinha solicitado, excepto no caso de produtos de substituição fornecidos em conformidade com o n.º 3 do artigo 7.º da Directiva 97/7/CE (fornecimento não solicitado).”

²⁶⁴ Veja-se o considerando 12.º da DPCD.

²⁶⁵ Livro Verde, Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, p.14.

²⁶⁶ Veja-se, por exemplo, Professor Thomas Wilhelmsson, «An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive – The Case of Finland», TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 191, quando refere que “The general clauses should rather be applied on the basis of a holistic assessment in which the precise wording used in the general clause is of less importance”.

²⁶⁷ Veja-se o considerando 18.º da DPCD.

²⁶⁸ Acórdão do TJCE de 23 de Abril de 2009, JO C 141, de 20.06.2009, p.3, Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

²⁶⁹ Vejam-se o Plano de Ação Trienal 1990-1992, o Plano de Ação Trienal 1993-1995, o Plano de Ação Trienal 1996-1998, o Plano Quinquenal de Ação 2002-2006, FROTA, Mário, Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo, Coimbra, (2003), p. 28, 30, 36 e 84-85, respectivamente.

²⁷⁰ Veja-se também a Estratégia comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013, Documento COM(2007) 99 final, de 13.3.2007, p. 14.

²⁷¹ Veja-se o considerando 18.º da DPCD.

REFERÊNCIAS

Livros

ALVES, João, *Direito dos Consumidores – Textos e Peças Processuais*, Coimbra, (2006).

BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, Stephen, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, (2007).

COLLINS, H., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, La Haya, (2003).

FROTA, Mário, *Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo*, Coimbra, (2003).

HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006).

MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, (2006).

MOTA CAMPOS, João, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, (2001).

MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil, 3ª Edição Actualizada*, Coimbra, (1999).

WILLET, Chris, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, Aldershot, (2007).

Artigos

ALVES, João, «A publicidade e a directiva 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», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, (2006), p. 65-76.

ALVES, João, «Anteprojecto do código do consumidor, Do processo geral», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, (2007), p. 41-54.

BOUSSIS, Panayota, «La protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales». *Institut d'Etudes Européennes*, Bruselas, (2006).

DIAS OLIVEIRA, Elsa, «Práticas Comerciais Proibidas», em *Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Volume III*, Coimbra, (2006), p. 147-173.

FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 43,

(2005), p. 23-69.

FROTA, Mário, «Novas tendências do direito do consumidor na Europa», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 47, (2006), p. 44-83.

FROTA, Mário, «Os serviços de interesse geral e o princípio fundamental da proteção dos interesses económicos do consumidor», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 46, (2006), p. 113-146.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 233, (2004), p. 33-48.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores», *Derecho de los Negocios*, n.º 181, (2005), p. 5-18.

LOPEZ SANTOS, Oscar, «La directiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 47, (2006), p. 15-43.

MENEZES LEITÃO, Adelaide, «A publicidade no anteprojecto do Código do Consumidor», em *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Volume III, Coimbra, (2006), p. 135-146.

PARDO LEAL, Marta, «La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales: su transposición al Ordenamiento jurídico español». *Revista de Derecho Alimentario*, n.º 16, (2006), p. 22-25.

PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93.

PEGADO LIZ, J., «Um código do consumidor, para os consumidores ou nem uma coisa nem outra?», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, (2007), p. 26-32.

PEGADO LIZ, J., A «transposição” da directiva relativa às práticas comerciais desleais no ante-projecto do código do consumidor», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, (2007), p. 20-25.

SEGURA RODA, Isabel, «Opinión: La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho Alimentario*, n.º 14, (2006), p. 15-21.

SENHORAS, E.M./UNOPAR Cient., «Ciências Jurídicas Empresariais», Londrina, v.6, p. 57-66, Março 2005.

Referências Eletrónicas

COMISSÃO EUROPEIA, Direcção-Geral da Saúde e Defesa do Consu-

midor, «A Directiva das Práticas Comerciais Desleais, Novas leis para impedir comportamentos desleais em relação aos consumidores», (2006). [Internet]. Available from: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_pt.pdf. [Accessed 25 August 2008].

GÓMEZ POMAR, Fernando, «The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective», InDret, revista para el analisis del derecho, Barcelona, (2006). [Internet]. Available from: www.indret.com/pdf/330_en.pdf [Accessed 25 August 2008].

HOWELLS, Geraint G., «The Rise of European Consumer Law — Whither National Consumer Law?». [Internet]. Available from: http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr28_1/Howells.pdf. [Accessed 25 August 2008].

LIMA DE BRITO, Alírio Maciel e TEIXEIRA DUARTE, Haroldo Augusto da Silva, «O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade». [Internet]. Available from: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8648>. [Accessed 26 Mars 2009].

PONCIBÒ, Cristina, INCARDONA, Rossela, «The EU Unfair Commercial Practices Directive: A faltering first step, London Law Review», Volume I, Octubre 2005, Issue 2, p. 317-337. [Internet]. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1097069> [Accessed 25 August 2008].

TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from www.berr.gov.uk. [Accessed 25 August 2008].

OUTRAS REFERÊNCIAS ELETRÓNICAS

<http://www.consumidor.pt/wwwbase/raiz/mlkImprimir.aspx?codigoms=>. [Accessed 21 January 2009].

http://www.revistadeimprensa.weblog.com.pt/arquivo/2004/11/ue_proibe_publici.html. [Accessed 21 January 2009].

<http://www.soudal.pt/noticias/praticas-comerciais-desleais>. [Accessed 21 January 2009].

http://www.difusionjuridica.es/HTML/economist_demo/articulo_det.php. [Accessed 19 January 2009].

http://www.apdconsumo.pt/nova_pagina_3.html. [Accessed 18 January 2009].

<http://www.aedc.es/?s=noticias&id=665>. [Accessed 16 January 2009].

<http://www.acmedia.pt/documentacao/unfair.htm>. [Accessed 08 January 2009].

2009].

<http://www.deco.proteste.pt/direitos/lei-combate-praticas-comerciais-desleais-s521231.htm>. [Accessed 27 August 2008].

<http://www.deco.proteste.pt/mais-vale-tarde-que-nunca-praticas-comerciais-desleais-s519641.htm>. [Accessed 27 August 2008].

http://ec.europa.eu/consumers/rights/index_en.htm. [Accessed 20 August 2008].

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/132011_pt.htm. [Accessed 20 August 2008].

http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=pt&DosID=183711. [Accessed 20 August 2008].

http://www.milbank.com/NR/rdonlyres/9DBA6D06-4090-4364-9197-1190D2B075C1/0/082307_unfair_commercial_practices_haravon.pdf. [Accessed 20 August 2008].

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Primeira Secção), de 23 de Abril de 2009, Processos apensos C261/07 e C299/07 que opõem, respectivamente, VTBVAB NV contra Total Belgium NV, e Galatea BVBA contra Sanoma Magazines Belgium NV, JO C 141, de 20.06.2009, p. 3.

Acórdão de Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 4301/2005-4, de 19 Outubro 2005. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April 2009].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07A1066, de 08 de Maio 2007. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April 2009].

Documentos Oficiais das Instituições Europeias

Documento Com(2007) 99 Final De 13.3.2007, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, «Estratégia Comunitária em Matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013».

Documento COM(2007) 60, de 21.2.2007, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «Um Mercado Único para os Cidadãos».

Tratado que institui a Comunidade Europeia, Versão Consolidada, JO C 321/E de 29.12.2006.

Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007, Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor.

Documento COM(2004) 651 final, de 11.10.2004, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «O Direito Europeu dos Contra-

tos e a Revisão do Acervo: O caminho a seguir».

Documento SEC(2003), de 18.6.2003, Relatório de Avaliação de Impacto Exhaustiva.

Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE.

Documento COM(2003) 68 final, de 12.2.2003, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos. Plano de Ação».

Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, Comunicação da Comissão sobre o Seguimento do Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia.

Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia.

Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, Livro Branco sobre Governança Europeia.

L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

SABINE BERNHEIM DESVAUX

Maître de conférences habilitée à diriger des recherches en droit privé
Membre du Centre Jean Bodin- Faculté de droit d'Angers

EXCERPTS

“The Community Court has expressly ruled in a decision of November 22, 2001 that a consumer can not be a legal entity (moral person)”

“Under this jurisprudential trend, the consumer is an individual acting to satisfy a personal need not related to his professional activity”

“Regulatory power was renewed and the government retained the power to list the unfair clauses that the judge should deem not written, without any discretion”

“The French judge has now the duty to punish unfair clauses in contracts, raising by his own initiative all statutory provisions that the consumer has not brought up”

“The same clause may be unfair in a contract, but not in another. We realize that for these terms, the power exercised by the judge is huge, but subjected to regulatory control by the Court of Cassation and to the impact of recommendations from the Commission on unfair terms”

S'il est un domaine où la jurisprudence participe activement à la création du droit positif, c'est bien celui des clauses abusives! Etablir un bilan de l'évolution de la jurisprudence française en matière de lutte contre les clauses abusives n'est, dès lors, pas tâche aisée tant la jurisprudence est riche, dense, mouvante.

En observant cependant de manière systématique la jurisprudence rendue en matière de clauses abusives depuis 1978, date de la première réglementation légale française, il apparaît que l'attention des juges français s'est focalisée sur trois points: le domaine d'application de la législation; les modalités d'intervention du juge dans le contrat; et le contrôle de l'abus. Or, il ressort de ces arrêts que le juge français, sous l'égide de la CJCE transforme progressivement son rôle. Il adopte une définition de plus en plus stricte du consommateur, ce qui, corrélativement, restreint son champ d'intervention. Mais, dans cette limite ainsi définie, son pouvoir sur les clauses abusives est radical. Non seulement il intervient, de manière quasiautoritaire, dans les contrats, mais de plus, il exerce un rôle primordial dans l'appréciation de l'abus.

Cette analyse mérite d'être vérifiée en présentant un bilan, nécessairement synthétique, de l'évolution prétorienne sur ces trois points.

(1) LA RESTRICTION DU DOMAINE D'INTERVENTION DU JUGE

L'article L. 132-1 du Code de la consommation prescrit l'élimination des clauses abusives «dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs». Inchangée depuis 1978, cette formulation n'est pas sans soulever des difficultés que le juge tente de résoudre. Les solutions ainsi dégagées nécessitent d'autant plus d'être exposées que le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie élaboré en 2008 n'a pas repris la proposition de l'avant-projet Catala de 2005 d'étendre l'éradication des clauses abusives aux contrats de droit commun. Puisque seuls les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel peuvent se voir appliquer l'article L. 132-1, il est impératif de définir le consommateur. Le fameux slogan du Président Kennedy « nous sommes tous des consommateurs » n'a pas de réalité juridique!

Le consommateur est, originairement, une notion économique désignant le dernier stade du processus économique. Lorsque le terme a été utilisé juridiquement, il n'a fait l'objet d'aucune définition légale. Le juge interne et le juge communautaire ont tenté de pallier cette lacune et des positions parfois divergentes sont apparues. Il semble aujourd'hui que la Cour de cassation tende à s'aligner sur la position stricte retenue par la CJCE. Illustrons nos propos par l'exposé des

solutions apportées par les juges, interne et communautaire, aux deux contentieux suivants.

D'une part, s'est posée, de manière récurrente, la question de savoir si le consommateur devait nécessairement être une personne physique

Le juge communautaire a affirmé expressément par un arrêt du 22 novembre 2001 qu'un consommateur ne peut pas être une personne morale. En effet, si le consommateur mérite d'être protégé, c'est parce qu'il est seul face à un professionnel averti. Or, les personnes morales, disposant d'instances collectives de réflexion, ne sont pas, par postulat, dans la même situation d'impuissance. En droit communautaire, le consommateur est donc nécessairement une personne physique.

Même si la Cour de cassation a été versatile, elle adopte actuellement une position conforme au droit communautaire. Après quelques hésitations, les Hauts magistrats avaient admis l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation à certaines personnes morales. Dans une première décision du 15 mars 2005², la Cour de cassation affirmait que les personnes morales ne pouvaient être exclues du champ d'application des dispositions relatives aux clauses abusives. Dans une deuxième décision du 27 septembre 2005³, la législation sur les clauses abusives, invoquée au bénéfice d'une association, avait été appliquée. En filigrane de ces décisions, apparaissait l'idée que les personnes morales, type associations ou syndicats de copropriétaires, méritaient protection car elles avaient une puissance économique équivalente à celle d'une personne physique. Les juges se servaient de l'expression «non professionnel» visée par la loi française mais inconnue du droit communautaire a/in d'étendre la protection à ces personnes morales.

Même si, par ce jeu de mots, le principe de primauté du droit communautaire était respecté, la France était concrètement en contradiction avec le droit communautaire. Cela explique sans doute le changement d'orientation que la jurisprudence française a amorcé début 2008. Ce sont les juges du fond qui ont, en premier, affirmé que les personnes morales ne pouvaient pas se prévaloir de la législation sur les clauses abusives. La Cour d'appel d'Aix l'a affirmé le 28 février 2008⁴ pour un syndicat professionnel, et la Cour d'appel d'Orléans, le 16 juin 2008⁵, pour un comité d'entreprise. La Cour de cassation a finalement adopté

O JUIZ COMUNITÁRIO
AFIRMOU EXPRES-
SAMENTE POR UM
DECRETO DE 22 DE NO-
VEMBRO DE 2001 QUE
UM CONSUMIDOR NÃO
PODE SER UMA PESSOA
JURÍDICA

une solution identique dans un arrêt du 11 décembre 2008⁶. Par un attendu de principe très clair, les juges ont énoncé: « la législation sur les clauses abusives ne s'applique pas aux contrats de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales». Et, dans un dernier arrêt du 2 avril 2009⁷, la première Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé, certes dans le domaine de la reconduction des contrats, que le consommateur ne peut être qu'une personne physique et qu'un comité d'entreprise, personne morale, ne peut donc pas bénéficier de la législation consumériste.

Ainsi, dans le dernier état de la jurisprudence, la législation sur les clauses abusives ne peut pas être invoquée par une personne morale, en droit interne comme en droit communautaire, ce qui est d'ailleurs conforme à la proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008 dont l'application est réservée aux personnes physiques.

D'autre part, s'est posée, de manière tout aussi récurrente, la question de savoir si le consommateur pouvait être un professionnel

En droit communautaire, le commerçant agissant dans le cadre de son activité professionnelle ne peut pas bénéficier de la Directive (le 1993 et, dans un arrêt du 20 janvier 2005⁹, la CJCE a précisé que, lorsqu'une personne conclut un contrat à la fois pour ses besoins professionnels et personnels, la part d'activité professionnelle doit être insignifiante, par rapport aux besoins personnels satisfaits par le contrat, pour que le droit de la consommation s'applique.

De son côté, la Cour de cassation a adopté une position intermédiaire. Depuis une décision du 24 janvier 1995¹⁰, la première Chambre civile de la Cour de cassation rappelle de façon constante que l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée. Et la Chambre commerciale s'est ralliée à cette position le 4 mars 2000¹¹.

Cette solution est ambiguë. A première vue, elle semble consacrer une conception extensive du consommateur, puisqu'elle permet, en théorie, à un professionnel de bénéficier de la législation consumériste. Dès l'instant qu'il conclut un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle, il peut invoquer la législation sur les clauses abusives¹². Et lorsque la personne conclut à la fois pour ses besoins professionnels et personnels, le juge apprécie la part d'activité professionnelle, qui doit être moins importante, pour autant être insignifiante comme en droit communautaire¹³. En réalité, la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'une question de fait soumise en tant que telle à l'appréciation souveraine des juges du fond. Force est alors de constater que, le plus souvent, le rapport

direct est relevé. En effet, les juges semblent raisonner de manière suivante. Afin d'apprécier le rapport direct, ils prennent en compte la finalité de l'opération effectuée. Ils mesurent si l'opération a ou non pour finalité l'exercice de la profession. Et, dès l'instant que l'opération a pour finalité l'exercice de la profession, le contrat est considéré comme ayant un rapport direct avec la profession. Ainsi, dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 février 2009¹⁴, le rapport direct avec l'activité professionnelle a été tiré du fait que le prêt conclu était un accessoire de deux autres prêts professionnels. Or, un tel critère finaliste conduit à l'exclusion quasi systématique des professionnels du champ d'application de la législation. En effet, il conduit à distinguer entre les contrats inhérents à l'activité professionnelle, exclus de l'article L. 132-1, et ceux simplement utiles à l'activité professionnelle, inclus dans l'article L. 132-1. Mais, en pratique, les contrats conclus par le professionnel sont le plus souvent nécessaires à son activité et donc inhérents à son activité professionnelle. Il y a sans doute un certain paradoxe de prétendre appliquer au professionnel une règle de protection à l'aide d'un critère qui conduit en réalité à son exclusion.

Cette jurisprudence mérite cependant approbation. D'une part, elle est conforme à la jurisprudence communautaire. D'autre part, elle s'inscrit dans le courant de pensée suivant lequel la protection consumériste peut servir de modèle à d'autres protections, sans être étendue à des non consommateurs. Ainsi le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce, modifié par la loi du 4 août 2008

et l'ordonnance du 13 novembre 2008, est le décalque de l'article L. 132-1 pour les relations commerciales. Il prévoit une responsabilité du producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Par conséquent, puisqu'il existe dorénavant un texte spécifique sanctionnant les clauses abusives entre professionnels, il n'est pas nécessaire d'étendre le domaine d'application de la législation consumériste.

Aux termes de cette évolution jurisprudentielle, le consommateur est une personne physique agissant pour obtenir la satisfaction d'un besoin personnel sans rapport de finalité avec son activité professionnelle. Cette définition stricte délimite le champ d'application de la législation. Mais, dans cette limite, le juge va pouvoir intervenir afin de sanctionner les clauses abusives. Et son intervention

O CONSUMIDOR É
UMA PESSOA FÍSICA
AGINDO PARA OBTER
A SATISFAÇÃO DE
UMA NECESSIDADE
PESSOAL SEM RELAÇÃO
COM SUA ATIVIDADE
PROFISSIONAL

est de plus en plus marquée.

(2) L'INTERVENTION PRIMORDIALE DU JUGE DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA SANCTION DES CLAUSES ABUSIVES

Le juge s'est progressivement assigné une place prépondérante dans la lutte contre les clauses abusives. Son interventionnisme dans le contrat peut être présenté en distinguant deux étapes majeures.

La première étape débute en 1978 et s'achève en 2000. Elle pourrait être titrée « le juge, d'un arbitre neutre à un intervenant actif »

Rappelons brièvement que la loi Scrivener du 10 janvier 1978 avait confié au seul pouvoir réglementaire le soin d'identifier par décret les clauses abusives. Le consommateur ne pouvait saisir le juge que si les clauses litigieuses étaient visées par le décret et le juge saisi devait les réputer non écrites, sans aucune appréciation. La difficulté provint de ce que les gouvernements successifs se montrèrent plus que discrets dans la mise en œuvre de ce pouvoir. En effet, un seul décret intervint le 24 mars 1978, comportant un nombre restreint de clauses¹⁵. Les juges, par un « coup d'état », se sont alors arrogés le pouvoir que la loi leur avait dénié et ont sanctionné des clauses non visées par le décret. Aux termes d'une lente évolution initiée en 1980, la Cour de cassation s'est finalement prononcée sans ambiguïté en faveur du pouvoir du juge d'annuler les clauses abusives en l'absence de décret d'application, dans deux arrêts du 14 mai 1991¹⁶ et du 26 mai 1993¹⁷.

La loi du 1^{er} février 1995 a pris acte de cette évolution jurisprudentielle et a organisé un système original de lutte contre les clauses abusives. Le pouvoir réglementaire fut reconduit et le gouvernement conserva le pouvoir de lister des clauses déclarées abusives que le juge devait réputer non écrites, sans aucun pouvoir d'appréciation¹⁸. Mais, parallèlement, la loi autorisa le juge à déclarer abusive une clause non interdite par décret et il la priver d'efficacité. Afin d'apprécier l'abus, le juge pouvait notamment s'appuyer sur les recommandations de la Commission des clauses abusives ou sur la liste de clauses annexées à la loi.

La seconde étape a été amorcée en 2000 et pourrait être titrée « de l'autonomie du juge dans la lutte contre les clauses abusives au devoir de sanction des clauses abusives »

L'histoire débute par un arrêt de la CJCE du 27 juin 2000, l'arrêt *Océane Grupo*¹⁹, par lequel le juge communautaire reconnu au juge national la faculté de relever d'office le caractère abusif d'une clause. Les juges français furent cependant

réticents à adopter cette solution et la Cour de cassation²⁰ répétait invariablement: «la méconnaissance des exigences de la loi, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour but de protéger». Afin de mettre fin à cette réticence, la loi du 3 janvier 2008 créa l'article L. 141-4 du Code de la consommation suivant lequel: «Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application» Et la Cour de cassation finit par s'incliner dans un arrêt de la première Chambre civile du 22 janvier 2009²¹.

Mais, l'histoire rebondit avec un nouvel arrêt de la CJCE en date du 4 juin 2009, l'arrêt Pannon²², qui pose l'obligation du juge national de relever d'office le caractère abusif d'une clause. Même si cette solution n'a pas été à ce jour consacrée expressément en droit interne, la Cour de cassation sera contrainte de l'adopter par application du principe de primauté du droit communautaire. D'autant que le juge communautaire ne semble pas enclin à vouloir modifier sa position. D'une part, il l'a réaffirmée dans un arrêt du 6 octobre 2009²³ qui impose au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause compromissaire stipulée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. D'autre part, il l'a étendue dans un arrêt le 17 décembre 2009²⁴, à la nullité d'un contrat du fait de la méconnaissance des règles relatives au démarchage.

Le juge français a donc désormais le devoir de sanctionner les clauses abusives dans les contrats, en relevant d'office toutes les clauses que le consommateur n'aura pas soulevées. Cette évolution fulgurante de la jurisprudence relativement au pouvoir du juge de sanctionner les clauses abusives n'est pas sans conséquence sur les modalités du contrôle de l'abus opéré par le juge. En effet, si le juge a l'obligation de relever d'office les clauses abusives dans les contrats qui lui sont soumis, il doit corrélativement avoir de larges pouvoirs d'appréciation de l'abus.

(3) LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES PAR LE JUGE

L'article L. 132-1 du Code de la consommation définit l'abus comme «le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat». C'est, a priori, une définition qui conduit le juge à procéder à une appréciation in concreto, l'interprétation de la clause litigieuse permettant de qualifier l'abus. En réalité, l'attitude du juge est différente suivant la clause litigieuse qui lui est soumise. Il doit distinguer entre les trois types de clauses institués par la loi LME n° 2008-776 du 4 août 2008 et le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009. En revanche, quelle que soit la clause litigieuse, le juge exerce un rôle primordial dans le contrôle de l'abus. Détaillons successivement ses pouvoirs face aux trois types de clauses abusives.

Les pouvoirs du juge face à une clause noire, c'est-à-dire une des douze clauses visées par l'article R. 132-1 du Code de la consommation

Les clauses abusives dites noires sont les clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées de manière irréfutable comme abusives. En d'autres termes, le déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat n'est pas simplement significatif, il est grave. De ce fait, de telles clauses sont interdites, indépendamment de leur contexte contrac-

O GOVERNO MANTEVE O
PODER DE ENUMERAR AS
CLÁUSULAS DECLARADAS
ABUSIVAS QUE O JUIZ
DEVEIA REPUTAR NÃO
ESCRITAS

tuel. Le juge est privé de son pouvoir d'appréciation de la clause litigieuse puisque l'abus est identifiable du seul fait de l'interdiction de la clause par décret.

On pourrait alors être tenté d'en déduire que le juge voit ses pouvoirs fortement diminués. In effet, avant le décret de 2009, le nombre de clauses noires étant très limité, il était assez rare que le juge soit privé de son pouvoir d'appréciation de l'abus. En augmentant le nombre de clauses noires, le décret de 2009 limite d'autant le pouvoir du juge d'apprécier l'abus. En réalité, on assiste à une mutation du rôle du juge. Le juge sera amené plus souvent qu'auparavant à se prononcer sur le point de savoir si la clause litigieuse appartient ou non à la liste noire visée par le décret. Privé de son pouvoir d'appréciation de l'abus, il conserve celui d'interprétation de la clause aux fins de qualification. Ce pouvoir d'interprétation de la clause sera d'autant plus fréquent que le juge a désormais l'obligation de relever d'office les clauses abusives et de les éradiquer systématiquement.

Les pouvoirs du juge face à une clause grise, c'est-à-dire une des dix clauses visées par l'article R. 132-2 du Code de la consommation

Les clauses abusives dites grises sont les clauses qui, eu égard au déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, sont présumées abusives, sauf au professionnel à apporter la preuve contraire. Cette catégorie de clauses a été créée par la réforme de 2008 et il convient donc de déterminer les modalités du contrôle de l'abus par le juge.

Le rôle du juge apparaît dual. En premier lieu, il a un pouvoir d'interprétation de la clause aux fins de qualification. Le but de cette interprétation est de vérifier si la clause litigieuse entre ou non dans la liste visée à l'article R. 132-2. En second lieu, il a un pouvoir d'appréciation de l'abus. Mais, encore faut-il distinguer suivant sa qualification retenue. S'il s'agit d'une clause visée par le décret

de 2009, le juge est dispensé de caractériser l'abus puisqu'il est présumé. Mais, il exercera son pouvoir d'appréciation de l'abus lorsqu'il évaluera la preuve contraire apportée par le professionnel. Dans le cas contraire, il devra apprécier l'abus dans les mêmes conditions que pour les clauses hors liste.

Les pouvoirs du juge face à toute autre clause abusive, hors liste, dite clause blanche

Lorsque la clause litigieuse ne figure pas dans les listes données par les articles R. 131-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, le juge a un pouvoir d'interprétation de la clause aux fins de qualification de l'abus. Ce contrôle n'est pas nouveau et date des années 1990, date à laquelle le juge s'était arrogé le pouvoir de sanctionner les clauses abusives ne figurant dans aucun décret. Des directives d'interprétation sont données par l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Ainsi, l'alinéa 5 dudit article prescrit de se référer à toutes les circonstances juridiques et économiques qui entourent la conclusion du contrat, à la rédaction même des clauses, ainsi qu'à toutes les autres clauses du contrat ou d'un autre contrat dépendant juridiquement de celui dans lequel la clause est insérée. Le standard du déséquilibre significatif nécessite en effet une individualisation au cas par cas par le juge. Ce dernier doit procéder à un jugement de valeur par rapport à l'équilibre contractuel et prendre en compte le contexte contractuel. Une même clause peut être abusive dans un contrat, mais pas dans un autre. On s'aperçoit que, pour ces clauses, le pouvoir exercé par le juge est gigantesque, sous réserve du contrôle régulateur de la Cour de cassation et de l'impact des recommandations de la Commission des clauses abusives.

O JUIZ FRANCÊS TEM O
DEVER DE SANCIONAR
AS CLÁUSULAS ABUSIVAS
NOS CONTRATOS,
APRECIANDO DE OFÍCIO
QUESTÕES QUE O CON-
SUMIDOR NÃO TENHA
SUSCITADO

CONCLUSION

Ce bref aperçu de révolution de la jurisprudence suffit à révéler le rôle prépondérant du juge dans l'éradication des clauses abusives. Le juge français doit relever d'office toute clause abusive dans les contrats qui lui sont soumis, ce qui nécessite qu'il détienne des pouvoirs étendus lui permettant d'apprécier l'abus.

On ne saurait s'en étonner tant la protection effective du consommateur suppose un rôle actif du juge dans l'examen du contrat. Reste à noter que cette

évolution n'est pas arrivée à son terme, ne serait-ce qu'en raison des changements qui s'annoncent avec la directive sur les droits du consommateur. Mais, n'est-ce pas dans la fonction de la jurisprudence de s'adapter. .. et dans le nôtre de la décrypter?

NOTAS

¹BERNHEIM DESVEAUX, Sabine – L'évolution de La Jurisprudence ... – notas de rodapé

CCC 2002, comm. n° 18, note G. RAYMOND; JCP 2002, éd. G., II, 10047, note G. PAISANT ; D. 2002, juris. p. 90, note C. RONDEY; *RTD-civ.* 2002, p. 291, obs. J. MESTRE: et B. FAGES; p. 397, obs. J. RAYNARD; *RTDcom.* 2002, p. 404, obs. M. LUBY.

²D. 2005, AJ, p. 887, note C. RONDEY; juris. p. 1948, note A. BOUJEKA; panor. p. 2840, obs. S. AMRANIMEKKI; *RTDciv.* 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES; *RTDcom.* 2005, p. 401, obs. D. LEGEAIS ; *RDC* 2005. p. 740, obs. D. FENOUILLET; CCC 2005, comm. N° 100, note G. RAYMOND.

³D. 2006, juris. p. 238, note Y. PICOD; CCC 2005, comm. n° 215, note G. RAYMOND.

⁴*Jurisdata* n° 2008-001582.

⁵*Jurisdata* n° 2008-370828.

⁶N° 07-18128; *Jurisdata* n° 2008-04623; *JCP* 2009 éd. E, 1278. note G. RAYMOND: solution appliquée à un contrat conclu entre deux sociétés commerciales dont l'objet était l'installation d'un distributeur automatique de boissons chaudes avec clause d'exclusivité.

⁷N° 08-11231; *Jurisdata* n° 2009-047838; *JCP* 2009 éd. G; 238, note G. PAISANT; CCC 2009, comm. n° 182, note G. RAYMOND : arrêt relatif à la reconduction des contrats mais dont l'attendu peut être étendu à d'autres domaines.

⁸V. C. CASTETS-RENARD, *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, D. 2009, p. 1158; G. PAISANT, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?*, JCP 2009, étude n° 118; S. WHITTAKER, *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'«harmonisation complète»*, D. 2009, p. 1152.

⁹CCC 2005, comm. n° 100, note G. RAYMOND

¹⁰Bull. civ., I, n° 54; D. 1995, juris. p. 327, note G. PAISANT; somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE; *RTDciv.* 1995, p. 360, obs. J. MESTRE.

¹¹BRDA 2000, n° 8 p. 10.

¹² A titre d'exemple, l'absence de rapport direct a été retenue, dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 16 mars 2005 pour un contrat relatif à l'installation et à la maintenance d'un lecteur de chèques chez une coiffeuse, V. Jurisdata n° 2005-277661; CCC 2005, comm. n° 215, 2^{ème} esp.

¹³ Ainsi, un avocat qui avait contracté avec une société de télésurveillance pour la sécurité de l'immeuble dans lequel il avait son domicile et son cabinet professionnel a été qualifié de consommateur par les juges aixois dans une décision du 26 mai 2005, V. CCC 2006, comm. n° 54, note G. RAYMOND.

¹⁴ N° 08-15727.

¹⁵ dont l'une a d'ailleurs été annulée par une décision du Conseil d'Etat de 1979.

¹⁶ D. 1991, p. 449, note J. GHESTIN; RTDciv. 1991, p. 526, obs. J. MESTRE; Petites affiches n° 81, 8-7-1991, p. 18.

¹⁷ Bull. civ., I, n° 192 p. 132.

¹⁸ Ainsi, un décret du 25 novembre 2005 introduisit de nouvelles clauses abusives.

¹⁹ Aff. C-240-98 à 244-98; RTDciv. 2000, p. 939, obs. J. RAYNARD; RTDciv. 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES; JCP 2001 éd. G., II, 10513, obs. M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT.

²⁰ V. spéc. Civ. 1^{ère}, 15-2-2000, n° 98-12713; Jurisdata n° 2000-000518; Bull. civ., I, n° 49; Civ. 1^{ère}, 16-3-2004, Bull. civ, I, n° 91; JCP 2004 éd. G., II, 10129, note Y. DAGORNE-LABBE; Civ. 1^{ère}, 3-4-2007, n° 06-10468, Jurisdata n° 2007-038380.

