

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. III | N. 10 | JUNHO 2013

#10

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume III, número 10, junho 2013

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Luiz Fernando de Queiroz – Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – comercial@bonijuris.com.br

Preço de venda a consumidor: R\$ 59,90 (Brasil) – € 24,90 (Europa)

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris 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 2237-1168

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

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy 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, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes
Marcelo Gomes Sodré, Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

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

09 Editorial

DOCTRINA

- 13 **Julgados de Paz e Justiça**
JAIME OCTÁVIO CARDONA FERREIRA
- 33 **Os Bancos de Dados de Crédito e os Direitos dos Consumidores:
A Realidade na Alemanha e no Brasil**
ALEXANDRE TORRES PETRY
DOMINIK MANUEL BOUZA DA COSTA
- 87 **O Controle das Cláusulas Abusivas nas Relações Contratuais de Consumo**
CLAUDIO BONATTO
- 111 **Negligência dos Clientes no Circunstancialismo do Manuseamento por
Terceiros de Cartões Bancários**
JOÃO PERDIGÃO
PEDRO FUZETA DA PONTE
- 125 **La Protección Jurídica de los Menores Ante la Publicidad: Una Visión
Común de España y Portugal**
MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ
- 153 **O Consumidor e o Novo Código Penal Brasileiro**
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
- 175 **La Mediación y el Arbitraje de Consumo. Estudio Comparado:
España–Portugal**
MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

PARECER

- 197 **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da
Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e
Social Europeu – Aspectos regulamentares dos nanomateriais COM(2008)
366 final 2009/C 218/04**
A. PEZZINI

LEGISLAÇÃO

- 209 **Lei da Mediação de Conflitos**
Lei 29/2013, de 19 de abril
- 227 **Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa a contratos de crédito aos consumidores (2012/2037(INI))**

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 241 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Amapá**
Relator: [Dôglas Evangelista Ramos](#)
- 244 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: [Tibúrcio Marques](#)
- 253 **Ementário**
Julgados do TJ/PR, do TJ/RJ e do TJ/DF

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 259 **Acórdão do Tribunal de Justiça**
Relator: [A. Tizzano](#)
- 273 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: [Abrantes Geraldes](#)

EM DESTAQUE

- 291 **A Argumentação no Processo Judicial**
[ALEXANDRE CHINI](#)
[MARCELO MORAES CAETANO](#)
- 311 **Jornadas “Direito do Consumo em Tempos de Crise”**
- 315 **Entrevista Concedida à *Revista Procon-SP*, por Mário Frota**

EDITORIAL

Por uma revista que seja veículo de cultura jurídica e enalteça a figura do consumidor universal

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo constitui já uma publicação de referência no panorama editorial de direito do consumo, seja em que latitude for.

O esforço desenvolvido pelo conselho diretor, conselho editorial e editor tem sido coroado de êxito pela aceitação que a revista vem merecendo dos especialistas, e tantos são no Brasil, e pelos estímulos à descoberta de novos talentos que aos temas nele coenvolvidos se consagram com notável entusiasmo e que destarte encontram uma tribuna disponível para que expressem os seus anseios neste que é um espaço acolhedor e de salutar permuta de ideias.

O número que ora se cumpre oferece-nos artigos de incontestável valia com a chancela de conceituados autores, como de promissores jusconsummeristas, que concorrem para a valorização da disciplina que nos congrega num espaço alheio a fronteiras físicas ou a dispersões geográficas.

O coordenador dos Julgados de Paz, em Portugal, o conselheiro (ministro) Cardona Ferreira, do Supremo Tribunal de Justiça, contempla realidade que, conquanto inspirada nos julgados especiais criados no Brasil, se situa na esfera da administração extrajudicial da justiça.

A problemática dos bancos de dados de crédito é versada, em perspectiva comparatística, por Alexandre Torres Petry e Dominik Manuel Bouza da Costa, em avaliação do regime estabelecido tanto no Brasil quanto na Alemanha.

O controle das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo é artigo que pela pena do conceituado jusconsummerista Cláudio Bonatto, do Rio Grande do Sul, que principia destarte a sua colaboração à Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, merece natural destaque pela premência com que o tema se apresenta neste congênio.

Já do setor das instituições de crédito, e em decorrência de uma interessante participação na jornada inaugural do Dia Mundial do Consumidor, em Leiria, de Pedro Fuzeta da Ponte e João Perdigão, vem

um contributo sob a instigante epígrafe “negligência dos clientes no circunstancialismo do manuseamento por terceiros de cartões bancários”.

Marta Morillas Fernández, com permanência em direito da família, escreve sobre o momentoso tema de “la proteccion juridica de los menores ante la publicidad: una vision comun de España y Portugal”.

Já o histórico José Geraldo de Brito Filomeno, das mais emblemáticas figuras do jusconsumerismo no Brasil, ele que esteve na génese do primeiro departamento de proteção do consumidor, em São Paulo, antes ainda de se haverem sido lançadas as raízes do movimento neste exaltante, diria até estimulante, país que é o Brasil, e coadjuvou na coordenação dos trabalhos da comissão do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em 1988 e nos anos subseqüentes a eminente Ada Pellegrini Grinover, nos oferece um belo texto sobre o “consumidor e o novo Código Penal”.

Uma inconfidência se nos permita neste passo: José Geraldo de Brito Filomeno, num trabalho pleno de atualidade, brindar-nos-á na edição de setembro próximo futuro, consignada à codificação do direito do consumo, com um inédito acerca da codificação no Brasil, para que nos permitimos alertar os usuais leitores, dada a excelência do artigo e a reflexão sobre todo esse movimento que o Brasil capitaneia com invulgar sucesso.

Miguel Ángel Moreno Navarrete, adjunto de Guillermo Orozco, na Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, oferece-nos uma reflexão acerca da mediação e arbitragem de conflitos de consumo em Portugal e Espanha, num esforço de aproximação em que tanto o Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra como o departamento de direito civil, na ausência de um departamento de direito do consumo, da Faculdade de Direito de Granada se empenham decisivamente.

A Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo ainda dispõe de outras rubricas, a saber, o da revelação dos pareceres do Comité Económico e Social Europeu, sediado em Bruxelas, e da jurisprudência, para além da doutrina e dos destaques.

No que tange aos pareceres e demais documentação europeia, realce para o “parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu”, em tema de “aspectos regulamentares dos nanomateriais”, cuja atualidade é patente.

No domínio dos trabalhos preparatórios e de propostas legislativas europeias, registre-se o que se prende com “a resolução alternativa de litígios de consumo” e a Directiva 2011/90/UE, que estabelece os pressupostos

adicionais para o cálculo da taxa anual de encargos efetiva global, com enfoque no “relatório sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa a contratos de crédito aos consumidores”, em avaliação do processo de transposição para o ordenamento jurídico dos distintos Estados-membros de um tal instrumento normativo.

Espaço ainda há para a jurisprudência europeia, portuguesa e brasileira, com referência a decisões recentes e relevantes sobre préstimos bancários e cláusulas abusivas apostas nos contratos singulares e sobre práticas comerciais desleais, entre outros.

Em destaque, o artigo dos juristas Alexandre Chini, da Universo – Universidade Salgado de Oliveira, do Rio de Janeiro – e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e Marcelo Moraes Caetano, traz à nossa consideração um trabalho inédito em torno da argumentação no processo judicial.

Ainda em destaque, a intervenção do secretário de Estado com a pasta da Defesa do Consumidor, Almeida Henriques, nas *III Jornadas de Direito do Consumo*, 15 de março de 2013, Leiria, sobre a proteção dos consumidores superendividados.

E a entrevista concedida à *Revista Procon-SP*, por Mário Frota, em tema de comércio eletrónico com consumidores.

A próxima edição – que estará em setembro próximo nos escaparates e nas estantes dos nossos usuais leitores –, tal como se deixou já entreaberta a porta, contemplará o candente tema da codificação do direito do consumo ou do consumidor, como preito de homenagem a quantos, no Brasil, se ocuparam e ocupam da nobre tarefa de condensar e consolidar as normas de proteção do consumidor, como forma de tornar mais acessíveis as regras que regem as condutas no seio do direito do quotidiano.

Praza a Deus que os objetivos que se prendem com a divulgação do direito do consumo e a cooperação luso-brasileira se cumpram em plenitude numa e noutra das ribas do Atlântico, como forma de exaltação da pessoa humana e de satisfação das suas necessidades elementares, basilares no mercado de consumo, com o respeito e a dignidade que a sua figura reclama e impõe.

Coimbra e Villa Cortez, Junho de 2013.

Mário Frota

JULGADOS DE PAZ E JUSTIÇA

JAIME OCTÁVIO CARDONA FERREIRA

Ex-presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal

Juiz Conselheiro (Jubilado)

Presidente do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz

Presidente do Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation

(GEMME)

EXCERTOS

“Paz é muito mais do que ausência de guerra. Paz no sentido de segurança mas, também, no de bem-estar, tranquilidade... felicidade. Paz no sentido da convicção de que a Ética, a distinção entre o que é correto e o que o não é, será respeitada voluntariamente ou através de mecanismos tendentes à realização da Justiça”

“O século XX marca uma quebra na afirmação e na capacidade dos juizes de paz, posto que foram sendo despojados da sua identidade, atribuídas as suas funções a funcionários do Estado e transformados em mera longa manus dos juizes de direito. Daqui decorreu a morte da instituição por meados do século XX, numa época em que os ventos da história não lhe eram favoráveis”

“Do ponto de vista subjetivo é assumido que os cidadãos utentes dos Julgados de Paz são, como é natural, a sua razão de ser e devem ser considerados e assumir-se como participantes na procura e obtenção de soluções dos diferendos, naturalmente tanto quanto possível”

“Os objetivos dos Julgados de Paz são conseguidos através do exercício dos princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e economia processual, o que deve ser atuado em termos de se conseguir justa decisão das causas em prazo razoável”

“Tratando-se de uma jurisdição pessoalizada, por princípio, as próprias partes devem comparecer pessoalmente nos atos processuais, justamente para se procurar acordo pessoal restaurativo de paz. Podem, sempre, fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador, mas tal assistência só é obrigatória, neste momento, ‘quando a parte seja cega, surda, muda, analfabeta, desconhecadora da língua portuguesa ou se, por qualquer outro motivo, se encontrar numa posição de manifesta inferioridade”

Mote

... se a Justiça, em termos absolutos, é um mito, pediria a Fernando Pessoa que repetisse que o mito é o nada que é tudo

1 Comecei este texto com um mote que reflete a importância da Justiça, porque é de Justiça que se trata. Cito Fernando Pessoa porque Fernando Pessoa é ...Fernando Pessoa, o Tudo que vale a pena em matéria de pensamento; e, por outro lado, trata-se da condensação daquilo que eu próprio tenho refletido¹, mantendo as ideias que busco há mais de meio século de dedicação à Justiça e, deste modo, à procura de respostas para a profundidade das ansiedades humanas.

Tenho para mim, como seguro, que não pode entender-se a instituição Julgados de Paz sem se ter clareza de pensamento e sensibilidade para a ideia de Justiça.

Aliás, para se perspectivar, corretamente, o sentido de Justiça, devo considerar que os conceitos não são estanques mas sim *ideias em movimento*, ora mais, ora menos, conforme os tempos e os espaços.

E o conceito de Justiça é, verdadeiramente, paradigmático neste sentido. Com efeito, a história e as perspetivas comparadas demonstram que, sempre e por toda a parte, houve e há uma noção de Justiça, mas as concepções concretas de Justiça – diria, a densificação desse conceito – variam de época para época e de espaço para espaço², conforme as idiossincrasias, as necessidades, as culturas, as tradições, as eventuais ruturas ou manutenção de situações etc., etc.

2. Simultaneamente, se é verdade que a percepção do *Justo* só se bebe, em rigor, face às soluções dos casos concretos em termos de boa ou má solução substancial, é certo que o *modo* de alcançar essas soluções é, igualmente, objeto de uma *leitura* de justa ou injusta conforme viabiliza, ou não, a solução substancial tida como correta pela sensibilidade e pela percepção prevalecente da generalidade das pessoas comuns num certo tempo e num certo espaço.

Isto significa que, neste plano – afinal *no plano do que é humano – tudo é relativo*. No fundo, esta relatividade decorre, a meu ver, de que *o Homem é a medida de todas as coisas*³ e o Homem, sendo único e absoluto enquanto cada um⁴, é – como todos os seres – um ente *relativo* ao seu tempo e ao seu espaço. É isto que explica a evolução das regras e a existência de regras divergentes em espaços diferentes de um mesmo tempo.

Penso que a chamada pena de Talião, *retaliação*, indiciada pela expressão latina *talio* – olho por olho, dente por dente, etc. – já constitui, por estranho que, hoje e aqui, pareça, uma evolução positiva tendencialmente ultrapassadora da absoluta discricionariedade e arbitrariedade da simples e casuística vingança privada. Para o pensamento comum dos nossos tempos e dos nossos espaços, todavia, é algo hoje ultrapassadíssimo, em termos de *dever ser*. Isto é tanto mais certo, para mim, quanto é verdade que me orgulho de Portugal ter sido um dos primeiros países na Europa a abolir a pena de morte⁵ – aliás, anos depois de a jurisprudência ter, praticamente, deixado de a aplicar – e de a vida humana ser um valor “inviolável”⁶; mas tenho de reconhecer que, no nosso tempo e até no nosso *espaço cultural*, ainda há pena de morte, apesar de, designadamente, nos Estados Unidos da América, desde o texto original de 1776 da respectiva constituição (Declaração de Independência), o direito à vida ser um dos três direitos explicitados como inalienáveis (Vida, Liberdade e – muito significativamente – Felicidade, “The Pursuit of Happiness”)⁷.

Neste bosquejo de ideias, que não pode ter um alcance exaustivo, deve dizer-se que também o *modo* de alcançar a Justiça tem variado conforme os tempos e os espaços, também aqui não necessariamente em termos evolutivos e, às vezes, entrecruzando opções e fazendo-as ora substituir-se, ora convergir, ora coincidir, ora conviver.

Para ilustrar a ideia com circunstâncias já, algumas, remotas de centúrias, lembremo-nos de que, num país como Portugal, nascido na primeira metade do século XII, no princípio o Rei era o verdadeiro juiz, quem tinha a palavra sentenciadora de conflitos, no âmbito da amálgama dos seus absolutos poderes próprios do “ancien régime”.

Claro que, ocupado – quando ocupado – com o exercício dos seus outros poderes ou as suas guerras, o Rei não podia incomodar-se com a generalidade dos conflitos entre os seus *súditos*. Estes tinham de descobrir instituições próprias, ao nível de concelhos, que resolvessem os seus problemas. Está aqui uma nebulosa histórica que, em Portugal, veio a dar origem aos *juizes ordinários*, aos *juizes de paz*, aos *juizes árabitos*. Só no século XIV começaram a haver os chamados *juizes de fora* ou de *fora-parte*, nomeados pelos reis, aliás muitas vezes mal recebidos nos concelhos que preferiam os seus próprios juizes, embora com funções complexas, as mais das vezes também administrativas ou de simples e natural influência local.

Dando um salto no tempo e nos acontecimentos⁸, nas Cortes de Elvas de 1481, foi pedido ao Rei D. Manuel I um Regimento que se aplicasse aos juizes de paz, como concertadores de demandas ou de desavindos⁹. Este

regimento, extremamente importante em termos históricos e de conteúdo, acabou por ser outorgado pelo Rei D. Manuel I em 1519¹⁰.

3. Entretanto, o tempo foi correndo, até que chegamos ao século XIX, e à aurora das ideias liberais, também em Portugal, com a Independência do Brasil, a ação de D. Pedro IV de Portugal e I do Brasil, as guerras civis, o triunfo do liberalismo e uma verdadeira e profunda reforma judiciária em Portugal, em sintonia com o advento do constitucionalismo.

A primeira constituição política portuguesa é de 1822, ainda se reportando ao reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves (art. 20º)¹¹.

O triunfo do liberalismo político trouxe, com ele, a Portugal, entre muitas outras modificações, desde logo, a democracia e, por isso, a existência de constituição e o fim do “*ancien régime*”, especialmente com duas consequências (entre muitas outras) a que devo fazer referência neste texto. Por um lado, iniciou-se uma fase de verdadeiro direito processual, que, para a evolução que vimos referindo, tem um marco significativo, designadamente, no Código de Processo Civil de 1876. Naturalmente, não foi o CPC que, *hoje*, desejaríamos porque refletia uma época de excessivo poder das partes e de escassa intervenção do juiz. Foi um tempo que veio a ser combatido, mas paulatinamente, porque criou hábitos e interesses. Mas tem de compreender-se a sua gênese porque sucedeu a séculos do “*ancien régime*”, com o predomínio e domínio da autoridade do Estado identificado com o Rei. O que se pretendia era passar o poder para os cidadãos, para as partes, sem se compreender que, assim, se trataria, demasiadas vezes, do poder do mais forte. Esta época da visão do julgamento como que um *duelo judiciário regulamentado* não deixou de ser um progresso mas insatisfatório em termos de essência. Pouco a pouco, nasceram ou renasceram ou assumiram maior significado pessoal e social, *por força de razões de novas perspectivas da Justiça*, um maior intervencionismo jurisdicional, a cooperação e não o duelo, a pacificação e não a vitória, a Justiça restaurativa de paz.

Justiça é, sem
dúvida, um valor,
um objetivo, não
um caminho para
esse valor ou
objetivo

Contudo, para os efeitos que, aqui e agora, nos interessam, o liberalismo e o constitucionalismo marcam, não o nascimento, mas a *consagração constitucional* dos juízes de paz e das suas funções especialmente conciliatórias, embora não só. Isto ficou expresso logo na Constituição de 1822, embora chamando, aos juízes de paz, ‘Juízes *de Fato*’ (artigos 177º,

180°, 181°), porque se tratava do exercício de jurisdição conciliadora e de pequena gravidade, por pessoas comuns eleitas para isso, ao contrário dos juízes *letrados*.

De todo o modo, logo na Carta Constitucional de 1826, o juiz de paz retoma a sua designação tradicional. Não vou, agora, entrar em pormenores, que desenvolvi em outro local¹². Direi, apenas, que os juízes de paz continuavam a ser eletivos e vieram a adquirir funções muito significativas, mormente conciliatórias, de necessária intervenção *antes* da ação, se necessária, nos meios comuns ou contenciosos, inclusive de ações executivas¹³.

4. Toda esta temática é absorvente, face à sua relevância para o entendimento do que significam Justiça e Julgados de Paz.

A base das minhas palavras consiste em considerar que *os Julgados de Paz se sintonizam e são explicados pela importância humana e social da Justiça*. Portanto, não posso falar de Julgados de Paz sem abordar Justiça. Para isto, tenho de saber o significado humano e social de Justiça e a sua evolução.

Procurando ser concreto e, tanto quanto possível, breve, direi o seguinte. Para bem compreender o significado de Justiça, tenho de pensar em duas outras ideias da mesma família: lei e direito. São três ideias *diferentes*: Lei, Direito, Justiça.

Abreviando considerações, direi que a ideia de lei – *lex* – está refletida na frase latina “*dura lex sed lex*”, ou seja, a lei pode ser boa ou má, mas é para cumprir. Como assim, lei será a regrinha, mais no sentido da sua literalidade do que outra coisa. Consequentemente, estar-se-ia ainda na perspectiva formalista de confusão entre ser juiz ou ser, à maneira de Montesquieu, simplesmente, a boca que pronunciaria as palavras da lei. De certo modo e pesem embora proclamações em contrário, esta perspectiva ainda ficou consignada no art. 8º, n. 2, do Código Civil de 1966¹⁴. Estar-se-ia numa “visão” desvalorizadora da relevância do caso concreto e da leitura crítica dos fatos à luz da personalidade do agente e das circunstâncias reais do fato.

Direito é algo muito mais abrangente. Curiosamente, tenho para mim que, se a ideia simplista de lei tem reflexo no art. 8º, n. 2, do Código Civil, o sentido de direito tem significado para o art. 9º (nºs 1 e 2) do mesmo código¹⁵. Direito decorre do latim *directum*, o que não é torto, é reto ou correto, em consonância, designadamente, com Direito, Droit,

derecho, diritto. É uma expressão que abrange, necessariamente, a lei, mas mais o seu sentido do que a sua letra, à luz do contexto histórico, circunstancial, fático e, acima de tudo, ético¹⁶ e consequencial. A meu ver, este entendimento ultrapassa o velho e esquemático silogismo judiciário, fazendo ter em atenção o resultado concreto da interpretação, ou seja, a relevância da aplicação.

E *Justiça*? Justiça assenta, também, numa expressão latina, *jus*, e tem sido objeto de pensamento e repensamento. Em síntese, diria que, a meu ver, a melhor ideia de Justiça ainda é a de Aristóteles, se for bem entendida. Justiça é, sem dúvida, um *valor*, um *objetivo*, *não um caminho* para esse valor ou objetivo. Designadamente, há que não confundir Justiça com jurisdição e, muito menos, com uma *espécie* (no sentido de *forma*) de jurisdição (o género), ainda que a mais relevante socialmente, a jurisdição judicial. Como disse, a melhor raiz da ideia de Justiça ainda é a de Aristóteles; “*suum quique tribuere*”, dar a cada um o que é seu¹⁷. Só que, a meu ver, isto ainda não é suficiente, ou seja, dar a cada um o que é seu já é muito, à luz de uma perspectiva humanista de valor; mas não é, ainda, esse *valor*, é apenas, uma sua condicionante. É assim que, para encurtar razões, percorrendo os pensadores, encontro, entre outros, três testemunhos de Justiça, separados por séculos, mas enraizados em perspectiva semelhante. Por um lado, já em plena Idade Média (finais do século XIII/princípios do século XIV), o nosso rei-poeta, D. Dinis, dizia que a Justiça “*pacífica a vida*”¹⁸, ou seja, dá-lhe paz. Muito mais tarde e como já ficou refletido neste texto, os fundadores dos Estados Unidos da América elevaram a busca à felicidade a direito fundamental, e creio que a verdadeira *felicidade* implica paz. E, no nosso tempo, Paul Ricoeur sublinhou que “o horizonte do ato de julgar é finalmente mais do que a segurança, a *paz social*”¹⁹.

Na mesma linha de pensamento, a meu ver, *o valor Justiça deve ser identificado com a paz individual e social como objetivo essencial de qualquer sociedade humana, digna desta expressão.*

Mas *paz* é muito mais do que ausência de guerra. Paz no sentido de segurança mas, também, no de bem-estar, tranquilidade... felicidade. Paz no sentido da convicção de que a Ética, a distinção entre o que é correto e o que o não é, será respeitada voluntariamente ou através de mecanismos tendentes à realização da Justiça.

E é aqui que vale a pena voltar a falar em Julgados de Paz, dos quais tenho dito que têm de ser muito mais *de paz* do que *juulgados*.

5. Se Justiça é um valor pessoal e social *sine qua non* relativamente a uma sociedade humanista, há que definir caminhos para lá chegar, porque ninguém duvida, infelizmente, de que há incumprimentos e atropelos a uma conduta reta. Perante esses atropelos e incumprimentos, só há duas hipóteses: ou inexistem soluções e caminhos que recomponham o que a voluntariedade não compõe, e estaremos na selva da “lei do mais forte”; ou existem caminhos percorríveis em instituições próprias de cada tempo e de cada espaço e a *paz justa* pode ser realizada.

Nesta perspectiva estão os órgãos a que, hoje e aqui, chamamos tribunais, ainda que a palavra tribunal tenha várias formas de se organizar. E, perante a imaginação criadora dos incumpridores dos princípios da sã convivência social, *mal dos Estados e das pessoas que suponham que, hoje, um só caminho, um só ordenamento, pode dar resposta a todos os problemas que surgem*. Pelo contrário.

Têm de existir vários caminhos para a Justiça, conforme as tipologias dos casos concretos, em ordem a dar resposta aos anseios cívicos de quem se considere ofendido. E nesses caminhos – a que podemos chamar jurisdições ou meios jurisdicionais²⁰ – *todos devem respeitar os cidadãos que, de todos, são a razão de ser, e todos devem respeitar-se e harmonizar-se entre si*.

Já falei um pouco da tradição secular, em Portugal, dos Julgados de Paz. Eles nasceram, realmente, da necessidade de meios de Justiça local, naturalmente inseridos na gestão dos concelhos. Daí a ideia lapidariamente refletida, no século XIX (diria o século de ouro dos Julgados de Paz), no art. 180º da Constituição de 1822, segundo o qual os ‘Juizes de Fato’, a que já me referi, seriam “eleitos pelos cidadãos diretamente, no mesmo tempo, e forma por que se elegem os Vereadores das Câmaras”.

Esta tradição de uma vertente acentuadamente municipalista perdurou até aos nossos dias.

Vejam.

6. Como flui do que já se expôs, o século XIX, com o advento do liberalismo político e de instituições democráticas, foi o que chamo o século de ouro dos juizes de paz, como pacificadores, aliás na linha que já havia sido refletida, designadamente, no Regimento de 1519.

No entanto todas as instituições, exatamente e por maioria de razão, as tradicionais, vão variando de roupagem e de capacidade de afirmação ao longo dos tempos.

O século XX marca uma quebra na afirmação e na capacidade dos juizes de paz, posto que foram sendo despojados da sua identidade, atribuídas as suas funções a funcionários do Estado e transformados em mera *longa manus* dos juizes de direito. Daqui decorreu a morte da instituição por meados do século XX, numa época em que os ventos da história não lhe eram favoráveis.

A “travessia do deserto” demorou, praticamente, a segunda metade do século XX, pese embora uma tentativa inconsequente nos anos 70 do século XX.

Foi preciso que, ao nível das instituições europeias, se insistisse na necessidade de renovação dos caminhos da Justiça; e que a Europa e as Américas, num movimento que teve muito de atlântico, se enchessem de instituições do tipo Julgados de Paz, embora com nomes diferentes e formalizações variáveis mas idêntica intenção básica (Juizados Especiais, Giudice di Pace, Juges de Proximité etc.), para que Portugal acordasse e recuperasse uma instituição que, afinal, lhe é tão própria e tão ancestral.

O valor Justiça deve ser identificado com a paz individual e social como objetivo essencial de qualquer sociedade humana, digna desta expressão

Repete-se que o modo de estar da instituição foi-se modificando ao longo dos tempos. As roupagens foram sendo diversas, como, aliás, é próprio do devir histórico. Mas os traços essenciais continuam a ser isso mesmo, essenciais, designadamente: a proximidade entre o juiz de paz e os seus concidadãos carentes dos Julgados de Paz; a intenção restaurativa de paz justa; a simplicidade tramitacional; a celeridade decisória, para que se cumpra a regra essencial do prazo razoável²¹; a vertente municipalista inserida, relevantemente, numa instituição do Estado; hoje, a inserção de um *item* tramitacional de mediação interna voluntária; a formação própria e específica de juizes de paz, que não são magistrados judiciais; a jurisdição autónoma; um próprio e autónomo Conselho, na base do n. 3 do art. 217º da Constituição da República²². Tudo relativamente a questões, juridicamente, não muito relevantes; mas *extremamente importantes no dia a dia dos cidadãos e para seu direito à paz de espírito e tranquilidade*.

7. Ao pensarmos no renascimento dos Julgados de Paz na aurora do século XXI, não podemos deixar de refletir sobre a decorrência constitucional e a influência brasileira face aos respectivos Juizados Especiais.

Por um lado, há que frisar que os Julgados de Paz se inserem no conjunto de instituições de que o Estado tem de dispor para procurar dar respostas ao direito cívico fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva²³, vale dizer, penso, direito à Justiça. É esta linha de orientação constitucional que justifica os Julgados de Paz, como justifica quaisquer outros tribunais.

Tenha-se em atenção que a revisão constitucional de 1997 foi, especialmente, preocupada com a Justiça. *Dela resultou, designadamente, a ênfase posta no art. 20 da Constituição e, simultaneamente, a inserção dos Julgados de Paz no elenco dos Tribunais portugueses (art. 209º da Constituição).* Então, já existia (desde a revisão constitucional de 1989) a norma que, atualmente no n. 4 do art. 202º da Constituição, permite meios não jurisdicionais de composição de conflitos²⁴, como é o caso da mediação. Não obstante isso, o legislador constitucional – e bem – decidiu autonomizar os Julgados de Paz e inseri-los, em 1997, no conjunto dos tribunais.

Isto vale por dizer que os Julgados de Paz, sendo tribunais, são meios jurisdicionais de resolução de conflitos e não alternativos aos tribunais. O que acresce é que são *incomuns*, abrangendo um *item* não jurisdicional (aliás – e bem – *voluntário*), mediação *interna*, ou seja, funcionando dentro e no âmbito do Julgado de Paz e da sua tramitação normal, embora não impositiva.

Mas, dizia eu há pouco, é preciso não esquecer a influência que os Juizados Especiais brasileiros exerceram na restauração dos Julgados de Paz portugueses.

Com efeito, eu próprio fiquei impressionado, positivamente, quando estive no Juizado Especial Cível do Recife, ao visitar, oficialmente, o Brasil, na qualidade de presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em abril de 2000. Pela mesma época, uma delegação organizada pelo Governo português visitou, designadamente, o Juizado Especial da Bahia.

As perspectivas sobre os Juizados Especiais brasileiros foram, unanimemente, positivas. E pena tenho eu que os Juizados Especiais brasileiros não tenham influenciado mais os Julgados de Paz portugueses!

Em verdade, a expansão dos Juizados Especiais no Brasil é notável, quer ao nível estadual (com base determinante na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995), quer ao nível federal (decorrência da Lei 10.259/01, de 16 de julho).

A Justiça de Proximidade é uma vertente claramente assumida, de que são exemplo extremamente significativo os Juizados Itinerantes Fluviais,

designadamente no Estado do Amapá, funcionando tais juizados num barco “Tribuna: a Justiça vem a bordo”. Não interessa se, em Portugal, se poderiam utilizar esses mesmos meios. Mas poder-se-ia utilizar algo semelhante, por exemplo, roulotes. O que interessa são as ideias em verdadeiro movimento: ainda há poucos anos tive conhecimento do chamado juizado “do torcedor”, o qual consiste no fato de o juiz do juizado se instalar em estádios desportivos, junto dos “torcedores”, para resolver problemas da sua competência que surjam. Por outro lado, “turma recursal”, que constitui um órgão recursório, é algo simples, imaginativo e bem deveria ser uma ideia a “importar”.

Não é, aliás, minha intenção fazer, aqui e agora, um estudo comparativo. Sobre aspectos dessa comparação já existem estudos²⁵.

O que me importa, neste texto genérico, é fazer referência aos aspectos relativos à Justiça e aos Julgados de Paz, que, naturalmente, são passíveis de aprofundamentos setoriais.

8. Mas, afinal, onde ficámos nós?

Povo de destemidos sonhadores e aventureiros, todavia os “velhos do Restelo” têm demasiada influência, sempre temerosos de inovações, mais agarrados ao que “é costume” do que ao golpe de asa que é necessário para, realmente, ganhar o tempo que passa e o futuro. Entusiasmámo-nos com os Juizados Especiais brasileiros, mas ficámos muito aquém.

Os atuais Julgados de Paz portugueses foram criados pela Lei 78/2001, de 13 de julho. Sobre ela, já me tenho pronunciado muitas vezes²⁶. No preciso momento em que escrevo este texto está uma Proposta de Lei de revisão pendente, na Assembleia da República. Não me pronunciarei, aqui e agora, sobre essa proposta de lei, em concreto. Já o tenho feito nos lugares e nos momentos próprios. Mas direi, aqui, independentemente disso, algo sobre como são os atuais traços essenciais e como desejaria que fosse a evolução, em certos aspectos.

A matriz dos Julgados de Paz, a sua essência e a sua estratégia resultam do artigo 2 daquela lei. Aí se reflete que os Julgados de Paz se destinam a que seja realizada a “participação cívica dos interessados” e “a justa composição dos litígios por acordo das partes”.

Este conjunto normativo marca a verdadeira *carta de intenções dos Julgados de Paz*, que tem de ser guia da atuação de juízes de paz, mediadores e funcionários. E, isto, tem duas vertentes, dir-se-ia, uma subjetiva e outra objetiva. Do ponto de vista subjetivo é assumido que os cidadãos utentes

dos Julgados de Paz são, como é natural, a sua razão de ser e devem ser considerados e assumir-se como participantes na procura e obtenção de soluções dos diferendos, naturalmente tanto quanto possível. Isto significa que os juizes de paz e os mediadores não podem forçar qualquer acordo, mas devem esforçar-se no sentido de que este seja alcançado. Ou seja, os próprios interessados devem ser as pessoas que mais devem relevar para a decisão. Mas, como não pode deixar de ser, se não houver acordo, o juiz de paz terá de julgar e sentenciar.

Outrossim, o acordo, quando alcançado, não pode relevar se não for justo (“justa composição”). Daqui resulta que qualquer acordo, seja obtido em mediação ou em tentativa de conciliação ou em transação extrajurisdicional, tem de ser sujeito a homologação do juiz de paz (artigo 56º, n. 1, e 26º, n. 1)²⁷. Ou seja se, face aos elementos de que dispõe, o juiz de paz entender que o acordo não é justo, vale dizer, não é ético ou não é razoável – sem esquecer que a competência material do juiz de paz se limita a direitos disponíveis –, não deverá homologar e competir-lhe-á esclarecer os interessados e viabilizar que corrijam o acordo, sempre no pressuposto indispensável de vontade livre, esclarecida e não desigual²⁸.

Os objetivos dos Julgados de Paz são conseguidos através do exercício dos princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e economia processual, o que deve ser atuado em termos de se conseguir justa decisão das causas em prazo razoável.

9. Isto significa que os Julgados de Paz estão orientados para a realização de Justiça de Proximidade²⁹. A meu ver, a justiça de proximidade tem várias vertentes, designadamente:

a) *Vertente pessoal* – O juiz de paz é uma pessoa igual aos utentes, com a mesma valia cívica e humana, embora com funções diferentes; deve primar pela simplicidade e pela humildade, colocando-se abertamente no lugar dos outros, embora imparcialmente; seguramente, o juiz de paz não tem de fazer “tratados jurídicos” mas, sim, sentenciar de modo claro para os utentes.

b) *Vertente do conhecimento* – Os cidadãos utentes devem ser elucidados, pelos próprios Julgados de Paz, acerca das atribuições, competências e tramitação dos Julgados de Paz, através de funcionários, e estes também devem passar a escrito as petições e contestações que as partes apresentem oralmente.

c) *Vertente temporal* – O princípio do prazo razoável é essencial e deve estar sempre presente nas preocupações de quem trabalha em Julgados de Paz³⁰. A experiência dos Julgados de Paz portugueses demonstra que é possível e desejável uma média global temporal de pouco mais de dois meses.

d) *Vertente localizadora* – As instituições do tipo Julgado de Paz devem ser dotadas de mobilidade; se os cidadãos tiverem dificuldade em deslocar-se ao Julgado de Paz, deve, o Julgado de Paz, deslocar-se até eles.

e) *Vertente geográfica* – A instituição deve abranger todos os cidadãos, para poder realizar igualdade; isto ainda não está alcançado em Portugal porque, de momento, temos somente 25 Julgados de Paz abrangendo 61 concelhos.