²¹ CCC 2009, comm. n° 88, note G. RAYMOND; D. 2009, 908, note S. PIÉDELIÈVRE; JCP 2009 éd. G., II, 10037, note X. LAGARDE.

²² Aff. C-243/08; JCP 2009 éd. E, 293; CCC 2009, Alertes n° 54; JCP 2009, éd. E, 1970, note L. RASCHEL; D. 2009, 2312, note G. POISSONNIER; JCP 2009 éd. G, 336, note G. PAISANT. Cette décision n'est cependant pas une surprise car l'arrêt Mostaza Claro du 26 octobre 2006 avait annoncé la solution, Aff. C- 168/05, D. 2006, p. 2910, obs. V. Avena-Robardet.

²³ Aff. C-40/08 Asturcom Telecomunicaciones, Procédures n° 12, Décembre 2009, comm. 400 par C. NOURISSAT.

²⁴ V. D. 2010, p. 146.

LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO¹

GUILLERMO OROZCO PARDO

Catedrático del Departamento de Derecho Civil - Universidad de Granada
Presidente de la Junta de Mediación y Arbitraje de Consumo de Granada

EXCERPTS

“The term mediation also has a very specific meaning in law based on obligations and contracts: the so called mediation contract”

“Mediation is a concept, as much as a technique, a medium or an instrument generated in the field of intersubjective relations of private law”

“In the realms of consumer relations, the effective scope of mediation is related to arbitration”

“Mediation can not be imposed as a mandatory procedure prior to litigation and it would be wrong to the extent that it is not diriment, because the parties only stay in the process in a voluntary way and agreement is not “dictated” by the mediator, but by the parties themselves”

“The error lies in perceiving the mediation as an “administrative” tool of consumer protection and not as an alternative or complementary – volunteer, free of charge and fast – way to resolve a conflict on a consensual basis”

“In fact, the RDAC only refers nonspecifically to the content and development of mediation, laying down the time of the transaction, the term of the suspension of proceedings, the duty of confidentiality and the requirement to record in writing what was agreed”

“In order to provide security and confidence to the system, in obedience to the directive, the legislative draft calls for the possibility that the agreement be binding and have the force of res judicata in accordance with the procedural law for titles subjected to charge in court”

RESUMEN

La justicia tradicional está en crisis, no solo por el elevado número de pleitos, que aumentan progresivamente cada año, sino también porque es vista como un procedimiento caro, lento y formal que tiende a enfrentar a las partes –*adversarial*– más que resolver el conflicto. Ello lleva a un creciente sentimiento de insatisfacción a todos los juristas y sujetos que intervienen en ese ámbito, para lo cual debemos abrir paso a los *medios complementarios* de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos. En el caso de la mediación en los conflictos de consumo, estamos ante una práctica cada vez más demandada, carente de una teoría –peor aun, de una norma legal– que la discipline. Este es el problema que abordamos en estas líneas, avanzando algunas soluciones.

Palabras clave: justicia, conflicto, mediación, consumo.

I.- MEDIACIÓN Y CRISIS DE LA JUSTICIA ADVERSARIAL

Como afirma Redorta, vivimos una era de cambios, pero la idea de cambio va ineludiblemente unida a la de conflicto y lo cierto es que *en nuestras sociedades occidentales hemos aprendido a resolver los conflictos desde la idea de la confrontación habiendo hecho del proceso judicial un factor determinante*, lo cual lleva a los operadores jurídicos a una cierta frustración, así como a los ciudadanos usuarios del sistema. Concluye este autor con una reflexión muy cierta: *Los índices de litigiosidad de todos los países demuestran que el sistema actual va colapsado en una cadena que, metafóricamente hablando, no tiene fin: a más gatos, más ratas. ¿No estaremos haciendo algo mal? Se pregunta finalmente².*

El tema de la *mediación* es uno de los más interesantes que hoy se nos plantea en nuestro derecho por cuanto supone la manifestación de un fenómeno que los *iusprivatistas* venimos observando de un tiempo a esta parte en nuestra ciencia: lo que podríamos denominar la *privatización* del llamado *derecho público*. El uso de esta terminología no quiere decir, sin más, que sigamos adheridos *ciegamente* a esa tradicional distinción, casi dicotómica, entre derecho público (v. gr. interés general) y derecho privado (interés particular), ni tan siquiera mantengamos la *vieja teoría* del *imperium* y la desigualdad como criterios diferenciadores. Ello no obstante, cabe seguir utilizando esta terminología, aunque sólo sea por mera *conveniencia coloquial*, como referente a posiciones preconcebidas consagradas en conceptos *standard* que ahorran muchas palabras.

Es ya un *tópico de la literatura jurídica* hablar de la *publicación* del derecho privado, fenómeno que se puso de manifiesto en el derecho de la persona, en familia o sucesiones, tal y como la doctrina (De Cupis, etc.) puso de manifiesto, con mayor o menor fortuna, en cuanto originó, en algún caso, concepciones *tota-*

litarias del derecho poco admisibles en nuestros días. Sin embargo, nosotros queremos llamar la atención sobre el hecho de que en la actualidad existen principios e instituciones del llamado derecho privado que se están aplicando con fortuna a otros ámbitos de lo jurídico con plena eficacia: legitimación por sustitución, intereses colectivos, *class actions*, son ejemplo de ello en el campo del derecho de consumo.

Para nuestro legislador, según consta en el *Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se trata de un cauce *complementario* de resolución de conflictos, por lo que se configura como un medio de acceso de los ciudadanos a la Justicia, al menos en el ámbito de la jurisdicción. Se trata, pues, de un matiz importante, ya que se reconoce a la mediación el papel de instrumento para la modernización y mejora de la Administración de Justicia, no solo en cuanto a su organización y perfeccionamiento, sino en cuanto fórmula válida en un Estado de Derecho, que sirve para preservar el ejercicio de la jurisdicción³. Ello trae causa de la Directiva 52/2008/CE que ha consagrado la importancia de la mediación, junto a las otras ADR, para la correcta aplicación del principio de acceso de los ciudadanos a la justicia: *El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial.*

Ahora bien, debemos superar la dialéctica que nos presenta las ADR como vía “informal a una justicia *alternativa*” basada en criterios subjetivos, propios de las partes en conflicto, frente a la justicia “*formal, objetiva y adversarial*” ajena a los intereses y sentimientos de los sujetos que se “impone” por los órganos del Estado y los lleva al enfrentamiento. Como hemos podido constatar, para nuestro legislador, se trata de un “medio complementario” de acceso a la justicia, sobre parámetros y criterios justos, por lo que obtendrá su cobertura en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución. La citada Directiva 2008/52/CE es bastante positiva en cuanto a los resultados que pueden esperarse de la mediación y así lo afirma: *La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes.* Finalmente, prevé la necesidad de crear

EL TÉRMINO MEDIACIÓN
POSEE TAMBIÉN UNA
ACEPCIÓN MUY ESPECÍFICA
EN SEDE DEL DERECHO
DE OBLIGACIONES Y
CONTRATOS: EL LLAMADO
CONTRATO DE MEDIACIÓN

un “marco jurídico predecible” para la mediación y el posible efecto positivo, para dotar de confianza al sistema, que pueda derivarse del carácter ejecutivo del acuerdo: *La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico*⁴.

Hemos de tener presente que en nuestro derecho, el término *mediación* posee también una acepción muy específica en sede del derecho de obligaciones y contratos: el llamado *contrato de mediación*, que presenta notas comunes con la acepción antes comentada, pero también se diferencia en otros aspectos⁵. El acto de *mediar*, según el RAE, implica interponerse entre dos más personas que contienden

Para procurar conciliarlos o unirlos en amistad; esto supone que, inicialmente, se dirige a *recomponer* la situación resolviendo la causa de la contienda, restableciendo el orden precedente sobre criterios que las partes asuman como propios o adecuados. Se conecta con la seguridad jurídica en cuanto dota de estabilidad a una relación jurídica, en la medida en que resuelve el conflicto mediante una solución basada en criterios de justicia (aspecto *objetivo*) y a la vez asumidos por la partes pues satisface sus intereses en base a criterios y valores personales (aspecto *subjetivo*)

Esto implica conciliar las dos grandes *demandas* de la justicia: la estabilidad de las normas y los derechos adquiridos y el necesario dinamismo que la evolución de la sociedad impone al derecho, por cuanto la estabilidad de la norma legal se dinamiza con los cambios habidos en los criterios de interpretación de la misma, a través del propio sentido de *lo justo* que aportan las partes en el proceso de mediación, limitado siempre por la condicionante ética de la *Lex Artis* del mediador, que buscará la norma más flexible y adecuada para resolver el conflicto, utilizando técnicas de comunicación y negociación y basándose en criterios comunes para resolver los problemas. En definitiva, se trata de alcanzar una situación *estable*, que las partes asuman como propia y justa, lo que se resume en una definición amplia a cuyo tenor se trata de un procedimiento *en el que interviene un tercero que asiste, informa y orienta a las partes de un conflicto para que negocien un acuerdo que lo resuelva de forma justa, viable y mutuamente asumida*.

Baste ahora a nuestro propósito decir que la mediación es un concepto, a la vez que una técnica, medio o instrumento, generada en el ámbito de las relaciones

intersubjetivas de derecho privado, básicamente contractuales, que hoy se comienza a aplicar a otros campos y materias tradicionalmente vedados al compromiso y la disponibilidad que lo caracterizan. Según el diccionario de la Real Academia Española, *mediar* es *la acción y efecto de mediar*. Una de las acepciones o significados de *mediar* entendida como actividad es *interponerse entre dos o mas que riñen o contienden, procurando conciliarlos y unirlos en amistad*. Tal y como afirma Martín Serrano, *los individuos y la misma sociedad desarrollan y utilizan sistemas de regulación institucionalizados para reducir la disonancia*⁶.

LA MEDIACIÓN ES UN
CONCEPTO, A LA VEZ
QUE UNA TÉCNICA, ME-
DIO O INSTRUMENTO,
GENERADA EN EL ÁMBI-
TO DE LAS RELACIONES
INTERSUBJETIVAS DE
DERECHO PRIVADO

En consecuencia, podemos entender que el concepto de mediación esta referido a su carácter de instrumento para lograr la resolución de una contienda o conflicto entre personas, merced a la intervención de un tercero que realiza esa actividad de *mediar* sobre la base de establecer un *orden* basado en unos criterios asumidos, o aceptados, por los contendientes. Así concebida, la mediación se convierte en un herramienta al servicio de la justicia por vía de su aplicación como instrumento de la seguridad jurídica. Así mismo, la mediación se presenta con perfiles comunes a otras figuras muy cercanas a ella, tales como la conciliación y el arbitraje, si bien existen ciertos

rasgos distintivos que la distinguen: su carácter *consensual* –no dirimente como el arbitraje– y la intervención de un *tercero imparcial*, lo que la diferencia de la conciliación.

La Ley de Cataluña la define como el *procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral*. Finalmente, la Directiva 52/2008 la define en los siguientes términos: *un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional prescrito por el derecho de un Estado miembro.

3 De todas estas definiciones destacamos su carácter institucional –procedimiento– la voluntariedad y la significativa presencia del mediador. Con ello debemos reseñar que solo pueden ser objeto de mediación las materias sobre las que las partes tengan poder de disposición, tal y como nos recuerda la Ley de Cataluña:

comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro. Sin embargo, este texto incluye dos notas no necesariamente exigibles en todo caso: que la materia pueda conocerse en un proceso judicial y la ruptura de la comunicación entre partes. Como veremos luego, en el ámbito de las relaciones de consumo, el alcance objetivo de la mediación está relacionado con el del arbitraje.

En cuanto a la voluntariedad, esta se aplica tanto al tiempo de acceder a la mediación, como durante el procedimiento, del que cabe desistir en cualquier momento. No obstante, la directiva permite que los Estados puedan imponer supuestos de mediación previa obligatoria en ciertos casos, así como la remisión judicial y la aplicación de incentivos o sanciones en caso de negativa, tal y como hace el Anteproyecto español.

II- PERFILES DE LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO

Conocido es el origen *contractual* del concepto de mediación, sin embargo, el término *mediación* cuando se aplica en el ámbito de las técnicas *Alternativas de Resolución de Conflictos* (ADR) y más concretamente a los conflictos que se suscitan en las relaciones entre consumidores y empresarios o profesionales, adquiere un nuevo perfil más relevante, pues cobra una dimensión *institucional* merced al tratamiento actual del tema en nuestro ordenamiento jurídico que, si bien no la regula, hace referencia a ella en algunos textos, singularmente el RD 231/2008 que regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Según se ha dicho, diversos son los texto que la Unión Europea ha elaborado para incentivar la implantación de las técnicas consensuales de resolución de conflictos en el campo de las relaciones de consumo⁷ en los que se recogen unos “principios comunes” en relación con el alcance de las ADR, el valor de las cláusulas de remisión a ellas, los plazos de prescripción, la confidencialidad, la responsabilidad, etc. y que finalmente cristalizan en la Directiva 52/2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. A tal propósito la directiva, que excluye los conflictos de consumo de su ámbito, dice lo siguiente:

En el ámbito de la protección del consumidor, la Comisión adoptó una Recomendación que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios. Se debe alentar todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios. Para facilitar la difusión de la información relativa a tales órganos, la Comisión debe crear una base

de datos de los sistemas extrajudicial le que, a juicio de los Estados miembros, respetan los principios de la Recomendación.

La mediación presenta una problemática común con otras ADR –singularmente con el arbitraje– como el tema su *obligatoriedad* – y otra específica como la eficacia vinculante y ejecutiva de sus acuerdos. Sin entrar a profundizar en la cuestión, recordemos que cuando se suscitó en nuestro país la polémica de la remisión *obligatoria* al arbitraje de consumo por parte del legislador, nuestro Tribunal Constitucional se opuso a ello por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

4 del artículo 24 CE; esa mismo fundamento sirvió de base para declarar nula por abusiva la cláusula contractual que remite, con carácter previo a planteamiento del conflicto, a un sistema arbitral distinto al SAC. Ello tendría su razón de ser en la medida en que el arbitraje es una técnica *dirimente* que “cierra” el paso a la jurisdicción, salvo los recursos frente al laudo. No vamos a entrar ahora en

EN EL ÁMBITO DE LAS
RELACIONES DE CONSUMO,
EL ALCANCE OBJETIVO DE LA MEDIACIÓN
ESTÁ RELACIONADO
CON EL DEL ARBITRAJE

mayores disquisiciones de si un arbitraje obligatorio con las garantías que presta el SAC diseñado por nuestro legislador –con una acrisolada trayectoria positiva– supone una “quiebra de la tutela judicial efectiva” –circunscrita sólo a jueces y tribunales– en la medida que tal Sistema Arbitral ofrece, a nuestro parecer, un adecuado nivel de garantías –profesionalidad, procedimiento, prueba, motivación y recursos– que lo configuran como un verdadero *equivalente jurisdiccional* en el que se debería confiar para evitar el efecto disuasorio que la justicia “formal” produce en los consumidores, por razones que luego veremos⁸.

Esto ha influido en la idea de que la mediación no puede ser impuesta como trámite obligatorio de carácter previo a la vía judicial y ello es erróneo en la medida en que no es *dirimente*, ya que las partes solo permanecen en el proceso de forma *voluntaria* y el acuerdo no es “dictado” por el mediador, sino por las partes. Distintas posturas se han planteado a estos efectos por los legisladores de los Estados, así en Alemania, Bélgica y Grecia existe la obligación previa de acudir a la mediación; en Gran Bretaña, Italia o Suecia, se incentiva la mediación, pero no se impone; finalmente, en países como Francia, es voluntaria. En nuestro país, actualmente se incentiva la mediación en la temática civil, ya sea por medio de la LEC, o en otras materias –laboral– se impulsa un sistema que, a nuestro juicio, funciona como una conciliación previa.

Sin embargo, en materia de consumo, el RDAC 231/2008 “integra” la mediación previa en el procedimiento de arbitraje, si bien existen varias instancias

que tienen reconocidas tareas de mediación en este campo. Ello no obstante, el *Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ya citado, prevé imponer una mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda en determinados casos según cuantía. En este punto, pensamos que una cláusula contractual que “imponga” una mediación previa, sino prevé sanciones por la negativa, ni trata de imponer el carácter vinculante y ejecutivo al acuerdo *ab initio*, no sería nula por abusiva y siempre que durante su desarrollo se suspenda la prescripción de acciones.

1.- Notas características de los conflictos en el ámbito del consumo.

Cabe destacar que las relaciones contractuales en este campo se rigen en su mayor parte por condiciones generales y la posición de las partes es muy desigual, sobre todo cuando se trata de grandes empresas que operan en sectores clave como la energía, telecomunicaciones, banca, gran distribución, etc. que suelen disponer de unos servicios de atención al cliente no siempre son cercanos y accesibles. Ello

5 explica el “desequilibrio equitativo” o “discriminación positiva” a favor del consumidor que inspira al derecho de consumo y la existencia de una Administración implicada en la protección del consumidor, tal y como ordena la Constitución a “todos” los poderes públicos. Este “desequilibrio estructural” es, a nuestro juicio una de las razones por las que el legislador comunitario excluye la aplicación de la directiva “a las reclamaciones de consumo”, remitiéndose a la ya citada *Recomendación 2001/310/CE* que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos de resolución consensual de litigios deben ofrecer a sus usuarios. Como se verá, el legislador español, por razón de competencia, también las excluye del ámbito de su futura ley estatal.

Si atendemos a las sucesivas *Memorias* publicadas por el Instituto Nacional de Consumo, podremos constatar el paulatino aumento de los conflictos en este campo que, si bien no poseen una cuantía media muy elevada, sí son muy numerosos. Así mismo, es relevante el progresivo aumento del papel de la mediación en este sector. En términos comparativos, en el año 2004 se resolvieron por mediación en el SAC un total del 20’76% de reclamaciones; sin embargo, en el año 2006 lo fueron ya el 52’26% de ellas. Pero ello no debe ocultar nuestra preocupación en cuanto al importante número de reclamaciones que se presentan, el incremento del montante económico de la totalidad de las mismas, la concentración de un número elevado de estas en determinados sectores y la ausencia de algunos grupos de empresas, entidades y profesionales que deberían incorporarse al sistema.

A nuestro criterio, los conflictos suscitados en el ámbito de las relaciones de consumo, presentan unas notas que podemos sintetizar de la siguiente forma:

- *Transpersonalismo*: en tales casos suelen resultar afectador intereses individuales, colectivos y difusos. Es decir, tiene un marcado matiz social en cuanto

afectan no solo a sujetos o colectivos determinados, sino al conjunto de la sociedad. Así podemos deducirlo del tratamiento que el Código Penal dispensa a ciertos delitos contra el mercado y los consumidores.

- *Baja cuantía frente a elevado número de casos*: la cuantía media de una reclamación en consumo no suele ser muy relevante (700€ aproximadamente) pero el número de casos suele ser muy elevado. El primer factor se convierte en un elemento disuasorio para el consumidor a la hora de acudir a la vía judicial, mientras que el segundo “impone” a los poderes públicos un especial deber de control de las prácticas en el mercado y la consecuente disciplina, no siempre ágil y eficaz de las Administraciones competentes.

- *La relación coste/beneficio*: para los infractores de los derechos de los consumidores suele ser muy favorable a su actuación. Dado que el arbitraje es voluntario, al igual que la mediación, y que Administración “sólo” sanciona, pero no repara, hemos de utilizar instrumentos de disciplina social: publicidad de sanciones, acciones colectivas, intervención del Ministerio Fiscal, daños punitivos o la constitución de fondos de reparación con los ingresos procedentes de las multas, para tratar de compensar ese factor disuasorio.

- *Desequilibrio de posiciones entre las partes*: tal y como venimos diciendo, las posiciones de las partes están desequilibradas, como dijo L. Sterne, “la diferencia entre acreedor y deudor estriba en el tamaño de sus bolsas”. El consumidor suele reclamar frente a prestaciones o bienes defectuosos que ya a abonado o le vinculan a operaciones crediticias “insoslayables” que condicionan de todo punto su decisión. La falta de formación o asesoramiento jurídico, la utilización de la contratación por adhesión, las dificultades de prueba, la negativa o “negligencia” de ciertas empresas o profesionales a “documentar” adecuadamente las transacciones y la falta de una coercibilidad eficiente del sistema administrativo de protección, llevan al consumidor a ocupar la “parte débil” del conflicto. Ello es paliado, solo en parte, por las 6 normas de interpretación e integración de los contratos “contra el predisponente” o la normativa sobre cláusulas abusivas de los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU RD 1/2007⁹. Así mismo, supone que instituciones como el Ministerio Fiscal o las administraciones de consumo (OMICS, juntas arbitrales) deban actuar con medios de protección del consumidor frente a ese desequilibrio, y también que determinados profesionales (notarios o registradores) tengan un especial “deber de celo” a la de intervenir o autorizar las operaciones en las que se afecten intereses de los consumidores. Ello afecta especialmente a los deberes de independencia e imparcialidad del mediador, quién deberá tratar de establecer un *desequilibrio equitativo* en el trascurso del proceso de mediación para igualar las posiciones de las partes.

- *La falta de una jurisdicción definida*: del mismo modo que la doctrina es-

pañola no es unánime a la hora de aceptar la existencia de una disciplina llamada “Derecho de Consumo”, o en cuanto a la ubicación sistemática de sus normas y, menos aún en cuanto a su codificación, sucede con el hecho que las infracciones de tales normas pueden tener un carácter civil, administrativo o penal. No existe pues una jurisdicción científica ni judicial unificada sobre la materia y ello desemboca en una falta de eficacia evidente en la tarea de protección del consumidor. Es por ello loable que la Fiscalía General del Estado prevea la posibilidad de crear unidades especializadas en su seno para tal finalidad¹⁰. Es necesario paliar esta carencia aplicando las ADR en este campo, si bien con pleno respeto a las limitaciones objetivas que luego se tratarán.

• *Complejidad de la materia*: la superación de la visión “administrativista” de la temática del consumo y el impulso que han supuesto su entrada en sede constitucional y la labor de la Unión Europea, han puesto de relieve que no estamos ante meros conflictos privados, individuales y afectantes a materias de segundo orden. Ya hemos aludido al matiz social de tales conflictos, pero la nuevas tecnologías han puesto de relieve que estamos ante lesiones que no solo abarcan problemas de interpretación o ejecución de contratos de consumo, sino que cuando afectan a cuestiones como las relativos al derecho a la salud, la seguridad o la privacidad del consumidor, el nivel del agravio cobra bastante relevancia. Lo mismo sucede cuando se trata de actos que perjudican a un elevado número de personas, como por ejemplo, las estafas piramidales, quiebras fraudulentas, etc.

LAS PARTES SOLO
PERMANECEN EN
EL PROCESO DE
FORMA VOLUNTARIA
Y EL ACUERDO NO ES
“DICTADO” POR EL
MEDIADOR, SINO POR
LAS PARTES

Todo lo dicho nos lleva a insistir en la necesidad de asegurar la existencia de medios que permitan al consumidor acceder de una forma rápida, económica y eficaz a la justicia en este campo. Serán la mediación y el arbitraje las vías complementarias más adecuadas para cumplir este objetivo, siempre que se les dote del régimen jurídico y los medios materiales y humanos necesarios para ello.

III. - EL PROBLEMA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Como venimos diciendo, en nuestro país no existe una legislación uniforme sobre mediación, sino que han sido diversas CCAA las que han dictado leyes sobre la materia, singularmente en relación con la mediación familiar, salvo Cataluña que ha

7 dictado una Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, tras la

aprobación de la directiva comunitaria. Ello se debe a que la competencia sobre mediación en consumo se estima que es exclusiva de las CCAA pues éstas la han asumido en sus estatutos en lo relativo a los procedimientos de defensa del consumidor (Cfr. Andalucía, Baleares, Aragón, etc.) lo que motivó que el anterior proyecto de ordenación del arbitraje de consumo abandonara su idea de regular esta materia. Así mismo, la directiva citada también la excluye, tal y como vimos, y en razón de todo ello el actual Anteproyecto excluye de su ámbito de aplicación la mediación en consumo en su artículo 2.1-e sin mas explicaciones.

Esta postura va a provocar más inconvenientes de los que pretende resolver, ya que se plantea el problema de dejar en manos de las CCAA la iniciativa de regularla y, lo que es peor, podrían plantearse antinomias entre los distintos textos autonómicos. El legislador estatal ha debido establecer las líneas básicas de la regulación de la actividad de mediación, dejando a las CCA regular su aplicación en cada territorio. Por tanto, seguimos en un panorama en el que se practica la mediación, pero sin someterse a ninguna regla legal que la discipline. En este punto, hemos de recordar que las juntas arbitrales tienen encomendada la tarea en lo relativo a los conflictos que replantean en su seno por los consumidores y usuarios reclamantes. Se trata de una mediación previa, obligada y “no reglada” en su procedimiento. Esta laguna legal dota de singular relevancia a textos como la directiva y la recomendación citadas o el “Código Europeo de Mediadores”, así como al Código Civil en la medida en que la mediación es un contrato, pues ayudan a evitar que esta incoherencia desproteja a las partes, singularmente al consumidor, por falta de las debidas garantías legales en el proceso de mediación. Se hace precisa una “ley uniforme” – similar al Acta Uniforme de Mediación de USA de 2003 – que consagre las líneas generales de este instrumento de acceso a la justicia “consensual” que recoja cuestiones tales como los principios, las fases del procedimiento estructurado, el estatuto del mediador, la eficacia del acuerdo, los recurso contra éste, la responsabilidad y la prescripción de acciones. En este punto, hemos dicho que existe ya un anteproyecto de ley sobre la materia, pero que excluye de su ámbito a los conflictos de consumo.

El error reside en percibir la mediación como un instrumento “administrativo” de protección del consumidor y no como un medio alternativo o complementario –voluntario, gratuito y rápido– de solucionar de forma consensuada un conflicto. Es una vía *alternativa* al arbitraje o los tribunales en la que actúa un tercero “neutral, independiente e imparcial”, pues el mediador no es un “defensor” del consumidor, como sucede con otras figuras ya existentes.

III. - LA MEDIACIÓN EN LAS JUNTAS ARBITRALES DE CONSUMO

Como venimos diciendo, el RDAC hace referencia a la mediación en diver-

esos preceptos, pero de salida debemos indicar que no se le concibe como una fase autónoma, sino que sólo es posible cuando proceda el arbitraje, es decir cuando la reclamación sea admitida a trámite por reunir los requisitos legales (ex. Artículos 2 y 38 RDAC). Por tanto, puede ser una alternativa voluntaria, previa o coetánea al arbitraje, a la que se invita a las partes y que las juntas arbitrales deben “asegurar” (ex artículo 6 RDAC) como un servicio que se debe prestar (ex. Artículo 38). Así mismo, esta norma alude a la mediación y la conciliación, pero no las diferencia sino por el momento en que se desarrollan, una al inicio del proceso, y la conciliación durante su desarrollo, dando lugar al acuerdo conciliatorio.

Así pues, la mediación se ha integrado en el arbitraje de consumo por dos vías diferentes:

- Como actividad precedente a la que se invita a las partes al inicio del procedimiento, previa la admisión a trámite de la reclamación.

8 - Como *conciliación* que se realiza ante el propio órgano arbitral, en este caso se alcanza un “laudo conciliatorio” con todas las ventajas que ello comporta para el consumidor. Tal y como nos recuerda Ribón Seisdedos, la conciliación puede ser judicial o extrajudicial y tiene su esencia en la comparecencia de las partes ante un tercero que puede coincidir con la persona u órgano que, de no prosperar, decidirá el conflicto.

Realmente, el RDAC sólo hace¹¹ referencias inconcretas al contenido y desarrollo de la mediación, limitándose a fijar el momento de realizarla, el plazo de duración, la suspensión de actuaciones, el deber de confidencialidad y la obligatoriedad de dejar constancia por escrito de lo acordado. El anterior anteproyecto si era algo más detallado a la hora de abordar el tema, ya que le dedicaba varios preceptos relativos a la implantación dentro del procedimiento de arbitraje, a la figura y actuación del mediador y al resultado final de la misma (artículos 35 a 37). Por razones que se han comentado, esta parte del texto desaparecerá en el Real Decreto que finalmente se apruebe.

Tal y como está planteado, el Sistema Arbitral cuenta con diversas instancias (junta nacional, juntas regionales, locales o provinciales) además de ciertos órganos especializados –telecomunicaciones, discapacidad– que pueden realizar tareas de mediación. Junto a ello, los servicios provinciales de consumo, las oficinas de información al consumidor o las asociaciones de consumidores, también realizan esta actividad. De esto se han deducido descoordinaciones porque cada

EL ERROR RESIDE EN
PERCIBIR LA MEDIACIÓN
COMO UN INSTRUMENTO
“ADMINISTRATIVO” DE PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR Y
NO DE SOLUCIONAR DE
FORMA CONSENSUADA
UN CONFLICTO

órgano actúa con su propio criterio. Por ejemplo, en algunos casos, se sanciona a la empresa que se niegan u obstaculizan el proceso remediación “por obstruir las funciones publicas de intermediación en materia de consumo” (cfr. artículo 5.1 RD 1945/83).

V.- EL OBJETO DE LA MEDIACIÓN EN CONSUMO

Como ya se ha dicho, en este caso la mediación se aplicará en aquellos conflictos entre consumidores y empresarios o profesionales en los que resulten afectados los derechos de los primeros, siempre que verse sobre una materia en la que las partes tengan poder de disposición; es decir, la mediación alcanza hasta donde llega la autonomía de la voluntad. No existe una norma que nos permita fijar el alcance de esa *disponibilidad*, pues sólo tenemos como referencia el artículo 2 del RDAC¹² de cuyo tenor podemos deducir que podrán ser objeto de arbitraje las materias de libre disposición, con exclusión específica de los casos en los que hay indicio de delito o versan sobre intoxicación, lesión o muerte y la responsabilidad consecuente.

Según lo dispuesto en los artículos 751 y 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la *disponibilidad* del objeto del proceso está prohibida a las partes en los supuestos de la renuncia, el allanamiento y la transacción y de forma limitada en cuanto al desistimiento. Como afirma la doctrina, ello implica lo siguiente:

- El demandante no puede renunciar al derecho material debatido en el proceso;
- El demandado no puede allanarse a la pretensión del actor;
- No cabe que las partes acuerden una transacción sobre el objeto del proceso.

9 En cuanto al *desistimiento*, el artículo 750 LEC subordina su eficacia a la conformidad expresa del Ministerio Fiscal, si bien ello no se aplica en los procesos de separación y divorcio, pero hemos de recordar que si el convenio regulador afecta a menores o incapacitados, deberá informar el Ministerio Público. En consecuencia, como no cabe transaccionar, no puede haber mediación, pero si bien lo miramos ello supone dejar un campo muy amplio a la aplicación de esta técnica pues en el ámbito de los conflictos de consumo la problemática es muy diversa en lo tocante a la preparación, interpretación y ejecución de los contratos, como se viene demostrando¹³.

VI.- EL PROCEDIMIENTO Y LA POSICIÓN DE LAS PARTES

El procedimiento de mediación es bastante flexible, como no podía ser de otra manera. La directiva establece que ha de ser “estructurado”, pero sin detallar

cuales serían sus fases, alcance y duración. La mayoría de las normas reguladoras del procedimiento, parten de una *sesión informativa* previa, que ya recomendara la directiva, en la que se informa a las partes sobre el uso, principios, costes, organización, características y consecuencias del acuerdo de mediación¹⁴. A continuación, una vez designado el mediador y aceptada éste por las partes, se realiza la sesión *inicial* donde se fijan conceptos tales como el objeto o cuestiones a resolver, planificar las sesiones a realizar, la necesidad –en su caso– de la presencia de asesores o letrados, y el carácter vinculante y ejecutivo que pudiera darse al acuerdo. De todo ello se levanta la correspondiente acta que será firmada por las partes y el mediador. Seguidamente se realizarán las distintas sesiones conjuntas o por separado, según sea preciso, debidamente documentadas, para culminar con la sesión final donde, en caso de haber acuerdo, éste se redactará por las partes, con el asesoramiento debido. De ello levantará acta el mediador, con las correspondientes firmas, y se comunica a la autoridad judicial para su homologación, si este es el caso.

En el caso de las mediaciones que se realizan en el SAC hay varias especialidades a resaltar. La primera es que la mediación se inicia “de oficio” como procedimiento previo y voluntario, por lo que no se insta por las partes, y el presidente de la junta arbitral deberá incluir en la resolución de admisión a trámite *la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa, en los supuestos en que proceda*, según dispone el artículo 37.3.A RDAC. Si hay oposición expresa de parte o consta una mediación intentada sin efecto, no habrá lugar a este trámite. En segundo lugar, el artículo 38.2 RDAC no regula su procedimiento, sino que se remite *a la legislación sobre la materia que resulte de aplicación* –que por ahora no existe– y haciendo expresa mención al deber de secretario de la junta arbitral de dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como de su resultado. Así mismo, impone a mediador los mismos requisitos de *independencia, imparcialidad y confidencialidad* exigidos a los árbitros.

En cuanto al plazo concedido para llevar a cabo la mediación, siendo la media de dos meses, prorrogable por otro más, el artículo 49 .1 RDAC concede un mes desde que se dicta la resolución de admisión a trámite e invitación a la mediación. Este es a todas luces un plazo corto, por lo que el número de sesiones y las posibilidades de obtener acuerdo no son muy elevadas. No obstante, si bien se mira, de su texto se deduce que realmente durante todo el plazo del procedimiento arbitral, antes de dictar laudo, las partes pueden llegar a un acuerdo, bien por conciliación ante el órgano

10 arbitral, bien por sí mismas o por mediación, en cuyo caso se dictará un laudo conciliatorio en el plazo de quince días desde que se adopta el acuerdo.

En este caso, la mediación es gratuita y se atiene a los principios ya citados de confidencialidad, contradicción y voluntariedad, por lo que cualquiera de las partes puede abandonarla a voluntad.

VII.- EL ACUERDO Y SU EFICACIA VINCULANTE

Según venimos diciendo, la mediación es un contrato “atípico” que al adquirir una dimensión social relevante en determinados campos – conflictos familiares, laborales, de consumo, etc. – viene siendo regulado en distintas normas autonómicas. Ello no obstante, su esencia contractual es evidente. En consecuencia, los deberes de buena fe, confianza mutua y confidencialidad, son muy relevante. Una vez concluido el proceso, si hay acuerdo estaremos ante una transacción en la que se resuelvan la totalidad o parte de las cuestiones planteadas, que será homologada o no por una autoridad según proceda. Ello no obstante, a fin de dotar de seguridad y confianza al sistema, el anteproyecto, siguiendo a la directiva, prevé la posibilidad de que el acuerdo sea vinculante y tenga fuerza de cosa juzgada conforme a lo dispuesto en la legislación procesal para los títulos ejecutivos mediante

EL ANTEPROYECTO,
PREVÉ LA POSIBILIDAD
DE QUE EL ACUERDO
SEA VINCULANTE Y
TENGA FUERZA DE
COSA JUZGADA

la oportuna reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para ello será preciso que las partes así lo acuerden y lo refleje el mediador en el acta inicial. Si ello es así, sólo cabe solicitar su anulación o revisión conforme a lo establecido para las sentencias firmes. Obviamente, es responsabilidad del mediador no autorizar con su firma un acuerdo que sea contrario a derecho –ha de ser conforme al ordenamiento jurídico– procediendo en consecuencia¹⁵.

En el caso de la mediación en el SAC – excluimos el caso de la conciliación ante el órgano arbitral – la fase de mediación es previa a la intervención del árbitro o del colegio, por lo que del artículo 38.2¹⁶ RDAC ordena al secretario de la junta arbitral levantar acta del resultado de la mediación. Si no hay acuerdo, el procedimiento sigue su curso. Sin embargo, no queda claro si esa fase de mediación es anterior al nombramiento del órgano arbitral destinado a dirimir, en su caso, el conflicto. Del tenor de artículo 39 RDAC no se deduce que la mediación previa obste para nombrar árbitro colegio, por lo que en caso de haber acuerdo, se aplicará el artículo 48.2¹⁷ del mismo texto y el acuerdo se incorpora al laudo, salvo que el órgano arbitral encuentre motivos para oponerse, en cuyo caso prevalece su criterio, creando una situación difícil de resolver. Si el acuerdo válido es parcial se continúan las actuaciones para dirimir los

puntos no recogidos en el acuerdo. Con ello se le dota de la fuerza de cosa juzgada y carácter ejecutivo que, conforme dispone el artículo 517 de la LEC 1/2000, poseen los laudos arbitrales.

CONCLUSION

Dado el elevado número de reclamaciones que anualmente se atienden en el SAC y el relevante nivel de consenso a la hora de ejecutar los laudos, así como el aumento paulatino de los resultados favorables de los procesos de mediación previa que intentan las juntas arbitrales antes de proceder al inicio de las actuaciones dirimentes, estimamos muy adecuado que se consagre la mediación como otra finalidad de las juntas arbitrales, a las que se deberá dotar de una sección de

11 mediación con profesionales habilitados para esta labor, pues todo ello irá en beneficio del sistema y sus destinatarios. Incluso se prevé la aplicación de las nuevas tecnologías al llamado “e-arbitraje” y la mediación “*on line*”. Cuestión distinta es que ahora se esté realizando dicha actividad sin una normativa reguladora y que el legislador excluya de su proyectada normativa a la mediación en consumo, lo cual crea una laguna legal inexplicable como si tales materias no entrasen dentro de la esfera del derecho privado.

Cuestiones esenciales como el estatuto del mediador, su objeto, procedimiento, suspensión de acciones, carácter ejecutivo, recursos etc. no pueden regularse de forma descoordinada, ese marco definido, *homogéneo y predecible* que pretende la Unión Europea quedaría muy lejos de lograrse. Conectar la materia de consumo y el acceso a la justicia como cuestiones esenciales en la regulación del mercado (ex artículo 38 CE) obliga al legislador a emprender dicha tarea. Al menos entendemos, que la futura ley estatal servirá como derecho supletorio hasta que se resuelva el problema.

NOTAS

¹ El presente trabajo se publica al amparo del Proyecto de Investigación “*La protección penal del consumidor*”. DER 2009-12717 del Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es miembro.

² Vid. *La justicia del futuro*. En la Obra: *Simposio sobre Tribunales y Mediación*. Barcelona, 2009. Pagina 3.

³ La LEC 1/2000 si la toma en consideración, pero no la regula como “procedimiento judicial” en los artículos 770 y siguientes. El Anteproyecto español, no aprobado en el momento de redactar estas líneas, la configura como “un medio *complementario* de resolución de conflictos”. Consciente de que no hay una nor-

ma que conecte la mediación y su ejercicio en el ámbito de la jurisdicción, quiere llevar a cabo esta tarea en beneficio, no solo de los ciudadanos, sino también de la propia Administración de Justicia.

⁴ Este marco estaría integrado por la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 y la Recomendación 2001/310/CE. Vid. Barral Viñals, I. *Reclamaciones de consumo en la UE: de las ADR a las nuevas formas de ODR*. En la Obra: *Simposio sobre Tribunales...*cit. Páginas 67 y siguientes.

⁵ Vid. Gazquez Serrano, L.: *El contrato de mediación o corretaje*. La Ley, 2007.

⁶ Vid. *Diccionario UNESCO de la Ciencias Sociales*. Tomo III, página 1359.

⁷ Vid. Soletto Muñoz, Helena: *La mediación en la Unión Europea*. En la obra: *Mediación y solución de conflictos*. Tecnos, Madrid, 2007. Páginas 185 y siguientes.

⁸ Así, Portugal acaba de dictar, para los servicios esenciales, la Lei n.º 6/2011, de 10 de Março, a cuyo tenor procede a reformar la Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que “Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais”. En su artículo 15 dispone: Resolução de litígios e arbitragem necessária

1- Os litígios de consumo no âmbito 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. 2- Quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, suspende-se no seu decurso o prazo para a propositura da acção judicial ou da injunção.”

⁹ Véase la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Zaragoza (nº 15) de 13 de enero de 2004 sobre el caso “Opening”.

¹⁰ Vid. Circular 2/2010, de 19 de noviembre, *Acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*. Fiscalía General del Estado Diario La Ley, Nº 7557, Sección Dictamen, 28 Ene. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY .LA LEY 3570/2010

¹¹ Vid. *Manual básico de Arbitraje de Consumo*. CEACCU, Madrid, 2008, página 205.

¹² Artículo 2. Materias objeto de arbitraje de consumo.

1. Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del

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

¹³ Vid. Torres Fernández Sevilla, Duro Ventura y Casero Linares: *Los Procesos Civiles*. Dirigida por Garberí Llobregat, J. Ed. Bosch, Barcelona, 2001. Tomo 5, páginas 560 y siguientes.

¹⁴ Vid. Artículos 10 y siguientes de la Ley de Cataluña 15/2009 de mediación en el ámbito de Derecho Privado y Capítulo 4 del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁵ Vid. Viola Demestre, I. *El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación*. En la obra: Simposio sobre...cit. Páginas 21 y siguientes.

¹⁶ *La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.*

¹⁷ *Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, al conflicto, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados, incorporando el acuerdo adoptado al laudo, salvo que aprecie motivos para oponerse.*



ESTUDOS SOBRE A DIRECTIVA 2008/122 CE

(PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR RELATIVAMENTE
A DETERMINADOS ASPECTOS DOS CONTRATOS
DE UTILIZAÇÃO PERIÓDICA DE BENS, DE AQUISIÇÃO
DE PRODUTOS DE FÉRIAS DE LONGA DURAÇÃO,
DE REVENDA E DE TROCA)

RAFAEL A. M. PAIVA

Advogado no Brasil e em Portugal
Mestre e doutorando em Direito Civil pela Faculda-
de de Direito da Universidade de Coimbra
Colaborador da apDC – Associação Portuguesa de
Direito do Consumo

EXCERPTS

“Directive 2008/122/EC has been published with the purpose to contribute to the smooth functioning of the internal market and to ensure a high level of consumer protection, especially in respect of four contracts: timeshare property, the acquisition of long-term holiday products, resale and exchange”

“The lawmaker surely had in mind the need to remove agreements completed during outings, dinners and other situations used to entice consumers, in which he often was not fully aware that he was concluding a contract”

“From the second installment payment, the consumer has the right to terminate the contract without incurring any penalty by giving notice to the trader within fourteen calendar days of receipt of the request for payment of each installment”

“Contracts between consumers and professionals are regulated by the law of the country where the consumer has his regular residence, as long as the professional performs or, by any means, directs his professional or commercial activity in or toward this country”

“According to our thinking, the tourist shall be informed in a comprehensive way of all prices and costs to be paid, for the sake of transparency in closing the deal, and not in a ‘short ‘ way, as required by Directive 2008/122/EC (in its Annex IV, Part I)”

“The new Directive 2008/122/EC has been published to update the complex discipline relating to contracts for the transfer of timeshare rights of existing property, and provides a legal framework for other agreements that emerged after the publication of Directive 94/47/EC”

“Regarding contracts for procurement of long-term holiday, it is worth noting that from the second installment payment, the consumer has the right to terminate the contract without incurring any penalty by giving notice to the trader within fourteen calendar days of receipt of the request for payment of each annuality”

“As a general conclusion, we could say that although the Directive 2008/122/EC could have been more deserving of flattery, regarding the protection of consumers, we can not deny that it introduces several advances in this direction, and we may even say that it has more hits than uncertainties”

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Observações e perspectivas à luz da Directiva 2008/122/CE: 2.1. Noções iniciais. 2.2. Razões de atualização. 2.3. Principais alterações ao regime dos contratos de utilização periódica de bens. 2.4. Aquisição de produtos de férias de longa duração: considerações adicionais. 2.5. Formulários normalizados na Directiva 2008/122/CE: aspectos controvertidos. 3. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Directiva 2008/122/CE, cria-se no âmbito comunitário uma nova realidade em termos legislativos quanto ao tema referente aos direitos de habitação periódica de bens, não somente em virtude das alterações que procede à disciplina que antes regulava a matéria (já que é revogada a Directiva 94/47/CE), mas também porque passa a dar-se tratamento, pela primeira vez em termos de normativos europeus, a certos aspectos dos chamados “novos produtos de férias” ou “produtos de férias de longa duração”.

No âmbito interno, a disciplina concernente aos direitos de utilização periódica de bens vem regulada em Portugal pelo DL 275/93, alterado pelo DL 180/99 e pelo DL 22/2002, referente aos direitos reais de habitação periódica e aos direitos de habitação turística. A transposição da directiva em referência para o ordenamento interno português estava programada para ser realizada até 23 de fevereiro de 2011, o que ocorreu no corrente mês de março de 2011.

Cumpre observar que estes estudos foram realizados previamente à alteração do Decreto-Lei 275/93 pelo Decreto-Lei 37/2011, de 10 de março, em Portugal. Aguardando a entrada em vigor do novo normativo português e reservando maiores considerações para o futuro, adverte-se que as remissões ao diploma lusitano deverão ser revistas. Tal não afeta a validade dos presentes estudos, tanto por permanecerem atuais no plano europeu, quanto porque as modificações determinadas pelo legislador comunitário – e por nós analisadas – foram, em geral, seguidas no plano interno de Portugal.

2. Observações e perspectivas à luz da Directiva 2008/122/CE

A seguir, analisaremos as alterações que mudaram consideravelmente a disciplina referente aos direitos de habitação periódica de bens, bem como as inovações que lhe foram acrescentadas, a fim de permitir uma melhor compreensão do consumidor acerca de seus direitos e possibilitar um maior esclarecimento acerca de algumas questões controvertidas e de aspectos jurídicos

relevantes da Directiva 2008/122/CE.

2.1. NOÇÕES INICIAIS

A Directiva 2008/122/CE é publicada com vistas a contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e para assegurar um elevado nível de proteção aos consumidores, especialmente no que respeita a quatro contratos: utilização periódica de bens, aquisição de produtos de férias de longa duração, revenda e troca.

Em relação ao âmbito de abrangência da proteção conferida ao consumidor, diga-se que a directiva será aplicável aos referidos contratos sempre que estes forem celebrados entre profissionais e consumidores, conforme dispõe o art. 1.º, n. 2, segundo as definições de “consumidor” e “profissional” expostas no art. 2.º, n. 1, e) e f)¹.

ESTA DIRECTIVA FUNCIONA COMO REDE DE SEGURANÇA, NO SENTIDO DE ABRANGER AS PRÁTICAS QUE NÃO SÃO OBJETO DE LEGISLAÇÃO COMUNITÁRIA SETORIAL

As definições dos tipos contratuais objeto de tratamento na directiva em análise se encontram no seu art. 2.º, n. 1, a) a d), cujo teor será transcrito a seguir para dar maior comodidade ao leitor.

Define-se o contrato de utilização periódica de bens como aquele com duração superior a um ano por força do qual o consumidor adquire, a título oneroso, o direito de utilizar um ou mais alojamentos de pernoita por mais do que um período de ocupação.

O contrato de aquisição de produtos de férias de longa duração, por sua vez, é aquele cuja duração é superior a um ano e por força do qual o consumidor adquire, a título oneroso, fundamentalmente o direito de beneficiar de descontos ou outras vantagens a nível de alojamento, por si só ou em combinação com serviços de viagens ou outros.

Já o contrato de revenda conceitua-se como aquele segundo o qual o profissional, a título oneroso, presta assistência ao consumidor na venda ou na compra de um produto de utilização periódica de bens (*timeshare*) ou de um produto de férias de longa duração.

Finalmente, o contrato de troca aparece definido como aquele por força do qual o consumidor adere, a título oneroso, a um sistema de troca que lhe permite ter acesso a um alojamento de pernoita ou a outros serviços, em troca de conceder a terceiros acesso temporário aos benefícios inerentes aos direitos decorrentes do seu contrato de utilização periódica de bens.

2.2. RAZÕES DE ATUALIZAÇÃO

Logo no Considerando n. (1) da Directiva 2008/122/CE, o legislador comunitário admite que uma das razões da atualização da disciplina é a de impedir o desenvolvimento de produtos destinados a contornar as suas disposições, evidenciando que a contratação de direitos de utilização periódica de bens serviu – como de fato tem servido – de base para muitos abusos em relação ao consumidor. Mais à frente, no Considerando (5), esclarece que os contratos abrangidos pela directiva deverão ser claramente definidos de forma a excluir qualquer possibilidade de contorno às suas disposições.

O Considerando (3) sublinha a necessidade de harmonização da disciplina no âmbito comunitário, o que não deixa de ser entusiasmante, levando-se em conta que, ao contrário da legislação vigente em Portugal, a directiva é aplicável aos contratos realizados “entre profissionais e consumidores”, substituindo-se a expressão “adquirentes e vendedores”².

2.3. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES AO REGIME DOS CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO PERIÓDICA DE BENS

No que respeita aos contratos de utilização periódica de bens, convém ressaltar, prontamente, que o prazo mínimo de duração do contrato – de *três anos*, segundo o DL 275/93, que regula tais contratos em Portugal – aparece reduzido a *um ano*, a fim de evitar a celebração de “pacotes à experiência”, cujo prazo de duração costumava ser determinado em 35 meses, não sendo desrazoável deduzir que a estipulação de um prazo apenas um mês mais curto do que o previsto em lei era feita para fugir do regime legal referente aos contratos do chamado *time share*³.

Mudança significativa e que merece ser mencionada diz respeito ao objeto do direito de utilização periódica de bens. No DL 275/93 (seguindo a linha da revogada Directiva 94/47/CE), os direitos incidiam apenas sobre imóveis, mas a nova directiva comunitária fala em “bens”, dando a entender que também os móveis, como as unidades de alojamento localizadas em navios, se encontram abrangidos pelo seu âmbito de aplicação⁴. Não serão abrangidos pela noção de contratos de utilização periódica de bens, contudo, aqueles respeitantes a reservas múltiplas de alojamento, nomeadamente quartos de hotel, na medida em que as reservas múltiplas não impliquem direitos e obrigações para além das reservas separadas⁵.

Saliente-se que muitos pontos da disciplina referente aos direitos de utilização periódica de bens, os quais foram alterados pela directiva, referem-se a verdadeiros “pilares” da defesa do consumidor, com destaque para (i) as informações pré-contratuais e a sua integração ao contrato principal, inclusive no que respeita à escolha de línguas, que deverá obedecer à preferência do consumidor; (ii) o

direito de revogação unilateral do contrato – principal e de outros a ele coligados – durante determinado prazo, que aparece alargado e prorrogável por um maior período na directiva do que no vigente ordenamento interno português; e (iii) a proibição do pagamento de sinal antes do final do prazo para revogação unilateral do contrato, a qual aparece melhor esclarecida na directiva, estendendo-se, por exemplo, à revenda de direitos de utilização periódica de bens. Quanto à publicidade referente aos contratos de utilização periódica de bens, é preciso dizer que as propostas feitas pessoalmente a um consumidor numa promoção ou num evento de vendas deverão mencionar claramente a finalidade comercial e a natureza do evento⁶.

Assim, o legislador certamente teve em vista a necessidade de afastar as contratações concluídas durante passeios, jantares e outras situações utilizadas para aliciar os consumidores, nas quais este muitas das vezes não tinha a perfeita consciência do contrato que estava a celebrar.

Conforme aludido, os Estados-membros passam a ter de assegurar que as informações pré-contratuais sejam redigidas na língua ou numa das línguas do Estado-membro de residência ou nacionalidade do consumidor, à escolha deste, desde que se trate de uma das línguas oficiais da comunidade⁷. É importante salientar que tal dever não se restringe somente às informações da fase pré-contratual, mas também incide sobre aquelas que integram o contrato principal, seja ele de utilização periódica de bens, aquisição de produtos de férias de longa duração, revenda ou troca⁸. De qualquer maneira, repita-se, as informações pré-contratuais consideram-se integradas no contrato, sendo que não podem ser alvo de alterações, salvo acordo expresso entre as partes ou se as alterações resultarem de circunstâncias inusitadas, imprevisíveis e independentes da vontade do profissional, cujas consequências não poderiam ser evitadas, mesmo com toda a diligência devida⁹.

Uma observação interessante, no que respeita às informações pré-contratuais, é a de que a Directiva 2008/122/CE estabelece que estas serão fornecidas ao consumidor através de *formulários normalizados* que constam de seus anexos. A nosso ver, esta medida teve como objetivo facilitar a contratação, tornando-a mais prática e harmónica, mas poderia ter sido mais elogiável, já que, segundo pensamos, é possível identificar nos formulários a falta de algumas informações essenciais para uma decisão esclarecida, por parte do consumidor, acerca da aquisição de direitos de utilização periódica de bens, além de algumas aparentes contradições em relação ao disposto no próprio texto legal do normativo comunitário¹⁰.

Convém notar que os contratos de que trata a Directiva 2008/122/CE devem obedecer a grande formalidade, já que, para além das informações pré-con-

tratuais mencionadas no seu art. 4.º, n.1, exige-se: (i) a menção da identidade e da residência de cada uma das partes e a sua respectiva assinatura; (ii) a menção da data e do local de celebração do contrato e (iii) o alerta expresso, a ser realizado pelo profissional, sobre o direito de resolução do contrato pelo consumidor, vigente durante determinado prazo (conforme o art. 6.º), bem como sobre a proibição de pagamentos de sinal durante tal prazo (consoante o art. 9.º). As cláusulas contratuais correspondentes aos referidos avisos deverão ser assinadas em separado pelo consumidor e o “formulário de resolução” constante do Anexo V da directiva deverá ser incluído separadamente no contrato, tudo com vistas a ampliar a proteção dos direitos do consumidor¹¹.

PARA O CONSUMIDOR
USUFRUIR LIVREMENTE
DAS DOTAÇÕES CONFEE-
RIDAS PELA PRESENTE
DIRECTIVA, DEVE
ULTRAPASSAR TODO
UM PROCESSO DE
DESMISTIFICAÇÃO

Em relação a esta resolução, que preferimos chamar de revogação unilateral do contrato¹², importa observar o seguinte: (i) o prazo para que o consumidor se valha de tal direito passa a ser de 14 dias de calendário (no lugar dos 10 dias úteis previstos anteriormente), contados da data da celebração do contrato ou de um contrato preliminar vinculativo, ou ainda da entrega de um ou outro, caso esta seja posterior à celebração¹³; (ii) caso não seja preenchido e fornecido ao consumidor o formulário normalizado para exercício de tal direito, o prazo para o exercício da revogação unilateral

expira somente quando passados um ano e 14 dias de calendário, a contar das datas referidas no n. (i) acima¹⁴; (iii) caso as informações pré-contratuais referidas no n. 1 do art. 4.º da directiva (que se encontram nos formulários normalizados constantes dos Anexos I a IV) não sejam fornecidas ao consumidor por escrito, em papel ou noutro suporte duradouro, o prazo para o exercício do direito em referência expira-se passados três meses e 14 dias, contados da data acima descrita no n. (i)¹⁵. Se, antes da expiração dos prazos acima referidos nos números (ii) e (iii), descontados os 14 dias de calendário que constituem o prazo mínimo para resolução, o profissional suprir a sua falta, então esses 14 dias contar-se-ão da data em que o consumidor receber o formulário normalizado ou as informações que lhe eram devidas¹⁶.

Ainda no que diz respeito à chamada “resolução imotivada” do contrato, esclareça-se que o seu exercício, dentro dos prazos previstos, deverá ser feito através de envio de notificação ao profissional com quem o consumidor contratou, em papel ou noutro suporte duradouro¹⁷.

Note-se que a revogação do contrato principal de utilização periódica de bens ou

de aquisição de produtos de férias de longa duração implicará também a revogação automática, sem quaisquer custos para o consumidor, dos contratos de troca acessórios ao primeiro ou a quaisquer outros contratos acessórios, incluindo o de crédito ao consumo, mesmo que este último tenha sido celebrado entre o consumidor e um terceiro, desde que este tenha concedido o crédito com base em um acordo celebrado com o profissional que foi parte no contrato principal já referido¹⁸.

Quanto aos pagamentos de sinais, ressalte-se que os Estados-membros asseguram, para os contratos de utilização periódica de bens, aquisição de produtos de férias de longa duração e troca, a proibição de qualquer pagamento de sinal, da constituição de garantias, da reserva de montantes em contas ou do reconhecimento expresso de dívidas, bem como da prestação de qualquer outra contrapartida ao profissional ou a terceiros, pelo consumidor, antes de findo o prazo de revogação unilateral antes comentado¹⁹. A mesma proibição valerá para os contratos de revenda, antes da conclusão da venda ou antes de, por qualquer outro meio, se ter posto fim à revenda²⁰.

O OBJETIVO DELIMITADO PELA DPCD ASSENTA NA PROTEÇÃO DOS INTERESSES ECONÓMICOS DOS CONSUMIDORES LESADOS PELAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

Saliente-se que, embora a proibição de pagamento de sinais já existisse no ordenamento interno português²¹, a nova directiva é muito mais esclarecedora sobre o tema, pois proíbe qualquer tipo de contrapartida, nos modos referidos, evitando que o profissional tente iludir o consumidor informando-lhe que a proibição incide apenas sobre os “sinais”, mas não sobre confissões de dívida e outras contrapartidas de vária nomenclatura.

Além disso, proíbe-se que estas contrapartidas sejam pagas ao profissional ou a um terceiro, evidenciando que por vezes os profissionais interpunham – na sua relação com o consumidor – uma terceira pessoa, normalmente ligada à indústria turístico-imobiliária e com a função de receber o sinal ou a contrapartida, para contornar o teor do dispositivo legal referido, no qual mencionava-se apenas a proibição na relação entre profissional e o consumidor²².

2.4. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE FÉRIAS DE LONGA DURAÇÃO: CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

Uma das grandes novidades trazidas pela Directiva 2008/122/CE, sem dúvidas, diz respeito à introdução de normas para regular os contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração, (também chamados de “novos produtos de férias”), definidos como aqueles que possuem duração superior a um ano e por

força dos quais os consumidores adquirem, a título oneroso, fundamentalmente, “o direito de beneficiar de descontos e outras vantagens a nível de alojamento, por si só ou em combinação com serviços de viagens ou outros”²³. Quer-nos parecer que a expressão “fundamentalmente” tem aqui o significado de determinar que tais contratos de aquisição tenham como “finalidade principal” obter descontos ou outras vantagens de alojamento, à vista do que dispõe o Considerando (7) da directiva²⁴.

No que respeita especificamente a tais contratos, diga-se que, conforme estabelecido pelo art. 10.º, n. 1 da Directiva 2008/122/CE, o preço é estabelecido de acordo com um *calendário de pagamentos escalonado*, sendo proibido qualquer pagamento fixado no contrato em desconformidade com esta disposição. Os pagamentos, incluindo as eventuais cotas de membros, são divididos em prestações anuais, todas do mesmo valor²⁵. A partir do pagamento da segunda prestação, o consumidor tem o direito de resolver o contrato sem sofrer qualquer sanção, desde que informe o profissional no prazo de catorze dias de calendário, a contar da recepção do pedido de pagamento de cada prestação²⁶. Tal direito não prejudica quaisquer direitos de resolução do contrato que possam existir ao abrigo da legislação nacional em vigor.

2.5. FORMULÁRIOS NORMALIZADOS NA DIRECTIVA 2008/122/CE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Passando à análise dos Anexos que compõem a Directiva 2008/122/CE, importa notar que, entre as informações gerais constantes da Parte 2 dos Anexos I a IV, está aquela segundo a qual “*nos termos do Direito Internacional Privado, o contrato pode ser regido por lei diferente da do Estado-membro onde o consumidor reside ou onde tem o seu domicílio habitual, podendo os eventuais litígios ser apresentados a Tribunais diferentes dos do Estado-membro onde o consumidor reside ou onde tem o seu domicílio habitual*”.

Não nos parece de todo justa a aludida informação geral, na medida em que se encontra afastado do intuito de protecção da parte mais fraca nas relações contratuais a que se refere (relações de consumo em que potencialmente estará envolvido um turista-consumidor), além de ser desconforme ao estabelecido nos Regulamentos Comunitários (CE) 44/2001 e 593/2008 (cf. arts. 16 e 6.º, respectivamente), que tratam da competência judiciária civil e comercial, bem como da lei aplicável às obrigações contratuais na UE.

Entretanto, convém redobrar a atenção àquilo que dispõe a Lei, no que respeita à “ *direcção de uma atividade*” ao Estado-membro onde o consumidor tem domicílio. A noção de “*dirigir por qualquer meio a atividade*” é também passível de sofrer diversas interpretações. De uma maneira geral, o profissional que solicite contratos ao consumidor no país de domicílio deste estará a dirigir para tal Esta-

do-membro a sua atividade. Porém, importa sublinhar que há normativos a exigirem, para a caracterização desta “direcção de atividade”, que tenha sido celebrado ao menos um contrato no país de domicílio do consumidor (conforme se verá a seguir). À primeira vista, pensamos que é muito difícil para um consumidor ter acesso a este tipo de informação, ao passo que não seria tão custoso para o profissional especificar os países com os quais deseja travar a contratação.

De toda a maneira, recorde-se que, segundo o Regulamento (CE) 44/2001, a regra é a de que o consumidor possa intentar uma ação contra a outra parte (que dirige uma atividade ao Estado-membro onde ele tem domicílio), quer perante os tribunais do Estado-membro em cujo território esteja domiciliada tal parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tenha domicílio; por seu turno, a outra parte só poderá intentar uma ação contra o consumidor perante os tribunais do Estado-membro em que ele estiver domiciliado²⁷.

Além disso, consoante o Regulamento (CE) 593/2008, os contratos celebrados entre consumidores e profissionais são regulados pela lei do país em que o consumidor tenha a sua residência habitual, desde que o profissional exerça ou, por qualquer meio, dirija a sua atividade comercial ou profissional em ou para tal país²⁸. A noção de “dirigir uma atividade”, como foi dito, consiste em solicitar negócios através de meios de publicidade ou convidar à celebração de contratos à distância, desde que tenha sido celebrado pelo menos um contrato por este meio²⁹.

Sem aceitar a validade das cláusulas que estabeleçam, com fundamento no disposto nas informações gerais dos Anexos I a IV da Diretiva 2008/122/CE, uma competência judiciária ou a aplicação de leis desfavoráveis ao consumidor, é preciso constatar que, ao menos, exige-se a assinatura deste: assim, no mínimo já estará alertado para a possibilidade de ter que se deslocar e/ou sofrer com a aplicação de normas que lhe sejam desfavoráveis, no caso de ter de solucionar um litígio judicial³⁰. Uma boa saída, levando-se em conta que tais contratos passam a ser cada vez mais padronizados (agora até mesmo pela legislação, que fornece formulários normalizados), pode ser a utilização (i) do regime previsto das cláusulas contratuais gerais, para afastar aquelas que estabeleçam um foro competente que envolva vários inconvenientes para o consumidor, e (ii) do princípio de proteção da parte mais fraca, para defender o consumidor e o turista contra as leis que forem ser aplicadas em seu desfavor, sobretudo quando houver alguma incerteza ou insegurança jurídica a pairar sobre a questão, com base em regras comunitárias³¹.

Especificamente no que respeita ao Anexo I, que trata dos contratos de utilização periódica de bens, acreditamos, como referido, que poderia ser incluída

entre as informações adicionais aquela respeitante aos direitos e deveres do consumidor em relação à administração do empreendimento turístico, consoante o disposto no DL 275/93, já que a falta de participação do turista nos rumos da administração do empreendimento (nomeadamente através de assembleias) parece ser permitida pela directiva e já foi fonte de graves conflitos em Portugal³².