E, porque este texto já vai mais extenso do que desejava, direi, sobre os Julgados de Paz, só mais duas notas, aliás sintetizadas – competências e tramitação processual – para, seguidamente, realizar um apontamento quase final, que antecederá o final.

10. Ao contrário – redutoramente – do que se passa com os Juizados Especiais brasileiros, os Julgados de Paz portugueses ainda não têm competência cível executiva (nem sequer para execução das suas próprias decisões), nem competência penal, nem sequer para os crimes, como se diria no Brasil, de menor potencial ofensivo, apesar de já elencados no art. 9º, n. 2, da Lei 78/2001, para efeitos de eventuais decisões simplesmente indenizatórias.

Com efeito, o art. 6º é explícito ao dizer que a competência dos Julgados de Paz se limita a ações declarativas. Face a isto, pode acontecer que o cidadão tenha uma ação condenatória rapidamente resolvida num Julgado de Paz e, se não houver cumprimento voluntário, acabe por ter de ir requerer ação executiva no tribunal judicial. Claro que a tramitação executiva, nos Julgados de Paz, teria de ser bem mais simples do que acontece nos tribunais judiciais. Mas até seria uma boa razão para se testar um mecanismo diferente do que há.

Por outro lado, do art. 8º resulta que, atualmente, o valor das ações nos Julgados de Paz é extremamente reduzido, limitado a 5.000 euros³¹.

Têm de existir
vários caminhos
para a Justiça,
conforme as
tipologias dos
casos concretos,
em ordem a dar
resposta aos
anseios cívicos de
quem se considere
ofendido

Quanto à competência material, para além de alusão, no art. 11º, a ações de divisão de coisa comum, a competência está descrita no art. 9º, que, para completa elucidação, se transcreve:

Artigo 9.º

Em razão da matéria

«1 – Os julgados de paz são competentes para apreciar e decidir:

a) Ações destinadas a efetivar o cumprimento de obrigações, com exceção das que tenham por objeto prestação pecuniária e de que seja ou tenha sido credor originário uma pessoa coletiva;

b) Ações de entrega de coisas móveis;

c) Ações resultantes de direitos e deveres de condóminos, sempre que a respetiva assembleia não tenha deliberado sobre a obrigatoriedade de compromisso arbitral para a resolução de litígios entre condóminos ou entre condóminos e o administrador;

d) Ações de resolução de litígios entre proprietários de prédios relativos a passagem forçada momentânea, escoamento natural de águas, obras defensivas das águas, comunhão de valas, regueiras e valados, sebes vivas; abertura de janelas, portas, varandas e obras semelhantes; estilicídio, plantação de árvores e arbustos, paredes e muros divisórios;

e) Ações possessórias, usucapião e acessão;

f) Ações que respeitem ao direito de uso e administração da propriedade, da superfície, do usufruto, de uso e habitação e ao direito real de habitação periódica;

g) Ações que digam respeito ao arrendamento urbano, exceto as ações de despejo;

h) Ações que respeitem à responsabilidade civil contratual e extracontratual;

i) Ações que respeitem a incumprimento contratual, exceto contrato de trabalho e arrendamento rural;

j) Ações que respeitem à garantia geral das obrigações.

2 – Os julgados de paz são também competentes para apreciar os pedidos de indemnização cível, quando não haja sido apresentada participação criminal ou após desistência da mesma, emergentes de:

a) Ofensas corporais simples;

b) Ofensa à integridade física por negligência;

c) Difamação;

d) Injúrias;

e) Furto simples;

f) Dano simples;

- g) Alteração de marcos;
- h) Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços.

3 – A apreciação de um pedido de indemnização cível, nos termos do número anterior, preclui a possibilidade de instaurar o respetivo procedimento criminal».

Esta matéria tem sido fator das mais diversas ações de condenação, designadamente sobre: cumprimento de obrigações; direitos e deveres de condóminos; possessórias e sobre usucapião; arrendamento urbano; responsabilidade civil, mormente decorrente de acidentes de viação; incumprimento contratual; indenização resultante da prática dos crimes elencados.

11. No que concerne à tramitação, ela é específica dos Julgados de Paz, de forma única e muito simples.

Há uma regra básica; tratando-se de uma *jurisdição pessoalizada*, por princípio, as próprias partes devem comparecer pessoalmente nos atos processuais, justamente para se procurar acordo pessoal restaurativo de paz. Podem, sempre, fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador, mas tal assistência só é obrigatória, neste momento, “quando a parte seja cega, surda, muda, analfabeta, desconhecadora da língua portuguesa ou se, por qualquer outro motivo, se encontrar numa posição de manifesta inferioridade”. Outrossim, em eventual fase de recurso, é obrigatória a constituição de advogado (art. 38º).

O processo inicia-se com o recebimento de requerimento inicial pela secretaria do Julgado de Paz. Tal requerimento pode ser apresentado por escrito ou oralmente (art. 43º).

Segue-se a citação, da qual deve constar, além do mais, a data da sessão de pré-mediação se houver a sua previsão, (art. 45º), porque a fase de mediação coincide com a dos articulados.

A contestação pode ser apresentada, por escrito ou oralmente, no prazo de 10 dias (art. 47º). Raramente há mais algum articulado (art. 48º).

Se a mediação conduzir a acordo, este é reduzido a escrito e sujeito a homologação do Juiz de Paz (art. 56º).

Se não houver acordo (ou não for homologado), é marcada audiência de julgamento³² (art. 56º), na qual são ouvidas as partes, produzida a prova e deve ser proferida a sentença (art. 57º).

Nada mais simples.

Pode haver recurso de sentenças em casos de valor superior a 2.500 euros, para o tribunal judicial de 1ª instância (art. 62º)³³.

12. Uma *nota quase final*.

Não fui convidado a escrever sobre direito do consumo mas sim sobre os Julgados de Paz em Portugal.

Mas não quero deixar de acrescentar uma breve nota sobre esta matéria.

Sem ser perito em tal matéria, parece-me claro que o Brasil está muito avançado na normatividade sobre defesa do consumidor, sobretudo através do seu Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) e do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, acerca do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Em Portugal, podemos citar, em especial, a Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de julho), o DL 67/2003, de 8 de abril, que procedeu à transposição da Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, do Parlamento Europeu e do Conselho, e o DL 24/2008, de 21 de maio (que aumentou prazos para exercício dos direitos do consumidor³⁴); entretanto, uma douta comissão produziu um anteprojeto de Código do Consumidor, publicado em 2006 pelo Instituto do Consumidor.

Interessa-me, para o efeito deste texto, o art. 534º do referido anteprojeto, que, ao reportar-se ao exercício de ação civil no âmbito dos direitos do consumidor reconhece e *ressalva, expressamente, a competência dos Julgados de Paz relativamente ao reconhecimento ou efetivação dos direitos e interesses consagrados no anteprojeto*: “Sem prejuízo da competência atribuída aos Julgados de Paz...”.

Do mesmo jeito que os Juizados Especiais brasileiros, também os Julgados de Paz *podem e devem ser considerados como instituições jurisdicionais aptas para resolver conflitos de consumo*³⁵.

Um dos direitos do consumidor é o direito “a uma Justiça acessível e pronta” [art. 3º g) da citada Lei 24/96] como, por natureza, é viabilizada pela jurisdição dos Julgados de Paz. Para além de outros meios como, por exemplo, a arbitragem (*v.g.* art. 14º da mesma Lei 24/96), não tenho qualquer dúvida de que, designadamente mas *não só*, o direito à reparação de danos (art. 12º da Lei 24/96) é exercitável através das competências dos Julgados de Paz, ressalvada a competência em função do valor³⁶. Aliás, já se evidenciou que os Julgados de Paz têm competência, designadamente, para ações relativas ao cumprimento de obrigações contratuais, responsabilidade civil contratual, incumprimento contratual.

13. E, para terminar, que a dimensão deste texto já vai, a meu ver, realmente demasiada, uma *nota final*.

Tenho dito que urge *recriar uma cultura de confiança nos tribunais*. Os tribunais são órgãos de soberania, Justiça é um valor, jurisdições (*dizer a*

Justiça) são as funções próprias dos tribunais para se procurar fazer Justiça, vale dizer, esquematicamente, “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados³⁷”. Logo, trata-se de conceitos diferentes mas inseparáveis.

A Justiça é um valor tão essencial às pessoas que, sem ela, não só não há verdadeira democracia, como não há civilidade.

Entretanto, os tempos propícios ao negativismo que não procura os porquês de fatos negativos e a endémica morosidade judiciária criaram um sentimento de descrença na ação jurisdicional que é prejudicial aos próprios descrentes, à imagem dos tribunais e ao próprio Estado. Todavia, é preciso conhecer e perceber os porquês que, infelizmente e injustamente, desinteressam a muitos críticos.

Escrevi em outras ocasiões que, a meu ver, a tramitação processual civil tem sido o maior obstáculo a uma jurisdição comum nova, que julgue com mais oportunidade³⁸.

A jurisdição incomum dos Julgados de Paz, embora não possua uma normatividade isenta de reparos, tem a sorte de dispor de uma tramitação processual autónoma, própria e simples, que constitui um capital precioso mas, simultaneamente, fator de responsabilização dos juízes de paz e dos demais servidores dos Julgados de Paz, vale dizer servidores dos cidadãos utentes dos Julgados de Paz.

Disse, na Escola de Direito da Universidade do Minho, que é preciso recriar uma cultura de confiança nos tribunais³⁹. Esta nova cultura, mais do que necessária aos tribunais, é essencial aos cidadãos, à democracia e à civilidade. Mas implica um esforço concertado e cooperante ao nível do Estado e dos cidadãos.

A Justiça *cooperativa*, que é própria dos Julgados de Paz; vai no bom caminho. Assim seja *efetivamente* assumida, apoiada e desenvolvida. Ela insere-se no pós-modernismo jurídico que, nas magníficas palavras, *que transcrevo com a devida vénia*, de António Manuel Hespanha⁴⁰: “Ao geral, opõe o particular; ao gigantismo do ‘grande’ opõe a beleza do ‘pequeno’ (small is beautiful); à eficácia da perspectiva macro opõe a sutileza da perspectiva micro; ao sistema opõe o ‘caso’; à hétero-regulação, a autorregulação; ao

Os juízes de paz e os mediadores não podem forçar qualquer acordo, mas devem esforçar-se no sentido de que este seja alcançado

funcional opõe o lúdico; ao objetivo opõe o subjetivo; à ‘verdade’ opõe a ‘política’ (o ‘testemunho’, o ‘compromisso’).”

A orientação estratégica dos Julgados de Paz, refletida no já citado art. 2º da Lei 78/2001, de 13 de julho, constitui uma verdadeira cartilha de intervenção cívica.

Deixemos que esta cartilha contribua para que se faça Justiça.

Lisboa, 2 de abril de 2013

Jaime Octávio Cardona Ferreira

Notas

¹ Do autor, *Justiça de Paz*, Coimbra Editora, 2005, p. 29.

² V.g. Alain Supiot, *Homo Juridicus*, 19, Instituto Piaget, 2006.

³ O que já era refletido no saber da Antiguidade Clássica, designadamente por Protágoras.

⁴ “A pessoa é uma humanidade individual”, Mia Couto, *Cada Homem é uma Raça*, Caminho, 1998, p. 9.

⁵ Para crimes políticos, em 1852 e, para crimes comuns, em 1867.

⁶ Artigo 24º da Constituição da República Portuguesa.

⁷ Aliás, mais do que simples direito à Felicidade, direito à procura da Felicidade.

⁸ Pois este texto tem um objetivo específico, centrado nos Julgados de Paz, pese embora o fato de tudo o que é História Jurisdicional ser importante.

⁹ Dias Ferreira, *Novíssima Reforma Judiciária*, anotação ao art. 134º, ano de 1892.

¹⁰ Do autor, *Justiça de Paz*, Coimbra Editora, 2005, págs. 113 e segs.; Pessoa Vaz, *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Coimbra Editora, 1976, 437 e seg.

¹¹ O Reino do Brasil é assim descrito:

“Na América, o reino do Brasil, que se compõe das Províncias do Pará e Rio Negro, Maranhão, Piauí, Rio Grande do Norte, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Bahia e Sergipe, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Goiás, Mato Grosso, e das Ilhas de Fernando de Noronha, Trindade, e das mais que são adjacentes àquele reino.”

Recordemos que a independência formal do Brasil é, historicamente, situada em 07.09.1822, com o chamado “grito do Ipiranga”, “Independência ou Morte”, o que, relativamente ao Brasil, confere alguma extemporaneidade formal à Constituição de 1822, que é situada em 23 de Setembro, curiosamente, 16 dias após aquele ato atribuído a D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal. Naturalmente, isto pode ser, hoje, conhecida a evolução histórica, objeto de análise por historiadores. Por mim, limito-me a esta breve referência, num texto com outros objetivos. Mas tudo o que diga respeito ao Brasil e a Portugal e à Lusofonia me interessa profundamente, como manifestei, oficialmente, nas visitas que fiz ao Brasil e, v.g., em colóquio sobre Lusofonia, na Universidade de Coimbra, em 2000 (BFDUC – STVDIA IVRICA 68 colloquio 10, p. 35).

¹² Do autor, *Julgados de Paz*, 2. ed. Coimbra Editora, 2011, págs. 20 e segs.

¹³ Artigos, *u.g.*, 128º e 129º da Carta Constitucional de 1826; Decreto n. 24, de 15 de maio de 1832, arts. 40º a 54º.

¹⁴ “O dever de obediência à lei não pode ser afastado sobre pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”. Considero esta norma revogada, tacitamente, pelo art. 3º do Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1977, o que tenho por confirmado pelo art. 3º do Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1985.

¹⁵ “1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

(...)”

¹⁶ Já L. Cabral de Moncada escreveu que o Direito “...tem de se *naturalizar* primeiramente cidadão da república da Ética, se quiser conseguir aquele mínimo de validade e de eficácia que lhe são necessárias para poder socialmente cumprir a sua missão”: *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra Editora, 1966, v. 2, p. 293.

¹⁷ O que, aliás, implica dúvidas nucleares, para que chamou a atenção, designadamente, Chaïm Perelman (*Ética e direito*, 18 e segs., Instituto Piaget, 2002):

A cada um, a mesma coisa?

A cada um, segundo os seus méritos?

A cada um, segundo as suas obras?

A cada um, segundo as suas necessidades?

A cada um, segundo a sua posição?

A cada um, segundo o que a Lei lhe atribui?

¹⁸ Rui de Pina, ut Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, I, 516.

¹⁹ Paul Ricoeur, “O Justo ou a Essência da Justiça”, 167, Instituto Piaget, 1997.

²⁰ Podendo, ainda, haver meios extrajudiciais, como a mediação.

²¹ *V.g.* art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; art. 47º, n. 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; art. 20º, n. 4 da Constituição da República Portuguesa de 1976; art. 2º, n. 1 do Código de Processo Civil; art. 2º, n. 1 da Proposta de Lei de CPC de 2013.

²² O art. 217º da Constituição portuguesa vigente prescreve, no seu número 1, que o Conselho Superior da Magistratura gere o que respeita aos Juízes dos Tribunais judiciais; o n. 2 dispõe semelhantemente, mas quanto ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais; e o n. 3 é do seguinte teor: “A lei define as regras e determina a competência para a colocação, transferência e promoção, bem como para o exercício da ação disciplinar em relação aos juízes dos restantes tribunais, com salvaguarda das garantias previstas na Constituição”. Este n. 3 reporta-se ao Tribunal Constitucional, Tribunal de Contas, Tribunais Arbitrais, Julgados de Paz, estes com a consequente Lei Ordinária 78/2001, de 13 de julho, agora com uma proposta de lei de revisão na Assembleia da República. Os Tribunais

militares só podem ser constituídos em estado de guerra o que, esperamos, nunca venha a acontecer (art. 213º da Constituição).

²³ Repare-se: *jurisdicional* e não apenas judicial. Com efeito, *jurisdicional* confere com *jurisdições*, abrangendo todas as categorias de Tribunais (e de Juízes) e não apenas os judiciais. Como se sabe, Tribunais judiciais – *a que tenho a honra de pertencer há mais de meio século, magistrado judicial que sou!* – são, apenas, o Supremo Tribunal de Justiça, os Tribunais de Relação e os Tribunais de 1ª instância judicial (basicamente, os de comarca): art. 210º da Constituição. Os Tribunais judiciais, sendo embora a espinha dorsal dos Tribunais portugueses e sendo, o Supremo Tribunal de Justiça, o primeiro dos Tribunais portugueses, não são os únicos; há outros Tribunais, vale dizer outras jurisdições: o Tribunal Constitucional; os Tribunais Administrativos e Fiscais; o Tribunal de Contas; os Tribunais Arbitrais; os Julgados de Paz (art. 209º da Constituição).

²⁴ “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.”

²⁵ Vg. Arthur Neto, *Estudos de Direito do Consumidor (FDUC)*, n. 5, págs. 351 e segs.

²⁶ Mormente, do autor, *Julgados de Paz*, 2. ed. Coimbra Editora, 2011.

²⁷ Artigos indicados sem indicação do diploma a que pertencem são da citada Lei 78/2001, nos termos vigentes no momento em que este texto é escrito.

²⁸ Ver Carlos da Mota Pinto, *Téoria Geral do Direito Civil*, 3. ed. 42.

²⁹ Repare-se na significativa expressão francesa “Juges de Proximité”.

³⁰ Já no 1º quartel do século XV, o Infante D. Pedro escrevia a seu irmão D. Duarte, que foi Rei de Portugal, queixando-se da, já então (!), morosidade dos caminhos da Justiça, dizendo que “... aqueles que tarde vencem ficam vencidos...”: J.P. Oliveira Martins, *Os Filhos de D. João I*, 6. ed. p. 396. Há que combater, firmemente, a morosidade jurisdicional!

³¹ No preciso momento em que escrevo estas linhas, está uma Proposta de Lei, na Assembleia da República, triplicando o valor possível das ações em Julgado de Paz, ou seja, para 15.000 euros.

³² Não há, felizmente, a fase dita de saneamento e condensação.

³³ Penso que o Tribunal *ad quem* deveria ser um Julgado de Paz de 2º grau ou, na sua falta, o Tribunal da Relação.

³⁴ Sobre este importante assunto prático: Acórdão da Relação de Coimbra de 17.04.2012, na Coletânea de Jurisprudência das Relações, n. 237, 24 e segs.

³⁵ Sobre o assunto, é muito importante um texto de Arthur Narciso de Oliveira Neto *in* Estudos de Direito do Consumidor, n. 5 (2003), da FDUC, páginas 351 e segs.

³⁶ Mormente alíneas a), cumprimento de obrigações, h), responsabilidade civil, i), incumprimento contratual, do n. 1 do art. 9º da Lei 78/2001, de 13 de julho.

³⁷ Art. 202º, n. 2 da Constituição da República Portuguesa.

³⁸ Por exemplo, *Revista Julgar*, Número Especial, 2012, da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, p. 130.

³⁹ Colóquio em 25.11.2011.

⁴⁰ *Cultura Jurídico Europeia*, Síntese de um Milénio, 3. ed., 345, sob a nota “Síntese da agenda pós-modernista: Litowitz, 1997, 7 – 19”.

OS BANCOS DE DADOS DE CRÉDITO E OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES: A REALIDADE NA ALEMANHA E NO BRASIL

ALEXANDRE TORRES PETRY

Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS
Mestrando pela PUCRS

DOMINIK MANUEL BOUZA DA COSTA

Assessor Jurídico (Germany)
Doutorando de Direito da Universidade de Augsburg

RESUMO

O presente estudo analisa os bancos de dados de proteção ao crédito e sua relação com os consumidores, demonstrando que tanto na Alemanha como no Brasil os consumidores são lesados por práticas ilícitas desses bancos de dados que, muitas vezes, desviam-se de suas finalidades originais. Na primeira parte, desenvolvida por Dominik Manuel Bouza da Costa, estuda-se a situação na Alemanha e os problemas hoje enfrentados, que estão relacionados com os direitos de personalidade. Já na segunda, de autoria de Alexandre Torres Petry, analisa-se a situação no Brasil, criticando os atuais bancos de dados negativos e saudando o advento da Lei 12.414/11, que, além de introduzir significantes alterações a nível regulatório, institui o cadastro positivo. Ao final, conclui-se que na Alemanha a matéria está mais evoluída e é mais protetiva aos consumidores, apesar de ainda assim merecer algumas críticas, enquanto que no Brasil, com a nova legislação, há uma grande tendência de melhoria.

ABSTRACT

This article analyzes the databases of credit protection and its relationship with consumers, demonstrating that both in Germany and in Brazil consumers are harmed by unlawful practices of these databases that often deviate from their original purposes. In the first part, developed by Dominik Bouza Manuel da Costa, we study the situation in Germany and the problems faced today, which are related to the personality rights. In the second, written by Alexandre Torres Petry, we analyze the situation in Brazil, criticizing the current negative databases and saluting the advent of the Law 12.414/2011 which, besides introducing significant changes in the regulatory aspect, established the so-called positive list. At the end, we conclude that in Germany the matter is more evolved and is more protective for consumers, though it still deserves some criticism, while in Brazil, with the new legislation, there is a great tendency for improvement.

1. Introdução

O consumo e o crédito têm sido temas que envolvem a pauta de todos os países, seja na área econômica ou jurídica. Em tempos de crise, o assunto ganha ainda mais notoriedade, ficando evidente sua importância. Porém, entre o crédito e o consumo, geralmente existe a figura do banco de dados, que, numa forma inicial, pode-se dizer que é o órgão que coleta e armazena dados para futura avaliação de crédito.

Indubitavelmente, este banco de dados adquire relevância, sendo para o setor financeiro o órgão que permite fazer a avaliação de risco dos negócios de crédito. Para o consumidor, ao contrário, ter uma avaliação negativa perante os bancos de dados é um problema, pois o impede de fazer vários atos de comércio. Além disso, muitos são os transtornos que surgem dessa tumultuada relação entre bancos de dados e consumidores, sendo que estes últimos podem sofrer danos em razão do uso indevido de seus dados.

Atentos a essa problemática, pretende-se com o presente estudo analisar a questão do crédito e como ele é “aprovado” aos consumidores pelos bancos de dados de proteção de crédito, e também entender como funcionam estes bancos de dados, apontando suas falhas e fazendo as correspondentes críticas, para, ao final, apontar soluções e conclusões que possam ajudar com a evolução neste campo, pacificando-se as relações de consumo.

Num primeiro momento, abordar-se-á a situação na Alemanha, percorrendo a legislação vigente, avaliando a estrutura do principal órgão alemão de banco de dados, verificando seu funcionamento e como se dá a relação com o consumidor alemão e os benefícios e prejuízos que pode trazer ao sistema de uma forma geral.

Após, será feita a análise da questão a partir da realidade brasileira. Enfrentar-se-á a problemática do crédito no Brasil, que costuma ser irresponsável, fazendo surgir o recente fenômeno do superendividamento, grave problema no Brasil e que ameaça, inclusive, o seu desenvolvimento. Concomitante a isso, serão estudados os bancos de dados de créditos “negativos”, mais comuns e difundidos na sociedade, e os “positivos”, novidade que surge como alternativa a ser testada.

Na conclusão, será apresentado o comparativo entre as duas realidades, suas divergências e pontos de simetria. Deste fluxo de informações e avaliações recíprocas, pretende-se obter avanços que contribuam com o desenvolvimento da matéria.

2. Os bancos de dados na Alemanha

2.1. Noções introdutórias sobre a realidade alemã

Em primeiro lugar há que esclarecer o que se entende por “bancos de dados sobre a credibilidade de consumidores”. Só depois poderá ocorrer uma análise jurídica fundamentada.

Refere-se nesse contexto às chamadas agências de obtenção de dados sobre consumidores, as quais podem ser definidas da seguinte maneira: trata-se, fundamentalmente, de uma empresa que, independentemente da existência de uma procura concreta, dedica-se a coletar dados relevantes sobre a credibilidade negocial de empresas ou pessoas privadas, para que, em caso de necessidade, os possa disponibilizar, a troco de dinheiro, aos seus parceiros de negócios, com vista a uma avaliação, por parte destes, da credibilidade da empresa ou pessoa em questão¹.

Como exemplo de uma agência ativa que coleta dados na Alemanha, podemos citar a Schufa Holding AG, de longe a mais dominante empresa do seu gênero a funcionar no país. Procuraremos assim apresentar a seguir, de uma forma sucinta, a organização e o modelo negocial da Schufa.

A Schufa é, desde o ano 2000, uma sociedade anônima que opera sob o nome Schufa Holding AG. Dos seus acionistas, 36,4% são bancos de crédito, 24,7% caixas de depósitos, 17,9% bancos privados, 13,1% prestadores de serviço comerciais e de outros ramos e 7,9% bancos cooperativos².

No que diz respeito ao atual comportamento de pagamento dos consumidores e firmas, a Schufa dispõe do maior banco de dados existente na Alemanha. Assim, 614 milhões de informações cadastrais foram armazenadas sobre 66,2 milhões de pessoas³. Podemos, portanto, partir do princípio de que a Schufa recolheu informações sobre praticamente toda a população adulta alemã.

A missão e o objetivo da Schufa consistem em disponibilizar aos seus parceiros negociais informações com vista a protegê-los de eventuais perdas em negócios que possam vir a realizar com clientes privados. Simultaneamente, pretende-se também, através deste sistema, impedir um endividamento excessivo de clientes privados já anteriormente endividados.

O modelo negocial da Schufa baseia-se numa troca de informações de dados relevantes sobre a credibilidade de pessoas com os seus quase

7.000 parceiros contratuais. Os parceiros contratuais transmitem à Schufa determinados dados referentes às ligações negociais com os seus clientes. Esses dados, por sua vez, contêm determinados dados particularmente interessantes para a avaliação da credibilidade dos consumidores.

Todos esses dados são armazenados pela Schufa para que, num passo seguinte, os possa transmitir a terceiros, possibilitando-lhes uma melhor avaliação dos riscos de um negócio de crédito que se pretenda efetuar. Para além dessa troca de dados, a Schufa completa o seu cadastro com a avaliação de registos públicos, nomeadamente dos registos de devedores.

Se o nosso objetivo consiste em analisar, sob um ponto de vista jurídico e crítico, o fenómeno dos bancos de dados privados, uma das nossas prioridades será sempre saber resistir à voragem negativa de imagens formadas e alimentadas pela opinião pública com que se confronta esse tipo de instituto. Na realidade, o autor crê que não deve haver em toda a Alemanha uma empresa cuja imagem pública seja mais negativa do que a da Schufa Holding AG.

É indiscutível que estes institutos desempenham um notável papel para o funcionamento de uma economia saudável, uma vez que reduzem substancialmente os riscos de créditos evitáveis dos institutos, empresas e da própria economia comercial relacionada com o crédito⁴. Em última análise, servem também ao consumidor, uma vez que lhe permitem recorrer aos créditos de uma forma rápida e pouco burocrática. Por outro lado, este sistema também acaba por influenciar os custos do crédito, pois devido à diminuição dos riscos, a economia de crédito se torna capaz de conceder créditos com menos custos, frequentemente mesmo sem exigir garantias⁵.

Não obstante, esses bancos de dados comportam para os consumidores elevados riscos. Numa época em que a credibilidade assume importância fulcral para a participação na vida económica, corre-se o risco de que informações transmitidas à agência possam ser incorretas, de que o consumidor possa ter sido confundido com outra pessoa quando da transferência dos dados ou de que os fatores que determinam a credibilidade tenham sido armazenados há demasiado tempo⁶, lesando assim a mobilidade e criatividade económica do consumidor.

No entanto, e devido ao enorme poder que esses institutos detêm na atual economia, o maior perigo, tanto para o consumidor como para o Estado de Direito, reside na possibilidade real das empresas tirarem proveito das consequências extremamente prejudiciais de uma avaliação

negativa – que indiscutivelmente recaem sobre a pessoa em questão, no caso de uma inscrição negativa no cadastro da Schufa – para imporem as suas exigências eventualmente infundadas⁷.

2.2. Direitos fundamentais protegidos e a proteção garantida pelo direito constitucional

Em primeiro lugar, há que esclarecer que direitos poderão ser afetados pela coleta, armazenamento e divulgação de dados relacionados com a credibilidade.

É de supor que esse processo possa vir a afetar o direito à autodeterminação informacional, pela primeira vez mencionado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na sentença sobre o recenseamento da população de 1983⁸.

O BVerfG (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht*) construiu este direito como um elemento do direito da personalidade geral, submetendo-o à proteção do art. 2, enunciado 1, com o art. 1, enunciado 1, da GG⁹ ¹⁰, o que significa que representa uma especificidade de uma proteção da personalidade adaptada ao desenvolvimento moderno¹¹.

Cabe-lhe proteger a liberdade individual, concedendo a cada um o direito de decidir sobre a apresentação da própria pessoa. Isso mesmo exprime o BVerfG para o direito de autodeterminação informacional através da especificação de que o direito garante ao indivíduo a competência para “decidir ele próprio sobre a divulgação e entrega dos seus dados pessoais”¹².

Sabe-se, no entanto, que o BVerfG criou este direito como proteção contra a tendência generalizada de armazenamento de dados por parte do Estado, nomeadamente através das suas repartições públicas. A presente análise deste sistema de transferência, armazenamento e disponibilização de dados pessoais permite, no entanto, concluir que esse direito fundamental não se encontra ameaçado apenas pelo Estado *armazenador de dados*, mas também pelas atividades de entes privados que perseguem esses mesmos fins.

Ao contrário do Estado, que necessita sempre de um fundamento de autorização para cada intervenção num direito não garantido de forma ilimitada¹³, no caso da coleta, armazenamento e utilização de dados por particulares aplicam-se outros princípios. Nomeadamente, essa ação não pressupõe uma base de autorização legal como condição indispensável de legalidade. Pelo contrário, trata-se, nesses casos, do exercício de um direito

fundamental por parte dos particulares¹⁴. Os direitos fundamentais das pessoas em questão encontram-se numa relação de tensão com os direitos fundamentais dos bancos de dados, uma vez que estes podem fazer valer os seus direitos a exercer livremente a sua profissão (art. 12, II, GG), bem como de formar e colocar em funcionamento uma empresa comercial (art. 14, II, GG)¹⁵.

Resulta daí o problema de que, segundo o art. 1º, enunciado 3, da GG, o direito fundamental de autodeterminação informacional não pode desenvolver diretamente o seu efeito de proteção quando se encontram envolvidos exclusivamente partes privadas¹⁶.

Essa inexistente vinculação dos direitos fundamentais dos particulares é, no entanto, compensada por dois mecanismos de proteção.

Por um lado, o Estado pode ser levado – no cumprimento do seu dever de proteção dos direitos fundamentais – a impor restrições a atividades privadas, para assegurar a proteção do direito à autodeterminação informacional¹⁷. Se esse dever de proteção for assumido, o legislador tem que criar regulamentos apropriados para salvaguardar o direito à autodeterminação informacional também contra danos ou impedimentos provocados por partes privadas¹⁸. Este dever de proteção estatal resulta da obrigação do Estado de garantir sempre a proteção da dignidade humana. O objeto desse dever de proteção determina-se segundo o direito fundamental afetado, neste caso o direito fundamental à autodeterminação informacional¹⁹. Assim, o direito à autodeterminação informacional não representa apenas um direito de defesa contra intervenções estatais, mas também uma norma de proteção, segundo a qual o legislador pode evitar ou contrariar infrações²⁰.

O segundo mecanismo de proteção constitui o terceiro efeito indireto dos direitos fundamentais²¹. Por este meio há que considerar o direito à autodeterminação informacional como norma de interpretação, mesmo em caso de utilização das normas do direito civil pelos tribunais. Especialmente as normas §§ 823 e 1.004 do BGB²² possibilitam uma porta de entrada protetora dos valores desse direito para o direito civil²³.

2.3. Medidas de proteção legislativas

Partindo do princípio de que o legislador não só é obrigado a respeitar os direitos fundamentais como também a protegê-los contra eventuais interferências por parte de terceiros, coloca-se a questão de como essa missão é assumida no que respeita ao direito de autodeterminação informacional.

Do § 1º, inciso 1, da BDSG²⁴ depreende-se que esta lei visa “proteger o indivíduo de ser lesado no seu direito de personalidade pelo aproveitamento dos seus dados pessoais”²⁵.

Torna-se assim claro e evidente que através desta lei o direito de autodeterminação informacional deve ser respeitado por todo aquele que intencione utilizar informações relacionadas com a pessoa²⁶. Neste contexto, torna-se indiferente que o utilizador seja uma repartição pública (por exemplo, departamentos da segurança social, serviços de saúde ou autoridades de segurança) ou uma entidade ou pessoa privada (por exemplo, bancos, seguradoras ou empregados)²⁷.

Por outro lado, pode ainda depreender-se do § 1, inciso 2, item 3, da BDSG que esta lei regulamenta a proteção de dados no que respeita ao tratamento de dados para armazenamento e transferência de informações sobre a credibilidade (solvência). Assim, pode concluir-se que, de acordo com o § 4, inciso 1, da BDSG, a coleta, tratamento e aproveitamento de dados pessoais só são admissíveis se forem permitidos devido a um regulamento legal ou se a pessoa afetada com isso concordar²⁸.

Nos §§ 28a e 29 da BDSG sobre o tratamento de dados obtêm-se informações mais pormenorizadas sobre os regulamentos e limitações relativos à proteção de dados²⁹.

2.4. O regime da Schufa e os regulamentos legais

Se quisermos analisar até que ponto as medidas de proteção legislativas oferecem proteção efetiva, temos, em primeiro lugar, que nos debruçar sobre o chamado procedimento da Schufa.

Uma análise mais rigorosa permite-nos subdividir o regime da Schufa em quatro passos parciais, legalmente independentes uns dos outros. A análise de cada um desses passos tem que garantir que os direitos das pessoas em questão não sejam lesados.

O § 28a da BDSG regulamenta o segundo passo do regime da Schufa, referente à transferência de dados do parceiro contratual para a Schufa.

Ao avaliarmos o material legal, podemos concluir que a função dessa regulamentação – que, esclareça-se, só entrou em vigor em 1º de abril de 2010 – devia consistir em alcançar uma maior segurança legal através da introdução de elementos de autorização específicos para determinados processamentos de dados³⁰.