Com referência ao Anexo IV, parece-nos possível questionar a natureza – ou a o menos a terminologia – referente ao contrato de troca, tal que a estabeleceu pela Directiva 2008/122/CE. Segundo a doutrina, “a troca ou permuta consiste no contrato que tem por objeto a transferência recíproca de propriedade de coisas ou outros direitos entre os contratantes”³³. A princípio, tal definição não apresentaria problemas, em termos de compatibilidade, em relação à troca de que trata a directiva em apreço: trocam-se ou permutam-se direitos de utilização.

A DIRECTIVA 2008/122/CE É PUBLICADA PARA ASSEGURAR UM ELEVADO NÍVEL DE PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES, ESPECIALMENTE NO QUE RESPEITA A QUATRO CONTRATOS

Acontece que não estamos diante de um simples contrato de troca, mas antes de uma adesão a um sistema de trocas organizado por um terceiro (que pode até ser pessoa diversa do vendedor, mas por ele designado³⁴), o qual não seria parte numa permuta pura e simples entre dois titulares de direitos de utilização periódica de bens. Daí decorre que, na Parte 1 do Anexo IV da Directiva 2008/122/CE, estabeleça-se que o consumidor deve ser informado acerca (i) do preço a pagar pelas quotas de participação na troca e (ii) dos custos adicionais obrigatórios decorrentes do contrato, seus tipos e indicação de montantes (como encargos de renovação ou outros encargos periódicos, contribuições espe-

ciais, taxas locais, etc.).

Note-se que não estamos a falar de “um ou outro” pagamento adicional, mas de diversos pagamentos, pois, além dos anteriormente citados, pode referir-se a possibilidade de cobranças adicionais por serviços à disposição do consumidor, dentro dos quais se inclui até mesmo a transação individual de troca. Ou seja, a troca pode estar condicionada ao pagamento de vários preços adicionais. Segundo pensamos, todos os preços e custos a serem pagos pelo turista lhe devem ser informados de modo exaustivo, pelo bem da transparência na contratação, e não de maneira “breve”, como determina a Directiva 2008/122/CE (no seu Anexo IV, Parte I).

Lembre-se, por oportuno, da importância do adequado esclarecimento do consumidor acerca dos preços a pagar em decorrência de um contrato: a violação

de tal dever – de transparência – configura uma prática comercial desleal, na medida em que frustra as legítimas expectativas do consumidor-viajante sobre o conteúdo consciencializado das cláusulas nucleares do contrato, definidoras de suas prestações principais³⁵.

Levando-se em conta que a cobrança de quotas, encargos diversos, contribuições e taxas decorrentes da contratação da troca em referência pode vir a ser clausulada de forma a confundir o consumidor (observe-se que no plano interno, o DL 275/93 não estabelece nenhuma exigência de informação prévia acerca de tais contratos), queremos acreditar que a Directiva 2008/122/CE poderia ter sido

O LEGISLADOR CERTAMENTE TEVE EM VISTA A NECESSIDADE DE AFASTAR AS CONTRATAÇÕES CONCLUÍDAS DURANTE PASSEIOS, JANTARES E OUTRAS SITUAÇÕES UTILIZADAS PARA ALICIAR OS CONSUMIDORES

mais elogiável na elaboração da sua disciplina, se exigisse que o este fosse previamente informado sobre o montante máximo que teria de pagar para trocar o seu direito por outro, permitindo assim que o turista aderente ao sistema tivesse a exata medida e compreensão da equivalência entre as prestações do contrato, bem como da sua inalterabilidade. Já que os formulários vêm pré-estabelecidos pelo normativo comunitário, teria sido interessante exigir que esta regra fosse reunida numa única cláusula do contrato, na qual poderia ser também definido um eventual critério de fixação e atualização dos preços. Com isto, alcançaria-se uma contratação mais transparente e confiável, evitando que fossem celebrados contratos

em violação ao princípio da transparência e da boa-fé, os quais devem nortear a contratação na União Europeia³⁶.

De qualquer maneira, importa frisar que os efeitos negativos de uma legislação pouco protetora em relação aos turistas são minimizados pela exigência das seguintes informações acerca do direito adquirido em virtude do contrato de troca: (i) explicações sobre o funcionamento do sistema de trocas, inclusive com exemplos de possibilidades concretas de troca; (ii) indicação do número de complexos turísticos disponíveis e do número de membros inscritos no sistema de trocas; e (iii) eventuais limitações quanto à disponibilidade do alojamento específico selecionado pelo consumidor (resultantes, por exemplo, da possível necessidade de reservar com muita antecedência), ou quaisquer restrições em matéria de escolha, decorrentes dos direitos de utilização periódica de bens, consignados no sistema de trocas pelo consumidor³⁷.

3. CONCLUSÕES

Em suma, concluímos que a nova Directiva 2008/122/CE é publicada para atualizar a complexa disciplina referente aos contratos de transmissão de direitos de utilização periódica de bens já existentes, além de oferecer um suporte legal para outros contratos que surgiram posteriormente à publicação da Directiva 94/47/CE, com destaque para os produtos de férias de longa duração, tudo com vistas a assegurar uma elevada proteção do consumidor e garantir o bom funcionamento do mercado interno europeu.

No que respeita às alterações à disciplina vigente, destacam-se: (i) a redução do prazo mínimo de duração dos contratos referentes à utilização periódica de bens, de três para um ano; (ii) a admissão dos bens móveis como unidades de alojamento em que se podem exercer os direitos de utilização periódica; (iii) a ampliação dos prazos referentes ao direito de revogação unilateral do contrato (de 10 dias úteis para 14 dias de calendário, podendo ser prorrogável até 3 meses e 14 dias, caso não sejam fornecidas ao consumidor as informações exigidas no normativo comunitário, ou por 1 ano e 14 dias, caso não lhe seja entregue o formulário normalizado para o exercício do direito de revogação unilateral constante do Anexo V); e (iv) a proibição de pagamentos de qualquer sinal nos contratos de que trata a directiva, não só em relação ao profissional, mas também a terceiros, não somente no caso dos tradicionais sinais, como também em relação a qualquer outra contrapartida prestada pelo consumidor (v.g. confissões de dívidas ou constituição de garantias).

A regulação dos “novos direitos de férias” é levada a cabo “a reboque dos acontecimentos”, já que a contratação do direito a receber, fundamentalmente, descontos de alojamentos, por si só ou combinados com outros serviços, é uma realidade inafastável, ao menos no mercado interno português. Sem querer com isso tirar o mérito do legislador em acompanhar a evolução deste tipo de produto de férias não podemos deixar de demonstrar alguma insatisfação no que respeita à falta de clareza do texto legal no que se refere à possibilidade de reajuste do preço das prestações anuais a serem pagas pelo consumidor para a aquisição dos benefícios referidos, de acordo com o calendário escalonado. A violação de tal dever – de transparência – configura uma prática comercial desleal, na medida em que frustra as legítimas expectativas do consumidor-viajante sobre o conteúdo consciencializado das cláusulas nucleares do contrato, definidoras de suas prestações principais.

Ainda quanto aos contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração, convém ressaltar que a partir do pagamento da segunda prestação, o consumidor tem o direito de resolver o contrato sem sofrer qualquer sanção, desde que informe o profissional no prazo de catorze dias de calendário, a contar da recepção do

pedido de pagamento de cada prestação anual.

Um aspecto que nos parece ser algo polémico diz respeito à introdução, nos Anexos que integram a Directiva 2008/122/CE, de formulários normalizados para a informação dos consumidores, bem como para o exercício do direito de revogação unilateral do contrato. Muito embora a ideia possa ser bastante bem intencionada, aparece-nos, salvo melhor juízo, cercada por algumas incertezas, o que abre brecha para o contorno ao intuito protetivo da directiva referida, em relação aos consumidores, contrariando uma das “razões de ser” da atualização do regime legal referente aos contratos de utilização periódica de bens em geral.

A inclusão de informação padronizada, pois, poderia ter merecido maiores felicitações, caso tivesse sido mais precisa no que diz respeito à lei aplicável e aos tribunais competentes para regular e julgar, respectivamente, os litígios fundados com base nos contratos abrangidos pelo normativo comunitário. Dizemos isto partindo do pressuposto de que poderia existir uma advertência expressa de que, caso o profissional não dirija a sua atividade para o Estado-membro onde o consumidor tenha domicílio, este poderia ter de sujeitar-se à aplicação da legislação e da competência judiciária de Estados diversos – situação que, de resto, não é de verificação prática assim tão incomum, se pensarmos que um turista pode querer contratar enquanto passa as férias em local distante do seu domicílio.

Outros pontos que poderiam ser melhor definidos ou esclarecidos, ainda no que se refere aos formulários normalizados para a informação dos consumidores, são: (i) a necessidade de participação do consumidor nas assembleias gerais de prestação de contas e fornecimento de informações respeitantes à administração e conservação do empreendimento turístico, no caso do consumo de direitos de utilização periódica de bens (o normativo comunitário parece admitir a exclusão do direito de participação dos consumidores em tal órgão, embora a legislação interna já o permita, à vista dos abusos que foram cometidos com base na ausência de realizações de assembleias); (ii) a questão do preço dos contratos de troca e da sua informação ao consumidor (valendo aqui as mesmas críticas feitas nestas conclusões quanto ao preço para a aquisição de produtos de férias de longa duração, as quais, aliás, valem para toda a espécie de contratos, quanto mais para aqueles celebrados entre profissionais e consumidores).

Acerca dos formulários padronizados referentes ao contrato de troca, importa frisar que os efeitos negativos de uma legislação pouco protetora em relação aos consumidores são minimizados pela exigência das seguintes informações acerca do direito adquirido em virtude de tal contrato: (i) explicações sobre o funcionamento do sistema de trocas, inclusive com exemplos de possibilidades concretas de troca; (ii) indicação do nú-

mero de complexos turísticos disponíveis e do número de membros inscritos no sistema de trocas; e (iii) eventuais limitações quanto à disponibilidade do alojamento específico selecionado pelo consumidor (resultantes, por exemplo, da possível necessidade de reservar com muita antecedência), ou quaisquer restrições em matéria de escolha, decorrentes dos direitos de utilização periódica de bens, consignados no sistema de trocas pelo consumidor.

A PARTIR DO PAGAMENTO DA SEGUNDA PRESTAÇÃO, O CONSUMIDOR TEM O DIREITO DE RESOLVER O CONTRATO SEM SOFRER QUALQUER SANÇÃO

A título de conclusões gerais, poderíamos dizer que, embora a Directiva 2008/122/CE pudesse ter sido merecedora de maiores lisonjas, no que respeita à proteção dos consumidores, não podemos negar que apresenta diversos avanços neste sentido, podendo-se mesmo afirmar que possui mais acertos do que incertezas. A nosso ver, isto não é de modo algum um motivo para que os consumidores abram mão de todos os direitos que lhe são conferidos no âmbito do sistema protetivo consagrado pelo Direito do Consumidor, sobretudo

com base nos princípios que o fundamentam, designadamente o de proteção da parte mais fraca numa relação contratual, face à sua deficiência técnica, jurídica, económico-social e até mesmo psicológica, em relação ao profissional com quem contrata, bem como à possível presença de debilidades tipicamente verificadas no consumidor-viajante, mercê de línguas, costumes, moedas, e outros fatores com que não esteja familiarizado, bem como na distância entre o local de férias e aquele onde o turista reside.

NOTAS

¹ A questão em torno do conceito de “consumidor” é ainda bastante debatida em Portugal. Não havendo uma definição fixa, a verdade é que, em geral, cada Decreto-Lei acaba por valer-se de uma noção específica de consumidor (e bem assim de profissional) aplicável às situações que vem a dar tratamento, motivo pelo qual a conceituação acaba por ser “flutuante”, o que, salvo melhor juízo, é prejudicial aos consumidores, na medida em que gera incertezas e representa um entrave para a harmonização do Direito do Consumidor. A noção consagrada pela Directiva 2008/122/CE, segundo a qual o consumidor é “*uma pessoa singular que age com fins estranhos à sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional*”, contrapondo-se à figura do profissional (“*uma pessoa singular ou colectiva que age no âmbito da sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional, ou qualquer pessoa*”).

que age em nome ou por conta desse profissional”), corresponde ao que a doutrina portuguesa chama de “sentido estrito” de consumidor [ver João CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo, Comentário*³, (Almedina/Coimbra, 2006), 44], ligado à aquisição de bens para uso não profissional. É importante salientar que o adquirente de direitos de utilização periódica de bens pode ser também um turista. Neste sentido, vale a pena conferir, com relação à caracterização do turista como classe especialmente protegida pelo Direito do Consumidor (ao lado de todos aqueles que se encontrem temporariamente fora do seu local de residência habitual), o interessante artigo de Vicente GOZALO LÓPEZ, *La Protección Jurídica de los Consumidores en Europa: El Libro Verde de 2007 para la Revisión del Derecho de Consumo*, em *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores – Actas del Primero Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, (Santander, 24 a 26 de Abril de 2007), Jorge Tomillo Urbina (Dir.), (Aranzadi/Navarra, 2008), em especial 619. Admitindo o papel diferenciado que os turistas – ao lado de inquilinos, trabalhadores, etc – exercem no âmbito económico-social, assumindo a regulação de mercado frequentemente uma função de tutela de grupos de contraentes, ver Joaquim de SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos – Estudos*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2007), 221 e 222.

² Cf. art. 1.º, n.º 2 da Directiva 2008/122/CE.

³ Ver a *Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Junho de 2007*, em *Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC)* n. 50, (Associação Portuguesa de Direito do Consumo/Coimbra, 2007), 214.

⁴ Tal mudança pode ser sentida, por exemplo, no Anexo IV, Parte 3, Item 2 da Directiva 2008/122/CE. Ver também a *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Junho de 2007*, em *RPDC* n. 50, cit., 213.

⁵ Cf. Considerando (6) da Directiva 2008/122/CE.

⁶ Cf. art. 3.º, n. 2 da Directiva 2008/122/CE, em consonância com as normas de protecção do consumidor contra práticas comerciais desleais, especialmente segundo o disposto no art. 8.º, *ab*) do DL 57/2008.

⁷ Cf. art. 4.º, n. 3 da Directiva 2008/122/CE.

⁸ Cf. art. 5.º, n. 1 da Directiva 2008/122/CE.

⁹ Cf. art. 5.º, n. 2 da Directiva 2008/122/CE.

¹⁰ Por exemplo, segundo o Anexo I, Parte 3, Item 6 da Directiva 2008/122/CE, o consumidor deverá ser informado “se” poderá participar das decisões referentes à manutenção e reparação do bem, bem como à sua administração e gestão. Parece-nos que tal dispositivo não condiz com aqueles referentes à administração dos direitos de habitação periódica previstos no DL 275/93 (cf. art. 34, em especial os números 1 e 2, bem como o art. 50,

n. 2). Lembre-se, por oportuno, que a falta de controlo dos titulares de direitos de utilização periódica sobre os rumos da administração dos bens objeto do contrato foi a fonte de notórios abusos, bem registados no *Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República Portuguesa P000751996*, Rel. Cabral Barreto, homologado em 29.12.1997 (disponível em www.dgsi.pt). Em relação às contradicções internas, confronte-se o disposto nos formulários normalizados referente aos contratos abrangidos pela directiva, no que se refere à cobrança de encargos pela revogação unilateral do contrato (ver, por exemplo, o disposto no Anexo I, Parte 3, n. 5, segundo item) com a letra do art. 8.º, n. 2 do normativo comunitário. Enquanto neste último caso dispõe-se que “*o exercício do direito de resolução pelo consumidor não implica que este suporte qualquer custo ou seja responsável por qualquer encargo (...)*”, no referido formulário determina-se que o consumidor seja informado sobre “*uma eventual responsabilidade do consumidor por quaisquer custos decorrentes da resolução*”. Note-se que a cobrança de encargos representa um considerável óbice ao exercício do direito de resolução, sendo que nem todos podem ter condições de pagar para resolver o contrato, pelo que acreditamos que o consumidor não deve suportar qualquer encargo para a resolução [aliás, conforme dispõem o Considerando (11) e o art. 9.º, n. 1 do normativo comunitário].

¹¹ Cf. art. 5.º, números 3, a) e b), e 4 da Directiva 2008/122/CE.

¹² Inocêncio GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*⁴, (Coimbra Editora/Coimbra, 2002), 380.

¹³ Cf. art. 6.º, números 1 e 2, a) e b) da Directiva 2008/122/CE.

¹⁴ Cf. art. 6.º, n. 3, a) da Directiva 2008/122/CE.

¹⁵ Cf. art. 6.º, n. 3, b) da Directiva 2008/122/CE.

¹⁶ Cf. art. 6.º, n. 4 da Directiva 2008/122/CE. Não obstante os prazos acima referidos para expiração do direito de revogação unilateral dos contratos abrangidos pela Directiva 2008/122/CE poderem ser considerados razoáveis, parece-nos que poderiam ser estendidos por todo o período durante o qual o formulário de resolução e as informações pré-contratuais não fossem adequadamente entregues ou fornecidas ao consumidor, como medida de reforço da transparência que deve permear a relação entre os contratantes. Sobre o tema, seja-nos consentido transcrever a sugestão de SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos*, cit., 98: “*No que respeita às prestações principais, de cujo conteúdo depende fundamentalmente o juízo sobre a oportunidade do negócio, é de ponderar se a violação de transparência – aqui sujeita a critérios particularmente apertados – não deve ser causa autónoma do direito de rescisão ou de retractação*”. O ilustre autor esclarece, ainda, que uma tal solução “*significaria o reconhecimento do direito de reflexão esclarecida após a conclusão do contrato, quando ele, devido à intransparência, não foi previamente facultado*”.

¹⁷ Cf. art. 7.º da Directiva 2008/122/CE.

¹⁸ Cf. art. 11, números 1 e 2 da Directiva 2008/122/CE.

¹⁹ Cf. art. 9.º, n. 1 e Anexo V da Directiva 2008/122/CE.

²⁰ Cf. art. 9.º, n. 2 da Directiva 2008/122/CE.

²¹ Cf. art. 14 do DL 275/93.

²² Ver a *Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Junho de 2007*, em RPDC n. 50, cit., 207.

²³ Cf. art. 2.º, n. 1, *b)* da Directiva 2008/122/CE.

²⁴ Conforme aventado, é possível perceber, através da leitura da Sentença do Julgado de Paz de Lisboa no Processo n. 174/2006-JP, Rel. João Chumbinho, julg. em 29.05.2006, que a contratação de descontos em alojamentos – inclusive de maneira completamente ofensiva e trazendo prejuízos ao turista-consumidor – é uma realidade em Portugal (ver ainda, do mesmo Julgado de Paz, a sentença do Processo 135/2006-JP, Rel. Ascensão Arriaga, julg. em 05.12.2006). Porém, o que pode trazer alguma confusão aos estudiosos da disciplina, no nosso ponto de vista, será a questão de determinar se um determinado “cartão de fidelização”, que forneça diversos descontos, não só em relação aos alojamentos, como também no que respeita aos combustíveis para abastecimento de veículo ou em termos de alimentação (ou mesmo no que se refira a outros serviços), mediante uma contrapartida paga pelo consumidor e por um prazo superior a um ano, deverá ser abrangido pela legislação referente aos produtos de férias de longa duração. Como a definição conferida pela directiva sob análise deixou uma brecha ao falar em “outros” serviços, parece-nos que o consumidor se poderá valer dos seus dispositivos, a fim de melhor proteger os seus interesses. Além disso, o Considerando (9) da directiva em apreço remete-nos para o regime legal referente às práticas comerciais desleais, previsto no plano comunitário pela Directiva 2005/29/CE, a qual já foi transposta para o ordenamento interno português pelo DL 57/2008, o qual aponta para indicações mais pormenorizadas e específicas no que respeita aos requisitos de informação ou vendas. Portanto, ainda que se admitisse a exclusão de determinado contrato celebrado no âmbito de “sistemas de fidelização” do alcance aplicativo da Directiva 2008/122/CE, o consumidor sempre teria direito, quando frustrados os resultados que poderia esperar em relação a determinado produto, no mínimo a requerer a anulação do contrato, a sua modificação segundo juízos de equidade ou ainda a sua redução ao conteúdo válido [cf. arts. 4.º; 6.º, *b)*; 7.º, *d)*; 14, números 1 a 3; e 15 do DL 57/2008], sem prejuízo de outras soluções mais benéficas – com destaque para o disposto no DL 446/85, sobretudo nos seus arts. 8.º e 9.º – e da responsabilização do profissional nos termos gerais.

²⁵ A expressão “todas do mesmo valor”, referindo-se à prestações anuais a serem pagas pelo consumidor para a obtenção dos descontos, parece-nos capaz de

gerar alguma incerteza, levando-se em conta o disposto no Considerando (15) do normativo comunitário em referência, segundo o qual o preço a ser pago em tais contratos “*poderá ter em conta a possibilidade de, após o primeiro ano, os montantes serem ajustados a fim de assegurar que o valor real das prestações se mantenha, por exemplo para ter em conta a inflação*”. Embora não acreditemos que tais reajustes venham a ser realizados exorbitantemente, o certo é que não podemos aceitar que um consumidor celebre um contrato, manifestando a sua vontade com base numa informação segundo a qual o preço a pagar anualmente será imutável (eis que sempre “do mesmo valor”), para depois ser surpreendido por reajustes realizados ao arrepio de sua vontade. Como será realçado adiante, a importância do adequado esclarecimento do consumidor acerca dos preços a pagar em decorrência de um contrato é de tal modo precípua que a violação de tal dever – de transparência – configura uma prática comercial desleal proibida, além de violar a boa-fé, aqui precebida como norma de validade contratual. Sobre o tema, ver SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos*, cit., em especial 90.

²⁶ Cf. art. 10.º, n. 2 da Directiva 2008/122/CE.

²⁷ Cf. art. 16 do Regulamento 44/2001. Ver Rui Manuel Gens de MOURA RAMOS, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2002), em especial 223 e 224.

²⁸ Repitam-se aqui as mesmas críticas feitas anteriormente quanto à competência judiciária referente aos litígios fundados na Directiva 2008/122/CE. Note-se que o art. 6.º, n. 4, c) do Regulamento (CE) 593/2008 ressalva a aplicabilidade das normas que favorecem o consumidor no caso dos contratos de utilização de imóveis a tempo parcial, na acepção da Directiva 94/47/CE, que antecedeu a Directiva 2008/122/CE no tratamento da disciplina de que nos ocupamos agora, tudo indicando, portanto, que os contratos regulados por esta última directiva beneficiam das normas protetoras do consumidor.

²⁹ Cf. Considerando (24) do Regulamento (CE) 593/2008. Parece-nos discutível condicionar a aplicação das regras referentes ao país de residência do consumidor à prévia celebração de um contrato pelos meios à distância, já que provavelmente o consumidor não terá ideia da existência de uma tal condição – a qual, segundo nós pensamos, seria repudiada por grande parte dos turistas – e provavelmente teria dificuldades para averiguar a celebração anterior de tal contrato.

³⁰ Por outras palavras: em homenagem à boa-fé (enquanto consideração razoável dos interesses alheios a ser expressa também na contratação em geral), sobretudo caracterizada pela transparência e lealdade nas relações de consumo, melhor seria que o formulário exigisse que o profissional avisasse ao consumidor se dirige ou não as suas atividades ao país onde este possui domicílio, de modo a permitir a formação de uma vontade esclarecida em relação ao foro de eleição para a solução de litígios e à

lei aplicável para regular as questões fundadas na directiva em apreço. Analisando a questão por outro ângulo, este tipo de aviso poderia desestimular um crescimento do mercado de transmissões de direitos de utilização de bens a tempo parcial no âmbito comunitário. Porém, a nosso ver, isto obrigaria os operadores do sector a expandirem os seus horizontes de actuação de modo a melhor atender aos interesses dos seus consumidores, o que poderia apontar para o desenvolvimento de um turismo de maior qualidade, ainda que a médio-longo prazo – e não obstante esta não ser a cultura usualmente verificada na comercialização dos direitos de férias, infelizmente. Se alguém se encontra melhor posicionado para a adaptação aos Tribunais e à Leis de outros Estados, certamente este alguém será o profissional, sobretudo à vista do seu poderio técnico, jurídico, de informação e mesmo económico-social, sempre no confronto com os consumidores e turistas.

³¹ MOURA RAMOS, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, cit., em especial 224, 243 e 244.

³² Como dá conta o *Parecer do Conselho Consultivo da PGRP*, cit.

³³ Luís Manuel Teles de MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em Especial*⁴, (Almedina/Coimbra, 2006), 165.

³⁴ Cf. art. 11, n. 2, g) do DL 275/93.

³⁵ Cf. art. 7.º, n. 1, b) e d) do DL 57/2008. Ver SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos*, cit., 90.

³⁶ Note-se que o DL 275/93, no seu referido art. 11, n. 2, g), faz alusão à necessidade de que conste, no certificado predial, que a venda do “*direito de participar num sistema de troca*” ou de revenda de direitos de utilização periódica de bens não é assegurada a um preço ou dentro de um período determinado, tornando tal contratação numa “roleta russa”, em violação ao aludido princípio da transparência, que deve favorecer o consumidor. Se o empresariado do turismo não tem condições de prever os custos de controlo de um tal sistema, menores ainda terá o consumidor, de modo que se afigura completamente desleal que um profissional surpreenda o turista-consumidor com cobranças, referentes a um sistema de trocas, sobre as quais ele não tenha sido prévia e adequadamente esclarecido.

³⁷ Cf. Anexo IV, Parte 3, Item n. 1 da Directiva 2008/122/CE. Parece-nos importante salientar que tais informações integrarão o contrato, por força do art. 5.º, n. 2 do normativo em apreço. Consideramos razoável que o consumidor exija uma clarificação acerca de quanto tempo corresponda à “*muita antecedência*” acima referida, no que respeita às reservas, pelo bem da transparência e da boa-fé na relação contratual. Segundo pensamos, os aludidos “exemplos de troca” que devem ser dados ao turista-consumidor pelo profissional responsável poderão ser considerados como uma amostra do bem, de tal modo que poderá ser caracterizada a desconformidade do bem em relação ao contrato caso o viajante não

possa, posteriormente, efectuar a troca exemplificada. Levando em conta que o fornecimento de serviços referentes à troca de direitos de utilização periódica de bens não deixa de ser uma prestação de serviços turísticos, deverão ser garantidos ao consumidor, em tais casos, segundo pensamos, os direitos de que trata o Regime da Venda de Bens de Consumo: reparação, substituição, redução adequada do preço e resolução do contrato [cf. arts. 1.º-A, n. 2; 2.º, números 1 e 2, a) e 4.º, n. 1 do DL 84/2008].

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO DO CONSUMO. *Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Junho de 2007*, em Revista Portuguesa de Direito do Consumo n. 50, (Associação Portuguesa de direito do Consumo/Coimbra, 2007)

CALVÃO DA SILVA, João. *Venda de Bens de Consumo, Comentário*³, (Almedina/Coimbra, 2006)

CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA, *Parecer P000751996*, Rel. Cabral Barreto, homologado em 29.12.1997 (disponível em www.dgsi.pt)

CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*, (Saraiva/São Paulo, 2009)

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *A Via Electrónica da Negociação (Alguns Aspectos)*, em Estudos de Direito do Consumidor n. 8, António Pinto Monteiro (Dir.), (Centro de Direito do Consumo/Coimbra, 2006/2007)

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Manual dos Contratos em Geral*⁴, (Coimbra Editora/Coimbra, 2002)

GOZALO LÓPEZ, Vicente. *La Protección Jurídica de los Consumidores en Europa: El Libro Verde de 2007 para la Revisión del Derecho de Consumo*, em El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores – Actas del Primero Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, (Santander, 24 a 26 de Abril de 2007), Jorge Tomillo Urbina (Dir.), (Aranzadi/Navarra, 2008)

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial*⁴, (Almedina/Coimbra, 2006)

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2002)

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos Contratos – Estudos*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2007)



JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Relator: POUL ERIK DYRLUND

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Relator: PEREIRA DA SILVA

SELECTED TITLES

Unfair clause terms set in a membership contract that forebodes disagreement by the consumer is null and void

The judge on the bench in the jurisdiction where the consumer has his domicile has the power to preside trial in respect to private pension contracts

The provider of a product has joint and several liability in relation to his agent; and the theory of appearance should be applied on behalf of the consumer

Delay in delivery of property by the sole fault of the consumer gives way to no compensation for moral injuries or material damages

The concept of the consumer can not encompass transport services where there is no inequality between the contracting parts

ACÓRDÃO: 2005.51.01.022797-7

ANO: 2010 DECISÃO: 12 01 2010
TURMA: 08 ÓRGÃO JULGADOR:
8ª TURMA

FONTE: DJ DATA: 19 01 2010
JUIZ RELATOR: DR POUL ERIK
DYRLUND

APELANTE:CAARJ - CAIXA DE
ASSISTENCIA DOS ADVOGADOS
DO ESTADO DO RIO DE JANEI-
RO

APELADO:CHERUBINA DE CICCIO
ARAUJO LIMA

EMENTA:

Ação de indenização. CAARJ. Protese “stent” farmacológico. cirurgia cardíaca. clausula abusiva. danos morais. -Ajuizou-se ação de rito ordinário em face CAARJ, objetivando a parte autora a condenação da ré a arcar com o pagamento de um “stent” farmacológico, para seu filho e dependente, necessário à cirurgia do mesmo, bem como indenização por danos morais.-Inicialmente, há que se estabelecer que a responsabilidade civil, em foco, é de caráter contratual, e consumerista, sendo balizada pela Lei nº 8078/90, e, submete-se a CAARJ aos ditames da Lei 9.656/98 por ser uma pessoa jurídica de direito público, eis que em se tratando de relação consumerista, não interessa ser a mesma empresa direito privado ou público, devendo responder nos termos do art.2o. e 3o. § 2o. da Lei 8.078/90, bem como que foi contrato

celebrado em 30/06/1993 (fls.89/91), quando já em vigência a referida lei. -O art.54, § 4o. do referido Código admite expressamente as cláusulas limitativas do direito do consumidor, exigindo que elas sejam redigidas com destaque, de modo a permitir sua imediata e fácil compreensão, que não é o caso dos autos, eis que no contrato nada diz de concreto. -Noutro eito, o art.51 do CPC, dispõe a nulidade das cláusulas abusivas, que são as que costumam serem encontradas em contratos por adesão, ou seja, aqueles a que o consumidor adere ou rejeita como um todo, por lhe caber pouco espaço para discussão, como é o caso do presente. Quanto ao dano moral, não se divisa mero dissabor, e sim, verdadeiro abalo nos direitos da personalidade, tendo a quantificação operada observado os parâmetros jurisprudenciais, razão pela qual hei por bem manter o mesmo no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Recurso e Remessa desprovidos.

DECISÃO:

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso e a remessa, na forma do Voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pela ré CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO-CAARJ contra sentença proferida nos autos da ação de rito ordinário, ajuizada por CHERUBINA DE CICCIO ARAÚJO LIMA, objetivando a condenação da ré a arcar com o pagamento de um “stent” farmacológico para seu filho e dependente, necessário a cirurgia do mesmo, bem como indenização por danos morais.

A sentença objurgada resumiu a causa de pedir:

“Aduz, para tanto, que é associada do plano de saúde PLASC Especial, desde 1992 (fl.12), tendo, contudo, alterado o seu plano e de seu filho Marcos, para o de nomenclatura Master II (fl.22/30), em 19 de setembro de 2005. Sustenta que em outubro de 2005, diante da indicação médica de cirurgia para o seu filho Marcos, a autora requereu ao presidente da CAARJ a compra de um “stent”, o que lhe restou negado.”

O Douto magistrado a quo (fls.166/173), julgou procedentes os pedidos, para condenar a ré a custear integralmente a cirurgia do filho (dependente) da autora (internação, medicamentos e tratamentos), inclusive no que tange ao fornecimento do material indicado à fl.43 dos autos. Condenou,

ainda ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, acrescido de juros de mora de 1,0% (um por cento) ao mês e correção monetária, a partir da data da sentença, utilizando-se os índices da Tabela dos Precatórios do Conselho da Justiça Federal. Finalmente condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

IRRESIGNADA A ENTIDADE AUTÁRQUICA-RÉ INTERPÕE RECURSO ÀS FLS.175/189, PONDERANDO:

a) que - “Ressalte-se que a não cobertura do stent farmacológico necessário para o procedimento cirúrgico não se deu de forma aleatória ou arbitrária, mas com base no contrato livremente firmado entre as partes, em 19 de setembro de 2005.

É certo que quando a Recorrida aderiu ao contrato de assistência médica com a Recorrente tomou ciência e concordou com todas as cláusulas contratuais.

Desta forma, vez que há previsão expressa de exclusão de pagamento ou ressarcimento de próteses solicitado pela recorrida, deve ser de fato respeitada a pacta sunt servanda. (...)

Desse modo, não praticou a recorrente qualquer ilicitude, atendendo inclusive, as normas que regem o mercado de saúde suplementar e o contrato firmado entre as partes. b) que - “Como constatado pelo nar-

rado pela autora, ora recorrida na inicial do processo, a doença sofrida por seu filho é doença hereditária, ou seja, preexistente. Assim sendo, a migração para um plano que cobrisse tal tipo de material médico hospitalar fora feito exatamente por adrede.

Isto posto, fica impedido de realizar os procedimentos pelo período de carência, afixado na própria Lei, como transcrito abaixo : (...)

Mesmo que assim não fosse, cumpre destacar que a denominada “Lei dos Planos de Saúde” tem incidência apenas sobre os planos de saúde representados por pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, considerando que a Recorrente não possui natureza pública, posto que se constitui órgão da OAB, conforme artigo 45, IV, § 4º da Lei 8.906/94, a qual é autarquia federal, a Lei 9.656/98 não tem aplicação in casu, ou seja, nas relações entre a Recorrente e seus beneficiários c) que - “Resta evidente que a r. sentença não pode ser mantida por ter sido o contrato em questão firmado sem qualquer vício de consentimento ou de forma, sendo plenamente válido e devendo ser respeitado segundo o princípio do pacta sunt servanda. (...) Desta feita, sendo certo que o contrato foi firmado sem qualquer vício de consentimento ou de forma, logo, não há porque não ser cumprido.”. d) que - “Muito embora o contrato tenha sido cumprido pela Recorrente, como já demonstrado, ainda que tives-

se ocorrido descumprimento contratual, por ser mera relação contratual, não há que se cogitar dano moral como vem entendendo a jurisprudência : (...)

Bom que fique consignado, não há que se cogitar inversão do ônus da prova na alegação da Recorrida, tampouco é presumido o suposto dano moral, ou existe possibilidade de dano moral em decorrência de interpretação da lei. (...)

O que demonstra que o calculo dos danos morais, quando existem, não são simplistas, ainda mais quando não foi comprovada qualquer má-fé da Recorrente, que apenas agiu em conformidade com o contrato.”
Contra-razões às fl.192/195. É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, ajuizou-se ação de rito ordinário em face CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO-CAARJ, objetivando a condenação da ré a arcar com o pagamento de um “stent” farmacológico, para seu filho e dependente, necessário à cirurgia do mesmo, bem como indenização por danos morais.

A sentença objurgada resumiu a causa de pedir:

“Aduz, para tanto, que é associada do plano de saúde PLASC Especial, desde 1992 (fl.12), tendo, contudo, alterado o seu plano e de seu filho Mar-

cos, para o de nomenclatura Master II (fl.22/30), em 19 de setembro de 2005. Sustenta que em outubro de 2005, diante da indicação médica de cirurgia para o seu filho Marcos, a autora requereu ao presidente da CAARJ a compra de um “stent”, o que lhe restou negado.”

O Douto magistrado a quo (fls.166/173), julgou procedentes os pedidos, para condenar a ré a custear integralmente a cirurgia do filho (dependente) da autora (internação, medicamentos e tratamentos), inclusive no que tange ao fornecimento do material indicado à fl.43 dos autos. Condenou, ainda ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, acrescido de juros de mora de 1,0% (um por cento) ao mês e correção monetária, a partir da data da sentença, utilizando-se os índices da Tabela dos Precatórios do Conselho da Justiça Federal. Finalmente condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Irresignada a entidade autárquica-ré interpõe recurso às fls.175/189, ponderando:

a) que - “Ressalte-se que a não cobertura do stente farmacológico necessário para o procedimento cirúrgico não se deu de forma aleatória ou arbitrária, mas com base no contrato livremente firmado entre as partes, em 19 de setembro de 2005.

É certo que quando a Recorrida aderiu ao contrato de assistência médica com a Recorrente tomou ciência e concordou com todas as cláusulas contratuais.

Desta forma, vez que há previsão expressa de exclusão de pagamento ou ressarcimento de próteses solicitado pela recorrida, deve ser de fato respeitada a pacta sunt servanda.

(...) Desse modo, não praticou a recorrente qualquer ilicitude, atendendo inclusive, as normas que regem o mercado de saúde suplementar e o contrato firmado entre as partes.

b) que - “Como constatado pelo narrado pela autora, ora recorrida na inicial do processo, a doença sofrida por seu filho é doença hereditária, ou seja, preexistente. Assim sendo, a migração para um plano que cobrisse tal tipo de material médico hospitalar fora feito exatamente por adrede.

Isto posto, fica impedido de realizar os procedimentos pelo período de carência, afixado na própria Lei, como transcrito abaixo : (...) Mesmo que assim não fosse, cumpre destacar que a denominada “Lei dos Planos de Saúde” tem incidência apenas sobre os planos de saúde representados por pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, considerando que a Recorrente não possui natureza pública, posto que se constitui órgão da OAB, conforme artigo 45, IV, § 4º da Lei 8.906/94, a qual é autarquia federal, a Lei 9.656/98 não tem aplicação in

casu, ou seja, nas relações entre a Recorrente e seus beneficiários

c) que - “Resta evidente que a r. sentença não pode ser mantida por ter sido o contrato em questão firmado sem qualquer vício de consentimento ou de forma, sendo plenamente válido e devendo ser respeitado segundo o princípio do pacta sunt servanda. (...) Desta feita, sendo certo que o contrato foi firmado sem qualquer vício de consentimento ou de forma, logo, não há porque não ser cumprido.”

d) que - “Muito embora o contrato tenha sido cumprido pela Recorrente, como já demonstrado, ainda que tivesse ocorrido descumprimento contratual, por ser mera relação contratual, não há que se cogitar dano moral como vem entendendo a jurisprudência : (...) Bom que fique consignado, não há que se cogitar inversão do ônus da prova na alegação da Recorrida, tampouco é presumido o suposto dano moral, ou existe possibilidade de dano moral em decorrência de interpretação da lei. (...) O que demonstra que o calculo dos danos morais, quando existem, não são simplistas, ainda mais quando não foi comprovada qualquer má-fé da Recorrente, que apenas agiu em conformidade com o contrato.”

Inicialmente, há que se estabelecer que a responsabilidade civil, em foco, é de caráter contratual, e consumerista, sendo balizada pela Lei nº 8078/90.

Com efeito, submete-se a CAARJ aos ditames da Lei 9.656/98 por ser

uma pessoa jurídica de direito público, eis que em se tratando de relação consumerista, não interessa ser a mesma empresa direito privado ou público, devendo responder nos termos do art.2o. e 3o. § 2o. da Lei 8.078/90, bem como que foi contrato celebrado em 04/09/1992 (fls.89/91), quando já em vigência a referida lei.

O art.54, § 4o. do referido Código admite expressamente as cláusulas limitativas do direito do consumidor, exigindo que elas sejam redigidas com destaque, de modo a permitir sua imediata e fácil compreensão, que não é o caso dos autos, eis que no contrato nada diz de concreto. Sobre a cláusula do contrato não prever o custeio em questão, sinalou-se no decisório: “...Com efeito, como antes salientado, há que se reconhecer que a relação jurídica material se enquadra como relação de consumo, nos termos do § 2º do art.3º do CDC, encontrando-se regulada pela lei no. 8078/90, afigurando-se equivocado o posicionamento adotado pela ré, eis que na esteira do entendimento esposado por nossos Tribunais, resta caracterizada como abusiva a cláusula que limita a responsabilidade da CAARJ ao excluir a cobertura de custeio ou reembolso de prótese, material imprescindível ao sucesso cirúrgico do dependente da autora.”

Com efeito, ainda que se entendesse que na aludida cláusula estivesse excluída a cobertura para fornecimento de próteses, reputar-se-ia cláusula não-escrita, por violar frontalmente o

princípio do equilíbrio entre as partes e a função social dos contratos. Neste caso, a onerosidade excessiva imposta ao contratante acarretaria o afastamento da aludida cláusula, não somente por sua própria natureza, mas também em virtude do disposto no art.35-C da Lei 9.656/98, que prevê a obrigatoriedade na cobertura do atendimento, nos casos de “emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para a paciente, caracterizado em declaração do médico.”

No mesmo sentido assim se manifestou a Quarta Turma do Eg.STJ no Resp 311509/SP, verbis:

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. TRANSPORTE . COBERTURA DO TRATAMENTO. CLÁUSULA DÚBIA E MAL REDIGIDA. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ART.54, § 40., CDC. RECURSO ESPECIAL. SUMULA / STJ, ENUNCIADO 5. PRECEDENTES. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular n.º cinco. Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa

clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art.54, § 40. do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga.”

In casu, diante do documento médico de fls.43, não pairam dúvidas da necessidade da colocação da prótese em questão, eis que essencial ao procedimento cirúrgico.

SOBRE O TEMA, MUTATIS MUTANDIS, ESTA EGRÉGIA CORTE JÁ SE POSICIONOU, VERBIS:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR - CONTRATO DE SEGURO SAÚDE - COLOCAÇÃO DA PRÓTESE “STENT FARMACOLÓGICO TÁXIS REVESTIDO COM PLACLIXEL” - FUMUS BONI IURIS - CIRURGIA CARDÍACA - VEDAÇÃO INEXISTENTE - PETICULUM IN MORA - RISCO DE VIDA DA AGRAVADA.I - A Medida cautelar, como se sabe, visa assegurar a eficácia do processo cognitivo, no âmbito exclusivo da tutela preventiva, objetivando eliminar o risco de dano irreparável, bastando para a procedência da ação, a presença dos pressupostos indispensáveis à concessão da medida, quais sejam, o fumus boni iuris e o periculum in mora.II- Dessa forma, destina-se a resguardar a utilidade da

eficácia do processo principal, até que sobrevenha o julgamento definitivo do processo. III- No caso dos autos, apesar da satisfatividade da medida vindicada, tem-se que o *fumus boni iuris* da pretensão encontra amparo na cláusula quinta do contrato de seguro saúde, a qual a própria agravante transcrever às fls.08 do presente. Cláusula quinta - O presente contrato não prevê cobertura de custeio ou ressarcimento para eventos que se seguem: e) fornecimento de próteses e órteses não ligadas ao ato cirúrgico, bem como finalidade exclusivamente estética; aviamento de óculos, lentes intra-oculares e aparelhos ortopédicos.” IV- Assim, a regra do plano de saúde da CAARJ somente não custeia o fornecimento de próteses não ligadas a ato cirúrgico ou aquelas cujo escopo seja eminentemente estético. IV- No caso dos autos, a agravada necessita se submeter à cirurgia cardíaca emergencial para colocação da prótese em tela, procedimento este que não se encontra dentre as exceções previstas no contrato. V - Ademais, o *periculum in mora* da pretensão cautelar é evidente, diante do pericípio do direito, que, *in casu*, é o bem maior, que é o bem da vida. Agravo a que se nega provimento.” (AG 135694/RJ, 6a. Turma Especializada, DJU 18-08-05).

Noutro eito, mesmo que superada esta questão, o art.51 do CPC, dispõe a nulidade das cláusulas abusivas, que são as que costumam serem encontradas em contratos por adesão, ou seja, aqueles a que o consumidor adere ou

rejeita como um todo, por lhe caber pouco espaço para discussão, como é o caso do presente.

Quanto ao dano moral, não se divisa mero dissabor, e sim, verdadeiro abalo nos direitos da personalidade, tendo a quantificação operada observado os parâmetros jurisprudenciais, razão pela qual hei por bem manter o mesmo no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da CAARJ e à remessa necessária, nos termos epigrafados. É como voto.

Rio de Janeiro, 12 / 01 / 2010 . (data do julgamento) POUL ERIK DYRLUND
Relator

JUÍZO DO FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO EM DEMANDA REFERENTE A CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Tribunal: **TJ/MG** Órgão Julgador:
10a. Câm. Cív. Relator: **Pereira da Silva**

EMENTA:

Exceção de incompetência. Contrato de previdência privada. CDC. Aplicabilidade. Foro do domicílio do consumidor. Considera-se competente para o julgamento de ação envolvendo plano de previdência privada e associados o foro do domicílio do consumidor, com o propósito de facilitar a defesa em Juízo, da parte mais vulnerável. Recurso não provido.

ACÓRDÃO: 1.0317.09.108681-7/001(1) ANO: 2010
DECISÃO: 26 01 2009
TURMA: 10 ÓRGÃO
JULGADOR: 10ª CÂMARA CÍVEL
FONTE: DJ DATA: 24 02 2010
JUIZ RELATOR: DR PEREIRA DA SILVA AGRAVANTE(S): VALIA FUND VALE RIO DOCE SEGURIDADE SOCIAL AGRAVADO(A)(S) HOMERO LOPES OLIVER

EMENTA:

Exceção de incompetência. Con-

trato de previdência privada. CDC. Aplicabilidade. Foro do domicílio do consumidor. Considera-se competente para o julgamento de ação envolvendo plano de previdência privada e associados o foro do domicílio do consumidor, com o propósito de facilitar a defesa em Juízo, da parte mais vulnerável. Recurso não provido. DECISÃO: Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador PEREIRA DA SILVA, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO O SR. DES. PEREIRA DA SILVA:

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto pela VALIA - Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social, contra decisão da MMª. Juíza da 2ª. Vara Cível da Comarca de Itabira, que rejeitou a Exceção de Incompetência aviada pela Agravante na qual pleiteia a remessa dos autos para a Comarca do Rio de Janeiro/RJ.

Aduz a agravante que a relação jurídica é contratual de natureza civil-previdenciária e a demanda deveria ser proposta na cidade do Rio de Janeiro, onde se situa a sede a Agravante, com fulcro no Artigo 100, IV, 'a', do CPC.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido, nos termos do despacho proferido à fl. 72 - TJ.

Em ofício de fl. 77 - TJ, o MM. Juiz a quo informou o cumprimento do artigo 526 do CPC, bem como a manutenção da decisão agravada.

A despeito de devidamente intimado, o Agravado não se manifestou.

Este, o breve relatório. Passo a analisar as razões recursais.

Entendo, d. m. v., não assistir razão à Agravante, devendo ser mantida, na íntegra, a decisão proferida no Juízo de Primeira Instância. A meu ver, a relação entre as partes seria de consumo, ao contrário do que afirma a Agravante, devendo-se estabelecer o foro competente buscando facilitar a defesa do devedor, parte vulnerável na relação. A doutrina e a jurisprudência pátrias vem entendendo que a relação entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus associados possui, de fato, um caráter consumérista, devendo ser aplicado o CDC.

SEGUNDO A FESTEJADA PROFESSORA CLÁUDIA LIMA MARQUES:

“Com a melhoria do nível de vida na sociedade, com a tendência crescente de privatização, este contrato cativo de longa duração tende a multiplicar-se também no mercado brasileiro, já atingindo milhões de cidadãos, perante o desejo do consumidor de garantir-se e a sua família contra os

riscos futuros. Este importante serviço oferecido no mercado e a relação contratual resultante da vinculação do consumidor durante anos a determinada empresa de previdência privada estão mencionados expressamente no art. 3º do CDC, e como novos contratos de consumo, devem obedecer as novas linhas de equidade e boa-fé impostas pelo CDC.” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 4ª ed., 2002, p. 426) A Terceira Turma do colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já firmou seu posicionamento, considerando aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos desta natureza. Seguem ementas de casos semelhantes ao caso sub judice:

“RECURSO ESPECIAL. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TAXA DE JUROS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE”.

“1 - Segundo o disposto no art. 29 da Lei nº 8.177, de 1.03.1991, vigente à época da celebração do contrato, as entidades de previdência privada são equiparadas às instituições financeiras” (REsp nº 235.067/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 1º/7/04). (...) “3. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula nº 297/STJ) e às entidades de previ-

dência privada, já que caracterizada relação de consumo. (...). (RESP 591 756/RS. Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO) “PREVIDÊNCIA PRIVADA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. CENTRUS. PRESTAÇÃO DE CONTAS AOS FILIADOS. CABIMENTO”. “I - As regras do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à relação jurídica existente entre as entidades de previdência privada e os seus participantes”. “II - Os filiados de plano de benefício prestado por entidade de previdência privada podem exigir a prestação de contas a fim de proceder à apuração dos valores pagos, mormente quando houver discrepância entre os cálculos apresentados”. “Recurso especial não conhecido”. (RESP 600 744/DF. Relator: Ministro CASTRO FILHO).

O extinto TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS decidiu neste sentido, em dois recursos nos quais a ora Agravante, Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social, também figurava como Recorrente:

“EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - PREVIDÊNCIA PRIVADA - CDC - INCIDÊNCIA - DOMICÍLIO DO AUTOR - FACILITAÇÃO DA DEFESA”. “Havendo prejuízo à defesa dos interesses do consumidor em juízo, justifica-se a manutenção da competência do foro de seu domicílio,

pois não se pode olvidar a incidência do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, assim como da facilitação da defesa prevista no artigo 6º, inciso VIII, do mesmo diploma, às relações previdenciárias das entidades privadas”. (AI nº 464 009 - 5, Relator: Juiz ELIAS CAMILO). Destarte, por entender que a presente relação tem caráter consumerista, o foro competente para a solução do litígio deverá ser o do domicílio dos consumidores, ou seja, o da Comarca de Itabira. Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO interposto, mantendo íntegra a decisão agravada. da lavra da eminente Juíza Ana Cristina Viegas Lopes de Oliveira Custas recursais, na forma da lei, pela entidade Agravante.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): CABRAL DA SILVA e GUTEMBERG DA MOTA E SILVA.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

Ferreira Campos - j. em 17.06.2010 - Fonte: DJ, 06.07.2010).

Empresa cujo preposto age de má-fé responde por dano causado a consumidor de boa-fé
Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: **16a. Câm. Cív.**

Relator: **Sebastião Pereira de Souza**
Direito do consumidor. Ação ordinária. Grupo de consórcio. Prestador de serviços má-fé contratual. Terceiro enganado. Teoria da aparência. Aplicabilidade. Proteção ao consumidor de boa-fé. Rescisão do contrato e restituição dos valores pagos. Procedência do pedido. Decisão mantida. Recurso não provido. A empresa cujo preposto/prestador de serviços age de má-fé (enganando os consumidores e valendo-se do nome do estabelecimento para auferir lucros) responde pelos danos causados ao consumidor de boa-fé, em face da aplicação da teoria da aparência. Apelação a que se nega provimento. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0105.04.114080-4/002(1) - Comarca de Governador Valadares - 16a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Sebastião Pereira de Souza - j. em 02.06.2010 - Fonte: DJ, 16.07.2010).

Depósito judicial mantém o consumidor na posse do veículo e impede que o nome do autor conste no cadastro de inadimplentes

Tribunal: TJ/DF

Órgão Julgador: **3a. T.**

Relator: **João Mariosa**

Agravo de instrumento - Revisão de contrato - Depósito de valor razoável - Manutenção posse veículo - Abstenção inscrição em órgãos de proteção ao crédito. 1. A consignação de percentual próximo ao valor da prestação pactuada mostra-se razoável. 2. Com o depósito judicial, impõe-se a manutenção do consumidor na posse do veículo objeto do contrato, bem como a determinação para que a instituição financeira se abstenha de lançar o nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito. 3. Recurso parcialmente provido. (TJ/DF - Ag. de Instrumento n. 20100020048014 - 3a. T. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. João Mariosa - j. em 16.06.2010 - Fonte: DJ, 23.06.2010).

Atraso em entrega de imóvel por culpa exclusiva do consumidor afasta a indenização por danos morais e danos materiais

Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: **17a. Câm. Cív.**

Relator: **Luciano Pinto**

Ação de indenização por danos morais e materiais- contrato de promessa de compra e venda de imóvel - atraso na entrega - culpa exclusiva do consumidor - responsabilidade da construtora- inexistência- É cediço que a responsabilidade civil das empresas de construção civil, por suposto defeito ou falha na prestação de serviços, sujeita-se aos preceitos do artigo 14 do CDC.-Não há que se falar em dever de indenizar somente se o fornecedor provar a ocorrência de alguma causa ex-

cludente da responsabilidade objetiva, como a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou que inexistente o defeito ou falha na prestação do serviço, o que ocorreu nesta seara.- Não há falar em danos materiais ou morais se restou demonstrado que o atraso na entrega do imóvel se deu exclusivamente por culpa do consumidor, que não providenciou o cumprimento de obrigação prevista no contrato encetado pelas partes. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.09.486863-5/001(1) - Comarca de Belo Horizonte - 17a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Luciano Pinto - j. em 07.10.2010 - Fonte: DJ, 29.10.2010).

Fere a boa-fé objetiva a conduta de consumidor que tendo ciência de erro se nega a comparecer à serventia para lavratura de ato notarial de rerratificação

Tribunal: TJ/DF

Órgão Julgador: 1a. T.

Relator: João Batista Gonçalves da Silva
Caracterizada. Compromisso de compra e venda. Posterior lavratura de escritura pública correlata com erro material (ausência do termo inicial da correção monetária das prestações em aberto do financiamento). Erro material passível de correção mediante outro ato notarial. Negativa do consumidor em lavrar escritura de rerratificação. Afronta à boa-fé objetiva. Pagamento da diferença dos valores afetos à correção monetária que se impõe. Sentença reformada. 1. Se a escritura pública decorrente de compromisso particular

de compra e venda de imóvel celebrado entre as partes é omissa quanto ao termo inicial da incidência da correção monetária nas prestações do financiamento, o consumidor não pode valer-se de tal erro material para pagar valores menores aos que foram inicialmente pactuados.2. Malfere a boa-fé objetiva a conduta do consumidor que, a despeito de ter ciência do erro, se nega a comparecer à Serventia para lavratura de ato notarial de rerratificação.3. A lavratura de escritura pública de rerratificação não se confunde com adendo contratual e prescinde de notificação formal dos interessados para que seja ultimada.4. A equidade não serve como fundamento para eximir o consumidor do pagamento da diferença de correção monetária, sobretudo quando ele obra com nítida intenção de ser beneficiado por erro, cuja existência era plenamente sabedor.5. Conquanto na inicial o autor tenha omitido fatos relevantes, não diviso malícia processual no caso, porque dos documentos por ele colacionados abstrai-se a concatenação dos fatos.6 - Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20080110933910 - 1a. T. - ac. unân. - Rel.: Des. Joao Batista Goncalves da Silva - j. em 30.08.2010 - Fonte: DJ, 06.09.2010).

Conceito de consumidor não pode abarcar serviço de transporte onde não existe desigualdade entre os contratantes

Tribunal: TJ/DF

Órgão Julgador: 3a. T.

Relator: Humberto Adjuto Ulhôa
Responsabilidade civil - Transporte de mercadorias - Não incidência do CDC - Extravio de mercadoria - Não comprovação - Sentença mantida. 1.O conceito de consumidor é permeado pelo critério de vulnerabilidade. Não instrumentaliza relação de consumo o contrato de transporte de mercadorias celebrado entre empresas atuantes no ramo dos serviços de transportes, pois não se identifica desigualdade entre as contratantes. 2.Não comprovado o suposto extravio de mercadoria (art. 333, I, do CPC), inviável se revela a pretensão de responsabilizar a parte ré no pleito de indenização por danos materiais e morais 3.Recurso conhecido e não provido. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20060110539638 - 3a. T. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Humberto Adjuto Ulhôa - j. em 16.06.2010 - Fonte: DJ, 23.06.2010).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]

Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) [União Europeia]

Relator: A. TIZZANO

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: ALVES VELHO

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: CARDOSO DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA [PORTUGAL]

PROCESSO: 822/06.9TBVCT.G1.S1

Nº CONVENCIONAL: 7ª SECÇÃO

RELATOR: MARIA DOS PRAZERES
PIZARRO BELEZA

DESCRIPTORIOS: CONSUMIDOR
VENDA DE COISA DEFEITUOSA

DIREITO A REPARAÇÃO
RESOLUÇÃO DO CONTRATO
PEDIDO SUBSIDIÁRIO

PEDIDO ALTERNATIVO

DATA DO ACÓRDÃO: 30-09-2010

VOTAÇÃO: UNANIMIDADE

TEXTO INTEGRAL: S

PRIVACIDADE: 1

MEIO PROCESSUAL: REVISTA

DECISÃO: PROVIDA PARCIALMENTE

SUMÁRIO:

1. Em caso de desconformidade entre a coisa entregue e a coisa comprada, o Decreto-Lei nº 67/2003 concede ao consumidor, expressamente, o direito de exigir a reparação ou de resolver o contrato, sem estabelecer qualquer precedência entre os dois.

2. O exercício do direito de resolução está condicionado pela verificação dos respectivos requisitos e limitado pelo abuso de direito.

3. A reparação a que o consumidor tem direito, baseada tão somente na “falta de conformidade do bem com o contrato”, é a que se destina a repor essa conformidade.

4. Provada a desconformidade e exercido o direito à reparação, o autor tem direito ao custo correspondente; não existindo elementos para o fixar, há que remeter para liquidação a determinação do custo.

5. A regra de que a resolução tem eficácia retroactiva, sendo equiparada, quanto aos efeitos, à nulidade ou anulabilidade, tem de ser conjugada com diversos preceitos que se destinam justamente a evitar que, por essa via, uma das partes enriqueça, injustificadamente, à custa da outra; e não impede que, sendo caso disso, a parte que a invoca tenha o direito a ser indemnizada pelos prejuízos sofridos.

6. A prova da falta de culpa afasta a presunção que vale na responsabilidade contratual.

DECISÃO TEXTO INTEGRAL:

Acordam, no Supremo Tribunal de Justiça: 1. AA instaurou contra A...V..., Lda. e S...H...de Automóveisde Automóveisde Automóveis, S.A. (S..., SA) pedindo: – Contra a primeira ré, a sua condenação no pagamento de € 4.500,00, acrescidos de IVA e de juros, contados à taxa legal desde Janeiro de 2006, “tudo em virtude da reparação do veículo” de matrícula ...-...-OX que lhe vendeu no dia 7 de Maio de 2004, usado, e de € 3.000,00 “pela deterioração e perda de valor” do mesmo; “em alternativa”, a declaração de resolução do contrato de compra e venda, sendo a ré condenada a restituir o preço pago, € 12.5000,00;

a condenação no pagamento dos juros vencidos sobre essa quantia (€ 875 à data da propositura da acção), com juros que se vencerem até efectivo e integral pagamento; “em qualquer dos casos”, a condenação no pagamento de € 2.700,00, “pelos prejuízos causados pela paralisação” do veículo e de € 2.5000,00 por danos morais. – Contra a segunda, representante em Portugal da S..., que produziu o automóvel, “na eventualidade de se vir a apurar que as desconformidades verificadas (...) constituem defeitos de fabrico ou origem”, a sua condenação no pagamento de € 4.500,00, acrescidos de IVA e de juros, contados à taxa legal, desde o mês de Janeiro de 2006, “tudo em virtude da reparação do veículo” de matrícula ...-...-OX, no pagamento de € 2.700,00 “pelos prejuízos causados pela paralisação” do veículo e de € 2.5000,00 por danos morais.

Em síntese, alegou que não tinha sido estipulado qualquer prazo de garantia; que o veículo tinha sofrido, no mês de Setembro de 2005, “uma avaria que se traduziu numa paragem do motor”, causada pela desconformidade que só então descobriu, e que consiste em “que o motor que está montado na viatura não corresponde ao tipo de motor descrito no contrato de compra e venda, nem ao tipo de motor que equipa os veículos de igual marca, modelo e categoria”, tal como sucede com “outro material mecânico”, sendo de inferior qualidade; que denunciou os defeitos à primeira ré, por carta de 22

de Dezembro de 2005, recebida a 27, fixando um prazo de quinze dias para a reparação; que teve de suportar os custos correspondentes, € 4.5000,00 + IVA; que o veículo esteve impossibilitado de circular durante noventa dias, causando-lhe um dano nunca inferior a € 30,00 por dia; que a reparação e a imobilização diminuíram pelo menos em € 3.000,00 o valor do carro; e que sofreu “desgosto, tristeza e angústia” com a verificação dos defeitos e com a necessidade de recorrer a tribunal, devendo por isso ser indemnizado em quantia não inferior a € 2.500,00. Ambas as rés contestaram.

A ré S...H...de Automóveisde alegou desconhecer os factos alegados e afirmou que o veículo havia sido vendido ao concessionário com o motor TDI de origem.

A ré A...V... invocou a caducidade do direito de propor a acção, por não ter havido denúncia do defeito no prazo de seis meses (nº 2 o artigo 916º e artigo 917º do Código Civil), e ainda: que foi expressamente acordada a inexistência de garantia, como contrapartida do preço fixado; que o autor conhecia o estado do veículo quando o comprou; que desconhecia as viciações apontadas pelo autor; que o autor apenas esporadicamente utilizava o automóvel; e requereu a intervenção principal de Farmácia P..C..., Lda., a quem comprara o carro, invocando ter sobre ela direito de regresso. Alegou ainda litigância de má fé do autor. O autor replicou e opôs-se à inter-

venção, que veio a ser indeferida. Pela sentença de fls. 647, a acção foi julgada parcialmente procedente. O contrato de compra e venda foi declarado resolvido e a ré A...-V... foi condenada a restituir ao autor o preço de € 12.500,00 bem como a pagar-lhe uma indemnização de € 1.000,00, por danos patrimoniais e não patrimoniais. A sentença excluiu o direito à reparação por considerar provada a falta de culpa da ré no desconhecimento do vício (artigo 914.º do Código Civil).

2. Recorreram o autor e a ré A...-V....

Por acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de fls.788, foi negado provimento ao recurso da ré e concedido provimento parcial ao recurso do autor. A Relação decidiu condenar a ré a pagar a quantia de € 4.500,00, correspondente aos custos da reparação, acrescida do IVA que tiver sido pago e de juros de mora “ou, em alternativa”, “declarar resolvido o contrato”, condenando a ré a restituir o preço de € 12.500,00.

E foi ainda decidido, “em qualquer dos termos da alternativa que o autor venha a escolher, condenar a primeira ré a pagar-lhe” € 900,00 por “danos patrimoniais decorrentes da privação do uso do veículo” e € 750,00 como indemnização por danos não patrimoniais. A...-V... recorreu para o Supremo Tribunal da Justiça; o recurso, ao qual não são aplicáveis as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 303/2007, de 24 de Agosto, foi admitido como revista,

com efeito devolutivo.