De acordo com a natureza dos casos, o § 28a da BDSG decide, para determinados tipos de dados (dados relativos a créditos na alínea 1, dados

sobre determinados negócios bancários na alínea 2), que os interesses da pessoa afetada devem subordinar-se aos interesses do banco de dados, bem como aos dos seus clientes, quando esses dados são transmitidos à agência. Com isso, decide, simultaneamente, que o banco de dados está autorizado a recolher esses dados. Trata-se, portanto, de uma concretização legislada da ponderação de interesses, a qual, sem o § 28b, teria que ser efetuada de acordo com as normas gerais do § 29, inciso 1³¹.

O § 29 da BDSG, por sua vez, regulamenta o armazenamento de dados pelos bancos de dados, bem como a sua disponibilização a terceiros.

O § 29 contém elementos de autorização no sentido do § 4, inciso 1. Por outras palavras: ele estabelece as condições sob as quais é permitido tratar de dados pessoais como objeto de negócios autônomos.

Tal como figura na fundamentação legislativa³², o § 29, inciso 1, deve oferecer uma base jurídica aos bancos de dados para o tratamento e uso de dados que, com base no § 28a, os seus parceiros lhes poderão transferir³³.

Em caso de uma confrontação com as normas que regulamentam o regime da Schufa, há que se orientar estritamente pelos passos processuais. Como já anteriormente mencionado, os diversos passos deste regime são regulados pelos parágrafos 28a e 29 da BDSG.

1. Assim, em primeiro lugar são investigados os passos 1 a 2, bem como a norma (§ 28a, BDSG) que regula esses passos processuais.

A primeira condição para uma transferência legal de dados relacionados com pessoas é um legítimo interesse pela sua transmissão no local responsável ou por parte de um terceiro (§ 28a, 1, BDSG). A fim de impedir uma difícil avaliação de cada caso concreto – algo que na prática é quase impossível devido à magnitude dos negócios –, o legislador criou no catálogo da alínea 1 cinco variantes nas quais é determinado *a priori* que os interesses da pessoa afetada não se oponham a uma transmissão dos dados³⁴.

a) Tal como já foi analisado, a primeira etapa do regime da Schufa consiste na coleta de dados relevantes sobre a credibilidade de pessoas por parte dos parceiros contratuais da Schufa. Deste primeiro passo não advém ainda qualquer perigo de dano, uma vez que por essa altura os dados ainda não abandonaram a esfera dos parceiros contratuais. Por outro lado, a coleta de dados pelo parceiro contratual encontra-se coberta pelo contrato firmado e pelo consentimento assinado em conformidade com o § 4 da BDSG.

b) O grande potencial de perigo oculta-se nos passos seguintes, de 2 a 4. No segundo passo os dados recolhidos são transferidos à Schufa. Com isso, os dados abandonam a esfera dos parceiros contratuais para serem disponibilizados a um terceiro não envolvido.

O § 28a da BDSG contém dois diferentes elementos de autorização para a transferência de dados relacionados com pessoas a bases de dados.

Particularmente importante é aqui a parte 1 do § 28a da BDSG, uma vez que ele enumera variantes em relação às quais um credor pode transmitir dados pessoais a um banco de dados sem que seja necessário um consentimento na aceção do § 4, inciso 1, da BDSG.

Assim, um credor pode transmitir à Schufa a informação de que um devedor não cumpriu no prazo ou completamente a exigência quando esta foi confirmada através de uma sentença definitiva ou provisoriamente executória; ou se existir um título de dívida segundo o § 794 do ZPO³⁵ (número 1); se a exigência foi comprovada segundo o § 178 do InsO³⁶ e não foi contestada pelo devedor (número 2) ou se o devedor reconheceu expressamente a exigência (número 3)³⁷.

Outro regulamento, muito relevante na prática – uma vez que está adaptado a obrigações contratuais permanentes como, por exemplo, contratos de arrendamento, empréstimos a consumidores ou contratos telefônicos³⁸ –, pode encontrar-se no número 5. Segundo este regulamento, os dados podem ser transferidos quando a relação contratual em que se baseia a exigência puder ser cancelada sem aviso prévio e o devedor for informado sobre a transferência iminente do processo de recolha.

O último número que deve ser analisado no catálogo do § 28a é o 4. De acordo com este regulamento, pode ser transmitido à Schufa um comunicado sobre uma exigência não liquidada se esta não for contestada pela pessoa afetada, se tiver sido emitida uma dupla advertência (lembrete), tendo passado entre as duas advertências um período de pelo menos quatro semanas e se a pessoa afetada tiver sido tempestivamente informada sobre a transferência iminente à Schufa³⁹.

2. Depois de termos analisado convenientemente os primeiros dois passos do procedimento da Schufa, iremos agora debruçar-nos sobre os passos 3 e 4, baseando-nos no § 29 da BDSG.

Como já anteriormente mencionamos, o § 29 regula dois diferentes passos do regime da Schufa. Na parte 1 é regulamentada a coleta, armazenamento, alteração e aproveitamento de dados pessoais para fins de

transferência. Trata-se aqui de um fluxo de dados vindo de terceiros. Esses fluxos representam uma transferência de dados, a qual, de acordo com a regra de ouro do § 4, tópico 1, da BDSG, requer uma correspondente base jurídica. Sobretudo o § 4 representa uma dessas bases jurídicas, tal como o § 28a⁴⁰, no caso de uma transferência a uma agência de base de dados.

Sob o tal ponto de vista, na transferência de dados a uma base de dados ocorre uma coleta de dados⁴¹.

Na parte 2 são então reguladas as condições específicas do quarto passo do regime da Schufa, por outras palavras: a transferência de dados armazenados a terceiros.

a) Analisando as condições expostas no § 29 para uma coleta de dados, logo percebemos que essas coletas dependem de uma ponderação dos diversos interesses, na prática sempre difícil. Segundo os números 1 e 2, não deve existir nenhum interesse digno de proteção da pessoa afetada que as contrariem. Porém, se se tratar de uma transferência de dados a uma agência de base de dados – como é o caso da Schufa –, então torna-se relevante o estipulado no item 3 da parte 1.

Direitos poderão ser afetados pela coleta, armazenamento e divulgação de dados relacionados com a credibilidade

Segundo ele, não é necessária uma ponderação dos diversos interesses desde que sejam cumpridas as condições do § 28a, pontos 1 e 2. Esta regulamentação significa uma clara decisão do legislador no sentido de facilitar a coleta de dados por parte dos bancos de dados.

Até a entrada em vigor desta regulamentação, em 1º de abril de 2010, as bases de dados só podiam apoiar-se nos então existentes números 1 e 2 (ponderação de interesses). Isso provocou uma enorme insegurança⁴².

Inversamente, isto significa que se uma empresa puder transferir dados pessoais à Schufa, de acordo com as condições prescritas pelo § 28a, esta (Schufa) também os pode recolher, ainda segundo o § 29, parte 1, item 3. Uma necessária ponderação dos interesses que considere os interesses da pessoa afetada já foi efetuada pelo legislador no contexto do § 28a.

b) Depois de constatarmos que a coleta de dados para as bases de dados/Schufa foi substancialmente facilitada pela entrada em vigor do novo § 29, n. 1, item 3, concentremo-nos agora no último passo ou na fase do regime da Schufa.

Trata-se da situação em que um contratante deseja acessar aos dados relevantes sobre a credibilidade de uma determinada pessoa armazenados pela Schufa.

Já só um primeiro olhar lançado ao tópico 2 do § 29 permite reconhecer que por parte do legislador foram previstas elevadas condições para esse processo. Assim, ambas as partes constituem no seu todo um elemento de autorização uniforme, no qual são confrontados o legítimo interesse do terceiro e o interesse digno de proteção da pessoa afetada. Há, portanto, que se realizar uma complexa ponderação de interesses, o que, desde logo, indicia o elevado potencial de proteção desta norma.

Isso é, aliás, plenamente justificado, uma vez que em caso de uma transferência para terceiros de dados relevantes negativos sobre a credibilidade de uma pessoa, as consequências negativas a que essa pessoa afetada fica exposta, como, por exemplo, a recusa de um crédito, são elevadas e imediatas.

A redação da lei exige, através da utilização de conceitos jurídicos abertos – como é o caso do conceito do “interesse legítimo” – uma ponderação entre o interesse legítimo na transferência dos dados pessoais e o interesse da pessoa atingida na exclusão da transferência.

Como já aqui se pode reconhecer, a própria redação da lei provoca por si um elevado grau de insegurança jurídica, uma vez que no processo de ponderação prescrito existe um número quase infinito de aspectos que poderiam desempenhar um papel marcante.

Há que admitir, no entanto, que o legislador também se encontrava numa situação particularmente delicada. Por um lado, queria e tinha que assumir o seu dever de proteção constitucional; por outro lado, em princípio a sua decisão sobre e pela legalidade da transferência de dados relevantes sobre a credibilidade aos bancos de dados já tinha sido tomada aquando da criação da norma 28a. Reconhecidamente, essa possibilidade de transferência de dados constitui também uma condição particularmente importante para a capacidade de funcionamento da economia do crédito⁴³.

Assim, na prática a aplicação da lei decorre de uma forma completamente diferente. Devido às suas oscilações e aspectos imponderáveis, a ponderação de interesses prescrita pelo legislador é substituída por uma chamada tipificação⁴⁴.

Essa tipificação ocorre na medida em que a Schufa, perante situações de “solicitações de informações típicas” – as solicitações de dados

relevantes sobre a credibilidade constituem um processo massificado (mais de 100 milhões de solicitações à Schufa em 2011)⁴⁵ –, decide se os dados armazenados terão mesmo que ser transferidos para satisfazer a pretensão do solicitante⁴⁶. Cabe à Schufa tomar essa decisão perante a solicitação do contratante, na qual ele tem que expor de forma plausível os motivos e o seu interesse nos dados solicitados⁴⁷.

Se agora observarmos esse processo da tipificação percorrido na prática no caso de uma solicitação de dados relevantes sobre a credibilidade de uma pessoa, há que constatar honestamente que o processo de ponderação prescrito pela lei apenas em certas condições é efetuado.

Não obstante, a lei não negligencia por completo a sua função de proteção, já que possibilita uma revisão completa e profunda da transferência de dados – que então incluirá já todos os interesses a ter em conta – por parte das autoridades de supervisão e dos tribunais.

Depois da análise dos regulamentos legais específicos e de condições para a coleta, transferência e disponibilização de dados pessoais, é indispensável lançar olhar sobre as possibilidades de atuação de que a pessoa atingida dispõe em caso de utilização ilícita dos seus dados.

3. Se uma pessoa quiser impedir uma transferência de dados relevantes sobre a sua credibilidade à Schufa, ou se quiser impedir que a Schufa disponibilize determinados dados seus a parceiros que os solicitem, então, e de acordo com as condições contempladas no § 28a, ponto 1, item 4d, da BDSG, a contestação do crédito torna-se uma possibilidade efetiva. Isso não quer dizer que a contestação do pedido conduza obrigatoriamente à inadmissibilidade do armazenamento pela base de dados. No entanto, esse passo tem como consequência que a base de dados se vê obrigada, de acordo com o § 35, tópico 4, da BDSG, a “bloquear” a informação contestada. A informação transferida tem que permanecer bloqueada até que a base de dados consiga contestar os argumentos da parte afetada.

A contestação por parte da pessoa afetada tanto pode ser feita contra o seu contratante (parceiro contratual que busca acesso aos dados) como contra a base de dados. Não necessita de uma fundamentação, uma vez que o ônus da prova cabe, por princípio, ao credor⁴⁸.

Assim que a base de dados toma conhecimento de que os dados transmitidos não são aceitos pela pessoa afetada, tem que os eliminar, de acordo com o § 35, ponto 5, da BDSG. Além disso, e de acordo com o § 35, ponto 7, da BDSG, a base de dados é ainda obrigada a informar

as entidades a quem já transferiu os dados contestados sobre a sua eliminação⁴⁹.

4. Outro direito fundamental de que dispõe a pessoa afetada em caso de armazenamento ilícito é o direito à eliminação, de acordo com o § 35, inciso 2, da BDSG. A partir do momento em que é certo que um armazenamento de dados foi ou se tornou ilegal, estes têm que ser eliminados.

5. Em casos em que a pessoa afetada teme que uma instância controladora de dados possa vir a transmitir uma ocorrência incorreta a uma base de dados, ou que uma base de dados transfira essa ocorrência a terceiros, a pessoa afetada tem direito à proibição, de acordo com os §§ 1.004 e 824 do BGB.

Se o banco de dados tiver transferido uma ocorrência cujo conteúdo é correto, sem que, no entanto, se verificassem as condições para a transferência definidas segundo os §§ 28a e 29 da BDSG, daí também resulta um direito à proibição de acordo com os §§ 1.004 e 823, n. 2, do BGB⁵⁰.

6. Tal como já analisamos, em caso de transferência de dados ilegalmente recolhidos, uma base de dados é obrigada a informar o destinatário desses mesmos dados sobre o seu bloqueio ou eliminação. Para além dessa obrigação legal, a pessoa afetada tem ainda direito, de acordo com os §§ 12, 823 e 1.004 do BGB, à revogação da transferência⁵¹.

7. Outro instrumento legislativo importante na proteção dos direitos do consumidor está regulado no § 34 da BDSG. Durante muito tempo, era impossível para o consumidor ter uma noção sobre a quantidade e sobre o conteúdo dos dados sobre si armazenados pelos bancos de dados. O legislador reconheceu que é essencial para o consumidor ter conhecimento concreto dos dados sobre si armazenados. Tendo em conta o processo massificado do armazenamento de dados, em muitos casos de infração das normas legais e dos direitos do consumidor, este só poderia descobrir os ilícitos e abusos e adotar as medidas cabíveis tendo direito, de uma maneira simples e rápida, de obter informações concretas de dados sobre si armazenados⁵². Foi por este motivo que o legislador decidiu por incorporar o § 34 na BDSG. Esta cláusula obriga todos os bancos de dados a oferecerem um serviço gratuito de informação sobre os dados armazenados. Qualquer pessoa pode então, uma vez por ano, pedir um excerto do seu cadastro.

2.5. Conclusões sobre o sistema alemão e os bancos de dados (Schufa)

Se quisermos tirar conclusões sobre a investigação efetuada, temos que constatar que nos tempos de hoje, numa economia de mercado em que o acesso ao crédito assume um papel cada vez mais preponderante para o indivíduo, os bancos de dados como a Schufa contêm em si um enorme potencial de risco sob o ponto de vista dos direitos fundamentais.

O legislador reconheceu perfeitamente esse perigo e tentou exercer a sua função de proteção, sem deixar de reconhecer os interesses legítimos da economia do crédito. Infelizmente, apenas o logrou parcialmente.

O autor assume uma posição particularmente crítica sobretudo em relação a três aspectos das regulamentações legislativas, em que, segundo ele, o exercício da função de proteção por parte do legislador é manifestamente insuficiente.

1. Problemática é, por um lado, a norma do § 28a, tópico 1, item 4, da BDSG. Segundo ela, podem ser transferidos dados relevantes sobre a credibilidade de uma pessoa a um banco de dados desde que: tenham sido enviadas, pelo menos, duas notificações relativas à dívida a saldar; entre essas notificações diste um espaço de tempo de, pelo menos, quatro semanas; a pessoa afetada tenha sido informada sobre a eminente transferência dos dados e, finalmente, a pessoa afetada não tenha contestado a dívida.

Contudo, essa regulamentação representa um desvio gritante dos princípios fundamentais do direito civil. Segundo estes, até o litígio judicial o devedor não é obrigado a manifestar-se sobre a pertinência de uma notificação a que foi sujeito⁵³.

Esta situação é alterada pelo item 4, uma vez que, desde que a notificação não seja contestada, a divulgação à Schufa se torna possível.

A suposição óbvia do legislador de que uma pessoa irá sempre contestar notificações injustificadas é perigosa⁵⁴. Esta norma, que parte muito naturalmente de um cidadão com conhecimento jurídico, em vez de proteger a pessoa afetada oferece, pelo contrário, ao credor um novo meio de pressão extraprocessual para impor a sua exigência⁵⁵.

2. Outra regulamentação que contribui para colocar em perigo os direitos das pessoas afetadas bem como a sua posição perante bancos de dados excessivamente zelosos na sua função de recolha de dados é o § 28a, tópico 1, item 5, da BDSG.

Esta norma pressupõe para uma transferência de dados sensíveis sobre a credibilidade de uma pessoa apenas a existência de uma obrigação contínua, bem como uma notificação sobre a transferência iminente.

Nessas situações são muito poucas as possibilidades de defesa de que a pessoa afetada dispõe. Mesmo que a rescisão seja ineficaz por razões jurídicas, a pessoa apenas pode lutar por um controle *a posteriori*, através de um tribunal. Parece evidente que nestes casos a regulamentação não leva devidamente em conta o fato de que a credibilidade da pessoa atingida possa vir a sofrer danos graves no período de instrução processual.

Não se compreende por que motivo, neste ponto, a pessoa atingida foi relegada para uma posição tão fragilizada; nem sequer tomando em consideração a intenção legislativa, que simplesmente não se pronuncia sobre o fato⁵⁶.

Parece, pois, pertinente colocar a questão sobre se essa regulamentação não interfere desproporcionalmente com o direito fundamental da autodeterminação informacional.

3. Finalmente, parece problemático que na adoção das normas sobre o direito de proteção de dados o legislador não tenha excluído em geral nenhuma espécie de credores do aproveitamento dos serviços das bases de dados. A formulação do § 28a, parte 1, da BDSG pressupõe para a transferência de dados relevantes para a credibilidade de uma pessoa apenas uma notificação – seja qual for a relação contratual que a justifique – e um interesse legítimo do credor ou do banco de dados.

Graças às lacunas evidenciadas na formulação da regulamentação, os bancos de dados podem coletar dados essenciais sobre a credibilidade das pessoas em áreas de negócios que não têm relação com a sua função primitiva, que continua a ser o apoio à economia de crédito.

Assim, a integração de informações provenientes de outras áreas de negócios num banco de dados uniforme pode conduzir a que no futuro, e em casos concretos, uma pessoa, por exemplo, deixe de poder comprar um apartamento só porque – por uma razão qualquer que aqui não vem ao caso – não tenha quitado uma conta de telefone celular. Mesmo a integração de empresas de cobranças de dívidas no procedimento da Schufa envolve o risco real de que quezílias quotidianas possam conduzir rapidamente a um registo na Schufa. Isso faz com que cada ação judicial perdida possa pôr em perigo a credibilidade para créditos, seguros e contratos de arrendamento⁵⁷.

4. Perante a constatação dessas lacunas na proteção do direito à autodeterminação informacional, defende-se que as normas jurídicas que regem a exploração privada de bancos de dados sobre a credibilidade de consumidores terão de ser otimizadas do ponto de vista da proteção do consumidor. Concluindo, uma pessoa privada continua a ter dentro do regime da Schufa uma posição muito fragilizada, o que conduz a violações de direitos fundamentais.

No entanto, a utilização de conceitos jurídicos abertos por parte do legislador permite uma revisão judicial completa e global, o que não deixa de ser tranquilizador. Uma vez que os tribunais, tal como o legislador, estão obrigados a respeitar e a proteger os direitos fundamentais⁵⁸, é de se supor que as pessoas afetadas não acabem por ser “abandonadas à chuva”.

3. O Brasil e a prática dos bancos de dados de crédito

3.1. O crédito no Brasil e o (super)endividamento

No Brasil a matéria se encontra em estágio de evolução bem diferente da Alemanha (podemos dizer que bem mais atrasado), seja na questão legislativa, seja na forma de atuação dos bancos de dados. Porém, antes mesmo de se fazer comparações, surge a necessidade de realizar um estudo da situação do crédito, endividamento, atuação dos bancos de dados e direitos dos consumidores, para, ao final, fazer as comparações devidas e apresentar conclusões.

O crédito no Brasil é a principal forma de estímulo ao crescimento econômico, sendo que o crédito ao consumo, pela primeira vez na história, superou o crédito concedido às empresas. Aquele crédito alcançou todas as classes econômicas, pois, nos últimos anos, o aumento de renda foi constatado em todas as classes, que passaram a consumir mais, projetando-se, para os próximos anos, mais renda e consumo⁵⁹. Vive-se verdadeira “farra” do crédito, apesar do Brasil ter uma penetração de crédito inferior à dos países emergentes, possuindo enorme potencial de expansão⁶⁰.

Segundo dados do IPEA⁶¹, apontados no último Índice de Expectativas de Famílias, de 17 de agosto de 2012⁶², 7,1% das famílias brasileiras se consideram muito endividadas, enquanto 18,8% se declaram “mais ou menos endividadas” e 18% pouco endividadas. Logo, estes dados permitem concluir que quase metade da população brasileira possui dívidas, destacando-se que cerca de 14 milhões encontram-se superendividadas.

Este mesmo estudo aponta ainda que 32,24% das famílias brasileiras possuem contas atrasadas, ou seja, estão inadimplentes. Apesar destes dados alarmantes, este mesmo estudo conclui que o brasileiro está otimista com a situação econômica e buscando mais crédito para consumir sem maiores preocupações.

O endividamento tornou-se inerente à vida na sociedade, sendo que consumo e crédito tornam-se duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico dos países capitalistas⁶³. Nesse sentido, bem relacionou Philippe Flores⁶⁴ o crédito ao consumo:

“O crédito situa-se no coração do consumo, uma vez que permite a realização imediata de projetos que, do contrário, deveriam ser diferidos ou, na pior hipótese, abandonados. Este instrumento é essencial, tanto no plano macroeconômico, para acompanhar o desenvolvimento, como sobre o plano microeconômico, para favorecer o incremento do plano de vida dos consumidores.”

Dessa forma, fica evidente que o superendividamento é uma realidade que não tem recebido a devida atenção no Brasil. Colaboram para essa situação o acesso ao crédito fácil, a falta de informação e de educação para o consumo, a publicidade agressiva, bem como “acidentes da vida”⁶⁵, que são situações que contribuem para que o consumidor perca a sua capacidade de pagamento global de suas dívidas⁶⁶.

É claro que o estímulo ao crédito, muitas vezes irresponsável, e o fenômeno do superendividamento não são exclusivos do Brasil, podendo ser identificados em todo o mundo, mas nos países da América Latina em especial ainda não receberam a devida atenção e regulamentação⁶⁷, ao contrário da Europa, em que, guardadas as peculiaridades de cada Estado, já têm tratamento. Prova disso é que em 23 de abril de 2008, pela Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que disciplina os contratos de crédito ao consumidor, operou-se a inversão do que poderia considerar-se o paradigma até então estabelecido: o da celebração irresponsável, temerária e maléfica de contratos por iniciativa dos fornecedores de crédito. Isso porque, de acordo com a referida diretiva, incumbe aos Estados-membros da Comunidade Europeia adotar medidas a incentivar práticas responsáveis em todas as fases da relação de crédito, considerando as peculiaridades do mercado de crédito e as consequências de créditos “podres”⁶⁸.

Provavelmente influenciado por essa linha, tanto na Argentina, onde existem soluções parciais para a questão do consumidor superendividado⁶⁹,

como no Brasil, surgiram movimentos, estudos e práticas de combate ao superendividamento, pois restou evidente que o fornecedor de crédito tem o dever de se acautelar no sentido de não fornecer crédito àquele que não pretende honrar a dívida, da mesma forma para quem não puder pagá-la por não possuir condições para tanto⁷⁰ e, no caso de superendividamento do consumidor, deve o fornecedor de crédito participar, ou, ao menos, colaborar na situação de dificuldades financeiras do consumidor de boa-fé.

No Brasil a doutrina, seguindo a tendência europeia, mas mais influenciada pela legislação francesa⁷¹ para tratar desse fenômeno social⁷², colaborou para o surgimento do projeto de lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor⁷³ que, segundo a própria exposição de motivos, trata especialmente do tema do crédito e do superendividamento do consumidor, visando preparar o mercado e a sociedade, reforçando os direitos de informação, de transparência, lealdade e de cooperação nas relações que envolvam crédito para o fornecimento de produtos e serviços a consumidores⁷⁴. Com isso, pretende-se que haja a prevenção ao superendividamento e o tratamento dos consumidores superendividados, apostando-se na negociação entre o consumidor de boa-fé e o fornecedor de crédito⁷⁵.

Entretanto, desde a edição do CDC⁷⁶, o crédito no Brasil tem sido orientado apenas pelo critério dos bancos de dados de “proteção ao crédito”. Os bancos de dados e cadastros de consumidores estão regulados na seção VI do CDC, nos arts. 43 e 44, não se confundindo, sendo espécies que, em conjunto, formam os *arquivos de consumo*, expressão considerada como o gênero. Os arquivos de consumo têm como características o fato de armazenarem informações sobre terceiros para uso em operações de consumo⁷⁷. Os bancos de dados diferenciam-se dos cadastros de consumidores, segundo a lição de Antônio Carlos Efig⁷⁸, da seguinte forma:

“(...) os bancos de dados de consumidores seriam sistemas de coleta aleatória de informações, normalmente arquivadas sem requerimento do consumidor, que dispõem de organização mediata, a atender necessidades latentes através de divulgação permanente de dados obrigatoriamente objetivos e não valorativos, utilizando-se de divulgação a terceiros por motivos exclusivamente econômicos. Diferentemente disto, os cadastros de consumidores seriam sistemas de coleta individualizada de dados objetivos, sejam de consumo ou juízos de valor, obtidos normalmente por informação do próprio consumidor e com objetivo imediato relativo a operações de consumo presentes ou futuras, tendo

provisoriamente subordinada aos interesses comerciais subjetivos do arquivista, e divulgação interna, o que demonstra a função secundária de seus arquivos.”

Na prática atual, reconhece-se que as figuras dos bancos de dados e dos cadastros acabam se confundindo e se misturando. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, responsável pela redação desta seção do CDC, ressalta que até a promulgação do código não havia no Brasil qualquer disciplina legal para os arquivos de consumo, sendo que eram notórios os abusos cometidos pelos arquivistas, o que acarretou insatisfação generalizada na sociedade. A inspiração para regular esta matéria veio dos Estados Unidos, nação com o mercado de consumo já maduro na década de 1960, destacando-se que, primeiramente, foi útil a estrutura do *National Consumer Act* e, após, o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), aprovado pelo Congresso Americano em 1970 e que foi incorporado ao *Consumer Credit Protection Act*. Portanto, nessa parte do CDC, a influência europeia, em especial a comunitária, foi mínima, conquanto só em 1995 ocorreu a promulgação da Diretiva Europeia 95/46⁷⁹ sobre o tema⁸⁰.

É inegável a importância dos arquivos de consumo, em especial dos bancos de dados de proteção de crédito, diante da vital contribuição do crédito para o funcionamento estável das instituições financeiras, já que o colapso do sistema financeiro pode representar a ruína econômica da nação. Logo, a questão do crédito passa da esfera do mero interesse privado para o âmbito do interesse público e social. Estas entidades que visam proteger o crédito conseguem superar o anonimato do consumidor e auxiliam na utilização do crédito, permitindo que sejam feitos empréstimos sem delongas, o que tem como resultado um sistema de crédito mais robusto, confiável e ágil⁸¹.

Contudo, apesar dessa intenção inicial, a forma de atuação dos bancos de dados no Brasil demonstra que a prática se distanciou um pouco da ideia original, ocorrendo abusos e alteração dos ideais arquitetados. Isso se deu em relação aos bancos de dados porque estes têm a forma de coleta aleatória e visam, na verdade, apenas o lucro (diferentemente dos arquivos de dados, que não costumam representar grandes problemas aos consumidores). Os bancos de dados são constituídos de informações que são recolhidas sem a concordância dos consumidores e, de regra, são utilizadas contra os próprios interesses destes, uma vez que restringem o crédito e, em tese, possuem grande poder ofensivo, não sendo raras as oportunidades em que causam danos ao consumidor, já que muito se afastam da sua função primordial e para a qual foram concebidos⁸².

Aliás, sobre a relação dos bancos de dados e o superendividamento, não está comprovado que estes bancos de dados colaboram para prevenir o superendividamento, sendo que a proposição aqui defendida é justamente a contrária, ou seja, que os bancos de dados de proteção ao crédito (bancos de dados de informações “negativas”) mais ajudam na promoção do superendividamento por tornarem o crédito irresponsável do que o evitam. Ao mesmo tempo, servem os bancos de dados para fazer comércio com as dificuldades e dados privados alheios, monitorando os hábitos de consumo, invadindo a privacidade de consumidores e, ainda, servem para conceder mais crédito aos necessitados em razão das mazelas que o próprio superendividamento causa. Tanto parece verdadeira esta alegação que na Europa, por exemplo, a regulamentação dos bancos de dados está relacionada a outras formas de combater e prevenir o superendividamento, o que, em última instância, constitui a luta pela preservação da dignidade desse consumidor⁸³.

Portanto, far-se-á agora a abordagem dos bancos de dados de proteção de crédito no Brasil, demonstrando a sua abusividade na prática cotidiana, que se desvirtuou da concepção original, para, após, analisar os “bancos de dados positivos” (cadastros positivos), que representam uma evolução e uma alternativa viável, mas desde que adaptados à atual legislação consumerista.

3.2. Os bancos de dados “negativos” no Brasil

De início, adianta-se que os bancos de dados negativos, como hoje estão estruturados no Brasil, são ilegais, pois abusivos, uma vez que violam o direito fundamental à dignidade humana (art. 1º, III, da CF), os valores da privacidade e da honra (art. 5º, X, da CF), além de constituírem método comercial coercitivo e desleal, o que afronta o inciso IV do art. 6º do CDC.

Os bancos de dados de consumidores nasceram no Brasil na década de 1950, quando iniciou-se um período de industrialização, que demandava uma rápida e dinâmica transformação do mercado, que passou a consolidar a sociedade do consumo, obrigando os comerciantes a buscar novas formas de atuação para acompanhar todas estas mudanças. A necessidade de comercialização fez surgir a venda dos produtos e serviços mesmo quando os consumidores não tinham o valor pecuniário para a contraprestação, impondo-se, assim, os contratos mediante crédito. Ocorre que na sociedade de consumo em massa seria muito custoso fazer

completa análise de crédito para cada transação comercial, encontrando-se como solução para o problema a criação de arquivos para coletar, armazenar e disponibilizar dados, o que se efetivou pela primeira vez no Brasil em 1955, quando 27 comerciantes reuniram-se em Porto Alegre e fundaram o primeiro Serviço de Proteção ao Crédito – SPC. Desde então, a evolução foi muito rápida, sendo que hoje não há no país, devido ao sistema financeiro existente, qualquer contrato de crédito que não envolva uma prévia consulta aos bancos de dados de proteção ao crédito⁸⁴.

O objetivo dos bancos de dados de proteção ao crédito é auxiliar a decisão de um fornecedor sobre a concessão ou não de um crédito a alguém, sendo que a decisão a respeito da concessão do crédito é sempre de responsabilidade exclusiva do fornecedor, que pode, apesar da existência de registros negativos (inadimplimentos), ignorá-los e conceder o crédito. Porém, na prática, sabe-se que qualquer registro negativo em nome de alguém significa o indeferimento da concessão de qualquer tipo de crédito independentemente de suas características⁸⁵.

Isso porque se pressupõe que o consumidor que cumpre com as suas obrigações contratuais irá manter esta mesma conduta em relação às novas concessões de crédito, ficando o fornecedor, assim, tranquilo para conceder o crédito para o consumidor adimplente com as suas obrigações financeiras. De regra, a consulta aos bancos de dados pelo fornecedor traz poucos dados, como a identificação da pessoa, que costuma ser realizada pelo número do CPF, e as informações das dívidas existentes e não pagas. Não há qualquer descrição qualitativa da dívida, como por exemplo, se ela é objeto de discussão judicial, ou se faz parte de um parcelamento em que várias outras parcelas já foram quitadas, bem como se é contestada pelo consumidor. Ao fornecedor que consulta, aparecem apenas os dados de identificação do consumidor, o seu débito inadimplido com o valor da dívida e a data do vencimento, o número do contrato, a identificação do credor e quando foi feito este registro. Este banco de dados é alimentado pelos próprios fornecedores que, cada vez que um consumidor resta inadimplente, registram o débito no banco de dados e esse consumidor passa a ficar impossibilitado de obter novo crédito⁸⁶.

Desde a sua regulamentação, reconheceu-se os benefícios que os bancos de dados poderiam trazer à sociedade. Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar, ainda em 1995, no julgamento do REsp 22.337⁸⁷, referiu que é “*evidente que dele decorre em favor da agilidade e da segurança das operações comerciais, assim como não se pode negar ao vendedor o direito de informar-se sobre o crédito do seu cliente na praça*”. Em contrapartida, o mesmo

ministro também destacou os efeitos terríveis que essa inscrição em bancos de dados traz ao consumidor, conforme se verifica no REsp 172.854⁸⁸, em que afirmou que “*são por demais conhecidos os efeitos negativos de registros em bancos de dados de devedores*”, fazendo referência, basicamente, à falta de crédito que o consumidor passa a ter em todos os sentidos.

Estar cadastrado no banco de dados de proteção de crédito equivale à sua exclusão do mercado de compra a crédito e da possibilidade de aquisição de produtos mediante pagamento em cheque, cartão de crédito, cartões corporativos dos fornecedores, bem como quaisquer outros mecanismos que possam existir que não o pagamento em dinheiro do valor integral exigido⁸⁹. Estando o consumidor “negativado”, o seu crédito está aniquilado, ficando o consumidor excluído da sociedade, afinal, a decisão de conceder crédito acaba sendo sempre vinculada ao banco de dados de crédito, o qual adquire um caráter, perante a comunidade empresarial, quase que divino, tamanha a confiança que neles depositam os agentes econômicos. Logo, fica evidente que a operação dos bancos de dados, caso não exercidas com certos limites, são passíveis de se tornarem verdadeiro “dano social”⁹⁰.

Os direitos fundamentais das pessoas em questão encontram-se numa relação de tensão com os direitos fundamentais dos bancos de dados

Portanto, as informações pessoais do consumidor passam a ter valor econômico e o desejo de lucro das instituições financeiras entra em choque com o direito à intimidade do consumidor. Assim, surgiu um negócio em volta dos bancos de dados e todo um setor da economia brasileira desenvolveu-se a partir da vigilância dos consumidores, mapeando seu comportamento⁹¹.