Nas alegações que apresentou, a recorrente formulou as seguintes conclusões:

“1.a .. A recorrente vendeu ao recorrido o veículo no exacto estado em que o recebeu da anterior proprietária e por isso não pode ser responsabilizada pela desconformidade existente já então dentro do motor - vd. art.º 483.º CC

2.a .. A recorrente não pode ser de modo algum responsabilizada, uma vez que desconhecia em absoluto a desconformidade dentro do motor do veículo, que, para além de não ser perceptível, não podia sequer supor que existisse - vd. 2.a p/te art.º 914.º e art.º 915.º CC

3.a .. Ainda que se entenda que a recorrente deve ser responsabilizada, tê-lo-ia que ser a título de pagamento pela reparação do veículo e nunca declarando-se a resolução do contrato pois que tal desrespeita a hierarquia dos deveres do vendedor - vd. art.ºs 914.º e 905.º CC

4.a .. Nunca se justificaria a condenação da recorrente no pagamento de juros de mora sobre o valor da reparação, uma vez que está provado que o recorrido ainda não pagou o preço da mesma, nem foi emitida ainda qualquer factura - cfr. ponto 22.º factos provados e n.º 1 art.º 805.º CC

5.a .. Os pedidos deduzidos pelo recorrido são na realidade subsidiários e por isso qualquer que seja o entendimento só poderia proceder o pedido de pagamento do custo de reparação do veículo

- vd. art.ºs 468.º e 469.º CPC

6.a .. Não pode proceder o pedido de resolução do contrato por se mostrar excessivamente oneroso para a recorrente - vd. n.º 1 art.º 566.º CC

7.a .. O recorrido não provou a relação causa/efeito entre a avaria do veículo e a desconformidade no motor e por isso não tem direito a reclamar o custo da reparação, nem a resolução do contrato - vd. art.ºs 483.º e 563.º CC

8.a .. Não pode manter-se a indemnização por danos patrimoniais no valor de € 900,00, pois que o recorrido não provou em concreto danos decorrentes da privação do veículo - vd. art.º 562.º CC

9.a .. Não pode também manter-se a indemnização por danos não patrimoniais no valor de € 750,00, pois que não está provado que a tristeza sentida pelo recorrido fosse suficientemente intensa que justificasse a protecção da lei - vd. art.º 496.º CC

10.a .. Ainda que se entendesse que o recorrido deveria ser compensado por danos patrimoniais e não patrimoniais, os valores dessas compensações nunca poderiam exceder € 250,00 e € 150,00, respectivamente - vd. n.º 3 art.º 566.º CC”.

O RECORRIDO CONTRA-ALEGOU, CONCLUINDO DESTA FORMA:

- a) - À situação em litígio é aplicável o D.L. n.º 67/2003, de 8 de Abril.
- b) - De acordo com o artigo 3º, n. 1 do D.L. n.º 67/2003, o vendedor responde perante o consumidor por

qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem é entregue.

c) - A expressão “qualquer falta de conformidade” indica-nos que é indiferente que o defeito seja oculto ou aparente.

d) - O desconhecimento do vício por parte do vendedor em nada afecta os direitos à reparação e à resolução que assistem ao consumidor, isto porque o D.L. n.º 67/2003 consagra a responsabilidade objectiva daquele.

e) - O D.L. 5712003, como decorre do seu artigo 4º, n.º 5, não estabelece qualquer hierarquia dos direitos que assistem ao comprador.

f) - Os juros devem ser calculados desde a data da reparação, pois é nesse momento que se vence a obrigação de pagar o preço.

g) - O A. deduziu pedidos alternativos e não subsidiários.

h) - A excessiva onerosidade da resolução não constitui fundamento para se obstar à mesma.

i) A pretensão do A. baseia-se na existência de desconformidade entre o bem e o contrato e é esse o fundamento da responsabilidade do vendedor, nos termos do artigo 3º, nº 1 do D.L. nº 67/2003.

j) Não assiste razão à Recorrente na parte respeitante à indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

k) Desta sorte, deve ser mantida

a decisão recorrida, com todos os inerentes direitos nela reconhecidos ao Recorrido.”

3. VEM PROVADA A SEGUINTE MATÉRIA DE FACTO:

1. A 1ª ré é uma sociedade comercial por quotas que se dedica à actividade de venda e reparação de veículos automóveis – A);

2. No âmbito da sua actividade, a 1ª ré, no dia 7 de Maio de 2004, vendeu ao autor um automóvel ligeiro de mercadorias, de marca S..., modelo I... 1.9 TDI VAN, portador da matrícula ...-...-OX, cor preta, categoria ligeiro, tipo mercadorias, com chassis n.º VS-SZZZ6KZYRO9O959, cilindrada de 1896 cc, de 2 lugares e abastecido a gás – B);

3. Tratava-se de um veículo usado, com data de primeira matrícula de 28 de Janeiro de 2000 – C);

4. O preço acordado para o negócio foi de 12.500,00 € – D);

5. Em consequência do contrato celebrado, a 1ª ré entregou o automóvel ao autor – E);

6. Este pagou o preço estipulado e a 1ª ré recebeu-o – F);

7. O autor tomou posse do veículo em questão, efectuando o competente registo – G);

8. A 1ª ré recebeu uma carta registada, com aviso de recepção, enviada pelo mandatário do autor, datada de 22.12.2005, tendo assinado o respectivo aviso de recepção, no dia 27 de Dezembro de 2005, carta essa a que a ré

respondeu, em 03.01.2006, por fax do seu mandatário – H);

9. A 2ª ré exerce a actividade de importação e comercialização de veículos automóveis, suas peças e acessórios, tendo sido, até ao dia 30 de Setembro de 2003, importador exclusivo para Portugal dos veículos automóveis da marca S... – I);

10. No exercício da sua actividade, a 2ª ré adquiriu à S... – Sociedad Española de Automoviles de Turismo, S. A., fabricante da marca S..., o veículo automóvel dos autos, modelo I... 1.9 TDI – 110 cv, com o chassis nº (VSSZZZ6K) ZYR090959, ao qual foi posteriormente atribuída a matrícula ...-...-OX, e promoveu a sua importação para território português – J);

11. No mês de Setembro de 2005, quando o autor se deslocava para Lisboa no OX, este sofreu uma avaria que se traduziu numa paragem do motor – quesito 1º;

12. Na sequência desta avaria, o veículo foi rebocado para as instalações da 1ª ré – quesito 2º;

13. Três semanas depois, após analisarem a situação do OX, os serviços da 1ª ré comunicaram ao autor que o orçamento para reparação do OX era de 4.500,00 € – quesito 3º;

14. Tendo o autor invocado a existência da garantia, a 1ª ré respondeu que a mesma não cobria a avaria surgida – quesito 4º;

15. O autor retirou então o veículo das instalações da 1ª ré – quesito 5º;

16. Durante o mês de Dezembro

2005, o autor verificou que o bloco do motor existente no OX é referente ao motor SDI, de 100 cv – quesito

17. O contrato celebrado entre o autor e a 1ª ré estipula que o veículo objecto do mesmo está equipado com um motor TDI, de 110 cv – quesito

18. O motor SDI, de 100 cv, que o autor verificou existir no OX, bem como os pistões, bielas e cambota, não correspondem àqueles que equipam o “S... I... 1.9 TDI Van” – quesito

19. O motor do OX é de qualidade inferior ao motor TDI de 110 cv – quesito 9º;

20. O bloco do motor do OX não apresenta código de identificação – quesito 10º;

21. A carta referida na alínea H) - cfr. o nº 8, supra - tem o teor do documento junto pelo autor na audiência preliminar – quesito 14º;

22. A avaria foi reparada na oficina de “JM B..., Lda.”, sita no lugar de Monte Branco, freguesia de Forjães, concelho de Esposende, tendo-se o respectivo custo cifrado em 4.500,00 € acrescido de IVA, e ainda não se encontra liquidado o preço, na sua totalidade – quesito 15º;

23. Durante 90 dias, contados desde o mês em que se deu a avaria até à data da sua reparação, o OX esteve impossibilitado de circular – quesito 16º;

24. O autor utilizava o OX, esporadicamente, para se deslocar para o seu posto de trabalho, em Lisboa, percorrendo semanalmente, quando

o usava, cerca de 1.000 quilómetros – quesito 17º;

25. O autor utilizava o veículo, esporadicamente, para os demais afazeres domésticos, designadamente para ir às compras e para passear aos fins-de-semana – quesito 18º;

26. A verificação dos defeitos no OX provocou tristeza ao autor – quesito 22º;

27. O processo judicial que o autor se vê obrigado a intentar acarreta-lhe incómodos, incerteza e despesas – quesito 23º;

28. O OX foi entregue nas instalações da 2ª ré, onde foi devidamente inspeccionado e preparado por técnicos especializados que verificaram a presença e o bom funcionamento dos seus componentes mecânicos, bem como a sua correspondência com as especificações da viatura encomendada – quesito 24º;

29. O veículo dos autos foi vendido pela 2ª ré ao seu concessionário “B...& O..., Lda”, com sede na Rua ..., 23, 4490 Póvoa de Varzim, no dia 27-01-2000, que lhe pagou o respectivo preço – quesito 25º;

30. O veículo S... I... TDI, com a matrícula ...-...-OX, foi adquirido ao fabricante e depois vendido ao mencionado concessionário “B...& O..., Lda”, com o motor TDI de origem – quesito 26º;

31. No dia 10-02-2004, a 1ª ré negociou com a sociedade “Farmácia P...C..., Lda”, (com sede no lugar da Breia, freguesia de Fragoso, concelho

de Barcelos), um “contrato de compra e venda de automóvel”, nestes termos:

a) A ré vendia a essa sociedade um veículo novo marca “Audi A2 1.4TDI”;

b) Para pagamento parcial do respectivo preço, a ré recebia dessa sociedade o veículo usado da marca “S... I...” de matrícula ...-...-OX – quesito 27º;

32. Nesse contrato, essa sociedade foi representada pela sua sócia BB e a 1ª ré pelo seu vendedor CC, tendo ambos fixado o preço para a retoma daquele veículo usado em 12.469,00 € – quesito 28º;

33. Na concretização deste negócio, a referida “Farmácia P...C..., Lda”, fez entrega à 1ª ré desse veículo usado, que se apresentava então com 90.000 km, com a revisão feita pelo concessionário “S...” e sem qualquer problema – quesito 29º;

34. Por alturas do referido dia 10-02-2004, o citado vendedor da ré comentou com DD (que é tio do autor e se dedica à compra e venda de automóveis) que a contestante ia receber de retoma o referido veículo – quesito 30º;

35. DD conhecia o veículo e a BB, sua anterior condutora habitual – quesito 31º;

36. Pouco tempo depois, o autor apareceu nas instalações da 1ª ré, acompanhado do DD, tendo o vendedor mostrado o automóvel, o respectivo livrete, o título de registo e o livro de revisões da “S...” – quesito 32º;

37. O vendedor da 1ª ré insistiu com o autor para que experimentasse o veículo, o que ele fez, na companhia do

DD, saindo para fora das instalações da 1ª ré e dando a volta que quis – quesito 33º;

38. A 1ª ré vendeu ao autor tal veículo pelo preço de 12.350,00 € – quesito 36º;

39. As viciações referidas no nº 18, supra, só podem ser detectadas com a abertura do motor – quesito 37º;

40. O “bloco do motor” é (aparentemente) igual nos modelos SDI e TDI e só no seu interior é que podem verificar-se as diferenças – quesito 38º;

41. A 1ª ré desconhecia qualquer anomalia no OX – quesito 41º.

4. Estão em causa neste recurso, nos termos resultantes do disposto no nº 3 do artigo 684º do Código de Processo Civil, as seguintes questões:

– ausência de responsabilidade da recorrente pela desconformidade verificada;

– impossibilidade de resolução, quer por criar grave desequilíbrio entre as prestações das partes, quer em resultado da hierarquia estabelecida pelo artigo 913º do Código Civil, quer por ter de ser apreciada apenas a título subsidiário;

– falta de fundamento na condenação no pagamento de juros de mora sobre o custo da reparação;

– inexistência de nexo de causal entre a avaria sofrida e a desconformidade verificada no motor;

– ressarcibilidade do dano de privação do veículo e dos danos não patrimoniais.

5. Antes de mais, cumpre ter presente que está assente:

– que o veículo foi comprado pelo autor para uso não profissional (pontos 21º e 25º da matéria de facto) e vendido no âmbito da actividade de venda e reparação de veículos automóveis pela recorrente (pontos 1º e 2º), o que permite aplicar as regras de protecção do consumidor. Interessam agora especialmente a Lei nº 24/96, de 31 de Julho e o Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril, na versão vigente à data da celebração do contrato (7 de Maio de 2004 – ponto 2);

– a desconformidade entre o veículo que foi entregue ao autor e o contrato de compra e venda relativamente ao motor, pistões, bielas e cambota – pontos 2, 5, 17, 18; para esta conclusão há também que ter em conta que, provada a desconformidade manifestada dentro do prazo de dois anos a contar da data da entrega, como aqui se verificou, presume-se que já existia no momento relevante, que é o dessa mesma entrega (nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 67/2003); tal presunção não foi ilidida; – que se trata de “viciações” que só com a abertura do motor podem ser detectadas – ponto 39, – sendo o motor de qualidade inferior ao que corresponde ao modelo constante do contrato – ponto 19; – que a recorrente desconhecia, sem culpa, “qualquer anomalia” no automóvel – ponto 41 e respostas de “não provado” aos quesitos 12º, 13º. Com efeito, ficou provado o desconheci-

mento e, no entender das instâncias a inexistência de culpa. A sentença considerou ilidida a presunção constante do nº 2 do artigo 914º do Código Civil, em juízo não censurado pela Relação e insindicável pelo Supremo Tribunal da Justiça, como se pode ver, por todos, no acórdão deste Supremo Tribunal de 10 de Setembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. nº 376/09.4YFLSB;

– e que em Setembro de 2005, o automóvel “sofreu uma avaria que se traduziu numa paragem do motor” (ponto 11), que veio a ser reparado pelo preço de € 4.500,00, não totalmente pago (ponto 22. Não ficou provado, nem que o motor tenha partido “em virtude das adulterações” provadas (resposta de “não provado” ao quesito 11º), nem que a reparação efectuada na sequência da avaria corresponda à eliminação das desconformidades referidas, nem que tivesse sido acordada qualquer garantia de bom funcionamento do veículo.

6. Cabe começar por determinar se os pedidos de reparação e de resolução podem ser ambos apreciados.

Tal como a acção foi proposta, os pedidos formulados assentam nas “desconformidades do automóvel com o contrato”, na adulteração da “parte mecânica” do veículo (artigo 26º da petição inicial), em consequência da qual “o motor partiu” (artigo 27º).

O autor sustenta que a recorrente lhe vendeu um automóvel “com clara falta de conformidade com o contra-

tado” (artigo 38º) e que, por isso, tem direito a que o repare,” substituindo o motor SDI de 100 cv por um motor TDI de 110 cv sem qualquer custo” (e, portanto, a pagar-lhe a reparação que se viu obrigada a mandar efectuar), ou a resolver o contrato, “em alternativa” (artigo 55º da petição inicial). Consequentemente, conclui a petição inicial pedindo a condenação no pagamento e “em alternativa”, a declaração de resolução do contrato.

Tanto basta para afastar a alegação de que se trata de pedidos subsidiários, e que o segundo pedido só pode ser apreciado se o primeiro improceder, por não ter qualquer correspondência com o conteúdo da petição inicial. A aplicabilidade do regime definido pelos artigos 913º e segs. do Código Civil e da “hierarquia nos direitos do comprador” que a recorrente refere não permite transformar em subsidiários (ou aparentemente alternativos) pedidos formulados em alternativa real. Poderia conduzir a decisão diversa da recorrida, mas por ser hipoteticamente improcedente o pedido de resolução. Também não procede a observação de que “os pedidos são absolutamente divergentes e até incompatíveis e por isso não podem ser alternativos” e que um deles é excessivamente oneroso para a recorrente. Por um lado, os requisitos de admissibilidade dos pedidos alternativos constam do artigo 468º do Código de Processo Civil, que não exige a sua compatibilidade; por outro, os nºs 1 e 5 do artigo 4º do Decreto-Lei

nº 67/2003 admitem expressamente que o consumidor possa exercer, quer o direito de exigir a reparação, quer o de resolver o contrato, sem estabelecer qualquer precedência entre eles.

Com efeito, a lei portuguesa optou por consagrar no Decreto-Lei nº 67/2003, que a transpôs, um regime de princípio mais favorável ao consumidor do que o que lhe era imposto pela directiva nº 1999/94/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, cujo artigo 3º define uma hierarquia entre o direito à reparação e à substituição, por um lado, e o direito à redução do preço ou à rescisão (resolução) do contrato, por outro. No entanto, há que não esquecer que a opção do consumidor está sempre limitada, no que ao direito de resolução se refere, quer pelo abuso de direito – artigos 4º, nº 5 do Decreto-Lei nº 67/2003 e 334º do Código Civil –, quer pelas exigências gerais relativas ao exercício deste direito (nomeadamente, pelo nº 2 do artigo 432º, pelo nº 2 do artigo 793º e pelo nº 2 do artigo 802º); neste sentido, expressamente, João Calvão da Silva, *Venda de Bens de Consumo*, comentário, 3ª edição, Coimbra, 2006, pág.79 e segs.).

Questão diferente é a de saber se procedem ambos os pedidos.

7. A recorrente sustenta que desconhecia, sem culpa, as desconformidades provadas e que, portanto, está excluída a obrigação de proceder à reparação, nos termos pretendidos pelo autor. Baseia-se, para o efeito, no disposto na parte

final do artigo 914º do Código Civil. Não se levantam dúvidas de que é aplicável ao presente litígio o regime definido pelo Decreto-Lei nº 67/2003, por estar provada uma desconformidade relevante, nos termos dos seus artigos 2º e 3º, nº 1; e que o regime nele definido deve ser harmonizado, no caso, com as regras definidas pelo Código Civil para a venda de coisas defeituosas (artigos 913º do Código Civil), desde logo por estar assente a ocorrência de um vício que desvaloriza a coisa vendida.

Ora, contrariamente ao que consta do citado artigo 914º do Código Civil, para o Decreto-Lei nº 67/2003 o desconhecimento, “sem culpa”, do “vício ou falta de qualidade de que a coisa padece” não afasta a correspondente responsabilidade do vendedor (artigos 2º, nº 1 e nº 3º).

A prova do desconhecimento e, no entender das instâncias, da inexistência de culpa não levam, assim à improcedência do pedido de condenação.

8. No entanto, a reparação a que o consumidor tem direito, baseada tão somente na “falta de conformidade do bem com o contrato”, é a que se destina a repor essa conformidade (nº1 do artigo 4º do Decreto-Lei nº 67/2003 e nº1 do artigo 913º e artigo 914º do Código Civil).

Isto significa, desde já, que a condenação da ré no cumprimento do dever correspondente não tem necessariamente por medida o preço da reparação que o autor mandou realizar: não

resulta da prova que a reparação efectuada, e que se tornou necessária em virtude de o motor ter partido, se traduziu na eliminação correspondente. Provada a desconformidade e exercido o direito à reparação, o autor tem direito ao custo correspondente; não existindo elementos para o fixar, há que remeter para liquidação (nº 2 do artigo 661º do Código de Processo Civil) a determinação do custo de substituição das partes do automóvel referidas no ponto 18 da matéria de facto provada, por aquelas que correspondem às características definidas no contrato, por referência à data da em que foi recebida a carta a que se refere o ponto 8 da lista de factos provados (27 de Dezembro de 2005) e tendo em conta que se tratava de um automóvel com data de primeira matrícula de Janeiro de 2000. Sobre tal quantia, que, tendo em conta a limitação decorrente do nº 1 do artigo 661º citado, não pode exceder os € 4.500,00 que foram pedidos, deverão incidir juros de mora, à taxa legal, “calculados desde o mês de Janeiro de 2006” (petição inicial). Tenha-se em conta que o custo de substituição inclui todas as “despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material”, nos termos do nº 3 do artigo 4º do Decreto-Lei nº 67/2003. Note-se, a este propósito, que é efectivamente relevante a falta de prova do nexo de causalidade entre a des-

conformidade e a avaria. A ter ficado provada a causalidade, o autor teria direito a ser indemnizado no correspondente montante, nos termos gerais da responsabilidade contratual (artigo 798º do Código Civil). Recorde-se que a causa de pedir é a desconformidade entre o veículo entregue e o contrato. Resolvido este ponto, não carece de ser apreciada a questão relativa aos juros de mora relativos ao valor da reparação da avaria, que a recorrente discute com o fundamento de a mesma não ter sido paga pelo autor (embora apenas tenha ficado provado que não foi paga na sua totalidade).

9. Para sustentar a impossibilidade de declaração de resolução do contrato, e para além da questão, já apreciada, da relação (substantiva e processual) entre o correspondente pedido e o de reparação, a recorrente apresenta as seguintes razões: – não existindo a obrigação de reparar o vício, por ser oculto (no sentido de desconhecido, sem culpa, pelo vendedor), como resultaria da parte final do artigo 914º, “naturalmente que [o legislador] também não o quis obrigar a suportar a resolução do contrato com a consequente obrigação de restituição do preço”; – desproporção criada entre as partes se o vendedor tivesse de suportar a resolução: “é absolutamente desproporcionado que o comprador, depois de circular com o veículo durante 6 anos consecutivos, o possa agora entregar ao vendedor no estado manifestamente

desgastado em que se encontra, e ainda por cima receber de volta o valor que pagou por esse veículo no já distante ano de 2004”: a resolução é “excessivamente onerosa”.

A primeira observação está já analisada.

Quanto à segunda, a recorrente não tem razão. A desproporção só existiria se o regime aplicável aos efeitos da resolução do contrato não permitisse respeitar o “princípio da justiça comutativa subjacente a todos os contratos onerosos, em geral, e à compra e venda, em especial” (Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. II, 4ª ed., Coimbra, 1997, pág. 206), princípio manifestamente prosseguido pelas regras aplicáveis à venda de bens defeituosos. E a verdade é que a regra de que a resolução tem eficácia retroactiva (nº 1 do artigo 434º), sendo equiparada, quanto aos efeitos, à nulidade ou anulabilidade (artigo 433º), tem de ser conjugada com diversos preceitos que se destinam justamente a evitar que, por essa via, uma das partes enriqueça, injustificadamente, à custa da outra; e, note-se, não impede que, sendo caso disso, a parte que a invoca tenha o direito a ser indemnizada pelos prejuízos sofridos (pelo menos, pelos que não teria sofrido se não tivesse celebrado o contrato). Assim resulta, por exemplo, do disposto no nº 2 do artigo 432º, do nº 2 do artigo 434º (cujo espírito, segundo Calvão da Silva – op. cit., pág. 85 – pode justificar a redução do valor a restituir por for-

ça da resolução, em caso de utilização do bem pelo consumidor) ou nos nºs 1 e 3 do artigo 289º e no artigo 290º. Nestes termos, não havendo elementos que permitam considerar abusivo o exercício do direito de resolução (nº 5 do artigo 4º do Decreto-Lei nº 67/2003 e artigo 334º do Código Civil), e estando preenchidos os requisitos exigidos pelos artigos 2º (al. a) do nº 2), 3º e 4º do DL 67/2003, procede o pedido de resolução. No entanto, não sendo possível ao autor restituir o automóvel tal como lhe foi entregue (nº 1 do artigo 289º do Código Civil), a recorrente só pode ser condenada a restituir o valor que o veículo tiver à data do trânsito em julgado desta decisão, cuja determinação igualmente se remete para liquidação, conforme o disposto no nº 2 do artigo 661º do Código de Processo Civil, até ao limite dos € 12.5000,00 pedidos, acrescido dos juros, à taxa legal, que se vencerem até efectivo e integral pagamento.

10. Finalmente, cumpre apreciar as questões colocadas pela recorrente no que respeita à indemnização de € 900,00 por danos patrimoniais e de € 750,00 por danos não patrimoniais. Ora, não estando provado o nexo de causalidade entre a desconformidade e a avaria, por um lado, e estando provada a ausência de culpa da recorrente, por outro, não pode esta ser condenada a indemnizar danos imputados pelo autor a essa desconformidade, juntamente com a avaria (artigo 12º, nº 1, da Lei nº 24/96 e artigos

798º, 799º e 563º do Código Civil). Esta observação exclui seguramente a indemnização pelos danos decorrentes da imobilização do automóvel, por faltarem ambos os pressupostos (causalidade e culpa). Já quanto aos danos não patrimoniais, atribuídos directamente aos defeitos e à necessidade de recorrer a tribunal (pontos 26 e 27 da lista de factos provados), se não se levanta o obstáculo da falta de causalidade, sempre subsiste a prova de ausência de culpa. Note-se, a terminar, que a prova da falta de culpa afasta a presunção que valeria, por se tratar de responsabilidade contratual (nº 1 do citado artigo 799º), não havendo aqui responsabilidade independente de culpa. Com efeito, o Decreto-Lei nº 67/2003, nem directamente, nem através das alterações que introduziu na Lei nº 24/96, estabeleceu tal regime.

11. Nestes termos, concede-se provimento parcial à revista, decidindo:

- a) Revogar o acórdão recorrido;
- b) Condenar a ré A...-V..., Lda, a pagar ao autor o custo de substituição do motor SDI, de 100cv, dos pistões, das bie-las e da cambota por um motor e pelas demais peças correspondentes a um automóvel S... I... 1.9 TDI Van com data de primeira matrícula de Janeiro de 2000, a liquidar, com referência a Dezembro de 2005, até ao montante de € 4.500,00, acrescido dos juros de mora, à taxa legal, contados desde Janeiro de 2006 até efectivo e integral pagamento;
- c) Ou, em alternativa, declarar resolvi-

do o contrato de compra e venda, condenando a ré A...-V..., Lda. a pagar ao autor o valor que o automóvel tiver à data do trânsito em julgado desta decisão, a liquidar, até ao montante de € 12.500,00, acrescido dos juros de mora, à taxa legal, contados até efectivo e integral pagamento; d) Absolver a ré A...-V..., Lda. dos demais pedidos.

Custas por recorrente e recorrido, na proporção do decaimento que, a final, vier a apurar-se.

Supremo Tribunal de Justiça, 30 de Setembro de 2010

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

(Relatora)

Lopes do Rego

Barreto Nunes

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Primeira Secção) [União Europeia]

14 de Janeiro de 2010 (*)

«Directiva 2005/29/CE – Práticas comerciais desleais – Legislação nacional que enuncia uma proibição de princípio de práticas comerciais que sujeitam a participação dos consumidores num jogo promocional à aquisição de um bem ou de um serviço»

No processo C-304/08, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Bundesgerichtshof (Alemanha), por decisão de 5 de Junho de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 9 de Julho de 2008, no processo

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

contra

Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção), composto por: A. Tizzano (relator), presidente de secção, exercendo funções de presidente da Primeira Secção, E. Levits, A. Borg Barthet, M. Ilešič e J.-J. Kasel, juízes, advogada-geral: V. Trstenjak, secretário: B. Fülöp, administrador, vistos os autos e após a audiência de 11 de Junho de 2009, vistas as observações apresentadas: - em representação da

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, por C. von Gierke, Rechtsanwältin,

- em representação da Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, por D. Mäder e C. Hunecke, Rechtsanwälte,

- em representação do Governo alemão, por M. Lumma e J. Kemper, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo belga, por T. Materne, na qualidade de agente,

- em representação do Governo checo, por M. Smolek, na qualidade de agente,

- em representação do Governo espanhol, por F. Díez Moreno, na qualidade de agente,

- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por F. Arena, avvocato dello Stato,

- em representação do Governo austríaco, por A. Hable, na qualidade de agente,

- em representação do Governo polaco, por M. Dowgielewicz, K. Zawisza e M. Laszuk, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo português, por L. Inez Fernandes, P. Mateus Calado e A. Barros, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo finlandês, por A. Guimaraes-Purokoski, na qualidade de agente,

- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por F. Erlbacher e W. Wils, na qualidade de

agentes, ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 3 de Setembro de 2009, profere o presente

ACÓRDÃO

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 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 Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho] e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 [do Parlamento Europeu e do Conselho] («directiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO L 149, p. 22).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* (associação alemã de luta contra a concorrência desleal, a seguir «*Wettbewerbszentrale*») à *Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, uma empresa alemã de venda a retalho (a seguir «*Plus*»), a propósito de uma prática comercial desta última, considerada desleal pela *Wettbewerbszentrale*.

QUADRO JURÍDICO

Regulamentação comunitária

3 O sexto, sétimo e décimo sétimo considerando da Directiva 2005/29 enunciam o seguinte:

«(6) [A] presente directiva aproxima as legislações dos Estados-Mem-

bro relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam directamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indirectamente os interesses económicos de concorrentes legítimos. De acordo com o princípio da proporcionalidade, a presente directiva protege os consumidores das consequências de tais práticas comerciais desleais se estas forem substanciais, reconhecendo embora que, em alguns casos, o impacto sobre os consumidores pode ser negligenciável. Não abrange nem afecta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre profissionais; na plena observância do princípio da subsidiariedade, os Estados-Membros continuarão a poder regulamentar tais práticas, em conformidade com a legislação comunitária, se assim o desejarem. [...]

(7) A presente directiva refere-se a práticas comerciais relacionadas com o propósito de influenciar directamente as decisões de transacção dos consumidores em relação a produtos. Não é aplicável às práticas comerciais utilizadas principalmente para outras finalidades, incluindo, por exemplo, as comunicações comerciais destinadas aos investidores, como os relatórios anuais e a literatura de promoção das empresas. Não é aplicável aos requisitos legais relacionados com o bom gosto e

a decência, que variam amplamente de um Estado-Membro para outro.

Práticas comerciais como a abor-dagem na rua para efeitos comerciais, podem ser indesejáveis em certos Es-tados-Membros por razões culturais. Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, poder continuar a proibir nos seus territórios práticas comerciais por razões de bom gosto e de decên-cia, mesmo quando tais práticas não restringem a liberdade de escolha dos consumidores. Na aplicação da presen-te directiva, em especial das suas cláu-sulas gerais, deve-se ter plenamente em atenção as circunstâncias de cada caso.
[...]

(17) É desejável que essas práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias sejam iden-tificadas por forma a proporcionar segurança jurídica acrescida. Por con-seguinte, o anexo I contém uma lista exaustiva dessas práticas. Estas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5.º a 9.º

A lista só poderá ser alterada me-diante revisão da presente directiva.»

4 O ARTIGO 2.º DA DIRECTIVA 2005/29 PREVÊ:

«Para efeitos do disposto na pre-sente directiva, entende-se por:

[...]

d) 'Práticas comerciais das em-presas face aos consumidores' (a se-guir designadas também por 'práticas

comerciais'): qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunica-ções comerciais, incluindo a publici-dade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores;

[...].»

5 O ARTIGO 3.º, N.º 1, DESSA DIREC-TIVA DISPÕE:

«A presente directiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empre-sas face aos consumidores, tal como es-tabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transacção comercial rela-cionada com um produto.»

6 DE ACORDO COM O ARTIGO 4.º DA REFERIDA DIRECTIVA:

«Os Estados-Membros não po-dem restringir a livre prestação de ser-viços nem a livre circulação de merca-dorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva.»

7 O ARTIGO 5.º DA DIRECTIVA 2005/29, INTITULADO «PROIBIÇÃO DE PRÁTICAS COMERCIAIS DESLE-AIS», TEM A SEGUINTE REDACÇÃO:

«1. São proibidas as práticas co-merciais desleais.

2. Uma prática comercial é desleal se:

a) For contrária às exigências rela-tivas à diligência profissional,

e

b) Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o com-

portamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

3. As práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente.

4. EM ESPECIAL, SÃO DESLEAIS AS PRÁTICAS COMERCIAIS:

a) Enganosas, tal como definido nos artigos 6.º e 7.º,

ou

b) Agressivas, tal como definido nos artigos 8.º e 9.º

5. O anexo I inclui a lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A lista é aplicável em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da presente directiva.»

8 Por último, em conformidade com o artigo 19.º da Directiva 2005/29:

«Os Estados-Membros devem aprovar e publicar até 12 de Junho de 2007 as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva [...]

Os Estados-Membros devem aplicar essas disposições até 12 de Dezembro de 2007.

[..]»

LEGISLAÇÃO NACIONAL

9 A lei contra a concorrência desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. 2004 I, p. 1414, a seguir «UWG») destina-se, nos termos do seu § 1, a proteger os concorrentes, os consumidores e os outros intervenientes no mercado, face à concorrência desleal. Ao mesmo tempo, protege o interesse geral em que a concorrência não seja falseada.