Originalmente, os bancos de dados eram alimentados apenas pelos próprios fornecedores. Porém, com os avanços da tecnologia e a possibilidade cada vez maior de acesso aos bancos de dados de fontes diversas, mediante convênio, as informações se ampliaram. Atualmente, mais do que as próprias informações de inadimplemento prestadas pelos próprios fornecedores, os bancos de dados já conseguem disponibilizar informações sobre a existência de ações judiciais⁹² contra as pessoas, títulos protestados⁹³, atrasos no pagamento de empréstimos perante instituições financeiras ou assemelhadas, endividamento das pessoas nos bancos, além de outros dados relativos às operações bancárias⁹⁴.

Portanto, são muitas as informações negativas. Aliás, fala-se em informações negativas porque descrevem uma situação de mora do devedor, ao ponto de que os fornecedores e consumidores já internalizaram a expressão “negativar” (cadastrar alguém nos bancos de dados de proteção de crédito) e estar “negativado” (estar cadastrado nos bancos de dados), até porque os bancos de dados de proteção ao crédito não apresentam informações “positivas”, ou seja, informações que poderiam ajudar o consumidor⁹⁵.

É tamanho o prejuízo da inscrição que a jurisprudência⁹⁶ já pacificou o entendimento de que a inscrição indevida nos bancos de dados de proteção de crédito gera o direito ao recebimento de indenização por danos morais por se tratar de lesão ao íntimo das pessoas, que agride a dignidade da pessoa humana, sendo que este dano sequer necessita de prova, conformando-se a ordem jurídica com a demonstração do ilícito porquanto o dano moral estaria configurado desde que demonstrado o ato ofensivo (no caso bastaria provar a negativação indevida), existindo *in re ipsa*⁹⁷. O principal direito subjetivo do consumidor ofendido por esta conduta ilícita é o direito à honra, que acaba sendo violado pela projeção externa de informações desabonatórias inverídicas, surgindo o direito à reparação pelos danos morais decorrentes dessa ofensa⁹⁸.

Outras são ainda as hipóteses de danos. A ausência de comunicação prévia da futura inscrição no banco de dados, nos termos do art. 43, § 2º, do CDC, por si só já tornaria o registro irregular e, por isso, ensejaria o direito ao recebimento de indenização por danos morais⁹⁹.

Também muito se discute a validade da inscrição nos bancos de dados durante a pendência de litígio judicial, uma vez que o débito está em discussão, sendo que nesse ponto a jurisprudência não é pacífica, existindo uma corrente que entende que a inscrição não pode ocorrer ou ser mantida enquanto existir a discussão, bastando ao consumidor contestar este débito, e outra que se posiciona no sentido de que enquanto o débito não for desconstituído é lícita a inscrição (exceto se o consumidor apresentar no início do processo provas robustas de que o débito seria indevido)¹⁰⁰.

Apesar do Superior Tribunal de Justiça não concordar com o entendimento de que a simples discussão do débito por si só já geraria o direito a exclusão dos bancos de dados, utilizando para tanto o argumento de que o Poder Judiciário não possuiria respaldo legal para obstaculizar o direito do credor de buscar o pagamento do seu crédito¹⁰¹, a questão é muito polêmica e, inclusive, já foi objeto de ação civil pública¹⁰².

Parece-nos desproporcional exigir que o consumidor aguarde durante todo o processo para ver os seus dados excluídos dos órgãos de restrição e crédito. Assim, existindo indício de irregularidade na inscrição deve, sim, ocorrer a suspensão desta até o julgamento final, sendo que no caso de improcedência da ação a anotação voltará a valer, e este consumidor ainda pode responder pelo débito judicialmente. É mais lógico, em razão da inversão do ônus da prova que se opera no direito do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, presumir a indevida inscrição pela mera discussão, oportunizando-se ao fornecedor fazer prova em contrário e, caso tenha êxito, aí sim manter este registro, do que obrigar o consumidor a conviver com este registro negativo que pode arruinar sua vida. Ademais, apenas o registro estará suspenso, jamais a dívida, sendo que o credor possui todos os meios legais para buscar a quitação do débito.

Além das discussões quanto à validade dos débitos inscritos nos bancos de dados, existem ainda diversas outras práticas abusivas que geram reclamações dos consumidores.

3.3. Práticas abusivas dos bancos de dados, em especial do Serasa

Verifica-se no Brasil que muitas são as ações judiciais envolvendo os órgãos de restrição de crédito, tamanho os danos que eles podem causar. É impossível precisar quantas ações existem, mas uma simples consulta no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, utilizando como critério o nome dos maiores bancos de dados do Brasil, aponta cerca de 135.000 decisões apenas de segunda instância envolvendo os bancos de dados¹⁰³. O número é estarrecedor e comprova que abusos são cometidos com frequência¹⁰⁴.

O desvio de finalidade está presente na prática dos bancos de dados de proteção de crédito. A inclusão nos bancos de dados tornou-se, assim, a via fácil, rápida e barata para o fornecedor, que o utiliza como verdadeiro instrumento de cobrança e inibidor da intervenção dos órgãos judiciais a fiscalizar a legalidade e legitimidade das cobranças abusivas. Pelo valor do débito, até mesmo para o consumidor, em muitas ocasiões, não vale a pena a discussão judicial, sendo preferível pagar, ainda que a cobrança possa estar errada. Com esse perfil, os bancos de dados de proteção de crédito passaram a atender muito mais efetivamente às necessidades dos credores (que são parceiros ao alimentarem o próprio banco de dados), em face da estigmatização creditícia e social que impõem aos “negativados”, passando a desempenhar papel expiatório de cunho

privado, característica que, sem dúvidas, viola os princípios básicos da ordem constitucional brasileira¹⁰⁵.

Esse desvio de finalidade pode ser constatado, inclusive, em outras áreas que não no direito do consumidor, ou seja, fugindo da ideia originalmente constituída de “proteção ao crédito”. Consultas aos bancos de dados negativos já são utilizadas para a seleção de empregados (critério para exclusão de candidatos a vagas de emprego), apesar da grande polêmica que essa conduta velada enseja¹⁰⁶, da mesma forma que há debate sobre a possibilidade da Fazenda Nacional incluir os contribuintes que possuem débitos inscritos em dívida ativa nos bancos de dados negativos (destacando-se que essa é uma real tendência¹⁰⁷), medida essa que, segundo o professor Hugo de Brito Machado, é inconstitucional, pois a referida inscrição constitui forma oblíqua de execução, ou seja, forma de cobrança coativa, em que a Fazenda Pública busca fazer “justiça com as próprias mãos”, restringindo a liberdade do exercício da atividade econômica e suprimindo o direito à jurisdição (onde deve ser executado o débito fiscal), afrontando, assim, as garantias constitucionais previstas no art. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição¹⁰⁸.

Além disso, os bancos de dados negativos não têm atingido apenas os devedores da obrigação principal (débito principal), mas também o “garantidor” em via subsidiária, que se trata de fiador ou avalista. Ocorre que esse garantidor, não sendo devedor primário e não tendo dado causa à inadimplência da prestação, não pode figurar no elenco dos devedores negativados pelos bancos de dados, prática, infelizmente, corriqueira e que não tem recebido a devida atenção¹⁰⁹.

Portanto, é inegável a importância dos bancos de dados negativos no Brasil, assim como o poder que hoje possuem, já que, de certa forma, controlam a vida do consumidor¹¹⁰. No país, os principais bancos de dados são o SPC¹¹¹ e o Serasa¹¹², que, aliás, estão fazendo ampla divulgação da sua recente parceria¹¹³, ou seja, da integração dos seus bancos de dados, o que dará mais “segurança aos seus clientes”. Considerando que o Serasa tem atuação maior no âmbito nacional, os próximos apontamentos serão focados nesta instituição com finalidade comercial.

O Serasa, exemplo maior de banco de dados de “proteção ao crédito”, há muito tempo perdeu essa sua função original, ocorrendo verdadeiro desvio de finalidade. Analisando os serviços prestados por este banco de dados, fica evidente que está ocorrendo violação à privacidade e honra dos consumidores. Isso porque, além de todos os pontos já destacados até aqui,

que se configuram em verdadeiras restrições ao consumidor, o Serasa oferece um serviço denominado “Me Proteja”, cujo valor mensal da oferta é de R\$ 19,90 (todas as informações estão disponíveis no site da instituição¹¹⁴), que é basicamente uma proteção da proteção. O consumidor paga para ter acesso aos seus dados, para saber como estão sendo utilizados, ou seja, paga para saber quem está acessando os seus dados e de que forma. A situação é inusitada, hilária e absurda, pois o consumidor paga para ter acesso aos seus próprios dados, quando esse acesso, conforme estipula claramente o art. 43 do CDC, deve ser gratuito. Com esse serviço, o consumidor pode saber se o seu nome “está limpo”, se uma dívida sua foi quitada, quais os telefones que estão atribuídos ao consumidor e quais empresas estão consultando o nome do consumidor. Essa situação é abusiva e deve ser objeto de ação civil pública, pois todos estes dados apenas poderiam estar disponíveis com autorização do consumidor e com acesso gratuito.

Nitidamente, viola-se o princípio constitucional da dignidade humana, ao passo que o consumidor (ou seus dados) é transformado em objeto passível de comercialização para si mesmo inclusive. Ofendem-se os valores da privacidade e da honra, garantias também constitucionais, além de ficar nítido o método comercial coercitivo e desleal, o que é vedado pelo art. 6º, IV, do CDC.

Aqui se aplicam perfeitamente as palavras de Zygmunt Bauman¹¹⁵ (tamanho a “mercantilização” do consumidor que se transforma numa coisa, num produto) que afirma que “*os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade*”.

Nesse contexto, torna-se imprescindível a proteção de dados pessoais, proteção essa que se constitui num direito fundamental, como uma dimensão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição Federal). Este direito fundamental à proteção de dados tem um cunho negativo, como um direito de defesa, ao mesmo tempo em que também possui um caráter positivo, ou seja, como direito à prestação real por parte do Estado, que tem a obrigatoriedade de fornecer a proteção mínima exigida. Ademais, essa proteção de dados deve ocorrer tanto na relação dos indivíduos com o Estado como nas relações privadas. O titular desse direito tem que ter o efetivo controle sobre os seus dados na sociedade, o que pode ser concretizado com direito de acesso, cancelamento e retificação dos dados. Porém, apenas isso não basta, pois além do titular deste direito ter acesso e possibilidade de modificação dos seus dados, estes

têm que ser tratados com lealdade e de forma lícita por aquele que detém os dados, conforme as suas legítimas expectativas, adotando, ainda, todas as medidas de segurança no trato desses dados¹¹⁶.

Ao mesmo tempo, o consumidor precisa ser tutelado tendo controle sobre o uso de seus dados. Como leciona Adalberto Pasqualotto, a defesa do consumidor é mandamento constitucional previsto no art. 5º, XXXII, sendo um dos princípios gerais que orienta a ordem econômica, conforme o disposto no art. 170 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o CDC tem o escopo de refazer o equilíbrio da relação consumerista, naturalmente desequilibrada, em que, na maioria dos casos, “alguém age por interesse frente a outrem, que atua por necessidade”¹¹⁷.

Nessa linha, não há outra solução que não uma melhor interpretação do art. 43 do CDC e, principalmente, do seu § 2º. Essa é a única forma de evitar abusos, manter o respeito ao consumidor, preservando sua intimidade e vida privada, a fim de que não haja violação à sua dignidade humana. Isso porque o art. 43 estabelece que o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas e registros de dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. A interpretação correta desse artigo deixa claro que nada pode ser cobrado do consumidor para ter acesso aos bancos de dados para a consulta de seus próprios dados. Logo, o serviço “Me Proteja” não pode existir, ou deveria ser disponibilizado de forma clara, fácil e objetiva para qualquer cidadão e sem quaisquer custos.

Contudo, a questão mais complicada e polêmica é a que se sugere agora quanto ao § 2º do art. 43 do CDC, o qual precisa de uma nova leitura para que os bancos de dados tenham efetivamente a função inicialmente imaginada: “proteger o crédito” e trazer benefícios, assim, a todos os consumidores. Ora, o § 2º do art. 43 expõe que *a abertura de cadastro, ficha e registro de dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele*, sendo que a doutrina esclarece que é a comunicação da abertura do registro que enseja o exercício do direito de retificação das informações registradas, protegendo ou fazendo cessar ofensa a direitos de personalidade, como privacidade e honra¹¹⁸. Porém, essa interpretação necessita ser ampliada! Isso porque, na prática, tanto Serasa como SPC, ou qualquer outro banco de dados, já possuem o cadastro completo dos dados do consumidor, ou seja, já existe este cadastro independentemente da aprovação do consumidor, que acaba sendo comunicado apenas de que será feito um registro negativo no

seu nome por determinado débito. Ao receber essa comunicação, seja de que órgão de crédito for, o consumidor só possui uma única e exclusiva medida para impedir o registro negativo: pagar o débito! E mais nada. Não adianta o consumidor reclamar, protestar ou justificar que eventualmente a cobrança é indevida. Ou paga ou o seu nome é registrado, não tendo qualquer poder de autorizar ou não o cadastro ou, conforme estipula o § 3º, sequer exigir a correção ou alteração de dados.

Então, o consumidor não tem qualquer ingerência sobre os seus dados, sendo que o banco de dados sequer precisa de qualquer autorização ou anuência do consumidor, bastando comunicá-lo de eventual inscrição negativa referente a um débito. Esta situação é absurda. Ora, os dados do consumidor são comercializados sem sequer o seu consentimento. Assim, a grande alteração de entendimento que agora se propõe é que o consumidor apenas poderá constar nos bancos de dados se anuir com a disponibilização de seus dados. O consumidor precisa autorizar o banco de dados que os seus dados lá constem e essa autorização precisa ser expressa, não valendo qualquer presunção nesse sentido. Não se trata de uma possibilidade, mas de um dever.

A primeira condição para uma transferência legal de dados relacionados com pessoas é um legítimo interesse pela sua transmissão no local responsável ou por parte de um terceiro

Num primeiro momento, críticos diriam que isso inviabilizaria os bancos de dados. Com cautela, verificar-se-á que esta afirmação não é verdadeira. A prática comercial acabará exigindo que ampla maioria autorize a disponibilização de sua informação nos bancos de dados, pois bastará às instituições de crédito exigir para negociar crédito com o consumidor que ele disponibilize os seus dados ao banco. Uma vez disponibilizados, obviamente, todos os demais registros poderão ser realizados. O que o consumidor precisa autorizar é se os seus dados principais constarão desse banco (como nome e CPF), o que então permitirá todos os demais registros. Essa autorização (da abertura do cadastro) precisa ser expressa, inclusive com assinatura para evitar fraudes e utilização indevida dos dados do consumidor.

Num segundo momento, críticos poderão sustentar que na prática nada mudará, pois todos acabarão cadastrados nos bancos de dados. Essa premissa também está equivocada. Muitos consumidores sequer operam com crédito e, assim, não têm qualquer interesse em possuir seus dados em

bancos de dados. De igual forma, muitas pessoas poderão, no momento que se encontrarem negativadas, requerer sua exclusão do banco de dados (não a exclusão do apontamento do débito, mas a exclusão do cadastro/arquivo). É claro que o fornecedor que verificar que o consumidor não mais está no banco de dados concluirá, e provavelmente com razão, que esse consumidor está inadimplente e, conseqüentemente, negará o crédito.

Ainda assim, este consumidor terá o seu direito à privacidade e a honra preservados, ao mesmo tempo em que o crédito estará protegido. O que justificaria que toda a sociedade (já que são milhões de usuários cadastrados e habilitados para consultar os bancos de dados) tenha acesso a informações privadas? Ora, não pode o consumidor reconhecer que tem o débito, mas, ao mesmo tempo, não querer expô-lo? Existem os meios legais para a execução, sendo que o simples fato de não estar nesse banco de dados também já “protegeria o crédito” dos fornecedores¹¹⁹.

Trata-se de medida que humanizará as relações de consumo, valorizando o consumidor como ser humano. O consumidor precisa ser valorizado pelo que é, ou seja, pessoa digna de direitos, e não por aquilo que possui ou apenas pelo seu potencial de consumo¹²⁰.

Portanto, a forma atual de atuação dos bancos de dados negativos de proteção de crédito é abusiva e ilegal, sendo que os bancos de dados precisam ser coagidos a regularizar essa situação, o que consiste em consultar expressamente cada consumidor que conste nos seus bancos de dados para autorizar a manutenção e disponibilização dos dados, bem como permitir acesso universal dos consumidores aos seus dados lá existentes, não fazendo qualquer tipo de cobrança para ter acesso aos seus dados pessoais. Na prática, essa “regularização” leva aos bancos de dados positivos, o que parece ser a evolução necessária dos bancos de dados negativos.

3.4. A mudança de paradigma inserida pela Lei 12.414/11

Após a feroz crítica aos bancos de dados negativos, deve-se fazer a devida saudação aos cadastros positivos, que foram introduzidos no sistema brasileiro através da Lei 12.414, de 9 de junho de 2011¹²¹. Primeiramente, antes da análise dessa novel legislação, que ainda teve pouco impacto no Brasil, deve-se ressaltar que a conclusão quanto à necessidade dos cadastros positivos não é recente, pois há muito se percebia o descontentamento com os cadastros negativos.

A atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito no Brasil sempre indicou que os bancos de dados negativos desagradam tanto do ponto de

vista econômico quanto do direito do consumidor. No campo econômico, a ausência de informações sobre a adimplência das obrigações, ou seja, as “informações positivas”, bem como a impossibilidade de análise de crédito completa, sempre impediu uma avaliação de risco eficiente. Assim, os bons consumidores acabam não sendo “premiados”. Do ponto de vista do direito do consumidor, a ausência de marco legal detalhado, haja vista que os bancos de dados sempre foram regulados apenas pelo art. 43 do CDC (legislação relativamente ampla), influenciou muito na conduta danosa dos agentes econômicos, que, através do uso irregular de seus dados, lesaram a privacidade, a honra, a imagem e, em última instância, a dignidade da pessoa humana, ensejando nas últimas duas décadas muitas ações dos consumidores perante o Poder Judiciário, ficando nítido, portanto, a insatisfação geral¹²².

No entanto, essa era pode ser abandonada gradativamente com o advento da Lei 12.414, a qual ficou conhecida como a “Lei do Cadastro Positivo”, inaugurando uma nova e importante fase na área de tratamento de informações para a concessão de crédito, preocupada com o consumidor e com a concessão do crédito responsável. Ademais, a lei está alinhada com o CDC, pois, conforme Leonardo Roscoe Bessa¹²³, é já no seu primeiro artigo que se estabelece a integração com o CDC: *“Esta lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.”*

Visivelmente, a lei estabelece o defendido “diálogo das fontes”, expressão muito destacada por Claudia Lima Marques, que, baseada nas ideias de Erik Jayme, sustenta que o sistema jurídico pressupõe certa coerência, devendo o direito evitar contradições. Assim, ao se aplicar o direito, estando em situação em que estão presentes duas normas com valores contrastantes, deve-se buscar a coordenação dessas disposições em verdadeiro espírito de diálogo das fontes¹²⁴. É o que se sucede com a Lei 12.414, que não quis ficar em confronto com o CDC, muito pelo contrário, propôs um diálogo em perfeita harmonia, sendo este o principal acerto da nova legislação.

Aliás, vale destacar que, antes da edição desta lei, a proposta inicial de regulamentação da matéria era para apenas incluir um parágrafo no art. 43 do CDC, com uma redação ampla e genérica, basicamente com menção sobre a possibilidade dos cadastros positivos mediante autorização, o que gerou várias críticas e contestações, uma vez que possibilitaria margem

para interpretações diversas e, mais uma vez, abusos por parte dos bancos de dados, o que culminaria com mais danos aos consumidores. Diante das reações negativas, ocorreu o veto do Poder Executivo à referida proposta, que acabou editando, em 30 de dezembro de 2010 (praticamente o último ato do governo Lula), a Medida Provisória 518/10 abarcando parte substancial das críticas formuladas pelos órgãos de defesa do consumidor. Posteriormente, após amplo debate, foi convertida na Lei 12.414, oportunidade em que foram atendidas mais reivindicações dos consumidores, tais como: 1º) acesso ilimitado e gratuito do consumidor às suas informações; 2º) direito do consumidor de correção e anotação de seus dados; e 3º) retirada da obrigatoriedade da manutenção e informação de consumidor em razão de financiamento em curso¹²⁵.

Este histórico da lei do cadastro positivo demonstra que os consumidores foram ouvidos e que essa legislação foi pensada para o benefício dessa classe, por mais que na exposição de motivos da Medida Provisória 518/10 fique nítido que a justificção era fomentada num cadastro positivo que possibilitasse a análise com maior eficiência do crédito, já que seria possível diferenciar de forma mais eficiente os bons e os maus pagadores, o que, em última instância, redundaria na redução dos custos vinculados à expansão do crédito de uma forma geral, levando à queda dos juros no país. Tanto é verdadeira esta assertiva que a regulamentação do cadastro positivo foi comemorada pelo governo, empresariado e instituições financeiras.

Todavia, por parte dos consumidores e até mesmo da doutrina, percebe-se cautela e até desconfiança. No artigo intitulado “Cadastro positivo: legislação protetiva do Consumidor?”, Káren Rick Danilevicz Bertoncello demonstra preocupação com a nova realidade dos cadastros positivos, uma vez que eles poderiam representar ofensa à privacidade do consumidor, além de ser um tanto cética quanto à questão da redução dos juros. Porém, ao final, destaca que essa legislação introduzirá a modalidade de crédito responsável (já reconhecida doutrinariamente e consagrada na última diretiva europeia) ante a consulta ao cadastro positivo¹²⁶.

Entende-se a razão dessa desconfiança, até porque as instituições financeiras muito resistiram à aplicação do CDC contra si, alegando através de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 2.591) a inaplicabilidade do CDC aos serviços do sistema bancário e financeiro, a qual, felizmente, teve desfecho favorável aos consumidores, sendo atualmente pacífica a jurisprudência quanto à aplicação a legislação consumerista ao setor financeiro¹²⁷. Ademais, esse mesmo setor é que comete muitos abusos

a partir do uso indevido dos bancos de dados negativos. Ainda assim, há motivos para saudar a edição da nova legislação, além de incentivar e apostar nela como forma de pacificação das relações de consumo, como a seguir restará argumentado.

3.5. A solução dos bancos de dados positivos com a devida adaptação ao CDC

O cadastro positivo é realidade que veio para ficar, pois trará benefício para todos. Constitui-se em evolução necessária. Conforme Silvânio Covas, o cadastro positivo é uma metodologia moderna de avaliar a questão do crédito, ante o mapeamento das condições sociais e econômicas do consumidor, já que serão ponderadas tanto informações negativas como positivas, tomando-se ciência de eventuais dívidas, mas, ao mesmo tempo, de todos os outros compromissos honrados. Com a análise do histórico do consumidor, será possível, mesmo com a existência de inadimplemento, avaliar todo o demais histórico e, ainda assim, fornecer crédito. Aliás, sobre a evolução que representa o cadastro positivo, cabe citar as palavras do próprio doutrinador¹²⁸:

“A maioria das economias começa pelo compartilhamento de dados negativos e passa para os positivos, ou para o registro de crédito total, à medida que seus sistemas econômicos amadurecem. A maioria das instituições financeiras no Brasil e em diversos outros países começou a compartilhar dados positivos no começo desta década. O último país a adotar o registro total foi a Austrália.”

A Lei 12.414 é claro sinal de amadurecimento e caminho para uma evolução que precisa ser trilhada. O texto legal é bem redigido, feliz, completo e permite o diálogo com outras legislações protetivas do consumidor. O principal avanço, até para manter coerência com a crítica aos bancos de dados de proteção de crédito, está no art. 4º, que estipula que *“a abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”*, bem como no art. 5º, incisos I (que reconhece o direito do consumidor de cancelar o cadastro a qualquer momento), II (permite o acesso gratuito do consumidor aos seus dados) e III (solicitar impugnação de qualquer informação errônea sobre o consumidor).

Os arts. 4º e 5º positivam o direito do consumidor à autodeterminação informacional que, segundo Ana Paula Gambogi Carvalho¹²⁹, no que tange

aos bancos de dados, significa o direito do consumidor de conhecer os seus dados armazenados, pedir a correção ou cancelamento dos dados, ser informado quando da disponibilização de seus dados para terceiros, bem como a adoção de medidas de segurança do gestor do banco de dados para proteger os dados e não fazer uso indevido deles. Ainda, deve ser acrescido, modernamente, o direito de permitir ou não a abertura desse cadastro, que apenas poderá existir com autorização expressa de cada consumidor.

Quanto à responsabilidade civil pelo uso indevido das informações, a nova legislação foi clara, pois no seu art. 16 definiu que o banco de dados, a fonte (entenda-se aqui por fonte, nos termos do art. 2º, IV, dessa mesma legislação, a pessoa natural ou jurídica que conceda o crédito ou realize venda a prazo) e o consulente dos dados são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado. Ora, essa estipulação encerra grandes debates e estipula a responsabilidade objetiva e solidária de todos os envolvidos com o cadastro e utilização dos dados armazenados, o que garante ampla segurança ao consumidor. Esse artigo afasta o entendimento de parte da doutrina que sustentava a ilegitimidade dos bancos de dados em ações indenizatórias decorrentes de danos por inscrições indevidas¹³⁰ e positiva a linha de pensamento de Danilo Doneda, que demonstra as dificuldades de responsabilização objetiva dos envolvidos com os bancos de dados e seus beneficiários, defendendo, em razão disso, que *“uma disciplina de responsabilidade objetiva específica para o setor de tratamento de dados pessoais é um instrumento essencial, tanto para a satisfação de interesses dos lesados como para fomentar uma determinada cultura no tratamento destes dados”*¹³¹. Ao menos no caso dos cadastros positivos, essa discussão se encerra e demonstra avanço em favor dos consumidores.

Além disso, a Lei 12.414 promoveu muitos outros avanços. Conceituou, no seu art. 2º, a figura do banco de dados, do gestor, do cadastrado, das fontes, do consulente, das anotações e do histórico de crédito, não permitindo, assim, qualquer imprecisão sobre os conceitos envolvidos na legislação. No art. 3º, deixou claro quais informações poderão constar de forma objetiva, vedando, ainda, as informações excessivas¹³² e sensíveis¹³³, o que demonstra a clara preocupação com a não violação dos direitos de personalidade do consumidor e a vedação do uso indevido, ou do desvio de finalidade, dos bancos de dados.

É claro que há grande preocupação com o uso dos bancos de dados e o seu sigilo, pois, afinal, o Brasil ainda não dispõe de elementos eficazes para combater a criminalidade virtual¹³⁴. Porém, apesar disso, resta devidamente

reconhecido pela nova legislação que a proteção e o tratamento aos dados pessoais devem ser feitos de forma segura, respeitando-se a intimidade e a privacidade¹³⁵, destacando-se que os direitos de personalidade são extrapatrimoniais, oponíveis *erga omnes*, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis¹³⁶. Obviamente, a célere evolução tecnológica coloca desafios à matéria de proteção de dados pessoais, resultado de aumento da utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes em que os consumidores disponibilizam suas informações pessoais de uma forma pública e global (redes sociais)¹³⁷. Ainda assim, isso não pode provocar o “efeito paralisante”; é preciso tratar a matéria antes que a situação se agrave, sendo que nesse sentido a Lei 12.414 é de grande validade e em muito deve contribuir.

Como se isso não bastasse, este mesmo banco de dados que tanto serve para proteger o crédito através da concentração de informações dos consumidores potenciais também deve se submeter aos limites impostos tanto pela Constituição Federal como pela legislação infraconstitucional, sendo que a matéria, fora as disposições do CDC, estava parcamente regulada¹³⁸, o que deixou de ocorrer com a edição da Lei 12.414/11, que não deve trazer insegurança, pois, afinal, foi concebida para dar segurança jurídica para todos os envolvidos.

O banco de dados positivo poderá, ainda, nos termos do art. 11, desde que autorizado pelo cadastrado, integrar nos seus registros as informações prestadas pelos serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás, telecomunicações, dentre outros, o que deixa clara a intenção de que se busquem informações positivas sobre o consumidor, a fim de demonstrar que ele é responsável com as suas principais dívidas, pois sabidamente os serviços essenciais são os últimos que os consumidores deixam de pagar, sendo que essa condição pode trazer benefícios ao consumidor, que, mesmo ante um inadimplemento pontual, talvez de pequena monta, ainda esteja cumprindo com a ampla maioria de suas obrigações, o que ajudaria muito na concessão do crédito.

Os 18 artigos que compõem a Lei 12.414/11 dão a ideia de como devem funcionar a coleta, armazenamento e disponibilização dos dados, estipulando os direitos e deveres de todas as partes envolvidas, sendo que este banco de dados, opcional para o consumidor, permitirá que se tenha o seu perfil mais completo, imaginando-se que, apesar desse conhecimento abrangente, o crédito tende a se tornar mais racional e responsável e, quiçá, mais fácil, ágil e barato.

A única crítica que deve ser feita é quanto ao prazo estabelecido no art. 14, que estabeleceu que *“as informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos”*. Esse prazo não se ajusta ao já determinado pelo art. 43, § 1º, do CDC¹³⁹, que estabelece prazo de cinco anos para a manutenção de informações negativas nos bancos de dados. Por mais que se tente afirmar que não se trata de normas incidentes sobre o mesmo objeto, já que a do CDC se refere às informações negativas, enquanto o art. 14 da Lei 12.414/11, às informações positivas, é inegável que estas ditas “informações positivas” poderão ter um cunho negativo também. Tudo depende de quem as analisa. Ora, existindo, por exemplo, um financiamento de 20 anos, talvez, exista nesse período alguns inadimplementos, sendo que, obviamente, informações de quase 15 anos atrás, considerando a dinamicidade da economia, poderiam contribuir muito pouco, sendo mais provável que atrapalhem em alguns casos.

Logo, não há motivo para a legislação prever prazos diferentes para as informações contidas nos bancos de dados, já que o seu cunho positivo ou negativo poderá variar de acordo com os critérios do avaliador de crédito. A restrição temporal estabelecida no art. 43, § 1º, é mais um mecanismo de proteção do CDC ao consumidor, o qual, por ser de ordem pública, nos termos do seu art. 1º, deve prevalecer sobre o art. 14 da Lei 12.414/11. Portanto, a leitura sistêmica do CDC e da Lei 12.414/11, promovendo-se, assim, verdadeiro diálogo das fontes, leva à conclusão de que as informações, independentemente do seu cunho, deverão ser armazenadas por período não superior a cinco anos. Destaca-se que essa crítica foi feita pela primeira vez por Leonardo Roscoe Bessa, ao afirmar que, *“embora a ideia e concepção de estabelecer limite temporal estejam corretas, a nova lei foi bastante infeliz ao estabelecer prazo discutivelmente longo”*¹⁴⁰.

Ainda, como último argumento quanto à questão do prazo que foi indevidamente ampliado para 15 anos, deve ser destacado que a defesa do consumidor, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, é um direito fundamental e, como tal, não há justificativa para o retrocesso, ainda mais que a ordem jurídica brasileira já incorporou e consagrou a ideia de proibição de retrocesso em um sentido amplo quanto aos direitos fundamentais, ao menos em algumas de suas dimensões¹⁴¹. Portanto, além do CDC, é a própria Constituição Federal que veda este retrocesso.

Apesar disso, a Lei 12.414/11 é extremamente positiva e benéfica. Aos consumidores representará autodeterminação informacional, e passarão a ter controle sobre os seus dados, já que poderão utilizá-

los apenas se quiserem. Combinado a isso, o crédito tende a se tornar mais responsável, pois o fornecedor de crédito poderá fazer uma análise mais completa do consumidor contratante, mapeando o perfil de cada cidadão interessado em crédito. Essas características somadas levam a crer que pode ocorrer uma diminuição do superendividamento, assim como resultados positivos na economia, talvez, com a tão desejada e anunciada queda dos juros.

Mais do que se posicionar e demonstrar que os cadastros positivos são uma tendência e uma evolução, devendo-se abandonar a hoje usual e danosa forma de atuação dos bancos de dados negativos, pretende-se persuadir o leitor a concordar com esta linha, afinal, como expõe Neil MacCormick¹⁴², a argumentação jurídica racional é racionalmente persuasiva, e não racionalmente demonstrativa. Precisamos avançar nessa matéria, sendo que não podemos insistir em prática ultrapassada e que causa muitos danos aos consumidores, fruto da realidade do século passado. Aliás, como ensinou Eric Hobsbawm, se a sociedade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado, pois, se tentarmos construir o novo século com base no passado, fracassaremos¹⁴³. Acredita-se que a implementação dos bancos de dados positivos, com a devida adaptação do art. 14 (que deve ser lido com o prazo de cinco anos para a manutenção de todas as informações), somado ao abandono dos bancos negativos como hoje existem e que são abusivos na sua forma de atuação, alcançar-se-á maior justiça para todos os envolvidos.

Não se está sustentando aqui a ideia simplista e ingênua de que a troca dos bancos de dados negativos pelo cadastro positivo trará a justiça pura, resolvendo todos os problemas na área de concessão de crédito ao consumidor e evitando conflitos, os quais, sabe-se, sempre existirão. O que se defende é que é um avanço migrar da realidade atual, a qual não é benéfica, para um futuro que tende a trazer maior proveito para todos os interessados, tanto o mercado financeiro, que poderá conhecer melhor seus consumidores, praticando o crédito responsável, como para os próprios consumidores, que terão domínio sobre seus dados e ainda podem tirar proveito dessa situação, o que tende a levar a uma maior probabilidade de acerto, o que traduz a ideia de justiça. Busca-se aqui a chance do acontecimento da justiça, citando-se, nesse sentido, Jacques Derrida, para quem *“a justiça como experiência de alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance de acontecimento e a condição da história”*¹⁴⁴.

4. Considerações finais

Brasil e Alemanha enfrentam problemas e desafios no que tange aos bancos de dados de crédito, principalmente na sua relação com os consumidores, que muitas vezes é danosa. Porém, apesar de algumas semelhanças, a matéria se encontra em estágio bem diferente na Alemanha, onde o avanço é maior em razão do leque de garantias aos consumidores hoje existentes. Tal perspectiva se consolidou em razão do histórico da Alemanha de reconhecimento dos direitos fundamentais, com especial destaque aos direitos de personalidade, cuja doutrina é muito desenvolvida. Ainda, as diferenças econômicas contribuíram para uma formatação diversa dos bancos de dados alemães e brasileiros. Mesmo assim, o sistema alemão não é imune de críticas e clama por uma maior regulamentação protetiva aos consumidores.

No Brasil, o estágio dos bancos de dados é mais rústico, sendo gritantes os problemas existentes e abusos cometidos pelos entes de proteção de crédito. Entretanto, a edição da Lei 12.414/11 aponta para um caminho parecido com o já trilhado pela Alemanha, destacando-se que essa nova legislação é muito avançada e sensível aos problemas dos consumidores, apontando, no caso de ser colocada em prática com a finalidade para a qual foi desenvolvida, para um futuro promissor que poderá se aproximar da realidade hoje existente na Alemanha, considerando a responsabilidade objetiva que foi atribuída aos bancos de dados pelos danos causados e a ampla autodeterminação informacional que foi disponibilizada ao consumidor.

A diferença gritante entre as realidades dos bancos de dados na Alemanha e no Brasil é quanto à sua concepção e forma de atuação. No Brasil, apesar da Lei 12.414/11 já ter autorizado o cadastro positivo, trabalha-se ainda com a lógica do banco de dados “negativo”, que se limita a prestar informações depreciativas e que elimina de imediato quaisquer chances de crédito, independentemente de outras ponderações positivas que possam existir, mas que são desconhecidas do fornecedor de crédito. Na Alemanha, ainda que com diferenças, dada as peculiaridades do sistema jurídico de cada país, já se atua com a lógica dos cadastros positivos, pois lá são coletadas diversas informações e não só as de eventuais inadimplementos.

Enquanto que a Schufa (principal banco de dados alemão) é formada basicamente por bancos e empresas ligadas ao setor financeiro, no Brasil a

Serasa (principal centro de dados brasileiro) e os demais bancos de dados, são formados na sua esmagadora maioria por prestadores de serviços comerciais (fornecedores). No Brasil, qualquer empresa, por menor que seja, pode estar interligada ao banco de dados, sendo que o seu “peso na rede” é exatamente o mesmo que o de um estabelecimento bancário que possua milhares de agências e dezenas de milhões de consumidores, pois a inclusão de um inadimplente, seja do maior banco do Brasil, seja do menor comércio do país (como uma simples banca de jornal ou ferragem) causa o mesmo impacto: impede o crédito.

Na Alemanha há uma coleta completa de dados entre os associados a fim de que se possa fazer uma verdadeira análise do perfil do consumidor (o que se pretende com a Lei do Cadastro Positivo), ao passo que no Brasil os bancos de dados atuam como uma espécie de informantes de inadimplente, pois limitam-se a informar que determinado consumidor está inadimplente, sendo que isso já é suficiente para cercear o crédito. Não há qualquer análise do perfil do consumidor no Brasil, o que, obviamente, traz muitos prejuízos.

O legislador reconheceu que é essencial para o consumidor ter conhecimento concreto dos dados sobre si armazenados

Ante esta análise mais apurada, o crédito na Alemanha tende a ser muito mais responsável, tanto é que a Schufa elenca como uma de suas metas desestimular e impedir o superendividamento, o que não ocorre no Brasil, onde ainda predomina o crédito irresponsável em razão da falta de análise “completa” dos dados disponíveis.

Além disso, a Schufa faz uma avaliação dos dados, ou seja, mais do que coletar, arquivar e disponibilizar estes dados, há um juízo de valor (uma espécie de pontuação/*score*). Quando os associados requisitam os dados também recebem o parecer da Schufa, que apenas dará as informações caso o parceiro comercial justifique sua requisição e intenção, o que evita desvios. No Brasil, ao contrário, os bancos de dados limitam-se a repassar as informações negativas que possuem, sem emitir qualquer avaliação. De igual forma, sequer controlam a veracidade e o teor das informações, que costuma ser de responsabilidade do parceiro comercial que fez o registro.

Na Alemanha as principais discussões estão atreladas à autodeterminação informacional, pois se questiona se efetivamente teria o consumidor controle sobre os seus dados e as efetivas ferramentas

para contestá-los, corrigi-los e impedir o seu uso indevido. Ainda assim, é inegável que o legislador alemão, antevendo problemas, tratou da matéria, pois permite que o consumidor obtenha acesso aos seus dados e os conteste, assim como exige do banco de dados que tenha a autorização do consumidor para que possa disponibilizar os registros. Já no Brasil, a situação é lastimável, pois o consumidor, na prática, é impotente perante os bancos de dados, que possuem livremente e sem autorização dos consumidores seus dados e, recentemente, inclusive ofertam serviços, mediante remuneração por parte do consumidor, para que este tenha acesso aos seus dados e à forma como eles são tratados, o que é um absurdo e ilegal.

Os problemas hoje existentes na Alemanha ainda são as dúvidas no Brasil quanto ao cadastro positivo, que aponta, caso vire uma realidade, para um sistema parecido com o alemão, que passará a tratar do crédito de forma diversa, o que deve levar ao crédito responsável. É importante ressaltar que, caso a realidade brasileira consiga se igualar ou se aproximar da alemã, apesar das críticas pontuais aqui realizadas à legislação alemã e à forma de atuação dos bancos de dados, já será um grande avanço e uma conquista a comemorar, tamanha a discrepância entre os sistemas e os problemas (danos) que a prática brasileira traz aos consumidores.

É claro que o sistema alemão permite ainda alguns desvios de finalidades e, com isso, a possibilidade de ofensas aos direitos de personalidade. Entretanto, tais problemas são ínfimos se comparados com a realidade brasileira, onde consumidores são desrespeitados diariamente e milhares de ações são julgadas anualmente para dirimir conflitos entre consumidores e fornecedores em razão do uso indevido de informações perante os bancos de dados, o que demonstra um descontentamento geral com a prática existente. Como já demonstrado, a solução existente é a adoção da Lei 12.414/11, ou seja, a institucionalização dos cadastros positivos, abandonando-se a hoje abusiva e ilegal prática dos bancos de proteção de crédito, legislação essa muito avançada e que, se colocada efetivamente em prática, com a devida adaptação quanto ao prazo previsto no art. 14, que define o limite temporal pelo qual os dados podem ficar disponíveis (que deve ser reduzido de quinze para cinco anos), tende a levar a uma realidade muito parecida com a da Alemanha, podendo, até mesmo, atingir resultados melhores, já que a nova legislação brasileira trata devidamente da responsabilização pelo manuseio indevido dos dados, determina quais dados não podem ser coletados, bem como

define os limites de atuação dos bancos de dados, dando ao consumidor amplo direito de autodeterminação informacional.

Portanto, este estudo comparado permite afirmar que hoje a realidade alemã é muito melhor que a brasileira, mas, potencialmente, o sistema brasileiro já tem as ferramentas necessárias para evoluir e se igualar ao sistema alemão e, quem sabe, até mesmo o superar, desde que a nova legislação seja estritamente cumprida e se abandone a lastimável cultura dos bancos de dados negativos. A realidade alemã aponta para um horizonte positivo para o Brasil, ensejando otimismo, que poderá trilhar este caminho e, talvez, ir ainda mais longe. Já a Alemanha, que agora enfrenta momento econômico delicado, não pode desprezar o conteúdo da Lei 12.414/11, que, de alguma forma, pode incentivar na concretização de pequenas reformas legislativas para aprimorar o sistema alemão hoje existente, como, por exemplo, permitindo que o consumidor simplesmente cancele o seu registro junto ao banco de dados (o que não é possível atualmente). Essas medidas podem trazer resultados positivos tanto para consumidores como para fornecedores, concretizando o crédito responsável, o que efetivamente se espera.

Notas

¹ BT.Drs. 16/10529 v. 10.10.2008, S. 9

² Relatório anual da Schufa 2011, S. 31.

³ Relatório anual da Schufa 2011, S. 33.

⁴ BGH NJW 78, 2151; NJW 84, 436; NJW 84, 1887, 1889; *Rofsnagel*, Helfrich, Kreditscoring und Scorewertbildung der Schufa, ZD-Aktuell 2011, pg. 118.

⁵ BGH NJW 78, 2151; NJW 84, 436; NJW 84, 1887, 1889.

⁶ *Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201 ff. (3201).

⁷ Neste sentido *Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201 ff. (3201).

⁸ BVerfGE 65, 1 (42); NJW 1984, 419.

⁹ GG (Grundgesetz) = Constituição (Lei Fundamental)

¹⁰ BVerfGE 65, 1 (42); NJW 1984, 419.

¹¹ *Di Fabio*, em: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art 2 Rn. 173.

¹² Especificação usual desde BVerfGE 65, 1 (43); NJW 1984, 419; também *Gurlit*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, S. 1035ff. (1036).

¹³ *Di Fabio*, em: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 2 Rn. 179.

¹⁴ *Di Fabio*, em: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 2 Rn. 189.

¹⁵ *Ehmann*, em: Simitris (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 29 Rn. 4f.

¹⁶ Neste sentido *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 155 ff. m.w.N.; *Neuner*, em: *Neuner* (Hrsg.) Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, S. 169.

¹⁷ Neste sentido *Zippelius*, em: Bonner Kommentar GG, Art. 1 Abs. 1 u. 2, Rn. 107^a ff.

¹⁸ *Di Fabio*, em: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 2 Rn. 189.

¹⁹ *Gurlit*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, S. 1035ff. (1040).

²⁰ vgl. *Kunig*, em: Münch/Kunig, Komm. z. GG, Art. 2 Rn. 40.

²¹ *Coing/Honsell*, em: Staudinger BGB, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rn. 193.

²² BGB (Bürgerlichesgesetzbuch) = Código Civil Alemão.

²³ Vgl. *Di Fabio*, em: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 2 Rn. 191.

²⁴ BDSG (Bundesdatenschutzgesetz) = Lei Federal de Proteção de Dados.

²⁵ Texto da norma jurídica § 1, inciso 1, da BDSG.

²⁶ Vgl. *Munz*, em: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Datenschutzklauseln Rn. 11.

²⁷ *Simitis*, em: Simitis (Editor), Bundesdatenschutzgesetz, § 1 Rn. 49.

²⁸ *Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201ff. (3201).

²⁹ *Compara Bruchner/Krepold*, em: Schimansky/Bunte/Lwowski (Editor), Bankrechts-Handbuch, § 41 Rn. 9.

³⁰ BT-Drs. 16/10529 vom 10.10.2008, S. 1 (Punkt, B. Lösung“).

³¹ *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 28a Rn. 1.

³² BT-Drs. 16/10529 vom 10.10.2008, S. 16.

³³ *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 29 Rn. 26.

³⁴ *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 28a Rn. 28.

³⁵ ZPO (Zivilprozessordnung) = Código do Processo Civil.

³⁶ InsO (Insolvenzordnung) = Código da Insolvência.

³⁷ Conteúdo da norma § 28a, ponto 1, BDSG.

³⁸ *Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201 ff. (3204).

³⁹ *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28a, Rn. 9.

⁴⁰ *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 29Rn. 131.

⁴¹ *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 29Rn. 142.

⁴² *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 29 Rn. 141.

⁴³ Vgl. BGH, NJW 1984, S. 1889.

⁴⁴ *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 29 Rn. 220.

⁴⁵ Relatório anual da Schufa 2011, S. 33.

⁴⁶ Vgl. auch *Ehmann*, em: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 29 Rn. 220.

⁴⁷ *Kamlab*, Das Schufa-Verfahren und seine datenschutzrechtliche Zulässigkeit, MMR 1999, S. 395 ff. (396).

⁴⁸ *Compara BGHZ 13, 222= NJW 1991, 1052; Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201 ff. (3204).

⁴⁹ *Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201 ff. (3204).

⁵⁰ *Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201 ff. (3207).

⁵¹ *Krämer*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201 ff. (3207).

⁵² Comunicado de imprensa do 04.09.2012 da central de proteção do consumidor de Sachsen; acedido no dia 21.11.2012: <http://www.verbraucherzentrale-sachsen.de/kostenfalle-schufa-1>

⁵³ *Ehmann*, em: Simitris (Hrsg.), Datenschutzgesetz, § 28a Rn. 48.

⁵⁴ *Compara Ehmann*, em: Simitris (Hrsg.), Datenschutzgesetz, § 28a Rn. 47 ff.

⁵⁵ Assim também crítica feita pelo Bundesrates = BR-Drs. 548/1/08 vom 9.9.2008, S. 9; Aprovando *Ehmann*, em: Simitris (Hrsg.), Datenschutzgesetz, § 28a Rn. 47 ff.

⁵⁶ Neste sentido *Ehmann*, em: Simitris (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 28a Rn. 76.

⁵⁷ *Compara* comunicado de imprensa do centro de proteção de dados (Datenschutzzentrum) de Schleswig-Holstein v. 15.5.2003=MMR 2003 VIII.

⁵⁸ *Burghart*, em: Leibholz/Rinck, GG-Komm., Art. 1, Rn. 80; *Langer*, Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, S. 163.

⁵⁹ Estima-se que para os próximos três anos que mais de 17,6 milhões de brasileiros entrarão para a classe “C”, que possui renda entre R\$ 1.610,00 e R\$ 6.941,00, que se tornará a maior classe brasileira, com cerca de 60% da população, classe essa sedenta por consumo. Nesse contexto, os cartões de crédito continuarão com o ritmo de expansão, destacando-se que o Brasil já possui 666,2 milhões de cartões (260,7 milhões de cartões de débitos, 165 milhões de cartões de crédito e 240,5 milhões de cartões de lojas e redes de varejo).

⁶⁰ Conforme LIMA, Clarissa Costa de. O cartão de crédito e o risco de superendividamento: uma análise da recente regulamentação da indústria de cartão de crédito no Brasil e Estados Unidos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 239-259, jan./mar. 2012, p. 241.

⁶¹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) é uma fundação pública federal vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República do Brasil.

⁶² Relatório disponibilizado em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/IEF/120817_ief_24.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2012.

⁶³ Conforme MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 11-52, jul./set. 2005, p. 12.

⁶⁴ FLORES, Philippe. A prevenção do superendividamento pelo código de consumo *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, p. 67-17, abr./jun. 2011, p. 68.

⁶⁵ Como “acidentes da vida”, pode-se citar, principalmente, o desemprego, doenças, morte de um mantenedor da família, separação ou divórcios, sinistros que levam à incapacidade parcial ou total, entre outros.

⁶⁶ De acordo com MELLO, Flávio Citro Vieira de. A proteção do sobre-endividado no Brasil. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, n. 2, p. 11-38, jun. 2011, p. 13.

⁶⁷ Conforme PEREIRA, Wellerson Miranda. Sugestões para a harmonização das soluções jurídicas sobre o crédito ao consumidor no Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 66, p. 196-241, abr./jun. 2008, p. 237.

⁶⁸ De acordo com FROTA, Mário. Do regime jurídico de crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, p. 23-66, abr./jun. 2011, p. 25.

⁶⁹ De acordo com BIANCHI, Lorena Vanina; CLEMENT, María Florencia; FREIRE, María Betania dos Santos; WEIDMANN, Gabriela. Una aproximación al perfil del consumidor sobreendudado argentino. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 83, p. 86-112, jul./set. 2012, p. 87.

⁷⁰ Conforme GRASSI NETO, Roberto. Crédito, serviços bancários e proteção ao consumidor em tempos de recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 80, p. 193-209, out./dez. 2011, p. 203.

⁷¹ A legislação francesa define o superendividamento expressamente no art. L.330-1 do *Code de La Cosnomation* como sendo: “A situação de superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas”.

⁷² Conforme SCHMIDT NETO, André Pein. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 9-32, jul./set. 2009, p. 12.

⁷³ O Projeto de Lei foi autuado no Senado sob o n. 283, de autoria do senador José Sarney, e, atualmente, está aguardando recebimento de emendas. O andamento do projeto pode ser acompanhado em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106773 . Acesso em 18 de novembro de 2012.

⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Anteprojeto de Lei de Atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 82, p. 331-56, abr./jun. 2012, p. 348.

⁷⁵ CONCEIÇÃO, Ana Filipa. Sobre-endividamento ou insolvência. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, n. 4, p. 73-111, dez. 2011, p. 105.

⁷⁶ Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 211.

⁷⁸ EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36.

⁷⁹ Dispõe sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito aos tratamentos de dados pessoais e livre circulação desses dados.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 400.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. SERASA. Medidas cautelares intentadas por devedores inadimplentes. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 5, p. 269-282, mai./ago. 1999, p. 272.

⁸² De acordo com ZIEMIECKI, Diego. *A inscrição dos consumidores em banco de dados durante a pendência de litígio judicial: uma análise jurisprudencial*. São Paulo: Conceito, 2012, p. 30.

⁸³ Conforme MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 612.

⁸⁴ PINCINATO, Marcelo Frossard. Histórico, natureza jurídica e responsabilidade civil dos bancos de dados e cadastros de consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 60, p. 103-121, out./dez. 2006, p. 105.

⁸⁵ Conforme NERY, Ana Luiza B. de Andrade Fernandes. Considerações sobre os bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 33, p. 9-23, jan./mar. 2008, p. 12.

⁸⁶ Conforme BESSA, Leonardo Roscoe. Limites jurídicos dos bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 185-205, out./dez. 2002, p. 189.

⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 22.337. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJU 20.03.1195.

⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 172.854. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJU 08.09.1998.

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 212.

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 407.

⁹¹ De acordo com RAMOS, André de Carvalho. Informações protegidas pelo sigilo fiscal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 205-24, jul./set. 2001, p. 44.

⁹² No que tange as ações judiciais, torna-se importante destacar que estas informações são públicas (exceto quando os processos tramitam em segredo de justiça). Logo, estão disponibilizadas para todos, sendo que os bancos de dados apenas reúnem as informações dos diversos tribunais e disponibilizam aos seus próprios conveniados.

⁹³ O protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Concretiza-se em órgãos de autoridade e tem fé pública, conforme: AZEVEDO, Sílvia Nöthen de. *Protesto de títulos e outros documentos de dívida*: passo a passo no dia-a-dia.

Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 22. Cabe destacar, ainda, que a possibilidade dos bancos de dados de prestarem informações coletadas dos cartórios de distribuição e protestos, inicialmente, gerou muitas reclamações e divergências, tanto é que inclusive foi objeto de ação civil pública. A inicial da ação está disponível em MENDES, Liz Elaine de Silveiro E. O.; VALDÉS, Luciana Asper Y. Ação civil pública em face do Serasa devido ao cadastramento indevido de consumidores em bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 349-364, jul./set. 2005.

⁹⁴ De acordo com CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 286.

⁹⁵ Conforme BESSA, Leonardo Roscoe. Limites jurídicos dos bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 185-205, out./dez. 2002, p. 189.

⁹⁶ Nesse sentido, exemplificativamente, cita-se os julgamentos recentes no STJ dos seguintes Recursos Especiais: REsp 1297353/SP e REsp 1152541/RS.

⁹⁷ Conforme MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral pela inclusão indevida no Serasa (indústria do dano moral ou falha na prestação dos serviços). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 28, p. 110-123, abr./jun. 2005, p. 115.

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral: comentários à Súmula 385 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 323-334, jan./mar. 2012, p. 328.

⁹⁹ Conforme BESSA, Leonardo Roscoe. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p. 202-230, jul./set. 2007, p. 215.

¹⁰⁰ Conforme ZIEMIECKI, Diego. *A inscrição dos consumidores em banco de dados durante a pendência de litígio judicial: uma análise jurisprudencial*. São Paulo: Conceito, 2012, p. 144.

¹⁰¹ De acordo com COVAS, Silvânio. Anotação em banco de dados de dívida *sub judice*. Hipóteses de impedimento. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 24, p. 241-247, abr./jun. 2004, p. 244.

¹⁰² RAMOS, André de Carvalho; FARENA, Duciran Van Marsen. SERASA. Ação civil pública. Proteção de direitos de consumidores que foram e virão a ser incluídos nos bancos de dados ou cadastros. Prática abusiva consistente na inscrição de débitos que se encontram em discussão judicial. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 147-171, abr./jun. 2000, p. 147.

¹⁰³ A consulta foi realizada em 20.11.2012 no site: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Utilizando-se como critério de pesquisa “Serasa” foram localizadas cerca de 85.000 decisões e “SPC” 50.000 decisões.

¹⁰⁴ É muito difícil de apontar com precisão por quem são movidas as ações (considerando a dificuldade de pesquisa), mas a prática demonstra que a imensa maioria é pelos consumidores, pois, os fornecedores, usualmente, deixam de ingressar com ações no Poder Judiciário para executar seus créditos, tamanho os custos que teriam com o processo (custos inerentes da ação). Então, na prática, quando o débito é pequeno, é preferível ao fornecedor apenas inscrever o consumidor no banco de dados, pois isso é

mais eficiente e coage o consumidor ao pagamento, porque para voltar a ter crédito, terá que antes quitar o seu débito. Isso dá a dimensão da força dos bancos de dados “negativos” e como se transformaram em verdadeiros “tribunais de exceção” (já que condenam o consumidor a uma espécie de marginalização da sociedade).

¹⁰⁵ COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. *Práticas abusivas do SERASA e do SPC- doutrina, jurisprudência legislação*. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 23.

¹⁰⁶ DUARTE, Juliana Bracks; KLOH, Talita Cecilia Souza. O perigo da seleção de pessoal que envolve a verificação de SPC, Serasa, Fac etc. dos candidatos. *Ltr; Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 83, p. 349-54, 2006, p. 349.

¹⁰⁷ Existem manifestações de agentes políticos e propostas nesse sentido. Aliás, o Serasa, banco de dados que receberia estas inscrições, já se posicionou favorável a essa medida, argumentando que o débito tributário inscrito na dívida ativa da União, dos Estados ou dos Municípios gozaria da confiabilidade necessária quanto à sua veracidade e à exatidão, para que seja inserido nos bancos de dados de proteção ao crédito. A divulgação de informações relativas às inscrições na dívida ativa das Fazendas Públicas seria permitida expressamente pela legislação em vigor, como se apreenderia dos termos do art. 198, § 3º, inciso II, do CTN. Tais inclusões, no âmbito Federal, também contariam com suporte legal expresso do art. 46 da Lei 11.457/07. Esse posicionamento do Serasa pode ser consultado em seu site: http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/serasalegal/2008/81/serasalegal_0178.htm . Acesso em 20 de novembro de 2012.

¹⁰⁸ De acordo com MACHADO, Hugo de Brito. Desvio de finalidade na inscrição do contribuinte no Serasa. *Revista Dialética de Direito Tributário*: RDDT, São Paulo, n. 172, p. 67-75, jan. 2010, p. 71.

¹⁰⁹ DENARI, Zelmo. Negativação do garantidor no banco de dados. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 24, p. 266-74, jul./dez. 2009, p. 274.

¹¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, p. 39-53, jan./mar. 2005, p. 44.

¹¹¹ SPC – A sigla SPC significa Serviço de Proteção ao Crédito, ou seja, um banco de dados privado de informações de crédito, de caráter público, organizado pelas associações comerciais e câmaras de dirigentes lojistas, que trocam entre si informações colhidas em todo o território nacional por meio de uma entidade chamada de RENIC, Rede Nacional de Informações Comerciais.

¹¹² SERASA - Serasa significa Centralização de Serviços dos Bancos, e não é uma sigla. A Serasa é uma empresa privada brasileira, que faz análises e pesquisas de informações econômico-financeiros das pessoas, para apoiar decisões de crédito, como empréstimos. A Serasa foi criada pelos bancos, com o objetivo de centralizar informações, e fazer com que seus custos administrativos diminuíssem e diminuir também a margem de erros sobre as informações para emprestar crédito a pessoas. A Serasa fornece a empresa consultas sobre seus clientes, diretos e indiretos.

¹¹³ Conforme anúncio de meia página no jornal *Correio do Povo*, edição de 20 de novembro de 2012, p. 09.

¹¹⁴ Disponível em <http://www.serasaconsumidor.com.br/meproteja.html> . Acesso em 20 de novembro de 2012.

¹¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 76.

¹¹⁶ Conforme MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 79, p. 45-82, jul./set. 2011, p. 77.

¹¹⁷ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 666, p. 48-53, abr. 1991, p. 50.

¹¹⁸ De acordo com BENJAMI, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 307.

¹¹⁹ O crédito, nestes casos, jamais será prejudicado. A pessoa que lá não estiver, não conseguirá o crédito de qualquer forma. Porém, isso preservará os consumidores que não têm intenção alguma em ficar nestes bancos, pois não se utilizam de crédito e não querem ter seus dados expostos, assim como não constrangerá os consumidores inadimplentes, que ainda assim estão afastados do crédito, mas tendo seus direitos de personalidade respeitados. Essa leitura em nada prejudicará os bancos de dados, que apenas terão que ser mais zelosos não podendo utilizar os dados dos consumidores da forma como querem e sem autorização dos consumidores.

¹²⁰ Conforme GOMES, Daniela Vasconcellos. A sociedade de consumo e a atual desvalorização do consumidor como ser humano. In PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de consumo: humanismo*. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p. 136.

¹²¹ A Lei 12.414, de 9 de junho de 2011, disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação do histórico de crédito.

¹²² Conforme BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza dos; DAMASO, Otávio Ribeiro. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, p. 11-39, jan./mar. 2007, p. 13.

¹²³ BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo: algumas anotações à Lei 12.414/2011. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 79, p. 367-81, jul./set. 2011, p. 374.

¹²⁴ De acordo com MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66, p. 19.

¹²⁵ Conforme MORATO, Antonio Carlos. O cadastro positivo de consumidores e seu impacto nas relações de consumo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 53, p. 13-26, jul./set. 2011, p. 17.

¹²⁶ BERTONCELLO Káren Rick Danilevicz. “Cadastro positivo”: legislação protetiva do consumidor? *Multijuris: Primeiro Grau em Ação*, Porto Alegre, n. 10, p. 36-40, dez. 2011, p. 39.

¹²⁷ Conforme MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 531.

¹²⁸ COVAS, Silvânio. O cadastro positivo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 52, p. 29-43, abr./jun. 2011, p. 31.

¹²⁹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003, p. 118.

¹³⁰ Nesse sentido sustenta Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz que a Associação Comercial de São Paulo, uma mantenedora de banco de dados negativos (SPC), não seria parte legítima para figurar no polo passivo ações de indenização por inclusão do nome do consumidor em cadastro de serviço de proteção ao crédito tanto nas ações de indenização pela inclusão, quanto naquelas em que se pleiteia a retirada do nome do cadastro de proteção ao crédito. Essa tese está na seguinte obra: CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Questões sobre a admissibilidade em ações que envolvem mantenedoras de bancos de dados. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 156, p. 331-341, fev. 2008.

¹³¹ Conforme DONEDA, Danilo. Responsabilidade civil por violação de bancos de dados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 401, p. 677-691, jan./fev. 2009, p. 690.

¹³² Consideradas, nos termos do § 3º, I, do art. 3º, aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor.

¹³³ Consideradas, nos termos do § 3º, II, do art. 3º, aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

¹³⁴ GONÇALVES, Antonio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet. Limites constitucionais e processuais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 48, p. 299-340, out./dez. 2011, p. 337.

¹³⁵ TADEU, Silney Alves. Um novo direito fundamental: algumas reflexões sobre a proteção da pessoa e o uso informatizado de seus dados pessoais. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 40, p. 36-51, ago./set. 2011, p. 49.

¹³⁶ Conforme MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos do devedor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 146-157, jul./set. 2001, p. 156.

¹³⁷ De acordo com LIZ, Jorge Pegado. Direitos fundamentais e tecnologias de informação e comunicação. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, n. 7, p. 75-93, set. 2012, p. 88.

¹³⁸ GONÇALVES, Leonardo de Carvalho Ribeiro. Abordagem constitucional dos bancos de dados. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 7, p. 56-68, fev./mar. 2006, p. 64.

¹³⁹ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

¹⁴⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo: algumas anotações à Lei 12.414/2011. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 79, p. 367-81, jul./set. 2011, p. 380.

¹⁴¹ No quer tange à proibição de retrocesso, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 435.

¹⁴² MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 361.

¹⁴³ Conforme HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 562.

¹⁴⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 55.

Referências

AZEVEDO, Sílvia Nöthen de. *Protesto de títulos e outros documentos de dívida: passo a passo no dia-a-dia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza dos; DAMASO, Otávio Ribeiro. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/05: comentários sobre direito e economia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, p. 11-39, jan./mar. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMI, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo: algumas anotações à Lei 12.414/2011. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 79, p. 367-81, jul./set. 2011.

_____. Limites jurídicos dos bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 185-205, out./dez. 2002.

_____. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p. 202-30, jul./set. 2007.

BERTONCELLO Káren Rick Danilevitz. “Cadastro positivo”: legislação protetiva do consumidor? *Multijuris: Primeiro Grau em Ação*, Porto Alegre, n. 10, p. 36-40, dez. 2011.

_____. Direito de arrependimento do consumidor de crédito: evolução no direito comparado e oportunidade/conveniência de regulamentação nos contratos de crédito consignado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 261-87, jan./mar. 2012.

BIANCHI, Lorena Vanina; CLEMENT, María Florencia; FREIRE, María Betania dos Santos; WEIDMANN, Gabriela. Una aproximación al perfil del consumidor sobreendeudado argentino. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 83, p. 86-112, jul./set. 2012.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

CONCEIÇÃO, Ana Filipa. Sobre-endividamento ou insolvência? *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, n. 4, p. 73-111, dez. 2011.

COVAS, Silvano. Anotação em banco de dados de dívida *sub judice*. Hipóteses de impedimento. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 24, p. 241-7, abr./jun. 2004.

_____. O cadastro positivo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 52, p. 29-43, abr./jun. 2011.

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. *Práticas abusivas do SERASA e do SPC- doutrina, jurisprudência legislação*. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Questões sobre a admissibilidade em ações que envolvem mantenedoras de bancos de dados. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 156, p. 331-41, fev. 2008.

DENARI, Zelmo. Negativação do garantidor no banco de dados. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 24, p. 266-74, jul./dez. 2009.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DOLZER, Rudolf; KAHL, Wolfgang; WALDHOFF, Christian; GRAßHOF, Karin; Bonner Kommentar Grundgesetz, 157. Aktualisierung, Juni 2012, Heidelberg 2012, C.F. Müller-Verlag.

DONEDA, Danilo. Responsabilidade civil por violação de bancos de dados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 401, p. 677-91, jan./fev. 2009.

DUARTE, Juliana Bracks; KLOH, Talita Cecilia Souza. O perigo da seleção de pessoal que envolve a verificação de SPC, Serasa, FAC etc. dos candidatos. *Ltr; Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 83, p. 349-54, 2006.

EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLORES, Philippe. A prevenção do superendividamento pelo código de consumo *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, p. 67-17, abr./jun. 2011.

FROTA, Mário. Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, p. 23-65, abr./jun. 2011.

GOLA, Peter; SCHOMERUS, Rudolf; BDSG – Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 11., Auflage, München 2012 C.H. Beck-Verlag.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A sociedade de consumo e a atual desvalorização do consumidor como ser humano. *In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). Relações de consumo: humanismo*. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p. 129-51.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet. Limites constitucionais e processuais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 48, p. 299-340, out./dez. 2011.

GONÇALVES, Leonardo de Carvalho Ribeiro. Abordagem constitucional dos bancos de dados. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 7, p. 56-68, fev./mar. 2006.

GRASSI NETO, Roberto. Crédito, serviços bancários e proteção ao consumidor em tempos de recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 80, p. 193-209, out./dez. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GURLIT, Elke. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, p. 1035.

HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KAMLAH, Wulf, Das Schufa-Verfahren und seine datenschutzrechtliche Zulässigkeit, MMR 1999, p. 395 ff.

KRÄMER, Walter. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2012, p. 3201 ff.

LEIBHOLZ, Gerhard; RINCK, Hans-Justus; BURGHART, Axel; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, 58. Lieferung April 2012, Köln Dr. Otto Schmidt-Verlag.

LIMA, Clarissa Costa de. O cartão de crédito e o risco de superendividamento: uma análise da recente regulamentação da indústria de cartão de crédito no Brasil e Estados Unidos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 239-59, jan./mar. 2012.

LIMA, Mikael Martins de. O limite para concessão de crédito previsto no projeto de lei sobre o superendividamento. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 57, p. 97-116, jul./set. 2012.

LIZ, Jorge Pegado. Direitos fundamentais e tecnologias de informação e comunicação. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, n. 7, p. 75-93, set. 2012.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Desvio de finalidade na inscrição do contribuinte no Serasa. *Revista Dialética de Direito Tributário: RDDT*, São Paulo, n.172, p. 67-75, jan. 2010.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Anteprojeto de Lei de Atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 82, p. 331-56, abr./jun. 2012.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos do devedor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 146-57, jul./set. 2001.

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter; Grundgesetz Kommentar, Band 1, Texte Art. 1 – 5, 65. Ergänzungslieferung April 2012, München C.H. Beck-Verlag.

MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral pela inclusão indevida no Serasa (indústria do dano moral ou falha na prestação dos serviços). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 28, p. 110-23, abr./jun. 2005.

MELLO, Flávio Citro Vieira de. A proteção do sobre-endividado no Brasil. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, n. 2, p. 11-38, jun. 2011.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 79, p. 45-82, jul./set. 2011.

MENDES, Liz Elaine de Silveiro E. O.; VALDÉS, Luciana Asper Y. Ação civil pública em face do Serasa devido ao cadastramento indevido de consumidores em bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 349-64, jul./set. 2005.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral: comentários à Súmula 385 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 323-34, jan./mar. 2012.

MORATO, Antonio Carlos. O cadastro positivo de consumidores e seu impacto nas relações de consumo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 53, p. 13-26, jul./set. 2011.

MÜNCH, Ingo von; KUNIG, Philip; Grundgesetz Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69; 6. Auflage, München 2012 C.H. Beck-Verlag.

NERY, Ana Luíza B. de Andrade Fernandes. Considerações sobre os bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 33, p. 9-23, jan./mar. 2008.

NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999, C.H. Beck-Verlag.

NEUNER, Jörg (Organizador). *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen 2007, Mohr Siebeck-Verlag.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 666, p. 48-53, abr. 1991.

PEREIRA, Wellerson Miranda. Sugestões para a harmonização das soluções jurídicas sobre o crédito ao consumidor no Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 66, p. 196-241, abr./jun. 2008.

PINCINATO, Marcelo Frossard. Histórico, natureza jurídica e responsabilidade civil dos bancos de dados e cadastros de consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 60, p. 103-21, out./dez. 2006.

RAMOS, André de Carvalho. Informações protegidas pelo sigilo fiscal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 205-24, jul./set. 2001.

_____. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, p. 39-53, jan./mar. 2005.

_____; FARENA, Duciran Van Marsen. SERASA. Ação civil pública. Proteção de direitos de consumidores que foram e virão a ser incluídos nos bancos de dados ou cadastros. Prática abusiva consistente na inscrição de débitos que se encontram em discussão judicial. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 147-71, abr./jun. 2000.

ROBNAGEL, Alexander, Helfrich, Kreditscoring und Scorewertbildung der Schufa, ZD-Aktuell 2011 Beck-online, p. 118.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIMANSKY, Herbert; BUNTE, Hermann-Josef; LWOWSKI, Hans-Jürgen; BERNETT, Axel (Editor), Bankrechts.Handbuch, 4. Auflage, München 2011, Online-Publikation.