10 O § 3 da UWG tem a seguinte redacção:

«São ilícitos os actos de concorrência desleal susceptíveis de afectar a concorrência de modo sensível, em prejuízo dos concorrentes, dos consumidores ou de outros intervenientes no mercado.»

11 O § 4 da UWG dispõe:

«Incorre na prática de actos de concorrência desleal na acepção do § 3, em especial, quem

[..]

6. sujeitar a participação dos con-

sumidores num concurso ou num jogo à aquisição de um bem ou à utilização de um serviço, a menos que o concurso ou o jogo estejam, por natureza, ligados ao bem ou ao serviço;

[...]

Litígio no processo principal e questão prejudicial

12 Resulta da decisão de reenvio que a Plus lançou, entre 16 de Setembro e 13 de Novembro de 2004, a campanha promocional «Ihre Millionenchance» («A sua oportunidade de ganhar milhões»), no âmbito da qual o público era convidado a comprar produtos vendidos nas suas lojas, para acumular pontos. A acumulação de 20 pontos dava a possibilidade de participar gratuitamente na extracção de 6 de Novembro de 2004 ou na de 27 de Novembro de 2004 do Deutscher Lottoblock (associação nacional de 16 sociedades de lotaria).

13 Por considerar esta prática desleal, na acepção das disposições conjugadas dos §§ 3 e 4, ponto 6, da UWG, na medida em que fazia depender a participação dos consumidores num jogo promocional da aquisição de bens, a Wettbewerbszentrale pediu ao Landgericht Duisburg que ordenasse à Plus a cessação da referida prática.

14 Após ter sido condenada em primeira e segunda instância, a Plus interpôs um recurso de «Revision» no Bundesgerichtshof.

15 Na sua decisão de reenvio, este tribunal exprime dúvidas quanto à compatibilidade das referidas dis-

posições nacionais com a Directiva 2005/29, na medida em que as mesmas prevêem uma proibição geral dos concursos e dos jogos promocionais com obrigação de compra. Ora, essa prática não consta das enumeradas no anexo I desta directiva, as únicas que podem ser proibidas em quaisquer circunstâncias, independentemente de uma ameaça concreta para os interesses dos consumidores. Além disso, segundo o tribunal de reenvio, não está excluído que, ao actuar dessa forma, a UWG reconheça aos consumidores uma protecção mais ampla do que a pretendida pelo legislador comunitário, mesmo apesar de a referida directiva proceder a uma harmonização completa da matéria.

16 Na sua decisão de reenvio, o Bundesgerichtshof formula igualmente certas observações relativas à admissibilidade do seu reenvio prejudicial.

17 A este respeito, precisa que, apesar de a Directiva 2005/29 ainda não ter sido transposta para o direito alemão e de, nesse âmbito, não estar, de resto, prevista nenhuma alteração nem nenhuma revogação das disposições da UWG em causa no processo principal, está contudo obrigado, por força da jurisprudência resultante do acórdão de 4 de Julho de 2006, Adelenner e o. (C-212/04, Colect., p. I-6057), a interpretar o direito interno, em conformidade com a Directiva 2005/29, a partir de 12 de Dezembro de 2007, ou seja, a data em que, de acordo com o artigo 19.º desta directiva, devia, o mais

tardar, estar assegurada a aplicação das disposições nacionais de transposição.

18 Além disso, embora seja verdade que a publicidade criticada é anterior à data de entrada em vigor da Directiva 2005/29, isto é, 12 de Junho de 2005, o tribunal de reenvio explica que, tendo em conta o facto de o pedido de cessação apresentado pela Wettbewerbszentrale visar infracções futuras, o recurso de «Revision» só será procedente se a cessação puder ser igualmente pedida com base no direito em vigor na data em que proferir a sua decisão.

19 Nestas condições, o Bundesgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29 [...] deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional segundo a qual a prática comercial em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço é, em princípio, proibida, não sendo tido em consideração se a campanha publicitária, no caso concreto, afecta os interesses do consumidor?»

QUANTO À QUESTÃO PREJUDICIAL

20 Através da sua questão, o tribunal de reenvio pergunta, no essencial, se a Directiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a UWG, que prevê uma proibição de princípio, sem ter em conta as circunstâncias espe-

cíficas do caso concreto, das práticas comerciais que fazem depender a participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais da aquisição de um bem ou de um serviço.

QUANTO À ADMISSIBILIDADE

21 O Governo espanhol contesta a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, por considerar que a Directiva 2005/29 não é aplicável a uma situação como a do processo principal.

22 Segundo este governo, uma vez que o litígio opõe duas empresas de nacionalidade alemã, a situação em causa no processo principal caracteriza-se pelo facto de todos os seus elementos se circunscreverem ao interior de um só Estado-Membro, pelo que as disposições da Directiva 2005/29 não se aplicam ao litígio no processo principal (v. acórdão de 21 de Outubro de 1999, Jägerskiöld, C-97/98, Colect., p. I-7319, n.º 45). A título subsidiário, o Governo espanhol alega, no essencial, que a Directiva 2005/29 não é aplicável ao processo principal, na medida em que os factos que o originaram ocorreram não só antes do fim do prazo de transposição dessa directiva mas antes mesmo da adopção da mesma.

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não pode apreciar a conformidade da lei alemã com a Directiva 2005/29. Por último, este governo salienta que, de qualquer forma, esta directiva não visa regulamentar os concursos ou as lotarias ligados à comercialização de bens ou de serviços destinados aos con-

sumidores, uma vez que esse regime foi expressamente objecto de uma proposta de regulamento COM (2001) 546 final relativo às promoções das vendas, que foi posteriormente retirada pela Comissão das Comunidades Europeias, em 2006.

23 Estes argumentos não podem, todavia, ser acolhidos.

24 A este propósito, deve desde já recordar-se que, de acordo com jurisprudência assente, no âmbito da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, prevista no artigo 234.º CE, compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais, que são chamados a conhecer do litígio e devem assumir a responsabilidade da decisão jurisdicional a proferir, apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial, para poderem proferir a sua decisão, como a pertinência das questões que submetem ao Tribunal de Justiça. Por conseguinte, desde que as questões submetidas incidam sobre a interpretação de uma disposição de direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se (v., designadamente, acórdãos de 13 de Março de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 38; de 22 de Maio de 2003, *Korhonen e o.*, C-18/01, Colect., p. I-5321, n.º 19; e de 19 de Abril de 2007, *Asemfo*, C-295/05, Colect., p. I-2999, n.º 30).

25 Daqui resulta que a presunção de pertinência de que gozam as ques-

tões submetidas a título prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais só pode ser afastada em casos excepcionais, nomeadamente, quando for manifesto que a interpretação solicitada das disposições do direito comunitário mencionadas nessas questões não tem relação alguma com a realidade ou com o objecto do litígio do processo principal (v., designadamente, acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, *Bosman*, C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61, e de 1 de Abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, C-212/06, Colect., p. I-1683, n.º 29).

26 Ora, não parece ser esse o presente caso.

27 No que diz respeito, antes de mais, à alusão do Governo espanhol ao acórdão *Jägerskiöld*, já referido, com vista a alegar a falta de dimensão comunitária do processo na origem do presente pedido de decisão prejudicial, basta observar que esse acórdão tinha por objecto a interpretação das disposições do Tratado CE relativas à livre prestação de serviços, as quais, como o Tribunal de Justiça recordou expressamente no n.º 42 do referido acórdão, não são aplicáveis a actividades em que todos os elementos se circunscrevem ao interior de um só Estado-Membro.

28 Pelo contrário, no processo principal, contrariamente às disposições do Tratado em causa no processo que deu origem ao acórdão *Jägerskiöld*, já referido, a aplicação da Directiva 2005/29 não está sujeita à presença de

um elemento de exterioridade. Por força do seu artigo 3.º, n.º 1, esta é, com efeito, aplicável a quaisquer práticas comerciais desleais postas em execução por uma empresa, tendo em vista os consumidores.

29 Em seguida, no que se refere ao argumento de que a Directiva 2005/29 não se aplica ao litígio no processo principal porque os factos que lhe deram origem ocorreram antes da adopção desta directiva, há que observar, por um lado, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a partir da data em que uma directiva entra em vigor, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros devem abster-se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de um modo susceptível de comprometer seriamente, após o termo do prazo de transposição, a realização do objectivo prosseguido por essa directiva (v., em especial, acórdão de 23 de Abril de 2009, VTB-VAB e Galatea, C-261/07 e C-299/07, ainda não publicado na Colectânea, n.º 39 e jurisprudência referida).

30 No presente caso, essa obrigação de abstenção era aplicável, no mínimo, na data da adopção da decisão de reenvio, ou seja, 5 de Junho de 2008, data na qual não só a Directiva 2005/29 já tinha entrado em vigor como também o prazo de transposição da mesma, que terminara em 12 de Dezembro de 2007, já tinha expirado.

31 Por outro lado, de qualquer forma, resulta expressamente da decisão de reenvio que a solução do recurso

de «Revision» interposto pela Plus depende da questão de saber se a cessação em causa pode ser pedida com base no direito aplicável no momento em que será tomada, na sequência da prolação do presente acórdão, a decisão que se pronuncie sobre o litígio no processo principal, na medida em que a referida acção também diz respeito a infracções futuras.

32 Nestas condições, tal como a advogada-geral observou nos n.os 49 a 57 das suas conclusões, a interpretação da Directiva 2005/29 solicitada pelo tribunal de reenvio deve ser considerada útil para lhe permitir pronunciar-se no processo de que foi chamado a conhecer.

33 Por último, no que se refere ao argumento de que as práticas de promoção das vendas em causa no processo principal não são abrangidas pela Directiva 2005/29 pelo facto de terem sido expressamente objecto de uma proposta de regulamento da Comissão, basta observar que essa circunstância, por si só, não pode excluir, designadamente tendo em conta o facto de a referida proposta ter sido retirada em 2006 e, portanto, não ter culminado na adopção de um regulamento, que essas práticas possam constituir, no estado actual do direito comunitário, práticas comerciais desleais na acepção dessa directiva e serem abrangidas pelo âmbito de aplicação da mesma.

34 Tendo em conta as considerações precedentes, há que considerar admissível o pedido de decisão preju-

dicial.

QUANTO AO MÉRITO

35 Para dar resposta à questão submetida, há que determinar, antes de mais, se as práticas que são objecto da proibição que está em causa no processo principal, que ligam a compra de bens ou de serviços à participação dos consumidores num jogo ou num concurso, constituem práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29, estando, assim, sujeitas às disposições previstas nesta última.

36 A este respeito, há que observar que o artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2005/29 define, utilizando uma formulação particularmente ampla, o conceito de prática comercial como «qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores».

37 Ora, há que observar que campanhas promocionais como a que está em causa no processo principal, que sujeitam a participação gratuita do consumidor numa lotaria à compra de uma certa quantidade de bens e serviços, se inscrevem claramente no quadro da estratégia comercial de um operador, visando directamente a promoção e o fluxo das vendas deste. Daqui resulta que constituem, efectivamente, práticas comerciais na acepção do artigo 2.º,

alínea d), da Directiva 2005/29 e estão, em consequência, abrangidas pelo âmbito de aplicação desta (v., por analogia, no que se refere às ofertas conjuntas, acórdão VTB-VAB e Galatea, já referido, n.º 50).

38 Esta conclusão não pode ser posta em causa pela argumentação, adiantada pelos Governos checo e austríaco, de que as disposições da UWG em causa no processo principal, contrariamente às da Directiva 2005/29, têm por objectivo principal, não a protecção dos consumidores mas a dos concorrentes, contra práticas comerciais desleais postas em execução por certos operadores, de modo que essas disposições não se incluem no domínio de aplicação desta directiva.

39 Com efeito, como foi salientado no n.º 36 do presente acórdão, a Directiva 2005/29 distingue-se por um âmbito de aplicação material especialmente amplo, que se estende a qualquer prática comercial que tenha uma ligação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores. Assim, só ficam excluídas do referido âmbito de aplicação, conforme resulta do sexto considerando da directiva, as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que prejudiquem «apenas» os interesses económicos de concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre profissionais.

40 Ora, tal como a advogada-geral observou nos n.os 65 e 66 das suas conclusões, esse não é evidentemente o

caso das disposições nacionais em causa no processo principal, uma vez que os §§ 1, 3 e 4 da UWG visam expressamente a protecção dos consumidores e não apenas a dos concorrentes e dos outros intervenientes no mercado.

41 Dito isto, há que recordar, em seguida, que a Directiva 2005/29 procede a uma harmonização completa, a nível comunitário, das regras relativas às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Assim, tal como o artigo 4.º da mesma prevê expressamente, os Estados-Membros não podem adoptar medidas mais restritivas do que as definidas pela referida directiva, mesmo que seja com o fim de assegurar um grau mais elevado de protecção dos consumidores (acórdão VTB-VAB e Galatea, já referido, n.º 52).

42 Há igualmente que observar que o artigo 5.º da Directiva 2005/29 prevê a proibição das práticas comerciais desleais e estabelece os critérios que permitem determinar esse carácter desleal.

43 Assim, em conformidade com o disposto no n.º 2 desse artigo, uma prática comercial é desleal se for contrária às exigências relativas à diligência profissional ou se distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio em relação a um produto.

44 Quanto ao n.º 4 do referido artigo, este define duas categorias precisas de práticas comerciais desleais, a

saber, as «práticas enganosas» e as «práticas agressivas», que correspondem aos critérios especificados, respectivamente, nos artigos 6.º e 7.º assim como 8.º e 9.º da Directiva 2005/29. Por força destas disposições, tais práticas são proibidas, designadamente, quando, tendo em conta as suas características e o contexto factual, conduzirem ou forem susceptíveis de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que, de outro modo, não teria tomado.

45 Por último, a Directiva 2005/29 estabelece, no seu anexo I, uma lista taxativa de 31 práticas comerciais que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 5, da directiva, são consideradas desleais «em quaisquer circunstâncias».

Por conseguinte, como o considerando 17 da directiva expressamente especifica, trata-se das únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem serem objecto de uma avaliação caso a caso ao abrigo das disposições dos artigos 5.º a 9.º da Directiva 2005/29.

46 Por isso, é à luz do conteúdo e da economia geral das disposições da Directiva 2005/29, recordados nos números anteriores, que se deve examinar a questão submetida pelo tribunal de reenvio.

47 A esse propósito, impõe-se reconhecer que, ao estabelecer uma proibição de princípio das práticas que sujeitam a participação dos consumidores num jogo ou num concurso à compra de produtos ou de serviços, uma legislação

nacional como a que está em causa no processo principal não satisfaz as exigências impostas pela Directiva 2005/29.

48 Com efeito, o § 4, n.º 6, da UWG proíbe quaisquer operações comerciais que liguem a compra de produtos ou de serviços à participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais, com a única excepção das que consistem num jogo ou num concurso intrinsecamente ligado ao bem ou ao serviço em causa.

Noutros termos, esse tipo de prática é proibida de forma geral, sem que seja necessário determinar, à luz do contexto factual de cada caso, se a operação comercial em causa apresenta uma carácter «desleal» à luz dos critérios enunciados nos artigos 5.º a 9.º da Directiva 2005/29.

49 Ora, é pacífico que tais práticas, que associam a aquisição de bens ou de serviços à participação dos consumidores num jogo ou num concurso, não são referidas no anexo I da referida directiva, o qual enumera, como foi recordado no n.º 45 do presente acórdão, de forma taxativa, as únicas práticas que podem ser proibidas sem ser objecto de um exame caso a caso.

50 Por outro lado, uma legislação do tipo da que está em causa no processo principal colide com o conteúdo do artigo 4.º da Directiva 2005/29, que proíbe expressamente os Estados-Membros de manterem ou adoptarem medidas nacionais mais restritivas, mesmo quando tais medidas visem garantir um nível de protecção mais ele-

vado dos consumidores.

51 Nestas condições, há que declarar que a Directiva 2005/29 se opõe a uma proibição de ofertas comerciais que ligam a compra de bens ou de serviços à participação dos consumidores num concurso ou num jogo, como a prevista pela legislação nacional em causa no processo principal.

52 Esta conclusão não pode ser posta em causa pelo facto de o § 4, n.º 6, da UWG prever uma excepção em favor das práticas relativas a um jogo ou um concurso intrinsecamente ligado ao bem ou ao serviço em causa.

53 Com efeito, mesmo que essa excepção seja susceptível de restringir o alcance da proibição prevista na referida disposição, não é menos certo que ela não pode, devido à sua natureza limitada e predefinida, substituir a análise, que deve ser necessariamente levada a cabo tendo em conta o contexto factual de cada caso concreto, do carácter «desleal» de uma prática comercial à luz dos critérios enunciados nos artigos 5.º a 9.º da Directiva 2005/29, quando se tratar, como no caso do processo principal, de uma prática não referida no anexo I desta directiva (v. acórdão VTB-VAB e Galatea, já referido, n.os 64 e 65).

54 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à questão submetida que a Directiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no litígio no processo principal, que prevê

uma proibição de princípio, sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, das práticas comerciais que fazem depender a participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais da aquisição de um bem ou de um serviço.

QUANTO ÀS DESPESAS

55 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 efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

A Directiva 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 Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho] e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 [do Parlamento Europeu e do Conselho] («directiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no litígio no processo principal, que prevê uma proibição de princípio, sem ter em conta as circunstâncias específicas do

caso concreto, das práticas comerciais que fazem depender a participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais da aquisição de um bem ou de um serviço.

Assinaturas

* Língua do processo: alemão.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO: 133/2002.L1.S1

Nº Convencional: 1.ª SECÇÃO
Relator: ALVES VELHO
Descritores: CONTRATO DE
SEGURO
CLÁUSULA CONTRATUAL
GERAL
CLÁUSULA RESOLUTIVA
INVALIDADE
RESOLUÇÃO
ILICITUDE
RESPONSABILIDADE
CONTRATUAL
DENÚNCIA
CONVERSÃO

Nº do Documento: SJ
Apenso:
Data do Acórdão: 12-10-2010
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA
Decisão: CONCEDIDA A REVISTA
Área Temática: DIREITO CIVIL -
RESPONSABILIDADE CIVIL
Doutrina: - A. PINTO MONTEIRO,
“Contrato De Agência”, 2ª ed., 100.
- PEDRO R. MARTINEZ, “Da Ces-
sação Do Contrato”, 220.
Legislação Nacional: CÓDIGO CI-
VIL (CC): - ARTIGOS 224.º, N.º1,

405.º, N.º1, 432.º, N.º 1, 436.º, 562.º,
563.º, 798.º .

DECRETO-LEI N.º 446/85, DE
25/10: - ARTIGOS 1.º, 2.º, 3.º, 22.º,
N.º 1, ALÍNEA B).

Jurisprudência Nacional:
ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRI-
BUNAL DE JUSTIÇA:
- DE 15/4/99, 13/01 E 11/10/2005
(PROCESSOS N.ºS 99A736, 04B96
E 04B1685); DE 09/10/2008 (PRO-
CESSO N.º 08B1926).

SUMÁRIO :

I - As cláusulas que integram as de-
nominadas Condições Gerais da Apó-
lice nos contratos de seguro, enquanto
vertidas em contratos de adesão, são de
qualificar como Cláusulas Contratuais
Gerais, nos termos previstos nos arts.
1º, 2º e 3º do Dec.-Lei n.º 446/85.

II- É inválida a cláusula inserida
em apólice de seguro que preveja a re-
solução do contrato, a todo o tempo,
independentemente da invocação de
qualquer violação contratual ou moti-
vo justificativo em concreto fundado
na lei ou previsto no contrato, caindo
no âmbito de proibição do art. 22º-1-b)
do DL n.º 446/85.

III- O princípio da liberdade con-
tratual, consagrado no n.º 1 do art.
405º do C. Civil, sofre, como a própria
norma prevê ao aludir aos «limites da
lei», restrições ou limitações de ordem
geral e especial, aquelas com acolhi-
mento e sanção prevista nos arts. 280º
e ss. do dito Código e as últimas com
assento na regulamentação de certos

contratos ou tipos negociais, ao incluírem no respectivo regime normas de natureza imperativa. É o que acontece com o contrato de seguro, como contrato de adesão, submetido ao regime das CCG, e, conseqüentemente ao preceito de natureza imperativa que proíbe, com a inerente ilicitude e invalidade, a resolução sem motivo justificado.

IV- A invalidade da cláusula resolutive implica a ilicitude da resolução, mas não a sua ineficácia.

Recebida pela contraparte a declaração resolutive, o contrato extingue-se, constituindo a falta de fundamento da resolução um acto ilícito gerador de numa situação de incumprimento, tornando-se o contraente que assim actuou responsável pelo prejuízo que causar à outra parte, fazendo recair sobre si a obrigação de a indemnizar por ter feito cessar ilicitamente o contrato (art. 798º C. Civil).

V- Se na declaração de resolução, ilícita enquanto tal, se encontrarem presentes os necessários requisitos formais e substanciais da denúncia, nada impede, como admitido no art. 293º C. Civil, que a declaração que vem qualificada como de resolução se tenha como convertida em declaração de denúncia, com a conseqüente extinção do contrato, impedindo a renovação.

DECISÃO TEXTO INTEGRAL:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. - “AA-Transportes S... G...,

Lda.” demandou, em acção declarativa, a “BB-Companhia de Seguros T..., S.A.” e BB, pedindo que a Ré fosse condenada: “a ver reconhecida como ilegítima a declaração de nulidade do contrato ou mesmo a rescisão contratual; por via disso mesmo condenar-se a R. ao pagamento à A. da quantia de € 24.664,93 e de juros legais, desde a citação”; julgar-se improcedente a pretensão da Ré de pagamento pela A. da quantia de € 3.270,13; “no caso de se julgar que a culpa dos prejuízos decorrentes da anulação do contrato de seguro é do Réu, deve este ser condenado nos pedidos que se formulam”.

Alegou, para tanto, a A. que celebrou com a Ré um contrato de seguro de responsabilidade civil do Ramo CMR e um dos veículos da frota coberta pelo seguro teve um acidente, em 8/11/2000, tendo sofrido um prejuízo de € 24.664,93. Contudo, a Ré, invocando que o contrato foi anulado, com efeitos a partir de 30/4/2000, recusa o pagamento da respectiva indemnização, incumprindo o contrato de seguro, sendo que se mantém pendente uma reclamação apresentada pelo Réu, mediador da Autora, junto da Ré.

A Ré contestou, excepcionando a prescrição do direito de crédito invocado. Sustentou a eficácia da anulação do contrato celebrado e impugnou a factualidade vertida na petição.

O Réu CC também contestou.

Após completa tramitação processual, decidiu-se:

“Julgar parcialmente procedentes

os pedidos formulados pela autora AA-Transportes S... G..., Lda. e, em consequência:

a) declarar a ineficácia da declaração resolutória do contrato de seguro celebrado entre a autora e a ré BB-Companhia de Seguros T..., S.A., consubstanciada na declaração desta de 30 de Março de 2000, a que se refere o documento de fls. 13;

b) condenar a mesma ré no pagamento à autora da quantia de € 24.664,93 (vinte e quatro mil, seiscientos e sessenta e quatro euros e noventa e três cêntimos), acrescida de juros, à taxa legal, a contar desde 27/9/2002 e até integral e efectivo pagamento, sendo os vencidos até 10/7/2009 no valor de € 7.133,91 (sete mil, cento e trinta e três euros e noventa e um cêntimos);

c) declarar que a autora não é devedora perante a ré das quantias exigidas por esta nos escritos de fls. 34 e 36.

d) absolver o réu CC da totalidade dos pedidos formulados”.

A R. Companhia de Seguros apelou, mas a Relação manteve o sentenciado, mas deduziu ao montante da condenação o valor da franquia a cargo do segurado em caso de sinistro, fixando, por isso, o respectivo quantitativo em 24.166,19€.

A mesma Ré interpõe agora recurso de revista para pedir a revogação do acórdão e insistir na absolvição do pedido, a coberto da seguinte argumentação conclusiva:

«1.^a- A cláusula 9^a-1 das Condi-

ções Gerais da Apólice não viola qualquer princípio geral de direito que regula os contratos;

2.^a – O prazo de 30 dias é adequado para a celebração de um novo contrato de seguro em qualquer outra seguradora por parte da Autora;

3.^a – Ao não permitir que a Ré use de uma faculdade permitida à Autora, viola-se o princípio da igualdade constitucionalmente garantido pelo disposto no art. 13 da Constituição da República;

4.^a - Ao impor à Ré a obrigação de pagar uma indemnização por acidente ocorrido durante um período em que o prémio respectivo não se encontrava pago, o duto acórdão recorrido viola o disposto nos arts. 1.^o-1, 2.^o, 3.^o, 5.^o-11, do Decreto-Lei n.º 105/94, de 23 de Abril e nos arts. 6.^o, 7.^o, e 8.^o do Decreto-Lei n.º 142/2000, de 15 de Julho, vigente à data do acidente dos autos;

5.^a – Sem pagamento do prémio não existe cobertura como é de lei e era à data do evento (art. 15.^o do Dec.-Lei n.º 142/2000);

6.^a - Assim, independentemente da validade ou invalidade ou nulidade do n.º 1 da Cláusula Geral n.º 9 da Apólice nunca estaria coberto o acidente dos autos por falta de pagamento da contrapartida por parte da A. ao não pagar o prémio correspondente;

7.^a – O contrato de seguro é comutativo, oneroso e sinalagmático;

8.^a - Ao não celebrar novo contrato de seguro, dentro do prazo de 30 dias, que terminou em 30 de Abril de

2000, a A. assumiu o risco de suportar os prejuízos de um eventual acidente que ocorresse a partir daquela data.

9ª. - A Cláusula Geral n.º 9, n.º 1 da Apólice não é nula e não viola o disposto nos arts. 18º, 19º, 21º e 22º do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10.

A Recorrida respondeu defendendo, por com ele concordar, a manutenção do julgado.

2. - Para apreciação e decisão colocam-se neste recurso as questões que seguem, a saber:

- Se válida a cláusula constante do art. 9º-1 das Condições Gerais da Apólice de seguro, relativa à resolução do contrato pela Seguradora;

- Se a resolução efectuada é lícita ou ilícita; e,

- Se a Autora tem direito à indemnização que reclama, em montante igual à quantia que pagou em consequência do sinistro cujo risco estaria coberto pelo contrato de seguro.

3. - São os que seguem os factos definitivamente provados:

1. A ora A. é uma companhia comercial por quotas que se dedica à actividade de transportes terrestres;

2. Nessa qualidade, celebrou com ora R. um contrato denominado de seguro de responsabilidade civil do transportador sobre mercadorias em trânsito (CMR), cujas condições gerais e cláusula particular, aqui se juntam como doc. n.º 1.

3. No dia 08/11/2000, o camião “L-...” que fazia parte da frota do ora A., teve um acidente em Espanha,

facto esse prontamente comunicado ao 2º R. (doc. n.º 4, datado do dia 08/11/2000), reiterado por fax datado no dia 09/11/2000.

4. Dá-se aqui por reproduzido o documento junto a fls. 30 (carta enviada pela Ré ao Réu CC, em 23/01/2001, recusando assumir o sinistro);

5. Dão-se aqui por reproduzidos os documentos juntos a fls. 34/36 (cartas datadas de 2002, relativas a cobrança coerciva de prémios);

6. Dá-se aqui por reproduzido o documento junto a fls. 38 (carta de Junho de 2002, do Mediador para o Advogado da Seguradora);

7. A 1.ª R. decidiu anular a apólice na 500806, em 17/11/1999, por «motivos de ordem técnica», entendendo os resultados da apólice como «catastróficos»;

8. A BB-” Seguradora T...” celebrou com DD-Transportes V..., Lda. o contrato de seguro do ramo transportes especiais, titulada pela apólice na ;

9. A R., BB-”T...” emitiu o prémio vencido em 10/10/1999, no montante de 801.360\$00;

10. (eliminado – não escrito);

11. O R. CC devolveu à BB-”T...” em 29/1 0/99 o recibo n.º -----, no montante de 297.289\$00, por não descortinar do mesmo a que título era devida a quantia;

12. O R. CC devolveu também à BB-”T...” em 09/11/99, o recibo n.º ---- no montante de 801.360\$00, por vir acompanhado de uma acta adicional que incluía viaturas não pertencen-

tes à A.;

13. A devolução de recibos em que se verifique qualquer inexactidão ou irregularidade é um procedimento corrente na mediação;

14. Os serviços do R. CC contactaram várias vezes os serviços da R. BB-”T...” na pessoa do gestor de mediadores, sobre a regularização daqueles recibos;

15. Obteve como resposta que o assunto estava a ser tratado, mas que não se preocupasse, pois a apólice continuava em vigor;

16. O R. CC tem acesso informático à BB-”T...”;

17. Nas consultas que efectuou, pôde confirmar a partir do seu escritório que a apólice n.º -----/CMR encontrava-se em vigor;

18. A 1ª R. não remeteu ao 2º R. nem os recibos oportunamente devolvidos, nem outros rectificandos;

19. A 1ª Ré costuma informar o 2º Réu previamente das anulações técnicas;

20. O 2º R. veiculou para a 1ª R. a participação do sinistro ocorrido no dia 08/1/2000;

21. A BB-”T...” enviou à ora A. uma carta, datada de 30 de Março de 2000, sob a epígrafe “... assunto: apólice n.º -----/Ramo Marítimos - Cascos... “ em que se dizia: “...lamentamos ter de informar V. Ex.a que, ao abrigo do disposto nas respectivas condições gerais, consideramos o nosso contrato como nulo e de nenhum efeito a partir do dia 30 de Abril de

2000...”;

22. Dado que não tinha celebrado com o 1ª R. BB-”T...” nenhum contrato do ramo marítimo/cascos pensou a ora A. haver lapso da 1ª R., razão pela qual não ligou ao teor de tal carta;

23. Na altura do acidente relatado nos autos, a ora A. tinha celebrado um contrato de transporte terrestre com EE-”L... Portuguesa - Revestimentos e Transformações de Metais Ld.a”, resultando desse acidente que a ora A. teve que indemnizar esta sua cliente no montante de 5.234.571\$00, ou seja, € 26.109,93;

24. Aos danos acima referidos foi deduzido o montante de € 1.445,00, resultante de recuperação de material como sucata, facto este prontamente comunicado ao 2º R.;

25. A 1ª R. manteve junto do 2º R., que actuou como interlocutor da ora A. e da 1ª R., a posição assumida na carta referida a fls 13;

26. A A. tentou inteirar-se junto do 2º R. CC sobre quais as diligências tomadas relativamente à posição tomada pela 1ª R. na já referida carta;

27. O 2º R. forneceu ao ora A. duas exposições conforme documentos juntos a fls 27 a 29;

28. A A. solicitou ao 2º R que informasse, por escrito, em que data e por que razão, foi devolvido o recibo, que aquele devolveu, solicitação esta satisfeita por fax de 21/03/2002;

29. A ora A. recebeu da 1ª R. os avisos de pagamentos de tais recibos;

30. O seguro em causa vigorava

com uma franquia no valor de Esc.: 100.000\$00 a suportar pelo segurado em cada sinistro;

31. Através da acta adicional n.º 3, a partir de 13/05/98 o contrato de seguro em causa passou a vigorar em nome de AA-Transportes S...G..., Lda, a ora A.;

32. O vencimento do contrato era em 10 de Outubro de cada ano, sendo o pagamento de prémio anual;

33. A autora pagou o prémio anual, vencido em 11/10/1998, relativo à apólice em causa nos autos;

34. A Autora solicitou à Ré, em 8/07/1999, a inclusão do semi-reboque L... na apólice CMR com igual capital ao dos restantes semi-reboques.;

35. A Autora solicitou à Ré, em 12/08/1999, a exclusão do semi-reboque L-...;

36. A Autora solicitou à R., em 13/09/1999 a inclusão na apólice CMR do semi-reboque L... nas mesmas condições dos restantes veículos;

37. A A. solicitou à R., em 27/09/1999, a inclusão do semi-reboque L..., com o capital seguro de 45.000 contos, igualmente na apólice CMR;

38. A A. solicitou em 28/09/1999 a suspensão dos semi-reboques L... e L-...;

39. A A. solicitou à R., em 29/10/1999, a inclusão do semi-reboque L... nas mesmas condições da apólice CMR;

4. - MÉRITO DO RECURSO.