SCHMIDT NETO, André Pein. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 9-32, jul./set. 2009.

SIMITIS, Spiros; Bundesdatenschutzgesetz, 7., Auflage, Baden-Baden 2011, Nomos Verlagsgesellschaft.

STAUDINGERS, J. von; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 1. Allgemeiner Teil, 2004 Sellier de Gruyter- Verlag.

TADEU, Silney Alves. Um novo direito fundamental: algumas reflexões sobre a proteção da pessoa e o uso informatizado de seus dados pessoais. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 40, p. 36-51, ago./set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. SERASA. Medidas cautelares intentadas por devedores inadimplentes. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 5, p. 269-82, mai./ago. 1999.

ZIEMIECKI, Diego. *A inscrição dos consumidores em banco de dados durante a pendência de litígio judicial: uma análise jurisprudencial*. São Paulo: Conceito, 2012.

WESTPHALEN, Friedrich von; THÜSING, Gregor. Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, München 2010, Beck-online.

O CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE CONSUMO

CLAUDIO BONATTO

Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio
Grande do Sul
Professor de Direito do Consumidor
Membro do Conselho Consultivo da MPCCon – Associação Nacional
do Ministério Público do Consumidor
Presidente do Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Direito do
Consumidor) no Estado do Rio Grande do Sul

EXCERTOS

“Sempre que possível e dentro de sua área de atribuição, o órgão público pode alterar a norma administrativa, na busca da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo”

“O inquérito civil permite que o Ministério Público, no âmbito dos interesses e direitos supraindividuais, faça o controle administrativo das cláusulas potencialmente abusivas nas relações contratuais de consumo. Esse controle pode ser efetivado de modo abstrato ou em concreto”

“O controle administrativo em abstrato, em nosso entendimento, também pode ser efetivado pelas entidades e órgãos da administração pública destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, mais especificamente o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e os Procons estaduais e municipais”

“O controle administrativo das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, em abstrato ou em concreto, além de não constituir condição de procedibilidade ao direito subjetivo de ação, está sujeito, no que concerne à legalidade e à legitimidade, ao controle judicial”

“É consenso, na doutrina atual, que o controle judicial das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo tanto pode ocorrer de modo abstrato, mesmo antes da utilização do contrato-formulário no mercado (ou seja, de documentos ainda unilaterais, cuja intenção é a de que venham a ser objeto de contratos de adesão), como de modo concreto, abrangendo cláusulas de contratos já perfectibilizados (com a adesão de consumidores)”

O Código de Defesa do Consumidor representa uma considerável modificação no ordenamento jurídico brasileiro, com a implantação de um novo regime legal para grande parcela das relações contratuais entabuladas no convívio social. A partir dele, tem-se o nascimento de um novo equilíbrio, desta vez imperativo, nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços.

Passa-se de uma visão liberal e individualista para uma visão social do contrato, na qual a função do direito é garantir a equidade e boa-fé nas relações de consumo, superando o dogma da autonomia da vontade. O *estatuto consumerista* não representa o fim da autonomia privada nos contratos, mas sim uma potente intervenção do Estado, o que representa, em contrapartida, ampla redução do espaço anteriormente reservado à vontade do indivíduo¹.

A padronização dos negócios, levada a efeito por fornecedores de produtos ou serviços direcionados ao grande público, corresponde, nos dias de hoje, a uma racionalização necessária e útil aos participantes das relações contratuais de consumo, porquanto impensável a tratativa ou negociação prévia de todas as cláusulas contratuais ou das condições gerais de contratação, em razão dos inúmeros contratos realizados². Porém, a par das vantagens apontadas, surgem problemas relativos ao equilíbrio contratual, decorrentes da vulnerabilidade do consumidor e do próprio processo formativo do contrato, que, invariavelmente, consagra o aniquilamento do “fraco pelo forte”, situação em que o fornecedor impõe sua vontade ao consumidor. Nessas condições, desponta a necessidade do controle das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, pela via administrativa ou judicial, abstrata ou concretamente, a fim de que os contratos se conformem ao bem comum e aos princípios essenciais da justiça e da ordem pública, com o objetivo precípuo de recompor o equilíbrio no âmbito do interesse social³.

1. Controle administrativo

O controle administrativo, segundo as normas vigentes, pode ocorrer: a) pela instauração de inquérito civil, na forma do estatuído no artigo 8º, § 1º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (aplicável às relações de consumo, segundo o disposto no artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor); b) pela adoção de providências no âmbito da administração pública, no que concerne às atividades por ela fiscalizadas ou controladas.

A instauração de inquérito civil, atribuição institucional exclusiva do Ministério Público, na forma do preceituado no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, tem como objetivo arremeter documentos e informações, bem como colher depoimentos dos interessados, com a finalidade de proporcionar ao *parquet* o livre convencimento sobre a existência ou não de cláusula abusiva em determinado contrato de consumo⁴. Nessa oportunidade, o órgão ministerial, presidente do inquérito civil, poderá tomar do agente econômico investigado (fornecedor) compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, no caso, com a retirada da cláusula abusiva do contrato ou condições gerais de contratação, sob pena de cominação, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial, conforme previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85⁵.

A experiência prática, na área de proteção do consumidor, vivenciada na Coordenadoria de Defesa do Consumidor, órgão de execução do Ministério Público gaúcho, demonstrou-nos, ao longo dos anos, o acerto da adoção legislativa do inquérito civil como instrumento de pacificação social na tutela dos interesses e direitos transindividuais dos consumidores. Especificamente na questão ora analisada, de controle de cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, a Coordenadoria de Defesa do Consumidor instaurou diversos inquéritos civis, com o objetivo de analisar as cláusulas constantes de formulários padronizados utilizados pelos bancos, nos diversos contratos firmados com seus clientes. Destes inquéritos, vinte e cinco originaram ações coletivas de consumo e trinta e seis redundaram em compromissos de ajustamento, configurando, estes últimos, um perfeito controle administrativo. Assim, constata-se que os vetos aos §§ 3º do artigo 51 e 5º do artigo 54 do CDC, que previam o controle administrativo e abstrato, pelo Ministério Público, das cláusulas contratuais gerais nos contratos de consumo, não têm qualquer efeito prático, porque em pleno vigor se encontram as disposições legais sobre o inquérito civil, este poderoso instrumento de prevenção e composição de conflitos nas relações de consumo⁶.

É importante gizar que o controle administrativo, através do inquérito civil, pode e deve ser efetivado ainda que as cláusulas contratuais gerais tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou mesmo pela lei, visto que estes atos poderão configurar ilegalidade ou inconstitucionalidade, respectivamente, situações ensejadoras da atuação do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica e do efetivo respeito, por parte dos poderes

públicos, aos direitos constitucionalmente assegurados (artigos 127, *caput*, e 129, inciso II, da Constituição Federal).

Outra forma de controle administrativo dá-se através do regime de autorização prévia das condições gerais de contratação por um específico e competente órgão da administração pública. Este método de controle possibilita ao poder público o exercício pleno do poder-dever de polícia administrativa, através da fiscalização e regulamentação, com a edição de decretos, portarias, resoluções e outros atos administrativos dirigidos ao estabelecimento de padrões para que os administrados possam exercer a atividade que é controlada e fiscalizada pela administração pública. São exemplos dessas atividades: o setor de seguros, que deve obedecer às regras traçadas pela Susep (Superintendência de Seguros Privados), e o setor de consórcios de automóveis, que deve obedecer às regras estipuladas pelo Banco Central.

Sempre que possível e dentro de sua área de atribuição, o órgão público pode alterar a norma administrativa, na busca da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo. Quando, porém, os padrões ou condições gerais forem aprovados por lei, cabe à administração pública velar pelo seu cumprimento, eis que vigora, no âmbito do direito administrativo, o princípio da legalidade, pelo qual o administrador somente pode agir *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *praeter legem*. Assim, os órgãos da administração não poderão alterar os dispositivos da lei que editou as cláusulas gerais de contratação, mas podem e devem, contudo, buscar a composição dos conflitos de consumo resultantes de cláusulas abusivas, inclusive com a formalização de compromisso de ajustamento com o agente econômico infrator.

Nas hipóteses em que somente a alteração da lei autoriza a modificação ou eliminação de cláusula, é defeso à administração pública estipular qualquer alteração, a título de controle das cláusulas gerais de contratação, por meio de decreto ou outro ato administrativo infralegal. Nessa situação, somente é cabível o controle através da via judicial⁷.

A partir da análise criteriosa e científica do capítulo VII do Código de Defesa do Consumidor, que trata das sanções administrativas, bem como do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a

Cristalina a
legitimidade e
o interesse do
Ministério Público
para a realização
do controle em
abstrato das
cláusulas abusivas
nas relações
contratuais de
consumo

organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, estamos convictos de que o controle administrativo de cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo pode ocorrer, também, pela atuação, em nível federal, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), e em níveis estadual e municipal, pela atuação dos órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor (Procons), criados na forma da lei, os quais têm competência para fiscalizar e aplicar sanções administrativas aos fornecedores de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserirem ou utilizarem-se de cláusula abusiva em qualquer modalidade de contrato de consumo, segundo o disposto nos artigos 3º, inciso X, 4º, *caput*, e 22 do Decreto 2.181/97.

Ressalte-se que os órgãos administrativos retromencionados (DPDC e Procons) podem, inclusive, celebrar compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, nos termos do artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, na órbita de suas respectivas competências, segundo o preceituado no artigo 6º, *caput*, do Decreto 2.181/97. Desse modo, é plenamente possível o controle administrativo das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo por parte do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (órgão da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) e dos órgãos administrativos estaduais ou municipais de proteção e defesa do consumidor (Procons), aplicando sanções administrativas ou celebrando compromissos de ajustamento, na busca da harmonização dos interesses de fornecedores e consumidores no mercado de consumo.

Quanto ao compromisso de ajustamento de conduta, instrumento facilitador da defesa dos interesses dos vulneráveis nas relações de consumo e fundamental à observância dos princípios basilares do sistema consumerista, quais sejam, o da vulnerabilidade, da harmonia e da repressão eficiente aos abusos praticados no mercado, tem significativo alcance a norma retromencionada do artigo 6º do Decreto 2.181/97, porquanto parte da jurisprudência, calcada em posição doutrinária única e equivocada, afirma a existência de veto implícito à norma que criou o referido instrumento jurídico, quando o presidente da República, expressamente, no regulamento do Código de Defesa do Consumidor, incentiva as entidades e os órgãos da administração pública a celebrarem o nominado título executivo extrajudicial.

Desse modo, optar por entendimento restrito à interpretação favorável ao texto de lei significa escolher alternativa considerada odiosa ao sistema, eis que completamente desafinada em relação ao direito posto⁸.

Segundo importantíssima regra de aplicação do direito: *odiosa restringenda, favorabilia amplianda* – restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável⁹.

E não se olvide que a defesa do consumidor, no Brasil, é um direito e garantia fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da CF). E, como tal, toda interpretação de norma àquele direito relacionada deve ser no sentido da sua maior eficácia¹⁰.

1.1. Controle administrativo em abstrato

Como visto, o inquérito civil permite que o Ministério Público, no âmbito dos interesses e direitos supraindividuais, faça o controle administrativo das cláusulas potencialmente abusivas nas relações contratuais de consumo. Esse controle pode ser efetivado de modo abstrato ou em concreto.

O controle administrativo em abstrato ocorre sempre que o Ministério Público, de ofício ou provocado por consumidor ou entidade que o represente, instaura procedimento investigatório com o objetivo de apurar a existência de cláusula com potencial abusivo em formulário-padrão, utilizado para futura contratação, oriundo da administração pública ou de qualquer fornecedor privado, sendo irrelevante que já tenha havido ou não a concretização do contrato de adesão com base no referido formulário.

Tal controle abstrato foi e é regularmente utilizado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, através da Coordenadoria de Defesa do Consumidor, salientando-se o já mencionado controle realizado na análise das cláusulas constantes de formulários-padrão utilizados pelos bancos, nos vários contratos entabulados com seus atuais ou futuros clientes.

Conforme apontado *retro*, trinta e seis inquéritos civis resultaram em composição extrajudicial, ou seja, em compromissos de ajustamento de conduta, firmados perante o Ministério Público pelos bancos investigados, perfectibilizando-se, assim, um real e efetivo controle administrativo em abstrato. É interessante ressaltar, pela importância do tema e pela constatação de alguns equívocos doutrinários e jurisprudenciais, que esta espécie de controle, em abstrato, diz respeito a interesses ou direitos difusos, eis que seus titulares são pessoas indeterminadas (as que contratarão com o

banco, não necessariamente clientes), ligadas com o banco-fornecedor por meras circunstâncias fáticas (o interesse em contratar baseado em cláusulas não abusivas), e o seu objeto é de natureza indivisível (ou seja, uma única abusividade é suficiente a caracterizar a lesão de todos os consumidores, e, da mesma forma, a satisfação de um deles, com a retirada ou modificação da cláusula abusiva constante do formulário-padrão, beneficia, ao mesmo tempo, todos os potenciais consumidores). Aliás, nesse sentido tem-se manifestado a jurisprudência no nosso Estado¹¹.

Desse modo, é cristalina a legitimidade e o interesse do Ministério Público para a realização, através do inquérito civil, do controle em abstrato das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, por caracterizar, como visto, a proteção a direitos ou interesses difusos, segundo a conceituação do artigo 81, parágrafo único, inciso I, do CDC. Realizado o compromisso de ajustamento, culminado estará o controle administrativo em abstrato. Não realizada a composição extrajudicial, ajuizará o Ministério Público a competente ação coletiva de consumo, com o fito de excluir ou modificar as cláusulas abusivas constantes do formulário-padrão utilizado para a contratação em massa, e, assim, caracterizado estará o controle judicial em abstrato, o qual será objeto de análise na sequência da exposição.

O controle administrativo em abstrato, em nosso entendimento, também pode ser efetivado pelas entidades e órgãos da administração pública destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, mais especificamente o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e os Procons estaduais e municipais. Tal convicção tem fundamento nos artigos 105 e 106 do Código de Defesa do Consumidor e no Decreto 2.181/97, particularmente no que concerne às cláusulas abusivas, no disposto nos artigos 3º, inciso X, e 4º, *caput*, combinados com o artigo 22 e seus incisos, e ainda no artigo 6º, todos do mencionado regulamento do estatuto consumerista. Os referidos órgãos, ante as infrações às normas de proteção ao consumidor, têm competência para a instauração de processo administrativo (artigo 33 do Decreto 2.181/97), o qual poderá ensejar a aplicação de sanções administrativas ou a celebração de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, compromisso este que suspende o andamento do processo administrativo instaurado e provoca o seu arquivamento, após atendidas todas as condições estabelecidas no respectivo termo (artigo 6º, *caput* e § 4º, do Decreto 2.181/97).

Com a realização do compromisso de ajustamento, objetivando a exclusão ou modificação de cláusulas constantes de formulários-padrão de contratação em massa, perfectibilizar-se-á o controle administrativo em abstrato pelos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Se não ocorrer a formalização do compromisso de ajustamento, prossegue o processo administrativo, que culminará com a aplicação de sanções administrativas. Não sendo estas suficientes à coibição da abusividade, resta o caminho da via judicial para o controle, ainda em abstrato, admissível somente aos órgãos expressamente legitimados, por tratar-se de legitimação extraordinária, na forma do disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil.

1.2. Controle administrativo em concreto

O controle administrativo em concreto das cláusulas abusivas, nas relações contratuais de consumo, ocorre nas situações originadas de contratos já consumados mediante a adesão de consumidores. Do mesmo modo que no controle administrativo em abstrato, o controle em concreto pode ser efetivado pelo Ministério Público, através do inquérito civil, ou pelos órgãos da administração pública destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, através de processo administrativo.

O Ministério Público, de ofício ou provocado por qualquer interessado, sempre que se defrontar com cláusula potencialmente abusiva, em contrato de adesão ou paritário, poderá instaurar inquérito civil objetivando colher depoimentos, arregimentar documentos e informações para formar convencimento sobre a abusividade ou não das cláusulas do contrato sob análise. Convencendo-se da abusividade, poderá propor ao agente econômico investigado a formalização de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, na forma do preceituado no artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, o qual, se aceito pelo fornecedor, efetivará o controle administrativo em concreto, com a supressão ou modificação das cláusulas abusivas constantes dos contratos já firmados e a indenização dos danos porventura já sofridos pelos consumidores.

Ressalta-se que, nestas hipóteses de controle administrativo em concreto, os interesses ou direitos protegidos, de regra, são coletivos em sentido estrito, visto que seus titulares são pessoas determináveis

(integrantes de grupo, classe ou categoria de consumidores firmatários de contratos de consumo), ligadas com a parte contrária, o fornecedor, por uma relação jurídica base (a relação contratual de consumo entabulada) e o seu objeto é de natureza indivisível (significando que uma única abusividade é suficiente à caracterização de lesão a todos os consumidores, e, da mesma forma, a satisfação de um deles, com a supressão ou modificação da cláusula abusiva constante do contrato de consumo, beneficia, ao mesmo tempo, todos os demais consumidores contratantes).

Poderá, também, o controle administrativo em concreto resultar na proteção a interesses ou direitos individuais homogêneos, quando, no compromisso de ajustamento, o fornecedor, além da supressão ou modificação das cláusulas abusivas do contrato de consumo firmado, comprometer-se a ressarcir os danos individualmente sofridos pelos consumidores, em decorrência daquelas cláusulas inquinadas de nulas por abusividade. Os danos causados, neste caso, são individualizados, o que configuraria, em princípio, direito individual puro ou heterogêneo. Porém, como são decorrentes de uma origem comum (o mesmo agente econômico), configuram, segundo a conceituação legal (artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC), interesses ou direitos individuais homogêneos. Da análise da definição legal *supra* decorre a constatação de que os interesses individuais homogêneos possuem apenas um requisito: a origem comum. Sem qualquer complicação, “origem comum” é “origem comum”. São coisas, interesses, direitos, que advêm da mesma “fonte”, seja ela uma “fonte” jurídica (quando existe uma relação jurídica base) ou fática, na forma do que acontece com os direitos difusos. Assim sendo, os interesses ou direitos individuais homogêneos tanto podem estar presentes em situações que também envolvam interesses difusos, como nas que existam interesses coletivos em sentido estrito, ou ainda, pode a mesma ocorrência conter os três interesses transindividuais cumulados¹². Nesse sentido, aliás, tem-se posicionado o egrégio Superior Tribunal de Justiça¹³.

Em qualquer das hipóteses, portanto, quer se trate de direito coletivo *stricto sensu* ou direito individual homogêneo, ou ambos, são evidentes a legitimidade e o interesse do Ministério Público à realização, através do inquérito civil, do controle em concreto das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. Formalizado o compromisso de ajustamento,

consumado estará o controle administrativo em concreto. Não realizada a composição extrajudicial, ajuizará o *parquet* a competente ação coletiva de consumo, com o objetivo da supressão ou modificação das cláusulas abusivas constantes do contrato de consumo e, se for o caso, a responsabilização do fornecedor pelos danos individualmente causados aos consumidores contratantes, decorrentes da inserção daquelas cláusulas inquinadas de nulas por abusividade. Nesta última hipótese, caracterizar-se-á o denominado controle judicial em concreto, objeto de análise, também, na sequência da exposição.

Coerente com a posição assumida no exame do controle administrativo em abstrato, da mesma forma, entendemos que o controle administrativo em concreto pode ser efetuado pelos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Como visto, estes órgãos têm competência para a instauração de processo administrativo (artigo 33 do Decreto 2.181/97), o qual poderá culminar na aplicação de sanções administrativas (artigo 18 do Decreto 2.181/97) ou na celebração de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, por parte do agente econômico infrator às normas do sistema de proteção do consumidor. A celebração do compromisso de ajustamento, na forma do artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, suspende o curso do processo administrativo instaurado e provoca o seu arquivamento, após atendida a totalidade das condições estabelecidas no respectivo termo (artigo 6º, § 4º, do Decreto 2.181/97).

Realizado o compromisso de ajustamento, cumpridas as condições de supressão ou modificação das cláusulas abusivas constantes dos contratos de consumo sob análise (já firmados por consumidores) e, se for o caso, ressarcidos os danos individualmente sofridos pelos consumidores, em decorrência daquelas cláusulas, estará consolidado o controle administrativo em concreto pelos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Não anuindo o agente econômico infrator, com a celebração de compromisso de ajustamento, haverá o prosseguimento do processo administrativo, que culminará com a aplicação de sanções administrativas. Não sendo estas penalidades suficientes à coibição da abusividade, restará o caminho da via judicial para a efetivação do controle, em concreto, admissível aos órgãos expressamente legitimados pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

2. Controle judicial

Consoante o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este preceito constitucional consagra, no ordenamento jurídico pátrio, o sistema denominado de “jurisdição judicial única”¹⁴.

Se bem que o destinatário principal deste mandamento constitucional seja o legislador, a norma atinge a todos, indistintamente, não podendo, assim, aquele que legisla e ninguém mais impedir que o jurisdicionado deduza sua pretensão em juízo¹⁵.

Destarte, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, também conhecido como princípio do direito de ação, todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão contemplados no texto constitucional tanto os direitos individuais puros (heterogêneos), quanto os transindividuais ou metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O direito de ação é um direito público subjetivo, o qual pode ser exercitado até mesmo contra o Estado, que não pode se recusar à prestação jurisdicional. Entretanto, o Estado-juiz não está obrigado, logicamente, a decidir a demanda em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso concreto. É tão rigoroso o dever de fazer atuar a jurisdição, que a sua omissão, por parte do magistrado, pode configurar causa de responsabilidade judicial (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 49, inciso II, da Lei Complementar 35/79).

Deste modo, verificamos que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, ou seja, é um direito subjetivo à sentença judicial, de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que se encontrem preenchidas as condições da ação. A realização do direito subjetivo configura-se quando alcançado o seu objeto, que é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado. Entende-se por realizado aquele direito cívico no momento em que for prolatado o ato judicial que põe termo ao processo, favorável ou não ao autor¹⁶.

A Constituição Federal de 1969 (artigo 153, § 4º) autorizava a lei infraconstitucional a exigir o prévio exaurimento das vias administrativas para a interposição de ação judicial, funcionando como verdadeira condição de procedibilidade, a qual, não atendida, ocasionaria a extinção do processo, sem julgamento de mérito, pela ausência de uma das condições da ação, qual seja: o interesse processual (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil).

O estatuto político básico de 1988 não reprisou a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais é permitido, no ordenamento jurídico pátrio, a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado. Apenas no que tange às ações relativas à disciplina e às competições esportivas é que o texto constitucional exige, na forma da lei, o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva (artigo 217, § 1º, da Constituição Federal)¹⁷.

Assim, o controle administrativo das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, em abstrato ou em concreto, além de não constituir condição de procedibilidade ao direito subjetivo de ação, está sujeito, no que concerne à legalidade e à legitimidade, ao controle judicial. É certo que o Judiciário não poderá substituir a administração em pronunciamentos ou atos que lhe são privativos; entretanto, dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência e em consonância aos princípios da moralidade e da finalidade, é função específica e inafastável daquele poder, segundo o princípio constitucional retroexaminado (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal)¹⁸.

Com fulcro na sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, afirma doutrina abalizada que, afora o controle administrativo das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, exercido sem caráter coercitivo pelos órgãos da administração pública e, acrescentamos, pelo próprio Ministério Público (em razão do veto ao artigo 51, § 3º, do CDC), o sistema preferido, de modo preventivo ou repressivo, em abstrato ou em concreto, incidental ou direto (principal), foi o do controle judicial, eis que não teria parecido conveniente, ao legislador, que a fiscalização com caráter cogente fosse outorgada a órgão de outro poder, que não o Judiciário¹⁹.

Destarte, em que pese a ampla legitimação, especialmente no que tange aos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ao Poder Judiciário incumbe o exame, em abstrato ou em concreto, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, bem como o definitivo julgamento, realizando, assim, a concretização da lei. É importante ressaltar que o controle judicial tanto pode ocorrer em caráter incidental (porquanto a nulidade absoluta, de pleno direito, pode e deve ser

O controle administrativo em concreto das cláusulas abusivas ocorre nas situações originadas de contratos já consumados mediante a adesão de consumidores

decretada *ex officio*) como em caráter direto (ou seja, como objeto principal de uma ação de nulidade de cláusula contratual ou de condições gerais de contratação)²⁰.

Tanto no controle incidental como no controle direto, a natureza da sentença que reconhece a nulidade não é predominantemente declaratória, mas constitutiva negativa²¹ ou desconstitutiva da cláusula que, por abusiva, foi reconhecida como nula de pleno direito. O efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da cláusula abusiva é *ex tunc*, visto que o magistrado somente faz reconhecer circunstância fática anterior à propositura da ação. Por ser matéria de ordem pública (artigo 1º do CDC), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo não é atingida pela preclusão, de modo que pode ser alegada, no processo, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive, se for o caso, com *reformatio in pejus*, impondo-se ao julgador o dever de pronunciá-la, de ofício, quando a encontrar provada (artigo 168, parágrafo único, do Código Civil/2002, aplicável às relações de consumo por força do disposto no artigo 7º, *caput*, do CDC).

O estatuto protetivo não fixou prazo para o exercício do direito de pleitear em juízo a nulidade de cláusula abusiva. Em consequência, na ausência de norma específica, segundo a melhor doutrina, a ação é imprescritível ou perpétua²².

É consenso, na doutrina atual²³, que o controle judicial das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo tanto pode ocorrer de modo abstrato, mesmo antes da utilização do contrato-formulário no mercado (ou seja, de documentos ainda unilaterais, cuja intenção é a de que venham a ser objeto de contratos de adesão), como de modo concreto, abrangendo cláusulas de contratos já perfectibilizados (com a adesão de consumidores)²⁴.

2.1. Controle judicial em abstrato

O controle judicial em abstrato acontece quando se pleiteia nulificar, indiscriminadamente, cláusulas constantes de formulário-padrão (utilizado para contratos de adesão, ou condições gerais de contratação) estipuladas pelo fornecedor, sem que se tenha em conta casos concretos, isto é, relações contratuais de consumo já existentes. O pedido, na ação coletiva de consumo, proposta com tal desiderato, deve ser feito de molde a que ao agente econômico seja cominada a obrigação de não contratar com aquela cláusula abusiva, ou cominada a obrigação de suprimi-la ou modificar a sua redação²⁵.

Conforme análise efetivada, a declaração de nulidade de cláusulas é atividade jurisdicional, pela qual o Estado, em substituição aos particulares, realiza a ação de direito material. A jurisdição, por sua vez, é uma função estatal dependente de iniciativa ou provocação por parte de quem tenha interesse e legitimidade. Assim, o Estado-juiz, em observância ao princípio processual dispositivo, deve aguardar que seja movimentado o seu aparato apropriado, a fim de que, para determinada situação surgida, declare o direito aplicável²⁶.

No que concerne à legitimidade para a propositura da ação coletiva, visando ao controle judicial, em abstrato, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, ocorre, atualmente, verdadeiro dissídio doutrinário.

Parte da doutrina sustenta que a *legitimatio ad causam* não é exclusiva do Ministério Público, como à primeira vista parece indicar o preceito contido no artigo 51, § 4º, do CDC, eis que qualquer dos colegitimados, arrolados no artigo 82 do CDC, tem legitimidade para o ajuizamento de qualquer tipo de ação judicial tendente a obter a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses previstos no estatuto consumerista, na conformidade do disposto no artigo 83 do CDC. Ademais, afirma que a norma constante do § 4º do artigo 51 teria a mera função didática de indicar aos consumidores e às suas entidades representativas um caminho a seguir, no que tange ao controle judicial das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo²⁷.

Outra parte da doutrina, com orientação diversa, afirma que o Código de Defesa do Consumidor inovou ao criar, no artigo 51, § 4º, um controle judicial em abstrato e que, segundo este preceito normativo, o Ministério Público é o único legitimado à propositura dessa ação de controle abstrato das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, a pedido de qualquer consumidor ou de entidade que o represente²⁸.

Em razão da importância do tema, antes de assumir posição, entendemos de bom alvitre aprofundar a análise do princípio da legitimidade das partes, como uma das condições da ação.

O Código de Processo Civil (aplicável às relações de consumo, segundo o disposto no artigo 90 do CDC), em seu artigo 3º, é expresso no sentido de que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Desse modo, os legitimados para agir, tanto ativa quanto passivamente, são os titulares dos interesses em conflito. Denomina-se legitimação ativa a do titular do interesse afirmado na pretensão e legitimação passiva a do titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão. Nesta situação,

fala-se em legitimação ordinária ou comum, visto que é a reclamada para a generalidade dos casos²⁹.

Com efeito, a legitimação ordinária ou comum ocorre quando é o próprio titular do direito afirmado em juízo que propõe a demanda. Há casos, entretanto, em que tal não ocorre; ou seja, excepcionalmente se admite, desde que exista lei autorizando, que alguém, em nome próprio, defenda interesse alheio. É a denominada legitimação extraordinária, cujo embasamento legal se encontra no artigo 6º do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Este preceito normativo, na verdade, encerra dois comandos, porquanto na primeira parte ratifica a disposição do artigo 3º sobre a legitimidade, ao vedar àquele que não for o titular do direito afirmado sua defesa em juízo. Na parte final, entretanto, admite a ocorrência de tal situação, desde que exista lei autorizando aquele agir, caso em que a legitimação estará assegurada, de forma extraordinária ou excepcional³⁰.

Vislumbra-se, assim, que a legitimidade extraordinária ocorre somente em situações excepcionais e quando autorizadas, expressamente, em lei. Desse modo, podemos afirmar que o preceito legislativo que autoriza a legitimação extraordinária é uma lei que abre exceção à regra geral que só permite a legitimação ordinária. Em consequência, somente pode ser interpretada dentro da sua excepcionalidade. Esse entendimento exegético assenta-se no artigo 6º da anterior Lei de Introdução ao Código Civil, o qual, consolidando o princípio clássico de hermenêutica que *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (interpretam-se as exceções estritissimamente), dispõe que “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”³¹.

Destarte, a legitimidade extraordinária só ocorrerá quando expressamente prevista em lei, não sendo possível, em consequência, estendê-la a situações não especificadas.

Consoante o entendimento de parcela da doutrina, como vimos, a legitimidade para a propositura da ação coletiva tendente ao controle judicial, em abstrato, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo não seria unicamente do Ministério Público. Tal posicionamento está amparado na regra do artigo 83 do CDC, segundo a qual “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Desse modo, implicitamente, estariam todos os legitimados, arrolados no artigo 82 do CDC, aptos a promover todo e qualquer tipo de ação judicial, dentre

elas a de controle abstrato das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo³².

Com a devida vênia, ousamos discordar dessa posição doutrinária, pelas seguintes razões. Primeiramente, com fundamento no princípio de hermenêutica, retromencionado, de que as exceções legais devem ser interpretadas estritissimamente. Em segundo lugar, porque a legitimidade extraordinária examinada não se encontra expressa na lei; ao revés, a norma que autorizaria a ação visando ao controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, por parte de todos os legitimados arrolados no artigo 82, que constava do artigo 83, parágrafo único, do CDC, foi vetada. Assim sendo, restou somente, no que concerne ao aludido controle judicial, em abstrato, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, a norma constante do artigo 51, § 4º, do CDC, a qual outorga, exclusiva e expressamente, a legitimidade ao Ministério Público.

Diante disto, segundo a análise técnica efetivada, podemos afirmar que o *discrimen*, ou a linha divisória, entre o âmbito da atividade de todos os legitimados, arrolados no artigo 82 do CDC, e a especificidade da regra do artigo 51, § 4º, do CDC, é o de que todos os legitimados podem pleitear judicialmente a nulidade de cláusulas abusivas constantes de contratos já entabulados (ou seja, o controle judicial em concreto), ao passo que o Ministério Público pode, além disso, postular o controle judicial em abstrato³³.

E a jurisprudência de nosso Estado nesse sentido tem-se posicionado³⁴.

Conforme afirmamos, quando da análise do controle administrativo em abstrato, este tipo de controle (pelo qual se busca a nulificação de cláusulas constantes de formulário-padrão de contratação) diz respeito a interesses ou direitos difusos, eis que seus titulares são pessoas indeterminadas (as que poderão vir a contratar com o fornecedor, com base naquele documento ainda unilateral), ligadas em decorrência de meras circunstâncias fáticas (o interesse em contratar baseado em cláusulas não abusivas) e o seu objeto é de natureza indivisível (ou seja, uma única abusividade é suficiente para caracterizar a lesão de todos os consumidores, e, da mesma forma, a satisfação de um só, com a supressão ou modificação da cláusula abusiva, implica a satisfação de todos os potenciais consumidores).

Assim sendo, emerge cristalina a legitimidade e interesse do Ministério Público para a propositura de ação coletiva tendente ao controle judicial em abstrato das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, por caracterizar, como visto, a proteção a direitos ou interesses difusos (segundo a conceituação do artigo 81, parágrafo único, inciso I, do CDC),

cuja defesa é função institucional do *parquet*, na forma do preceituado no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Aliás, nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência³⁵.

Cumprido ressaltar, por fim, que a sentença prolatada, no processo em que se busca o controle judicial em abstrato, tem eficácia *erga omnes*, segundo o disposto no artigo 103, inciso I, do CDC. Isso significa, em última análise, que a sentença que reconhece determinada cláusula como abusiva e, em consequência, nula de pleno direito, funciona, na prática, como decisão normativa que atinge o fornecedor-estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos com a cláusula declarada abusiva judicialmente³⁶.

2.2. Controle judicial em concreto

O controle judicial em concreto sucede quando se pretende nulificar, por abusivas, cláusulas de contratos existentes, isto é, contratos já perfectibilizados (com a adesão de consumidores), estipuladas unilateralmente pelo fornecedor. O pedido, na ação coletiva de consumo proposta com tal objetivo, deve ser no sentido de que ao agente econômico seja cominada a obrigação de suprimir as cláusulas inquinadas de nulas ou modificar sua redação e, ainda, se for o caso, que seja ele condenado a ressarcir os danos individualmente sofridos pelos consumidores, em decorrência daquelas cláusulas abusivas.

Na conformidade do afirmado, quando da análise do controle administrativo, nestas hipóteses de controle em concreto, os interesses ou direitos protegidos, em regra, são coletivos em sentido estrito, pois seus titulares são pessoas determináveis (os integrantes do grupo, classe ou categoria de consumidores firmatários de determinado contrato de consumo), ligadas com a parte contrária, o fornecedor, por uma relação jurídica base (a relação contratual de consumo entabulada) e o seu objeto é de natureza indivisível (ou seja, uma única abusividade é suficiente para caracterizar a lesão de todos os consumidores-contratantes, e, da mesma forma, a satisfação de um só, com a supressão ou modificação da cláusula abusiva, implica a satisfação de todos).

Poderá, da mesma forma, o controle judicial em concreto, resultar na proteção a interesses ou direitos individuais homogêneos, bastando, para tanto, que o fornecedor (estipulante das relações contratuais de consumo) seja condenado a ressarcir os danos, individualmente sofridos pelos consumidores, decorrentes das cláusulas contratuais inquinadas de nulas de pleno direito, por abusivas. Os danos causados pelo agente econômico,

neste caso, são individualizados, o que configuraria, em princípio, direito individual heterogêneo, ou puro. Entretanto, como decorrem de uma origem comum (o mesmo fornecedor), caracterizam, segundo a definição legal (artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC), interesses ou direitos individuais homogêneos.

A tutela ou defesa coletiva dos direitos metaindividuais ou transindividuais (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) é um *plus* à tutela ou defesa individual, não podendo, em consequência, elidi-la ou prejudicá-la, estando pois, o consumidor, plenamente autorizado (e não poderia ser diferente, em razão do princípio constante do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) a exercer a defesa de seus interesses ou direitos, em juízo, individualmente, mesmo ante o fato de existir ação coletiva proposta.

A doutrina e, principalmente, a jurisprudência têm demonstrado alguma dificuldade de apreender, com precisão e utilidade, os conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, constantes do artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor. Por essa razão, tentando esclarecer seus elementos distintivos, apresentamo-los em forma gráfica.

Interesses ou direitos transindividuais – critérios distintivos

| | Elemento Objetivo | Elemento Subjetivo | Elemento Comum |
|--|----------------------------|-----------------------------------|------------------------|
| Interesses ou Direitos Difusos – Artigo 81, Parágrafo único, I, do CDC | Indivisibilidade do objeto | Indeterminabilidade dos titulares | Circunstâncias fáticas |
| Interesses ou Direitos Coletivos em Sentido Estrito – Artigo 81, Parágrafo único, II, do CDC | Indivisibilidade do objeto | Determinabilidade dos titulares | Relação jurídica base |
| Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos – Artigo 81, Parágrafo único, III, do CDC | Divisibilidade do objeto | Determinabilidade dos titulares | Origem comum dos danos |

O controle judicial, em concreto, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, por envolver, como vimos, a tutela de interesses ou direitos coletivos em sentido estrito e, em determinadas situações, a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, poderá ser provocado por qualquer dos legitimados arrolados no artigo 82 do CDC, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente majoritário. Porém, nos casos em que se caracterizar somente a proteção a interesses ou direitos individuais homogêneos, não obstante se deva reconhecer a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação coletiva de consumo, entendemos que o *parquet* somente deverá defendê-los se possuírem manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, sob pena de vulgarizar a ação coletiva e, por via de consequência, a atuação ministerial, em questúnculas de dimensão restrita, que não envolvem interesses relevantes da sociedade ou mesmo de parte dela³⁷.

Por fim, é importante sublinhar que a sentença prolatada, no processo em que se busca o controle judicial em concreto, tem eficácia *ultra partes* (mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe de consumidores firmatários dos contratos de consumo contendo cláusulas abusivas), na hipótese de proteção a interesses ou direitos coletivos em sentido estrito, segundo o disposto no artigo 103, inciso II, do CDC; e eficácia *erga omnes* (apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todos os consumidores lesados pelas cláusulas abusivas), na hipótese de proteção a interesses ou direitos individuais homogêneos, segundo o disposto no artigo 103, inciso III, do CDC. É lógico que estas situações, de proteção a direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, bem como na proteção a direitos difusos, somente ocorrerão nas hipóteses de procedência das ações coletivas, porquanto se estas forem julgadas improcedentes por insuficiência probatória não terão eficácia de coisa julgada para seus titulares (os elencados no artigo 82 do CDC) nem para os consumidores individualmente considerados; se forem julgadas improcedentes com exame de mérito, nas hipóteses de proteção a direitos difusos ou coletivos, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão os interesses individuais dos consumidores, segundo o disposto no artigo 103, § 1º, do CDC; e, se for a ação coletiva julgada improcedente com exame de mérito, na hipótese de proteção a direitos individuais homogêneos, a eficácia da coisa julgada somente atingirá os consumidores que intervirem como litisconsortes de qualquer dos titulares da ação coletiva (e, logicamente, estes), na forma do preceituado no artigo 103, § 2º, do CDC (*a contrario sensu*), combinado com o artigo 94 do CDC.

Notas

¹ MARQUES, Cláudia Lima. “Novas Regras sobre a Proteção do Consumidor nas Relações Contratuais”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 49, mar. 1992.

² Ver: VARGAS, Zuleika Pinto Costa. “As Condições Gerais dos Negócios – Posições Doutrinárias – Soluções Adotadas pelo Código do Consumidor”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, volume 31. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 168-98.

³ Assim: STIGLITZ, Gabriel. “O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 185-86, mar. 1992.

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 455.

⁵ Ver excelente análise: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. “O Compromisso de Ajustamento”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1999, pp. 128-48.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., *CDC Comentado*, pp. 455-6.

⁷ Ver: NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., *CDC Comentado*, pp. 456-7.

⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Ob. cit. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 32, p. 144.

⁹ Ver: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 247.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999, p. 1.149.

¹¹ Assim: Ap. Cível nº 597055789, 1ª Câmara Cível do TJRS, j. 11.11.1998, Rel. Des. Leo Lima, cuja ementa dispõe: “Ação Civil Pública. Contratos Bancários. Legitimidade do Ministério Público... Cuidando-se de ação civil pública que tem, por objeto, direitos ou interesses difusos, já que visando cláusulas de contratos bancários ainda não formalizados concretamente, o Ministério Público tem legitimidade para intentá-la. Destaque para o teor do art. 129, III, da Constituição Federal. Presença do interesse de agir do autor, eis que existente pretensão objetivamente razoável. Quanto mais, à vista da incontestável incidência do CDC sobre os contratos bancários, como decorre de seus arts. 3º, § 2º, 29 e 52. Cláusulas contratuais a merecerem exclusão ou modificação. Apelação desprovida”.

No mesmo sentido: Ap. Cível nº 196097968, 7ª Câmara Cível do TARGS, j. 18.12.1996, Rel. Juiz de Alçada Vicente Barrôco de Vasconcellos, cuja ementa dispõe: “Ação Civil Pública. Contratos Bancários. Nulidade de Cláusulas Abusivas e Infratoras dos Direitos dos Consumidores Difusamente Considerados. Condenação da instituição bancária à exclusão dessas cláusulas e substituição por outras que se mostrem adequadas à disciplina do Código de Defesa do Consumidor e a adequar os formulários-padrão com redação em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, destacando as que implicarem limitação de direito, de forma a cumprir o que dispõe o art. 54 e parágrafos do CDC. Incomprovadas as alegações do réu, que não consegue, assim, contrapor-se ao fato constitutivo do direito do autor, documentalmente comprovado, procede a ação civil pública intentada pelo Ministério Público. Apelo desprovido”.

¹² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. “O Ministério Público e a Legitimidade para a Defesa dos Interesses Coletivos Decorrentes de Questões Tributárias de Massa”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, volume 43. Porto Alegre: Metrópole, 2000, pp. 51-104.

¹³ REsp. nº 105215 (96/0053455-1) – DF, 4ª Turma do STJ, j. 24.06.1997, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJU de 18.08.1997, cuja ementa dispõe: “Processual Civil. Ação Coletiva. Cumulação de Demandas. Nulidade de Cláusula de Instrumento de Compra-e-Venda de Imóveis. Juros. Indenização dos Consumidores que já Aderiram aos Referidos Contratos. Obrigação de Não-Fazer da Construtora. Proibição de Fazer Constar nos Contratos Futuros. Direitos Coletivos, Individuais Homogêneos e Difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso Provido. I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) à nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) à indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula. II – Como já assinalado anteriormente (Resp. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica. IV – Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo”.

¹⁴ Assim: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 577.

¹⁵ Ver: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94.

¹⁶ Ver: NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, pp. 98-9.

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pp. 101-2.

¹⁸ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 186.

¹⁹ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Coordenação de Cláudia Lima Marques. Cláusulas Abusivas: a opção brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 41.

²⁰ Ver: DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Ob. cit., p. 43.

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit., *CDC Comentado*, p. 491.

²² AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis”. *Revista dos Tribunais*, volume 744. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.1997, p. 747.

²³ Ver excelente análise: MACEDO, Elaine Harzheim. “Contrato de Adesão. Controle Judicial dos Contratos de Consumo”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1995, pp. 99-118.

²⁴ Nesse sentido: ALVIM, Arruda. “Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996, p. 47.

²⁵ Ver: NERY JÚNIOR, Nelson. “Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.1992, pp. 200-21.

²⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença: Eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19.

²⁷ Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 1, pp. 214-5.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 949.

²⁹ Ver: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, volume 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 167.

³⁰ Nesse sentido: MORAES, Voltaire de Lima. *Das preliminares no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 120-21.

³¹ Assim: MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 225.

³² Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit. *CDC Comentado*, p. 524.

³³ Assim: ALVIM, Arruda. Ob. cit. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 20, p. 48.

³⁴ Ver: Ap. Cível nº 596198259, 2ª Câmara Cível do TJRG, j. 20.08.1997, Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco, cuja ementa dispõe: “Ação Civil Pública – O Ministério Público tem legitimidade para discutir cláusulas insertas em minutas de contratos bancários que serão utilizadas no relacionamento da instituição financeira com os seus atuais ou futuros clientes. A possibilidade jurídica do pedido é clara, porquanto as relações decorrentes da concessão de crédito se amoldam à tutela do Código de Defesa do Consumidor”.

³⁵ Assim: Ap. Cível nº 196197867, 2ª Câmara Cível do TARGS, j. 12.03.1998, Rel. Juiz de Alçada José Aquino Flores de Camargo, cuja ementa dispõe: “Ação Civil Pública. Ministério Público. Titularidade para propor ação em defesa dos interesses difusos ou coletivos. Art. 81, parágrafo único, do CDC em combinação com o art. 129, IX, da CF. Ação que visa não só a proteção da comunidade de clientes do Banespa, como a população em geral, dado ao seu caráter declaratório, abstrato e geral. Incidência das disposições do CDC às relações bancárias. Declaração de nulidade de cláusulas abusivas contidas em contratos padrões. Apelo provido para ampliar a declaração de nulidade a outras cláusulas”.

³⁶ Assim: NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit. *CDC Comentado*, p. 457.

³⁷ Nesse sentido: MORAES, Voltaire de Lima. Ob. cit. *Das preliminares no processo civil*, p. 126.

Referências

ALVIM, Arruda. “Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996.

AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis”. *Revista dos Tribunais*, volume 744. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999.

DALLAGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. “Cláusulas Abusivas: a opção brasileira”. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Coordenação de Cláudia Lima Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

MACEDO, Elaine Harzheim. “Contrato de Adesão. Controle Judicial dos Contratos de Consumo”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. “Novas Regras sobre a Proteção do Consumidor nas Relações Contratuais”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. “O Compromisso de Ajustamento”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1999.

_____. “O Ministério Público e a Legitimidade para a Defesa dos Interesses Coletivos Decorrentes de Questões Tributárias de Massa”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, volume 43. Porto Alegre: Metrópole, 2000.

_____. *Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORAES, Voltaire de Lima. *Das preliminares no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. “Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1992.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, volume 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

STIGLITZ, Gabriel. “O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1992.

VARGAS, Zuleika Pinto Costa. “As Condições Gerais dos Negócios – Posições Doutrinárias – Soluções Adotadas pelo Código do Consumidor”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, volume 31. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1994.

NEGLIGÊNCIA DOS CLIENTES NO CIRCUNSTANCIALISMO DO MANUSEAMENTO POR TERCEIROS DE CARTÕES BANCÁRIOS

JOÃO PERDIGÃO

Licenciado no Instituto Superior de Gestão Bancária

PEDRO FUZETA DA PONTE

Jurista em Instituição de Crédito

EXCERTOS

“A posse e a utilização dos cartões tornou-se, há muito, uma realidade no quotidiano dos clientes bancários, sendo que o seu uso diário aparece generalizado e é um dos elos comerciais mais importantes que aqueles têm com a sua instituição bancária”

“O sistema de pagamentos com cartão bancário pode ser definido – basicamente – como um conjunto de regras e mecanismos técnicos que envolve instituições para a transferência de dinheiro entre pagador e a entidade recebedora”

“Como o mercado dos cartões só se desenvolve se houver cada vez mais clientes que utilizem cartões bancários e cada vez mais comerciantes que aceitem cartões bancários, não é possível desenvolver este mercado pensando apenas num dos seus lados”

“O cartão bancário disponibiliza aos consumidores um meio de pagamento cómodo, dado que este substitui, com vantagens evidentes, a portabilidade de moeda-papel ou de livros de cheques”

“O titular do cartão será responsável na medida do incumprimento das suas obrigações relativas à segurança desse cartão, responsabilidade essa que se estenderá até ao momento em que comunicar à emitente o cancelamento do cartão; responde aquela entidade pelos prejuízos causados posteriormente, quando já podia e devia ter acionado todos os mecanismos necessários de modo a evitar novas utilizações”

A crescente utilização das novas tecnologias de comunicação e a necessidade de mecanismos de pagamento específicos levaram as instituições financeiras a desenvolver novos meios para os clientes acederem às respectivas contas de depósitos à ordem e efetuarem pagamentos, consubstanciados, agora, numa maior sofisticação da utilização de instrumentos eletrónicos, com destaque para as novas características dos cartões bancários.

Os cartões bancários são o instrumento de pagamento de bens e serviços mais utilizado em Portugal, geralmente sob a formatação de um cartão de plástico, disponibilizado pela entidade emitente ao titular para que este, através do acesso a uma rede de telecomunicações e com base numa conta a que o cartão está associado, por autenticação das operações que pretende realizar, adquira bens ou serviços, efetue pagamentos, proceda a levantamentos e execute outras transações.

Os cartões bancários, de acordo com a função principal que desempenham e a forma como os valores são movimentados, dividem-se em dois grandes grupos:

(a) Cartão de crédito – é um cartão que tem associada uma conta-cartão e uma linha de crédito. Quando o titular utiliza este cartão na função para a qual foi emitido, ou seja, para transações com pagamento diferido ou adiantamentos de liquidez (*cash-advance*), está a beneficiar de um crédito concedido pela entidade emitente. Assim, este tipo de cartão caracteriza-se por desempenhar essencialmente funções de financiamento;

(b) Cartão de débito – é um cartão de pagamento imediato que tem associada uma conta de depósitos à ordem. Quando o titular utiliza este cartão para pagamentos, levantamentos de numerário ou transferências, a conta de depósitos é debitada pelo valor correspondente, o que significa que há uma redução concomitante do saldo da conta por essa mesma importância. Por conseguinte, este tipo de cartão define-se primacialmente pelas suas funções de instrumento de mobilização das disponibilidades monetárias do seu titular através do acesso direto à sua conta bancária.

No ordenamento jurídico nacional, o Aviso 11/2001, de 6 de novembro, do Banco de Portugal, doravante BdP, define o conceito de cartão de crédito como “qualquer instrumento de pagamento, para uso eletrónico ou não, que seja emitido por uma instituição de crédito ou por uma sociedade financeira (...) que possibilite ao seu detentor a utilização de crédito outorgado pela emitente, em especial para a aquisição de bens ou de serviços”. Por seu turno, o referido Aviso 11/2001 esclarece a noção

de cartão de débito como “qualquer instrumento de pagamento, para uso eletrônico, que possibilite ao seu detentor (...) a utilização do saldo de uma conta de depósito junto da instituição de crédito que emite o cartão (...), nomeadamente para efeitos de levantamento de numerário, aquisição de bens ou serviços e pagamentos, quer através de máquinas automáticas, quer em estabelecimentos comerciais”.

Sem embargo do exposto, a existência de elementos comuns a estas definições permite estabelecer uma definição ampla que abarca todas as distintas modalidades de cartões que existem na atualidade. Efetivamente, e de forma independentemente dos serviços incorporados num cartão bancário, todos os cartões têm na sua caracterização, designadamente, a identificação da respectiva entidade emissora e da pessoa autorizada a utilizá-lo.

Dos pagamentos que não utilizam numerário (notas e moedas), mais da metade são atualmente efetuados com recurso aos cartões bancários. A crescente utilização dos cartões bancários insere-se na tendência de evolução que se tem observado há anos no sentido de privilegiar o uso de instrumentos de pagamento eletrônico em detrimento dos instrumentos suportados em papel, como o cheque (cuja utilização tem decaído muito sensivelmente nas últimas duas décadas, principalmente a favor dos cartões de débito).

De acordo com dados da Associação Portuguesa de Bancos (*vide* Boletim Informativo 47/2011 – Anual, julho de 2012, p. 78), o número de cartões de crédito e débito ativos em finais de 2011 totalizava 13.545.510 (o que aponta obviamente para a titularidade por muitos clientes bancários de mais do que um cartão, face ao conhecido número de habitantes de Portugal).

A posse e a utilização dos cartões tornou-se, há muito, uma realidade no quotidiano dos clientes bancários, sendo que o seu uso diário aparece generalizado e é um dos elos comerciais mais importantes que aqueles têm com a sua instituição bancária.

O sistema de pagamentos com cartão bancário pode ser definido – basicamente – como um conjunto de regras e mecanismos técnicos que envolve instituições para a transferência de dinheiro entre pagador e a entidade recebedora.

Poucos produtos bancários conseguiram passar a integrar a vida comercial diária com tanto êxito como os cartões bancários. Para esse sucesso contribuíram decisivamente as instituições financeiras, através da distribuição massiva, embora tendencialmente criteriosa, de cartões

de plástico junto da respectiva clientela, da implementação de caixas de pagamento automático (ATMs) nas respectivas instalações e em outros locais públicos, e de terminais de pagamento automático (TPAs) nos estabelecimentos dos comerciantes.

Os clientes relacionam-se com as chamadas entidades emitentes, na maioria bancos, que disponibilizam cartões mediante a subscrição do pertinente contrato de adesão. Os comerciantes relacionam-se com os chamados *acquirers* (entidades gestoras do cartão que processam as transações e negociam com as entidade emitentes participantes no sistema, p.e., Visa, MasterCard, American Express) e os bancos, com quem estabelecem acordos de aceitação de uma ou mais marcas de cartões.

Como o mercado dos cartões só se desenvolve se houver cada vez mais clientes que utilizem cartões bancários e cada vez mais comerciantes que aceitem cartões bancários, não é possível desenvolver este mercado pensando apenas num dos seus lados. Este é aliás um dos aspectos mais interessantes do mercado dos cartões bancários, que é um mercado com grandes efeitos de rede, ou seja, muito dependente do conjunto de clientes e comerciantes que o utilizam, bem como da implantação de caixas automáticas (ATMs) disseminadas por todo o país. Para além dos bancos, o funcionamento eficiente do mercado de cartões em Portugal conta atualmente com a participação de duas instituições especializadas: a Sociedade Interbancária de Serviços (SIBS), que gere a rede de caixas automáticas (ATMs) e de terminais de pagamento automático (TPAs) Multibanco, e a Unicre – Instituição Financeira de Crédito, S.A., que gere uma malha comercial de terminais de pagamento (Redunicre), emite cartões bancários e é o maior *acquirer* de cartões em Portugal. Quanto aos terminais de pagamento, convém precisar que há apenas uma rede física de TPA em Portugal, que é a rede Multibanco, e várias redes comerciais que operam com base nessa rede física, sendo as mais importantes as redes Multibanco comercial, a Redunicre e a American Express.

O cartão só pode ser utilizado num terminal (ATMs ou TPAs) se ambos tiverem uma tecnologia comum, parâmetros de segurança idênticos e existirem relações contratuais diretas ou indiretas entre as partes intervenientes na operação.

Dos pagamentos que não utilizam numerário (notas e moedas), mais da metade são atualmente efetuados com recurso aos cartões bancários

O cartão bancário disponibiliza aos consumidores um meio de pagamento cómodo, dado que este substitui, com vantagens evidentes, a portabilidade de moeda-papel ou de livros de cheques. Traduz-se ainda num meio de pagamento de segurança acrescida, visto que não permite a perda pura do valor, por roubo/furto, perda ou extravio, a que a moeda-papel está sujeita e, ainda, porque o sistema específico de pagamentos com cartão contém mecanismos e normas de controlo e de segurança que reduzem de forma não negligenciável as possibilidades de uso abusivo por entidades terceiras relativamente ao titular do cartão. É também um meio de pagamento eficaz porque permite ao consumidor, através da realização de um pequeno e fácil ato (a marcação de um código ou mediante a mera assinatura), resolver de forma imediata todo o processo de pagamento de uma transação.

Contudo, existe um problema real que flui do indeferimento pelas entidades emitentes na devolução de débitos que o titular do cartão suporta derivados de utilização fraudulenta do meio de pagamento quando diz respeito ao manuseamento ilegítimo – por terceiros – do cartão bancário nas situações em que aquele foi sempre utilizado através da digitalização correta do respectivo PIN (código pessoal), não se tendo verificado, sequer, na maioria das ocorrências, qualquer tentativa de introdução errada desse dado.

Os cartões dependem de um contrato específico, destinado à sua emissão, cujo regime consta, entre nós e como na generalidade dos países, de cláusulas contratuais gerais, pré-fixadas pelos bancos, a que os clientes se limitam a aderir – é o contrato de adesão – e é à luz deste contrato, que se pode denominar contrato de utilização, que as posições do banco e do cliente deverão ser prioritariamente aferidas, no quadro das normas que disciplinam a atividade bancária, bem como as matérias da responsabilidade civil e da prova (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.11.1999, Proc. 99A796, relator Garcia Marques, no sítio do Ministério da Justiça, www.dgsi.pt, p. 6). Estando o depósito bancário necessariamente subjacente à emissão do cartão de débito, como já constatámos acima, e apesar da vinculação funcional existente entre os contratos de utilização do cartão e de depósito bancário, são de distinguir dois tipos contratuais distintos, embora coligados, com influência recíproca, pois aquando da emissão de um cartão de débito, é possível identificar uma verdadeira proposta contratual e a respectiva aceitação, com conteúdos distintos daqueles que originam um depósito bancário, embora proferidas pelos mesmos sujeitos e, muitas vezes, no mesmo momento (*vide* o mesmo acórdão acabado de citar).

Por outro lado, não se pode questionar a devida vinculação jurídica do titular do cartão ao citado contrato, pois, ao dar a sua anuência aquando da respectiva assinatura, emitiu explicitamente a pertinente declaração negocial como expressão juridicamente relevante da sua vontade e que se tornou imediatamente eficaz assim que foi aceite pelo banco – arts. 217, n. 1 e 2, do Código Civil.

Por razões de segurança, o cartão precisa de ser ativado para poder ser utilizado, porque pode extraviar-se e ser utilizado indevidamente por terceiro que se aproprie igualmente do código secreto. Por isso a entidade emitente envia em separado, e com alguns dias de desfasamento, o PIN, solicitando ao titular do cartão que comunique a recepção daquele código pessoal por forma a que possa remeter posteriormente o respectivo cartão.

De acordo com o n. 11 do já citado Aviso 11/2001 do BdP: «A entrega aos titulares quer do cartão quer do respectivo código, se for caso disso, deve ser rodeada de especial cuidado, devendo ser adotadas adequadas regras de segurança que impeçam a utilização do cartão por terceiros.»

Note-se que neste preceito são utilizadas as expressões «especial cuidado» e «adequadas regras de segurança», o que inculca a ideia de que se pretende que a remessa de um cartão e do respectivo código pessoal tem de ser feito de molde que a hipótese de recepção por alguém que não o legítimo titular seja minimizada em último grau. Isto é, exige-se aos emissores de cartões que ao proceder ao envio ou entrega ao seu titular se rodeiem de todas as cautelas de forma a evitar que ele seja recebido ou entregue a um terceiro; seja o próprio cartão, seja o PIN.

Ora, tendo sido expressamente aposto pelo titular do cartão a sua assinatura no citado documento de recepção do PIN e aceitando as condições gerais de utilização, constata-se, assim, o reconhecimento inequívoco por parte daquele de que está perfeitamente elucidado da atribuição do cartão da sua titularidade.

Não existe, por conseguinte, qualquer desconformidade no comportamento das entidades emitentes quando atuam com especial cuidado e adotam as regras de segurança adequadas, nomeadamente, ao remeterem – como já vimos – ao titular do cartão o PIN e o pertinente meio de pagamento.

No entanto, relativamente à atuação ilícita e que provoca prejuízos ao titular do cartão, constata-se que, na maioria das vezes, está já terminada antes da consequente ação da entidade emitente de prevenção e deteção de fraude com cartões bancários, suportadas pela aplicação Sided (Sistema

Interbancário de Detecção de Fraude). Esta operativa baseia-se num exaustivo conjunto de regras e parâmetros para geração de alertas face aquele anómalo circunstancialismo, dando resposta às necessidades de segurança dos emissores e *acquirers*, e em última instância dos clientes.

Neste sentido, existem expressas indicações da entidade emitente relativamente à prevenção de eventual fraude com cartões consagradas em cláusulas contratuais gerais que procuram potenciar uma conduta diligente na salvaguarda dos interesses do titular daquele meio de pagamento. Assim, é vulgar consagrar-se: “A entidade poderá inibir e bloquear a utilização do cartão e/ou de alguma das suas facilidades ou serviços, por motivos objetivamente fundamentados, se tiver conhecimento ou suspeitar de qualquer uso fraudulento ou de qualquer irregularidade de que possa resultar um prejuízo sério para o Sistema de Pagamentos, para a entidade ou para o titular.”

E é por isso que, a montante, ao nível da formação do acordo entre as partes, impõe o art. 5º do regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro) o dever de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que se pretenda fazer inserir em contratos singulares (n. 1, daquele art. 5º), sendo que essa comunicação deve ser feita de modo adequado e com a devida antecedência para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência (n. 2, do mesmo art. 5º). Procura o legislador, deste modo, possibilitar ao aderente/consumidor o conhecimento antecipado da existência das cláusulas contratuais gerais, que irão integrar o contrato singular, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para esse efeito, também a ele, um comportamento diligente. Devem ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis que tenham sido solicitados. Devem ser consideradas as anteriores relações comerciais. Trata-se de uma obrigação de meios, certo que a lei não exige ao predisponente das cláusulas gerais que implemente o resultado do conhecimento efetivo das cláusulas gerais, bastando que realize, para o efeito, a atividade que, em concreto, se mostre razoavelmente idónea (Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, 1995, p. 25). Este dever de comunicação específica à clientela deve-se mostrar cumprido pelas instituições bancárias ou outras entidades emissoras de cartões. Apesar dos mecanismos de segurança existentes, os clientes bancários continuam a encontrar-se bastante vulneráveis a atuações ilícitas de terceiros,

que podem lesar gravemente os patrimónios financeiros respectivos. Neste sentido, têm as entidades emitentes divulgado junto dos titulares dos cartões alertas, avisos e recomendações de segurança com vista a evitar desfechos danosos resultantes de procedimentos pouco zelosos daqueles titulares. Situações fáticas decorrentes de não se verificar que, aquando do manuseamento do meio de pagamento e da digitação do pertinente PIN, tal ação foi realizada fora do campo de visão de terceiros, ou de se escolher códigos de identificação evidentes ou facilmente identificáveis (p.e. datas de nascimento dos titulares, ou adoção de sequências numéricas óbvias: 1111, 1234), muitas vezes escritos em locais de fácil acesso e muitas vezes anotadas perto do próprio cartão.

Sem o conhecimento efetivo do PIN, que desencadeia – como é sabido – todos os movimentos ou transações, nunca essas operações podiam ter acontecido. E a utilização fraudulenta por terceiros do cartão em questão, acompanhada pelo conhecimento por aqueles do competente PIN, indicia suficientemente uma conduta assaz negligente do titular do cartão na guarda deste código secreto.

Além disso, não existindo evidência nem alegação de coação na tentativa de obtenção do PIN, estranha-se que terceiros tenham efetuado as operações com a introdução correta do pertinente código secreto, não se tendo verificado, muitas vezes, qualquer digitação errada tanto mais que a probabilidade matemática de acertar na sequência numérica, principalmente à primeira tentativa, é quase impossível. O que, em moldes fáticos similares, já havíamos feito notar anteriormente.

Tratando-se de operações comprovadamente realizadas em máquinas automáticas cuja utilização apenas é possível mediante a apresentação física do cartão e introdução do respectivo código pessoal, constata-se, geralmente, que o cartão realizou de fato as operações nos momentos referidos, não tendo sido registadas quaisquer anomalias que pudessem ser percebidas pelos bancos intervenientes.

Aliás, os movimentos são eletronicamente autorizados no óbvio pressuposto que estão a ser efetuados pela titular do cartão, uma vez que, naquela data e horas, não detém a entidade emitente qualquer comunicação que inviabilize a aceitação de tais transações.

Apesar dos mecanismos de segurança existentes, os clientes bancários continuam a encontrar-se bastante vulneráveis a atuações ilícitas de terceiros

Como é consabido, existem deveres dos titulares relativamente aos cartões – o cartão deverá ser utilizado exclusivamente pelo titular, não tendo o emitente qualquer obrigação de verificar ou controlar quem usa o cartão, devendo o titular memorizar o PIN, e em caso algum anotá-lo junto ao cartão de modo a evitar a sua utilização por terceiros – que são consagrados nas pertinentes cláusulas contratuais gerais e que procuram potenciar uma conduta diligente dos clientes na guarda e utilização (impedindo sempre a visualização do PIN) dos cartões e na celeridade na participação dos furtos e de outras vicissitudes estranhas.

Decorre normalmente do consagrado nas aludidas condições gerais dos cartões bancários que “o titular é responsável pela guarda, utilização e manutenção corretas do cartão e respectivo PIN, não podendo facultar ou facilitar o seu uso a terceiros”.

A não ser o titular a proceder às assinaladas transações, a utilização do cartão por terceiros é já indício bastante e demonstrativo da negligência daquele; ao que acresce o conhecimento também por esses terceiros do pertinente PIN – pressuposto determinante que possibilita as operações em questão –, que faz agravar, evidentemente, o grau de culpa envolvido, passando a existir uma situação óbvia de negligência grosseira por parte do titular visado quando permite ou possibilita a acessibilidade desses dados secretos a outrem, quando bem conhecia que não o podia ou devia fazer.

Não ocorre, pois, o paradigma de conduta do titular do cartão medianamente cuidadoso que sabe que deve guardar, de modo zeloso, o seu cartão e não divulgar – seja de que modo – o pertinente PIN.

Havendo negligência grave do titular do cartão, este suporta as perdas resultantes de operações de pagamento não autorizadas até ao limite do saldo disponível – ainda que superiores a 150,00 euros –, dependendo da natureza dos dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento e das circunstâncias da sua perda, extravio, roubo, furto ou apropriação abusiva – n. 3 do art. 72º do Decreto-Lei 317/2009, de 30 de outubro (diploma que consagra o enquadramento jurídico em matéria de serviços de pagamento). As cláusulas contratuais gerais das várias entidades costumam consagrar solução similar.

As apontadas regras concernentes ao regime da utilização fraudulenta do cartão por terceiro traduzem uma solução equitativa na medida em que se inserem no âmbito da repartição da responsabilidade por essa utilização

fraudulenta entre as entidades e a sua clientela, no fundo mais propriamente uma repartição lícita do risco.

O titular do cartão será responsável na medida do incumprimento das suas obrigações relativas à segurança desse cartão, responsabilidade essa que se estenderá até ao momento em que comunicar à emitente o cancelamento do cartão; responde aquela entidade pelos prejuízos causados posteriormente, quando já podia e devia ter acionado todos os mecanismos necessários de modo a evitar novas utilizações (vide, neste sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de março de 2004, *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XII, Tomo I, p. 127 e ss.).

O uso do PIN é pessoal, só o próprio o deve saber, fazendo todo o sentido que se pressuponha que tenha havido negligência do possuidor/utente quando o uso do cartão tenha sido levado a cabo com recurso ao PIN, pois se só aquele deverá ser o depositário de tal número secreto não vemos como se possa deixar de considerar como sendo sua – e apenas sua – a responsabilidade pelo uso do cartão precisamente através do conhecimento do PIN (conferir acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.03.2010, Proc. 29371/03.5TJLSB.S1, relator Urbano Dias, p. 43, *in* www.dgsi.pt). E, se tal uso se verifica, nessas condições, temos como verificada uma violação do programa contratual estabelecido entre o emitente emissor e o utente, e, como consequência, a vir à tona a culpa presumida do possuidor/utente por mor do preceituado no art. 799º do Código Civil, e, neste caso, compreende-se que seja sobre o próprio utente que recaia o ónus de provar que, apesar do furto, não houve da sua parte negligência, o que significa que é ele que tem o encargo de ilidir a presunção natural de culpa (*apud* mesmo acórdão, mesma página, com citação, ali, de demais jurisprudência).

Nesta conformidade, tem plena aplicação a estatuição do já citado n. 3 do art. 72º do Decreto-Lei 317/2009, de 30 de outubro, devendo o titular do cartão suportar a verba total decorrente das transações sobrevindas, levando-se aqui em conta, evidentemente, como determina a parte final da disposição em questão, as circunstâncias acabadas de mencionar relacionadas com o manuseamento desse cartão, quando está evidenciado, nomeadamente, a quebra de sigilo no tocante ao PIN do cartão e utilização deste por outrem, e quando estes fatos são da inteira responsabilidade do titular do cartão.

Síntese conclusiva

O problema real que flui na presente análise diz respeito ao manuseamento ilegítimo – por terceiros – do cartão bancário nas situações em que aquele foi sempre utilizado através da digitalização correta do respectivo PIN, não se tendo verificado, sequer, na maioria das ocorrências, qualquer tentativa de introdução errada de tal dado.

Tratando-se de operações comprovadamente realizadas em máquinas automáticas cuja utilização apenas é possível mediante a apresentação física do cartão e introdução do respectivo código pessoal, constata-se, geralmente, que o cartão realizou de fato as operações nos momentos referidos, não tendo sido registadas quaisquer anomalias. Aliás, os movimentos são eletronicamente autorizados no óbvio pressuposto que estão a ser efetuados pela titular do cartão uma vez que, naquela data e horas, não detém a entidade emitente qualquer comunicação que inviabilize a aceitação de tais transações.

Acontece que sem o conhecimento efetivo do PIN que permitiu todas as transações, estas não teriam acontecido. E a utilização fraudulenta por terceiros do cartão em questão, acompanhada pelo conhecimento por aqueles do competente PIN, indicia suficientemente uma conduta negligente do cliente envolvido.