4. 1. - (In)validade da cláusula

constante do art. 9.º-1. das Condições Gerais da Apólice.

No acórdão impugnado concluiu-se, confirmando o decidido na 1.ª Instância: “Assim, a questão tem de ser analisada com base no facto vertido em 2.1.7. onde se refere «A 1.ª R. decidiu anular a apólice n.º ..., em 17/11/1999, por “motivos de ordem técnica”, entendendo os resultados da apólice como “catastróficos”.

E foi com base neste facto e bem, quanto a nós, que a sentença recorrida analisou a questão, tendo-o feito com base na cláusula geral n.º 9.º, julgando e bem nula tal cláusula e por conseguinte que o contrato de seguro em causa não fora validamente resolvido mediante o escrito de 30/3/2000, mostrando por isso o seguro válido, pelo menos à data do acidente”.

A Recorrente continua a defender a validade da cláusula em que fez apoiar a declaração de resolução do contrato, a coberto do princípio da liberdade contratual e da sua realização com a antecedência de trinta dias relativamente à produção dos efeitos resolutivos.

Vem assente o entendimento, aliás confessado na contestação, segundo o qual a Recorrente invocou a resolução do contrato de seguro, prevista na cláusula geral aplicável sob o art.º 9, n.º 1, que estabelece «Qualquer das partes pode, a todo o tempo, resolver o contrato, desde que o notifique à outra parte, por correio registado, com a antecedência mínima de 30 dias, em relação à data a partir da qual preten-

de que a resolução produza efeitos», cláusula julgada nula, por proibida, consoante disposição do art. 22º-1-b) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, que taxa de proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais inseridas no contrato que “permitam, a quem as predisponha (...) resolvê-lo sem motivo justificativo fundado na lei ou em convenção”.

A norma em causa, reproduzindo, embora, a doutrina consagrada no art. 432º-1 C. Civil, mas invertendo a respectiva formulação, tem, pelo menos, o conteúdo útil de pôr em evidência a proibição de inclusão de tais cláusulas, tornando clara a natureza ilícita da declaração resolutive infundada.

Ninguém questiona que as cláusulas que integram as denominadas Condições Gerais da Apólice nos contratos de seguro, enquanto vertidas em contratos de adesão, em que avulta a ausência de negociação prévia pelos destinatários ou a impossibilidade de as influenciar, são de qualificar como Cláusulas Contratuais Gerais, nos termos previstos nos arts. 1º, 2º e 3º do Dec.-Lei n.º 446/85.

Releva essencialmente no desígnio da lei a protecção do consumidor aderente contra possíveis actuações abusivas do predisponente na elaboração de cláusulas contratuais que a outra parte fica sujeita a aceitar, oferecendo-se como alternativa apenas a não celebração do contrato.

Exige-se, pois, como condição de validade e eficácia da cláusula resolu-

tiva que a mesma assente num facto, previsto na lei ou reconhecido pelos outorgantes, passível de afectar o quadro negocial ou o equilíbrio das prestações, que, quando verificado, seja havido como justificativo a destruição imediata da relação contratual, em regra um incumprimento, o que seguramente não sucede com a verificação de uma resolução ad nutum.

Ora, no caso, a declaração resolutive, assentando em convenção, vertida na transcrita Condição Geral 9-1, remete justamente para cláusula despidada de qualquer conteúdo integrador de “motivo justificativo”, por isso que nenhuma conduta ou incumprimento prevê como fundamento invocável para a resolução. Prevê-se a faculdade de resolução pura e simples, sem qualquer fundamentação, ou, como dito, ad nutum, cumprindo o requisito estabelecido no art. 432º-1 C. Civil (convenção) apenas sob o aspecto formal.

Como se decidiu já nos acórdãos deste Supremo de 15/4/99, 13/01 e 11/10/2005 (procs. 99A736, 04B96 e 04B1685), emitindo pronúncia sobre cláusulas constantes de apólices de Seguro, de conteúdo idêntico à ora em apreciação, ao permitir a resolução do contrato, a todo o tempo, independentemente da invocação de qualquer violação contratual ou motivo justificativo em concreto fundado na lei ou previsto no contrato, a cláusula cai flagrantemente no âmbito de proibição do art. 22º-1-b) do DL n.º 446/85.

O princípio da liberdade contra-

tual, consagrado no n.º 1 do art. 405º do C. Civil, que a Recorrente convoca, sofre, como a própria norma prevê ao aludir aos «limites da lei», restrições ou limitações de ordem geral e especial, aquelas com acolhimento e sanção prevista nos arts. 280º e ss. do dito Código e as últimas com assento na regulamentação de certos contratos ou tipos negociais, ao incluírem no respectivo regime normas de natureza imperativa.

No caso, é o que acontece com a qualificação do contrato de seguro como contrato de adesão, submetido ao regime das CCG, e, conseqüentemente ao aludido preceito de natureza imperativa que proíbe, com a inerente ilicitude e invalidade, a resolução sem motivo justificado.

Crê-se, de resto, que a mesma solução resultaria já, também em sede de regime geral, do preceito, que se crê igualmente de natureza imperativa, constante do n.º 1 do citado art. 432º, vazia que se mostra de qualquer conteúdo substancial a convenção resolutive clausulada.

O que se deixa referido é aplicável a ambos os contraentes e independentemente de a cláusula estabelecer ou não um regime de reciprocidade, pois que o que a lei veda sempre (imperativamente) é a resolução sem motivo justificativo com acolhimento na lei ou previsto no contrato, como estipulado na cláusula que consta da Condição 9ª.

Assim sendo, revela-se manifestamente infundada a invocação da violação do princípio constitucional da

igualdade, desde logo pela óbvia razão que não foi reconhecida à Autora a faculdade de resolver o contrato a coberto da cláusula, nem admitida essa possibilidade e, muito menos, não permitida à Ré qualquer faculdade permitida à Autora.

Conclui-se, pois, pela proibição e conseqüente invalidade da cláusula que constitui a Condição 9ª-1 das CGA do contrato de seguro.

4. 2. - (I)LICITUDE DA RESOLUÇÃO.

Tendo-se concluído pela invalidade da cláusula resolutive invocada pela Recorrente para pôr termo ao contrato, está-se, face ao fundamento aduzido na declaração resolutive, perante um acto ilícito, uma resolução contratual ilícita.

Por outro lado, não foi alegada nem demonstrada qualquer causa resolutive com suporte na lei, como exigido no art. 432º-1 C. Civil.

A resolução não assentou, portanto, em qualquer fundamento atendível.

Revela-se, assim, a todos os títulos – por se fundar em convenção inválida e por não ter sido invocado e demonstrado outro fundamento legalmente relevante -, ilícita.

Mas, incontornável é o facto de a declaração resolutive ter efectivamente existido.

Foi ilícita, por infundada, mas consumou-se e, como tal, produz efeitos.

De notar, antes de avançar, que a invalidade da cláusula não afecta a validade da declaração resolutive; torna-a

injustificada e ilícita, mas não ineficaz ou nula.

Ora, a resolução contratual pode fazer-se mediante mera declaração à contraparte, declaração que, logo que conhecida desta última, fixa o momento da destruição da relação contratual – arts. 436º e 224º-1 C. Civil.

Daí que, embora a resolução não tivesse fundamento, se não possa entender que o contrato se mantenha, continuando ou reatando-se a relação contratual, e, por via disso, continuando a parte que emitiu declaração resolutive vinculada ao cumprimento das respectivas prestações contratuais.

Recebida pela contraparte a declaração resolutive, o contrato extingue-se, constituindo a falta de fundamento da resolução um acto ilícito gerador de numa situação de incumprimento, tornando-se o contraente que assim actuou responsável pelo prejuízo que causar à outra parte, vale dizer, fazendo recair sobre si a obrigação de a indemnizar por ter feito cessar ilicitamente o contrato (art. 798º C. Civil).

Conclui-se este ponto reconhecendo que em razão da ilícita destruição e cessação do contrato a Ré-recorrente se constitui na obrigação de indemnizar a Autora pelos prejuízos que lhe causou com o seu incumprimento.

4. 3. - INDENIZAÇÃO.

Reconhecida a obrigação de indemnizar, por dissolução ilícita do vínculo contratual, resta averiguar se a Autora tem direito à indemnização

que reclama, por incumprimento, isto é, montante igual à quantia que pagou em consequência do sinistro cujo risco estaria coberto pelo contrato de seguro.

Em matéria de indemnização, dispõe o art. 562º C. Civil, como princípio geral, que o obrigado à reparação do dano deve reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento que obriga à reparação, só existindo, como acrescenta o art. 563º, em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

Assim, a obrigação de indemnização, visando, em primeira linha, a reconstituição natural, supõe que o facto ilícito que é causa da obrigação seja ainda a causa do dano.

Há-de tratar-se de uma causalidade adequada, isto é, a obrigação de indemnizar terá de resultar de um quadro factual em que a conduta do lesante “deve ser” tida como causa do resultado, respondendo pelas consequências danosas para cuja produção a respectiva conduta era adequada, mas já não por aqueles efeitos da mesma que, segundo critérios de normalidade das coisas e seu desenvolvimento, de acordo com a experiência da vida, não revelam aptidão para produzir o resultado, só se tornando condição do dano verificado em virtude de outras circunstâncias extraordinárias.

Assim postas as coisas, sendo a resolução ilícita, bem poderia executar-se o cumprimento da prestação do contraente faltoso, como se extinção do

vínculo não tivesse ocorrido, enquanto modo de reconstituição da situação que existiria se não fosse a prática do acto ilícito causal do incumprimento. É o que, em primeira linha, decorre do enunciado princípio geral.

E, no caso, a prestação até seria possível e correspondia à obrigação a que vinculara o autor do incumprimento, a Recorrente Seguradora.

Crê-se, porém, não ser possível a atribuição da indemnização peticionada, com o fundamento invocado.

Com efeito, a prestação a que se faz corresponder a indemnização refere-se à indemnização por acidente ocorrido em 8 de Novembro de 2.000 com veículo cujo risco estaria coberto pelo contrato de seguro se este estivesse em vigor nessa data.

Em confronto, não pode deixar de ponderar-se, por um lado, que a declaração resolutive foi emitida em 30 de Março de 2.000 para produzir efeitos a partir de 30 de Abril do mesmo ano, e, por outro lado, que o contrato vigorava pelo período de um ano, renovável em 10 de Outubro, tendo a A. pago o prémio anual vencido em 11 de Outubro de 1998, ocorrendo com o vencido em Outubro de 1999 as vicissitudes de que dão conta os factos 9. e 11. e ss., nunca pagos.

Mas, assim sendo, o evento causal da prestação da Ré (o sinistro e a indemnização por ele devida) ocorreu para além do período de vigência do contrato em que foi proferida a declaração de extinção pela Ré, pois que a partir de

11 de Outubro de 2.000 a vigência do contrato dependeria da sua renovação.

No contrato – art. 8º-3 das CGA – foi convencionada a renovação do contrato por períodos anuais, excepto se qualquer das partes o denunciasse com a antecedência de mínima de 30 dias, em relação à data do vencimento.

Ora, independentemente da questão da falta de pagamento dos prémios e seus efeitos relativamente à convencionada “renovação” do contrato, coloca-se, antes de mais, a de saber se é possível estender os efeitos do incumprimento resultantes de uma resolução ilícita, designadamente a obrigação de indemnização por cessação ilícita do contrato, a deveres de prestação que apenas poderiam nascer no período de renovação convencionado.

Entende-se que a resposta deve ser negativa.

A declaração que vem qualificada como de resolução contratual, por a Ré ter convocado (art. 30º da contestação) o art. 9º-1 das CGA, apesar de o escrito se referir a “contrato como Nulo e de Nenhum Efeito”, revela manifestamente a vontade de extinção do contrato.

Constasse dela a expressão “denúncia” e, certamente, ninguém poria em causa a sua validade e produção de efeitos para o fim do prazo contratual em curso, impedindo a renovação. Aqui haveria apenas que fazer a comunicação com antecedência razoável relativamente ao termo de vigência, o que realmente aconteceu.

Na declaração de resolução, ilícita enquanto tal, encontram-se presentes os necessários requisitos formais e substanciais da denúncia, respeitando ainda o clausulado no art. 8º das CGA.

Perante o concurso de tais requisitos, nada impede, como admitido no art. 293º C. Civil, que a declaração que vem qualificada como de resolução se tenha como convertida em declaração de denúncia, com a consequente extinção do contrato, impedindo a renovação (cfr., sobre o ponto, PEDRO R. MARTINEZ, “Da Cessação Do Contrato”, 220; A. PINTO MONTEIRO, “Contrato De Agência”, 2ª ed., 100; e ac. STJ, de 09/10/2008 – proc. 08B1926).

A indemnização reclamada carece, assim, de fundamento jurídico, por o dano que a consubstancia se reportar a prestação de contrato cujo período de renovação e vigência não teve lugar, por denúncia.

Mas crê-se que também dele careceria, em qualquer caso, por ausência denexo de causalidade (adequada), pois que não é aceitável, desde logo pela manifesta irrazoabilidade comportamental que a inércia da A. reflecte, considerar adequada à produção do acidente e reparação dos seus efeitos pela Autora a declaração de cessação do contrato de seguro que cobriria tal risco, se renovado, tendo ocorrido a declaração antes de atingido o meio do período de vigência em curso e da data da renovação, esta, por sua vez, situada um mês antes do sinistro.

Numa palavra, o direito a indemnização de que a Autora possa ser titular, em razão da ilícita resolução, ou, se fosse caso disso, de denúncia indevida, não encontra fundamento de atribuição no invocado incumprimento do contrato de seguro com tradução no montante dos prejuízos que a mesma A. teve de suportar em consequência do sinistro ocorrido em Novembro de 2.000.

5. - DECISÃO.

Em conformidade com o exposto, acorda-se em:

- Conceder a revista;
- Revogar a decisão impugnada;
- Absolver a Ré BB-“Companhia de Seguros T..., SA” da condenação contra si proferida da mesma decisão (pagamento à Autora da quantia de 24.166,19€); e,
- Condenar a Recorrida nas custas.

Supremo Tribunal de Justiça.
Lisboa, 12 Outubro 2010.

Alves Velho (Relator)
Moreira Camilo
Urbano Dias

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 6686/05.2TBVFX-A.L.I.I.

Nº Convencional: 6.^a SECÇÃO

Relator: CARDOSO DE ALBUQUERQUE

Descritores: CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO

FIANÇA

FORMA DO CONTRATO

FORMA ESCRITA

DEVER DE INFORMAÇÃO

CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL

DEFESA DO CONSUMIDOR

FIADOR

NULIDADE DO CONTRATO

Nº do Documento: SJ

Data do Acórdão: 17-06-2010

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA

Doutrina: - Abílio Neto, Operações Bancárias, Cap. VI 1. Crédito ao Consumo, págs. 397 e ss. .

- Gravato Morais, Contratos de Crédito ao Consumo, págs. 141 a 145 e 347.

Legislação Nacional: CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGOS 626.º E 637.º, N.º 1.

DECRETO-LEI N.º 26.556, DE 30-04-1936 (LULL) : - ARTIGO 32.º .

DECRETO-LEI N.º 446/85 (LEI DAS CLÁUSULAS CONTRATU-

AIS GERAIS): - ARTIGOS 5.º, 8.º, ALÍNEA A).

DECRETO-LEI N.º 133/2009, DE 2-07: - ARTIGOS 2º N.º 1, ALÍNEA B), 6.º N.º 1, 7.º N.º 1, 12.º, N.º 2.

LEI N.º 24/96, DE 31 /07 (LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

Jurisprudência Nacional:

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE LISBOA:

- DE 5/02/2002, IN CJ , 2002, TOMO1 , 99;

- DE 5/06/2007, PROCESSO Nº 40323/07-6ª, DISPONÍVEL EM WWW.DGSI.PT

ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DO PORTO:

-DE 15/02/2005, ACESSÍVEL EM WWW.DGSI.PT .

ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

- DE 12/01/2006, PROCESSO 05B3756;

- DE 03/05/2005, PROCESSO 06B1656, ACESSÍVEIS EM WWW.DGSI.PT .

SUMÁRIO

I - Tomando como certo que o recorrente subscreveu o contrato de financiamento para aquisição de um automóvel concedido pela instituição bancária aos demais subscritores, e não logrando provar-se se a instituição de crédito lhe entregara cópia do mesmo, o contrato em causa, subjacente à livrança que subscreveu como avalista e dada à execução, não padece de nulidade.

II - A simples não prova da entrega

no próprio acto ao recorrente, como fiador do contrato bancário em causa, de um exemplar do mesmo, com inserção das cláusulas contratuais gerais propostas pelo banco exequente, não afecta a validade das cláusulas específicas que dele constavam quanto a assumir, nos termos gerais do contrato de fiança, a obrigação de pagamento do mútuo destinado à aquisição do veículo automóvel nele identificado e, logo, não conduz à invalidade da fiança, muito menos, afecta o aval por ele apostado na livrança em branco, a favor dos subscritores e entregue ao banco exequente com a inerente autorização do seu preenchimento do valor em dívida como reforço da garantia de pagamento das prestações acordadas.

DECISÃO TEXTO INTEGRAL:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I BPN Crédito – Instituição Financeira de Crédito, S.A., instaurou execução comum para pagamento de quantia certa contra AA, BB e DD, no montante de € 26.181,84, ao qual acrescem juros vencidos à taxa legal de 4% desde o dia seguinte ao do seu vencimento até à data a entrada em juízo da execução, e vincendos até efectivo e integral pagamento, com base em livrança de que é portador, livrança subscrita pelos executados.

O executado DD deduziu oposição à execução, alegando, em síntese, ter assinado a livrança em causa, na qualidade de avalista e que a mesma foi

assinada em branco e serviu para reforço da garantia prestada pelos demais executados, num contrato de financiamento para aquisição de um veículo automóvel; que os demais executados constam no referido contrato como mutuários e o oponente como fiador; que apesar de ter assinado o contrato de financiamento nessa qualidade, não lhe foi entregue cópia do mesmo, como é obrigatório, o que nos termos do art.7º, nº1 do D.L. nº359/91, de 21.09 gera a sua nulidade; por outro lado, não renunciou ao benefício da excussão dos bens dos mutuários, sendo-lhe lícito, por isso, recusar o cumprimento; por outro lado, a exequente é parte ilegítima porquanto desconhece se a mesma sucedeu na posição da mutuante a favor da qual foi assinada a livrança; mais, desconhece o valor da livrança, o capital em dívida bem como os juros. Concluiu pela ilegitimidade da exequente, devendo o contrato ser julgado nulo e, em consequência, os embargos julgados procedentes.

A exequente contestou alegando, em síntese, que remeteu ao oponente cópia do contrato em causa; que o benefício da excussão prévia invocado pelo oponente, improcede em virtude de este não ser fiador mas avalista no contrato de financiamento, pelo que o mesmo é responsável da mesma maneira que as pessoas por ele afiançadas. Concluiu pela improcedência da oposição, requerendo o prosseguimento da execução nos termos legais.

Foi proferido saneador sentença

onde foram julgadas improcedentes as exceções de ilegitimidade do exequente e do benefício da excussão prévia e improcedente a oposição.

Desta decisão recorreu o executado-opoente, vindo o tribunal da Relação a anular parcialmente a decisão recorrida –manteve-se a decisão sobre as exceções, ordenando a elaboração de Base Instrutória com a formulação de dois artigos atinentes à matéria da entrega de cópia do contrato ao oponente.

Baixados os autos e elaborada a BI, foi realizado o julgamento, após o que veio a ser proferida sentença que julgou improcedente a oposição, com fundamento em abuso de direito e determinou o prosseguimento da execução.

Desta sentença recorreu o executado-opoente, mas a Relação de Lisboa decidiu manter aquela, ainda que com diferente fundamento, julgando o recurso improcedente.

De novo inconformado, o executado/embarcante recorreu de revista, tendo, na respectiva peça alegatória dito, resumidamente, o seguinte :

“1. O Tribunal da 1ª instância, após a baixa do autos determinada pela Relação não deu por provados os quesitos em que se perguntava se o embargante solicitara ao embargado que lhe fosse remetido cópia do contrato de financiamento e se o embargado fizera conforme cópia do documento junto sob o nº2 .

2 – Tal matéria resultava do que a exequente alegara para pôr em causa a tese do recorrente, ou seja, a de que lhe

não fora entregue cópia do contrato

3 – O acórdão em crise seguindo caminho diverso do anterior veio declarar que ele recorrente não tinha a qualidade de “ consumidor “ no contrato, pelo que não tinha que lhe ser entregue cópia do contrato.

4 – O recorrido não pode porém ser deixado de se considerar como “ consumidor “ para efeitos de lhe ser entregue uma cópia de contrato em que interveio como avalista .

5 – Cabia ao recorrido providenciar pela entrega de uma cópia do contrato por dispôr de uma estrutura empresarial direccionada para este tipo de contratos de “ crédito ao consumo “

6 – O contrato é, por isso, nulo e o tribunal recorrido violou, além de outros os artºs 1-b, 6º.1 e 7-1 do Dec. Lei nº359/91 que regula o crédito ao consumo .

Não houve contra-alegações,

II . Após exame do relator, foram corridos os vistos legais

Cumpre decidir

III A matéria de facto dada como assente pelas instâncias é a seguinte:

1) Com a data de 06.03.2001, foi celebrado entre a “BPN Créditos – Sociedade Financeira para Aquisições a Crédito, S.A.” e AA, BB, na qualidade de mutuários, e DD, na qualidade de “avalista”, um acordo escrito de financiamento para aquisição de bens de consumo duradouros, respeitante a um veículo automóvel da marca SKODA, modelo OCTAVIA 1.9 TDI 110, no valor de Esc. 4.500.000\$00 (quatro

milhões e quinhentos mil escudos), nos termos do qual aqueles se obrigaram a pagar à primeira o montante de Esc. 7.910.688\$00 (sete milhões novecentos e dez mil seiscientos e oitenta e oito escudos), em 72 prestações mensais no valor de Esc. 109.704\$00 (cento e nove mil setecentos e quatro escudos) – Al.A) dos factos assentes.

2) A embargada “BPN Crédito – Instituição Financeira de Crédito, S.A.” é portadora da livrança dada à execução, junta a fls. 7 dos autos de Execução comum nº 6686/05.2 TB-VFX, datada de 05/03/2001, no montante de Esc. 5.248.988\$00 (cinco milhões duzentos e quarenta e oito mil novecentos e oitenta e oito escudos), com vencimento em 30/06/2005, e que tem apostado os nomes de BB e de AA, no lugar destinado à subscrição, e que tem apostado o nome de DD no verso da livrança, em baixo das palavras “Bom por aval ao subscritor”- Al.B) dos factos assentes.

3) O pagamento da livrança, a que se faz referência em B), ainda não ocorreu – Al.C) dos factos assentes.

4) Mostra-se registada, através da Ap. .../... a incorporação por fusão da “BPN Créditos – Sociedade Financeira para Aquisições a Crédito, S.A.” na “BPN Crédito – Instituição Financeira de Crédito, S.A.”-Al.D) dos factos assentes.

5) Por carta datada de 19/01/2004, enviada pela exequente ao opoente CC, e por este recebida, foi o mesmo informado das prestações em dívida e

solicitado que regularizasse as quantias em débito referentes ao contrato de financiamento, tendo-lhe sido remetida cópia do mesmo- Al.E) dos factos assentes.

IV .O recurso interposto visa apenas e como se impõe na revista, o direito aplicado.

No fundo, o que se trata é de saber se, tomando como certo que o recorrente subscreveu o contrato de financiamento para aquisição de um automóvel concedido pela recorrida instituição bancária aos demais subscritores, e não logrando provar-se se essa mesma instituição de crédito lhe entregara cópia do mesmo, o contrato em causa, subjacente à livrança que subscreveu como avalista e dada à execução, padece de nulidade.

O acórdão recorrido depois de dizer que havia dúvidas se o recorrente na qualidade de embargante na execução assinara tal contrato subjacente à livrança como fiador e não como avalista, dada a má qualidade da fotocópia do impresso desse contrato onde aliás consta que o automóvel a adquirir era pertença da firma DD-“ C... M... Lda “entendeu que mesmo como fiador, o que se tornava duvidoso, por constar da fotocópia do impresso do contrato e antes da assinatura nele aposta a sua qualidade de “avalista” dos mutuários, se não lhe aplicavam os normativos invocados por não ter a qualidade de “consumidor final” e que, além do mais, admitindo-se a inclusão do dito documento das denominadas “cláusu-

las contratuais gerais “ a não prova da entrega de um exemplar do contrato apenas levaria a sua responsabilidade ficar restringida às condições específicas do contrato e não à nulidade do contrato de fiança, como já decidido em vários acórdãos deste Supremo Tribunal.

Vejamos.

Não se ignora que o crédito ao consumo exige redobrados deveres de informação por se dirigir, muitas vezes a particulares sem experiência nos contactos bancários.

Seguindo a legislação comunitária de tutela dos consumidores de produtos financeiros, o Dec. Lei nº359/91 de 15/09 posteriormente revogado pelo DecLei nº 133/2009 de 2/07 veio estabelecer a obrigatoriedade da entrega de um exemplar do contrato, necessariamente reduzido a escrito e assinado pelos contraentes, ao “consumidor” e no momento da assinatura –artº 6º nº1 - sob pena da nulidade –artº 7º nº1.

Trata-se esta de uma nulidade atípica que não pode ser conhecida oficiosamente, antes devendo ser suscitada pelo contraente consumidor.

Ora tem sido entendido não ter o fiador a qualidade de “consumidor” cuja definição para efeitos de aplicação daquele diploma e nos termos do seu artº 2º nº1 aln b) é a de “ pessoa singular que nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente diploma actua com objectivos alheios à sua actividade comercial e o profissional.”

Trata-se, no entanto, de questão menos pacífica, o actual diploma veio,

por isso, expressamente estabelecer no seu artº 12º nº2 que deve ser entregue um exemplar do contrato a todos os contraentes, incluindo os garantes e no momento da respectiva assinatura, disposição esta inovadora em confronto com o artº 6º nº1 do Dec.Lei nº359/91.

Não se ignora que na doutrina havia vozes discordantes, como Gravato Morais (“ Contratos de Crédito ao Consumo” pp 141 a 145) que entendia que os garantes deviam também ser abrangidos na definição de “consumidores”, posto não constituindo a fiança um contrato de crédito ao consumo.

Mas não assim na jurisprudência, como observado no acórdão recorrido na base do entendimento que no Anteprojecto do Código do Consumidor constava quanto aos deveres de informação dos contraentes proponentes de cláusulas contratuais gerais que eles tinham como destinatários os fiadores e o “consumidor final”, o que entretanto foi arredado da versão definitiva.

E, na verdade, sobressai da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96 de 31 /07) a mesma noção restrita de “consumidor “ pessoa que adquire um bem ou um serviço para uso privado conforme à formulação mais corrente na doutrina e nas Directivas Comunitárias que estiveram na base do citado diploma de 1991.

E que não nos parece inculcar a intenção do legislador de abranger a figura do fiador, como garante pessoal da obrigação assumida pelo devedor

mutuário.

Também na jurisprudência deste Supremo se vinha entendendo à luz do diploma em causa que em face da omissão dos deveres de comunicação e informação, no âmbito do regime das cláusulas contratuais gerais, em que se insere o crédito ao consumo, enquanto contrato de adesão, a fiança (que se não confunde com o aval, acto estritamente cambiário e que origina uma obrigação autónoma, nos termos previstos no artº 32º da LULL) não seria nula, antes, simplesmente restrita às condições específicas do contrato (assim o Ac.s de 12/01/2006, proc.05B3756 e de 3/05/2005, proc. 06B1656, acessíveis nas bases de dados do ITIJ e constantes da resenha feita in Operações Bancárias de Abílio Neto, Cap VI 1. Crédito ao Consumo, fls 397 e ss).

Também neste mesmo sentido se pronunciaram os acórdãos da Relação do Porto de 15/02/2005 em *www.dg-si.pt* e de Lisboa de 5/02/2002 in CJ, 2002, Tº1, 99 e de 5/06/2007, proc nº 40323/07-6ª disponível na mesma base de dados da ITIJ.

Ou seja, o regime proteccionista referido no artº 5º do Dec. Lei nº446/85 (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais) apenas abarca as cláusulas contratuais gerais, por regra excluídas do campo negocial discutido entre as partes e sendo, em princípio, insusceptíveis de modificação por parte do outro contraente, determinando a sua exclusão, nos termos do artº 8º aln a)

Mas já no que concerne às cláu-

sulas particulares que constam do documento junto e antecedendo as assinaturas dos mutuários e do recorrente, designadamente, as referentes ao montante do financiamento, taxa de juros e plano da amortização, regem as normas gerais.

A validade da declaração de fiança e supondo estarmos perante uma fiança no que respeita ao negócio subjacente à emissão da livrança, e não perante um aval enquanto garantia pessoal dotada de autonomia e constituindo um negócio jurídico abstracto, basta-se, com efeito e nos termos gerais, como a expressão da vontade pela forma exigida para a obrigação principal, não constituindo requisito substancial da mesma, o conhecimento integral da inerente responsabilidade, bastando a determinabilidade do seu objecto(artº 626º do CCivil), sendo que no caso, o recorrente subscreveu o contrato documentado nos autos e de que constavam as condições e o montante do financiamento aos mutuários, aliás para aquisição de veiculo pertencente a firma formada com o seu próprio nome, o que deixa entrever não ser ele alheio ao negócio para que foi concedido o crédito, garantindo, como é prática corrente nos contratos de crédito ao consumo, o cumprimento do mesmo pelos seus beneficiários através da aposição de aval a uma livrança, por estes subscrita, entregue em branco(cfr Gravato de Moraes, op. cit., 347)

Certo que o fiador, nos termos do artº 637ºnº1 do Cod. Civil tem o di-

reito de opôr ao credor os meios de defesa que competem ao devedor e, nesta base, também se pode defender que a não entrega ao mutuário de um exemplar do contrato violaria o disposto naquele artº 6º do Dec Lei nº359/91.

Mas no caso, nada foi alegado nesse sentido, o que o recorrente veio dizer foi que tinha ele mesmo a posição de “consumidor” enquanto garante da obrigação dos mutuários tal como definido naquele preceito do DecLei 359/91 e que, como tal, dever-lhe –ia ser entregue um exemplar do contrato, cujo ónus de prova, sem dúvida, competiria ao banco exequente.

Não invocou, pois, a nulidade do contrato em função dos meios de defesa que caberiam aos devedores/consumidores afiançados mas a nulidade em função da própria prestação da fiança, e que já vimos não relevar no âmbito das respectivas cláusulas específicas.

Deste modo, inclinamo-nos para entender que a simples não prova de entrega no próprio acto ao recorrente, como suposto fiador (e não como avalista) do contrato bancário em causa, de um exemplar do mesmo com inserção das cláusulas contratuais gerais propostas pelo banco exequente, não afecta a validade das cláusulas específicas que dele constavam quanto a assumir, nos termos gerais do contrato de fiança, a obrigação de pagamento do mútuo destinado à aquisição do veículo automóvel nele identificado e, logo, não conduz à invalidade da fiança, muito menos, afecta o aval por ele apostado na

livrança em branco, a favor dos subscritores e entregue ao banco exequente com a inerente autorização do seu preenchimento do valor em dívida como óbvio reforço da garantia de pagamento das prestações acordadas.

V -Nos termos expostos, decide-se, pois, negar a revista.

Custas a cargo do recorrente.

Supremo Tribunal de Justiça,

Lisboa, 17 de Junho de 2010.

Cardoso de Albuquerque (Relator)

Salazar Casanova

Azevedo Ramos