Como é consabido, existem deveres dos clientes relativamente aos cartões – o cartão deverá ser utilizado exclusivamente pelo titular, não tendo o banco qualquer obrigação de verificar ou controlar quem usa o cartão, devendo o titular memorizar o PIN, e em caso algum anotá-lo junto ao cartão de modo a evitar a sua utilização por terceiros – que são consagrados nas pertinentes cláusulas contratuais gerais e que procuram potenciar uma conduta diligente dos clientes na guarda e utilização (impedindo sempre a visualização do PIN) dos cartões e na celeridade na participação dos furtos.

A não ser o cliente a proceder às assinaladas transações, a utilização do cartão de crédito por terceiros é já indício bastante e demonstrativo da negligência daquele; ao que acresce o conhecimento também por esses terceiros do pertinente PIN – pressuposto determinante que possibilita as operações em questão –, que faz agravar, evidentemente, o grau de culpa envolvido, passando a existir uma situação óbvia de negligência grosseira por parte do cliente visado quando permite ou possibilita a acessibilidade desses dados secretos a outrem, quando bem conhecia que não o podia ou devia fazer.

Não ocorre, pois, nas hipóteses em análise o paradigma de conduta do cliente bancário medianamente cuidadoso que sabe que deve guardar, de modo zeloso, o seu cartão de crédito e não divulgar – seja de que modo – o pertinente PIN.

Havendo negligência grave do titular do cartão, este suporta as perdas resultantes de operações de pagamento não autorizadas até ao limite do saldo disponível – ainda que superiores a 150,00 euros –, dependendo da natureza dos dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento e das circunstâncias da sua perda, extravio, roubo, furto ou apropriação abusiva – n. 3 do art. 72º do Decreto-Lei 317/2009, de 30 de outubro (diploma que consagra o enquadramento jurídico em matéria de serviços de pagamento). As cláusulas contratuais gerais dos vários bancos costumam consagrar solução similar.

As apontadas regras concernentes ao regime da utilização fraudulenta do cartão por terceiro traduzem uma solução equitativa na medida em que se inserem no âmbito da repartição da responsabilidade por essa utilização fraudulenta entre os bancos e a sua clientela, no fundo mais propriamente uma repartição lícita do risco.

O titular do cartão será responsável na medida do incumprimento das suas obrigações relativas à segurança desse cartão, responsabilidade essa que se estenderá até ao momento em que comunicar ao banco o cancelamento do cartão; responde a instituição de crédito pelos prejuízos causados posteriormente, quando já podia e devia ter acionado todos os mecanismos necessários de modo a evitar novas utilizações (vide, neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de março de 2004, *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XII, Tomo I, p. 127 e ss.).

O uso do PIN é pessoal, só o próprio o deve saber, fazendo todo o sentido que se pressuponha que tenha havido negligência do possuidor/utente quando o uso do cartão tenha sido levado a cabo com recurso ao PIN, pois se só aquele deverá ser o depositário de tal número secreto não vemos como se possa deixar de considerar como sendo sua – e apenas sua – a responsabilidade pelo uso do cartão precisamente através do conhecimento do PIN (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.03.2010, Proc. 29371/03.5TJLSB.S1, Relator Urbano Dias, p. 43, *in* www.dgsi.pt). E, se tal uso se verifica, nessas condições, temos como verificada uma violação do

Poucos produtos
bancários
conseguiram passar
a integrar a vida
comercial diária
com tanto êxito
como os cartões
bancários

programa contratual estabelecido entre o banco emissor e o utente, e, como consequência, a vir à tona a culpa presumida do possuidor/utente por mor do preceituado no art. 799º do Código Civil, e, neste caso, compreende-se que seja sobre o próprio utente que recaia o ónus de provar que, apesar do furto, não houve da sua parte negligência, o que significa que é ele que tem o encargo de ilidir a presunção natural de culpa (*apud* mesmo acórdão, mesma página, com citação de demais jurisprudência).

Nesta conformidade tem plena aplicação a estatuição do já citado n. 3 do art. 72º do Decreto-Lei 317/2009, de 30 de outubro, devendo o cliente suportar a verba total decorrente das transações sobrevindas, levando-se aqui em conta, evidentemente, como determina a parte final da disposição em questão, as circunstâncias acabadas de mencionar relacionadas com o manuseamento desse cartão, quando está evidenciado, nomeadamente, a quebra de sigilo no tocante ao PIN do cartão e utilização deste por outrem, e quando estes fatos são da inteira responsabilidade do cliente.

LA PROTECCIÓN
JURÍDICA DE LOS
MENORES ANTE LA
PUBLICIDAD:
UNA VISIÓN COMÚN DE
ESPAÑA Y PORTUGAL

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ
Profesora-Doctora de Derecho Civil
Universidad de Granada

EXCERDOS

“Indudablemente cada día son numerosos los mensajes publicitarios que, por diferentes vías, nos llegan y que pretenden convencernos de que comprando el producto anunciado tendremos más éxito o seremos más felices. Esta situación se agrava en el caso de los menores, que no saben diferenciar, valorar o juzgar la realidad del anuncio”

“En relación a como conocen los productos nuevos, los menores portugueses afirman que principalmente por la publicidad en televisión, por la familia, y muy pocos por internet, los amigos o la escuela”

“La publicidad puede tener efectos positivos en el comportamiento de los niños. Esto se manifiesta a través de lecciones de vida o advertencias ante algunos peligros. Los efectos perjudiciales que genera son mucho más visibles. El impacto de la publicidad en los niños se manifiesta generalmente por la adquisición de malas costumbres, principalmente, alimenticias”

“Hace referencia la autorregulación al compromiso de responsabilidad social de la industria publicitaria, que se manifiesta en el cumplimiento de determinadas normas y principios deontológicos, con la finalidad de que la actividad publicitaria sea legal, honesta y leal”

“Hasta los cinco años, los niños son incapaces de percibir las diferencias entre programación y anuncios, e incluso superada esta edad no reconocen a la publicidad su función persuasiva”

I. Introducción

El acceso del menor a la sociedad de consumo se ha convertido en uno de los fenómenos a los que la sociedad tiene que hacer frente. Esta participación es cada vez más activa, bien por la compra que realizan ellos mismos, bien por la influencia que tienen sobre sus padres o familiares para adquirir determinados productos.

Indudablemente cada día son numerosos los mensajes publicitarios que, por diferentes vías, nos llegan y que pretenden convencernos de que comprando el producto anunciado tendremos más éxito o seremos más felices. Esta situación se agrava en el caso de los menores, que no saben diferenciar, valorar o juzgar la realidad del anuncio. El menor recibe publicidad por televisión y a través de internet.

En este aspecto hemos de destacar que en los hogares españoles donde viven chicos de 12 a 18 años, el 86% tienen dos o más aparatos de televisión. Los días lectivos el 43.4% de los menores ven la televisión más de dos horas, de los cuales el 21% durante más de tres, y cerca del 10% más de cuatro horas diarias. Si se tiene en cuenta, además, el tiempo de consumo de internet, que en muchos casos es simultáneo a ver la televisión, es evidente el poco tiempo que dedican a otras actividades y la cantidad de publicidad que por ambos medios reciben. Los fines de semana este consumo aumenta. Además la franja preferida durante los días lectivos es la nocturna, de 22 a 24 horas, es la preferida por los jóvenes la cual se sitúa fuera del horario de protección¹.

En Portugal a mayoría de los niños de 7 a 10 años, así como de 11 a 14 años, ven más de una hora la televisión de lunes a viernes. El fin de semana y días de vacaciones, la mayoría de los niños de 7 a 10 años ve la televisión más de tres horas al día, mientras que los de 11 a 14 ven entre dos y tres horas. Los niños pasan más tiempo frente a la televisión que al ordenador. El 46% afirma ver la televisión más los fines de semana y de forma matinal, mientras que el 31% la ve durante todo el día².

En relación a como conocen los productos nuevos, los menores portugueses afirman que principalmente por la publicidad en televisión, por la familia, y muy pocos por internet, los amigos o la escuela³.

En términos generales es indudable que los menores suponen un núcleo fundamental en la sociedad de consumo. Esta situación ha dado lugar a que cada vez sean más frecuentes las campañas publicitarias dirigidas a estas personas y consecuentemente sean más específicas las técnicas de persuasión

ya que no podemos olvidar que el menor se encuentra en formación y por regla general empieza a buscar su opinión sobre las cosas, de tal manera que en muchos casos no tendrá una opinión formada de que quiere realmente y que no, siendo su condición la de una persona altamente persuasible y especialmente vulnerable ante todo lo que se le oferte.

La situación actual respecto a la publicidad infantil, se puede sintetizar en los siguientes aspectos: a) los menores constituyen un público importante en número, especialmente en el medio de comunicación televisivo; b) los niños tienen gran importancia como futuros consumidores; c) los niños condicionan no sólo las compras de productos infantiles sino también, en parte, el consumo de los padres; d) la publicidad dirigida a niños es bastante más que el spot publicitario y se instala en programas enteros. Hay series que se crean para promocionar un juguete determinado y viceversa; e) los niños son especialmente permeables a cuanto les llega del exterior, tanto sea formativo como de formativo; f) a los menores les resulta más difícil distinguir la publicidad de la información. Por eso, la mezcla información y publicidad es más peligrosa en el caso de los menores; g) el público infantil tiene también mayor dificultad para descubrir la intención persuasiva de los anuncios y la diferencia entre lo que es verdad y lo que es verosímil; h) los niños son especialmente sensibles a la idea que transmiten muchos anuncios de que el que no posee el producto publicitario es un perdedor, es menos que los demás⁴.

Como se ha indicado los menores reciben publicidad no sólo a través de la televisión sino, muy especialmente, también a través de internet, ya que cada vez es mayor la utilización que de las redes sociales hacen⁵. Son numerosos los mecanismos existentes para proteger a los menores, bien sea a través de las leyes correspondientes en la materia bien a través de los cada vez más frecuentes sistemas de autorregulación. En este sentido, se atiende la necesidad de que los mismos estén constituidos por dos elementos básicos: de un lado, un código de conducta, en el que se recogen las normas que los miembros adheridos se comprometen a observar y cumplir; y de otro lado, un mecanismo de control de la aplicación de tales normas, que reúne expertos independientes e imparciales, con competencia para resolver las eventuales reclamaciones y controversias que pudieran surgir⁶.

Los niños entran cada vez más tempranamente en el mundo de las marcas. El tiempo dedicado a ver la televisión, escuchar la radio o navegar por internet sigue creciendo. La edad es un criterio clave en la comprensión de los mensajes. Desde los ocho años, la mayoría de los niños son capaces

de distinguir entre publicidad y otros programas. A los diez años los niños entienden el lenguaje de la publicidad comercial. La publicidad puede tener efectos positivos en el comportamiento de los niños. Esto se manifiesta a través de lecciones de vida o advertencias ante algunos peligros. Los efectos perjudiciales que genera son mucho más visibles. El impacto de la publicidad en los niños se manifiesta generalmente por la adquisición de malas costumbres, principalmente, alimenticias⁷.

Los contenidos televisivos dirigidos a menores, y por tanto la publicidad, han de estar orientados al público menor de edad, pero diferenciando entre aquellos que serán de contenido infantil y aquellos cuyos destinatarios tendrán la consideración de adolescentes. Dado que, como recoge nuestro ordenamiento jurídico español, el menor ha de considerarse con una madurez y capacidad graduada conforme se acerca a la mayor edad. En este sentido la publicidad se configura como un elemento esencial del menor consumidor.

El presente trabajo pretende hacer una reflexión sobre la situación del menor consumidor ante la publicidad televisiva, teniendo en cuenta la edad y madurez del mismo, así como la regulación existente en la misma y su influencia con los menores, a nivel español, portugués y europeo.

II. Respuestas jurídicas

1. Publicidad y menores

La publicidad se vale de su gran poder de persuasión, de su sutil mensaje “informativo”, para hacer del menor un cliente potencial, atrae su atención recurriendo a multitud de técnicas que manejan el color, sonido, imagen, rimas fáciles, brevedad de los mensajes, así como un ritmo rápido en el cambio de los planos que condicionan una lectura automática. La infancia y la juventud son etapas de evolución en el comportamiento y en el desarrollo de la personalidad. En ellas, los menores juegan, experimentan, se adaptan funcionalmente al medio físico y social con el que interactúan preparándose para el futuro. Por ello es importante ofrecerles las mejores condiciones para su desarrollo. Una buena parte de la oferta de productos dirigidos a los menores se vehicula a través de la televisión y de internet, ya que el uso que hacen los menores es cada vez mayor y en edades cada vez más inferiores. Estos mensajes están diseñando una nueva infancia y juventud a través de crear necesidades, ideales e incluso derechos⁸.

El concepto sobre lo que hemos de entender por publicidad viene dado en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Indica el precepto que se refiere a “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

Siendo destinatarios los menores y situándose así como las personas a las que va dirigido el mensaje publicitario con el fin de que comprendan el producto, ya sea por sí mismos ya a través de las personas de su entorno. La publicidad dirigida a menores se articula en torno a dos grupos principales: a) la educativa, que contiene campañas destinadas a prevenir la violencia, el consumo de drogas o bien a transmitir el cuidado del medio ambiente, una alimentación saludable, etc.; y b) la consumista, la cual trasmite a menudo una serie de estereotipos: modelos de convivencia, valores y actitudes que a menudo no se corresponden con la realidad. A través de la misma se pretende provocar en ellos las ganas de tener cosas. Algunas campañas pueden transmitir sentimientos de miedo e inseguridad para proponer algún producto que adquiriéndolo les proporcionara bienestar y seguridad⁹. La publicidad influye en los menores dependiendo del tipo de producto que se anuncia, los más usuales son los que versan sobre alimentación, marcas, estética o juguetes.

El artículo 3 de la Ley General de Publicidad establece como ilícita aquella dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, en ningún caso y sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. Igualmente no se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

La publicidad se rige por esta norma y, además, por la Ley 3/1999, de 10 de enero, de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. El artículo 30 considera como prácticas agresivas¹⁰ en relación con

los menores, y por tanto desleal por agresivo la inclusión en la publicidad de una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convezan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

2. Normativa aplicable

Sobre la base de los textos fundamentales de la Declaración General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (20 noviembre 1959) y la Convención de los Derechos del Niño (20 noviembre de 1989), se reconoce la importante función de los medios de comunicación social en la vida de los niños, y los países firmantes se comprometen a velar por el acceso de los niños a contenidos informativos así como a aquellos que promuevan “su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental”. Las directivas europeas referidas al medio televisivo, conocidas como Directivas de TV sin fronteras (89/552/CEE, 97/36/CE y 2007/65/CE), así como las referidas a las prácticas comerciales (2005/29/CE) y recomendaciones como la que afecta a la protección de los menores en relación a la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea (2006/952/CE), han supuesto un progresivo avance en la regulación de la comunicación audiovisual, y sus respectivas transposiciones al ordenamiento español avanzan en la protección de los menores ante determinados usos publicitarios¹¹.

En España y Portugal, como en otros países de la Unión Europea, existen leyes que regulan y restringen el ámbito de la publicidad destinado a los menores. A nivel europeo destaca, entre otras, la Directiva 2007/65 CE, de 11 de diciembre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Ésta revisa la Directiva «Televisión sin fronteras» (TSF), adoptada en 1989 y modificada por primera vez en 1997. Su objetivo es establecer un marco modernizado, flexible y simplificado que regule los contenidos audiovisuales. La Comisión propone una revisión fundada en una nueva definición de los servicios del ámbito de los medios audiovisuales, independientemente de las técnicas de difusión. La nueva define el concepto de «servicios de medios audiovisuales» introduciendo una distinción entre: a) servicios lineales que designan los servicios de televisión tradicional, internet, y telefonía móvil que los telespectadores reciben pasivamente, y b) servicios no lineales, es decir, los servicios de

televisión a la carta que los telespectadores pueden escoger (servicios de vídeo a la carta, por ejemplo).

Con arreglo a esta distinción, la directiva moderniza y simplifica el marco reglamentario de los servicios lineales; impone normas mínimas a los servicios no lineales, en particular en materia de protección de menores, prevención del odio racial y prohibición de la publicidad. Pretende simplificar y flexibilizar las normas de inserción de publicidad. Del mismo modo, fomenta la autorregulación y la corrección en este ámbito. Se suprime el límite de tres horas diarias de publicidad, pero mantiene, sin embargo, el límite de 12 minutos por hora en todo tipo de publicidad con objeto de impedir un aumento de la cantidad global de publicidad. Por otro lado, en lugar de obligar a dejar intervalos de al menos 20 minutos entre pausas publicitarias, la directiva permite que los organismos de radiodifusión escojan el momento más apropiado para insertar los mensajes publicitarios en sus emisiones. Prevé, sin embargo, que las películas cinematográficas, los programas infantiles y los programas de actualidad e información no se interrumpan más de una vez por tramo de 35 minutos.

A nivel europeo, el Parlamento dictó una resolución¹² sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores en relación a la protección de grupos vulnerables. Destaca que los niños y adolescentes son categorías de personas especialmente vulnerables, mediante el uso de nuevos medios de comunicación y tecnologías, ya que son muy receptivos y curiosos, faltos de madurez, potencialmente influenciables y tienen un libre arbitrio limitado e insta a los Estados miembros a favorecer una mejor protección de los consumidores vulnerables, como los niños, a alentar a los medios de comunicación a que reduzcan la publicidad televisiva dirigida a los niños en los programas televisivos principalmente seguidos por personas de corta edad (como los programas educativos para niños, los dibujos animados, etc.), teniendo en cuenta que ya se aplican tales medidas en algunos Estados.

Llama la atención sobre la vulnerabilidad de los consumidores con respecto al mimetismo, que puede conducir a comportamientos inadecuados, violencia, tensiones, decepción, ansiedad, adicciones nocivas (consumo de tabaco o drogas), trastornos alimenticios, como la anorexia nerviosa y la bulimia, y perturbación del equilibrio psíquico; pide al conjunto de las agencias de publicidad y los profesionales de los medios de comunicación que reconsideren la promoción de modelos

extremadamente delgados (sean hombres o mujeres), a fin de evitar la propagación de mensajes nocivos sobre la apariencia, las imperfecciones corporales, la edad y el peso, teniendo en cuenta la influencia y el impacto de la publicidad en niños y jóvenes.

A nivel nacional, en Portugal se encuentra la *Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais*, así como el *Código da Publicidade*, que adaptaron algunas de las recomendaciones del Parlamento Europeo. En este sentido, el tiempo reservado a la publicidad está estipulado en el artículo 40 de la Ley de la Televisión, y establece que el tiempo de publicidad en cada periodo comprendido entre dos unidades de hora, en televisión abierta, no podrá superar el 20% de la duración del programa.

Igualmente prohíbe la televenta 15 minutos antes o después de la emisión de un programa infantil. El Código de Publicidad del citado país, establece las reglas para su emisión, prohibiendo cualquier tipo que pudiera estimular a la violencia o actitud criminal que atente contra la dignidad humana. En relación a los menores y jóvenes, ha de ser cautelosa con su contenido, prohibiendo aquella dirigida a comportamientos perjudiciales en la salud y seguridad del consumidor. Queda prohibida igualmente la referente a bebidas alcohólicas en la televisión y radio entre las 7 y 22.30 horas¹³.

Los niños pasan más tiempo frente a la televisión que al ordenador

En la guía denominada “Un marco para la publicidad dirigida a niños y jóvenes”, INT/593, presentado por la secretaria INT, se plantea la situación en otros países preguntando si se trata de una regulación insuficiente. Determina la misma que Suecia parece ser el Estado más avanzado en la materia. Según las autoridades suecas, solo cuando los niños tienen edad suficiente para entender los objetivos ocultos de la publicidad es deseable que se vean expuestos a ella. Suecia considera también que una política laxista de no intervención iría en contra de los valores democráticos. Está prohibida toda publicidad dirigida a menores de doce años (juguetes, ropa, alimentos). Está prohibida toda la publicidad durante las franjas horarias reservadas a los niños. Los anuncios destinados a los adultos no pueden en ningún caso seguir o preceder inmediatamente a los programas infantiles. Además, hasta las 21.00 horas de lunes a viernes y las 22.00 horas los fines de semana, están prohibidos los anuncios con niños o con personajes que les sean familiares. El simple recurso a elementos temáticos que se remitan a la infancia (voces, risas, etc.) está también prohibido.

En Luxemburgo y Bélgica, la publicidad está prohibida durante cinco minutos antes y después de los programas infantiles. En Italia, los dibujos animados no pueden verse interrumpidos por publicidad. En Dinamarca existe un acuerdo entre el Estado y el canal privado TV2 sobre las restricciones a la publicidad infantil. En Grecia está prohibida la publicidad sobre juguetes. En Francia existe la autorregulación de los profesionales, lo cual incide en canales gratuitos y sin publicidad para menores, y la prohibición de emisión de publicidad dos horas antes y después de los programas infantiles.

En Alemania, Noruega e Inglaterra existen canales infantiles sin publicidad.

3. La autorregulación

Hace referencia la autorregulación al compromiso de responsabilidad social de la industria publicitaria, que se manifiesta en el cumplimiento de determinadas normas y principios deontológicos, con la finalidad de que la actividad publicitaria sea legal, honesta y leal. En todos los países de la Unión Europea, existen organismos de autorregulación publicitaria para gestionar esos sistemas. Ello beneficia a consumidores, garantizándoles una publicidad responsable, y a la industria, ya que disminuye los actos de competencia desleal facilitando un sistema preventivo.

En España se lleva a cabo a través de *Autocontrol*. Sectores con especial sensibilidad incitados por la Comisión Europea, Parlamento Europeo y/o Gobierno nacional o por iniciativa propia han decidido establecer reglas específicas para su publicidad que en la mayoría de los casos desarrollan o sistematizan la legislación aplicable en ese sector y en otros casos establecen restricciones adicionales a las establecidas legalmente en interés de los consumidores o de públicos específicos (menores). Autocontrol, que se ha convertido en un organismo de referencia para la aplicación y control de los códigos sectoriales de todos los ámbitos publicitarios, ha firmado convenios de autorregulación sectorial en diferentes materias: juguetes, medicamentos, bebidas espirituosas, cervezas, videojuegos, alimentación, vino, televisión, tecnología sanitaria... Y en aras de su continua actualización, Autocontrol ha renovado alguno de estos convenios¹⁴.

El artículo 37 de la Ley 3/1999, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se refiere al fomento de los códigos de conducta, ya que es cada vez más habitual la existencia de ellos con el fin de conseguir unos parámetros equivalentes en las

prácticas comerciales en relación a los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.

Se trata de normas deontológicas aplicadas a toda comunicación publicitaria y basadas fundamentalmente en valor de la publicidad, el respeto a la Constitución y la legalidad, la buena fe, la no incitación a la violencia y comportamientos ilegales, el respeto al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y la no discriminación entre otros aspectos.

Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios¹⁵. A nivel comunitario se insta a los Estados miembros y a la Comisión a la promoción y desarrollo de estos sistemas de autorregulación en su doble vertiente de elaboración de códigos éticos y de creación y consolidación de mecanismo extrajudiciales de resolución de controversias¹⁶. Es interesante destacar por su importancia algunos de estos códigos ya sean generales o sectoriales¹⁷.

1. El código de autorregulación de contenidos televisivos e infancia, es el más antiguo de los existentes, y se encuentra firmado por las principales cadenas de televisión. Sus objetivos son: mejorar la eficacia en la protección de los menores como espectadores televisivos en la franja horaria de su protección legal, evitar el lenguaje indecente o insultante (también en los SMS), no incitar a los niños a la imitación de comportamientos perjudiciales o peligrosos para la salud, evitar la emisión injustificada de mensajes o escenas inadecuados para los menores en franjas propias de la audiencia infantil (sexo y violencia explícitos y otros), garantizar la privacidad, dignidad y seguridad de los menores cuando aparecen o son mencionados en los contenidos televisivos, promover la protección y desarrollo de los derechos de la infancia, fomentar el control parental y promover medios técnicos eficaces que permitan a los padres informarse adecuadamente sobre los contenidos televisivos y ejercer su responsabilidad ante los menores.

2. El Código de Conducta Publicitaria establece en su artículo 28 que la publicidad dirigida a niños deberá ser extremadamente cuidadosa. Ella no deberá explotar la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad natural de los niños o adolescentes, ni abusar de su sentido de la lealtad. La publicidad dirigida a los niños o adolescentes, o susceptible de influirles, no deberá contener declaraciones o presentaciones visuales que puedan producirles perjuicio mental, moral o físico. Se tendrá especial cuidado

para asegurar que los anuncios no engañen o induzcan a error a los niños en lo que se refiere al tamaño real, valor, naturaleza, durabilidad y rendimiento del producto anunciado. Si se requiere el uso de otros artículos para su correcta utilización (por ejemplo, pilas) o para conseguir el resultado descrito o mostrado (por ejemplo, pintura) ello debe quedar explícitamente expresado. Los anuncios no deben sobrestimar el nivel de habilidad o el límite de edad de los niños para poder disfrutar o utilizar los productos.

3. El código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva, al referirse a los menores, establece que será menor toda persona física que no haya alcanzado la mayoría de edad legal (18 años). Dentro de la minoría de edad, a los efectos de las normas de protección de datos en el marco de este código, se entenderá por niño: toda persona física menor de catorce años. Y adolescente: toda persona física cuya edad esté comprendida entre los catorce y los dieciocho años. Esta diferencia en la edad se hace importante puesto que se ha de tener en cuenta la madurez que presentan los menores de edad a la hora de recepcionar la publicidad y las decisiones que consecuentemente pueden tomar sobre el bien o servicio. Al igual que en el ámbito televisivo la publicidad difundida en medios electrónicos de comunicación a distancia no deberá perjudicar moral o físicamente a los menores. Es el artículo 30 de este código el que expone lo referente al tratamiento que se ha de dar a los datos relativos a los menores, incidiendo en que, las empresas adheridas a este código deberán tener en cuenta la edad, el conocimiento y la madurez de su público objetivo, para comunicarse con ellos.

En ningún caso podrán recabarse del menor datos relativos o relacionados con la situación económica o la intimidad de los otros miembros de la familia.

Igualmente serán las empresas las que alentarán a los menores a obtener autorización de sus padres o tutores antes de facilitar datos personales en línea (online), y establecer mecanismos que aseguren razonablemente, según el estado actual de la tecnología, que han obtenido el consentimiento de aquéllos. Lo anterior no será necesario cuando la información sea solicitada a adolescentes, siempre que los términos en que se solicita su consentimiento estén redactados de forma que sean fácilmente comprensibles para ellos.

4. El código de autorregulación de la publicidad infantil de juguetes se inspira igualmente en los principios de legalidad y lealtad. Si bien es cierto que nos determina el concepto de publicidad infantil estableciendo tres tramos de edades diferentes: hasta 7 años, entre 7 y 14 años, entre 15

y 18, de entre las cuales requerirán una especial cautela las dos primeras en relación al tipo de producto promocionado o por el diseño del mensaje publicitario.

La utilidad práctica de la autorregulación es muy importante ya que las empresas se comprometen a cumplir con los códigos éticos. Autocontrol fue se encarga de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español, y que entre los miembros representan más del 70% de la inversión publicitaria en España. El objetivo principal se determina en la contribución de la ética y la lealtad en la publicidad en beneficio de los consumidores, así como en la verificación del cumplimiento de la legislación publicitaria, procurando la pacífica y rápida resolución de las reclamaciones¹⁸.

En los resultados balance de actividad de 2012, se reflejan los plazos de tramitación de reclamaciones y consultas, el asesoramiento previo, los motivos de las recomendaciones, entre ellos, protección de menores, en relación a la publicidad no dirigida a menores con limitaciones horarias o de medio, publicidad engañosa, incitación a la adquisición directa del producto o servicio para que persuadan a padres o tutores. Y en otras materias, publicidad engañosa, denigración, publicidad discriminatoria, abuso de la buena fe del consumidor.

Los resultados se clasifican según el medio de difusión, alcanzando internet y nuevas tecnologías un 29%, prensa escrita un 25%, televisión un 22%, y de 6% a 2% otros. En relación al tema motivo de nuestro trabajo, la actividad de Autocontrol, en protección de menores, se revisaron aproximadamente el 90% de la publicidad infantil emitida en TV en 2012, más de 3000 anuncios. El 84,52% de los anuncios han sido positivos, de forma que no se aprecian inconvenientes en el contenido del anuncio, el 13,79%, han sido con modificaciones, se les ha recomendado introducir cambios, y tan sólo el 1,69% ha sido negativo, de forma que se ha desaconsejado la difusión del anuncio.

En este sentido, Portugal cuenta con el *Código de Boas Práticas na Comunicação Comercial para Menores*, de 2005. Se articula sobre la necesidad de proteger a los menores ante el continuo desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación. En todo ello, la publicidad tiene un papel que desempeñar en el desarrollo de los menores, dotándoles de los

En términos generales es indudable que los menores suponen un núcleo fundamental en la sociedad de consumo

conocimientos y habilidades necesarias requeridos para que puedan actuar como consumidores informados y responsables.

El ámbito de aplicación del código va dirigido a las comunicaciones comerciales a menores, definiéndolas como los bienes o servicios consumidos principalmente por menores, cuyo contenido es hacia ellos por cualquier medio o soporte, diferenciando entre los niños hasta 13 años y jóvenes de 13 a 18 años.

En cuanto a las normas éticas, se articulan principalmente en las siguientes: 1.– La publicidad debe ser legal, honesta, decente y veraz, y debe ser visto como parte del proceso de desarrollo sostenible de los menores como consumidores actuales y futuros, así como ser reconocible. 2. – La publicidad no debe: a) desacreditar a los valores sociales, como la autoridad, la responsabilidad, o inducir a menores de edad a cometer actos contrarios a la ley, el orden público y los valores cívicos; b) mostrar las situaciones competitivas que están dentro del alcance de los menores de edad, pero de hecho, son manifiestamente desproporcionada en relación con su edad y grado de desarrollo y la maduración; c) explotar la inexperiencia o credulidad de los menores; d) minimizar el grado de nivel de capacidad o edad que normalmente se considera para usar o disfrutar el producto o servicio anunciado; e) inducir a los niños a la indicación de los precios, a través de una percepción incorrecta con palabras como “solo”; f) transmitir la idea de que los bienes o servicios están disponibles para cualquier presupuesto familiar; g) contener alguna afirmación o presentación visual que puede conducir a una menor daños mentales y peligrosas situaciones morales o físicas; h) inducir o estimular cualquier forma de violencia o que fomente la interacción con extraños o en lugares desconocidos o peligrosos; i) sugerir que la posesión o uso de un bien o servicio en particular dará ventajas físicas, sociales y psicológicas en relación a otros de la misma edad, o que no comprar el bien o servicio implica el efecto contrario; j) subestimar la autoridad, responsabilidad, juicio, criterios o conductas de los padres o tutores legales de los menores; k) transmitir directamente a los menores mensajes que pueden llegar a persuadir a sus padres, de los tutores u otras personas para que compren los productos o servicios anunciados; l) inducir a error sobre la naturaleza, las características o el resultado de un buen servicio o, incluso, el lenguaje utilizado.

Como medios de comunicación donde deberán aplicarse estas normas recoge el citado código, televisión cine, videojuegos, servicio de venta por teléfono e internet. El seguimiento y cumplimiento del mismo se lleva a cabo por la Comisión Permanente nombrada al efecto, para entre otras funciones sancionar el incumplimiento.

III. Publicidad televisiva y menores en la Ley General de Comunicación Audiovisual de España

1. Contenidos televisivos a menores

El niño adquiere paulatinamente una nueva dimensión como consumidor y en ello influye notablemente la influencia de la publicidad en televisión. Desde la oferta, las empresas se convierten en anunciantes y no desprecian el potencial del medio televisivo como soporte de mensajes persuasivos¹⁹. Es por ello que se debe intensificar la protección jurídica al menor en relación a los contenidos y mensajes publicitarios que puedan ser aptos para ellos, dependiendo de su edad y de la capacidad natural²⁰ que posean.

A nivel nacional, la Ley 7/ 2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en adelante LGCA, surge con la principal idea de que la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y debe adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos. Se presenta como norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público, fijando, con el más absoluto respeto competencial que marca nuestra Constitución, los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. En el capítulo I del título II esta se trata de forma individualizada las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación a los menores que merecen a juicio del legislador y de las instituciones europeas una protección especial²¹.

Dicha ley articula la reforma del sector y dota a España de una normativa audiovisual acorde con los tiempos, coherente, dinámica, liberalizadora y con garantías de control democrático y respeto y refuerzo de los derechos de los ciudadanos, de los prestadores y del interés general.

Sin embargo, en este orden de cosas, la Ley 6/2012, de 1 de agosto, modifica la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos con el objetivo de flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, así como de garantizar un mejor cumplimiento de la reciente Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Más concretamente y en lo que aquí interesa, modifica el artículo 7 de la LGCA con el fin reforzar las medidas de protección de los menores ante contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral.

Es el artículo 7 de la mencionada Ley de Comunicación Audiovisual el que nos establece las limitaciones para proteger a los menores en una doble vertiente. La primera referente a los contenidos y horarios de protección infantil. Y la segunda en relación a las limitaciones que han de contener las comunicaciones publicitarias.

En relación a la primera de ellas, establece el apartado segundo de dicho artículo que queda prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. Con carácter general, y de acuerdo a las previsiones de la Ley 7/2010, el horario legal de protección de los menores queda fijado entre las 06:00 y las 22:00 horas, estableciendo franjas de protección reforzada en aquellas horas de más demanda de los menores en la televisión.

En este horario de protección al menor, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual no podrán insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética.

2. Publicidad especialmente dirigida a niños

Y en relación a la segunda de las vertientes mencionadas, el artículo 3 LGCA respecto de las comunicaciones comerciales no deberán producir perjuicio moral o físico a los menores. En consecuencia tendrán las siguientes limitaciones:

- a. No deben incitar directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad.
- b. No deben animar directamente a los menores a que persuadan a sus padres o terceros para que compren bienes o servicios publicitados.
- c. No deben explotar la especial relación de confianza que los menores depositan en sus padres, profesores, u otras personas.
- d. No deben mostrar, sin motivos justificados, a menores en situaciones peligrosas.

e. No deben incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres²².

f. Las comunicaciones comerciales sobre productos especialmente dirigidos a menores, como los juguetes, no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el menor para utilizarlas sin producir daño para sí o a terceros²³.

La autoridad audiovisual competente promoverá entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva el impulso de códigos de conducta en relación con la comunicación comercial audiovisual inadecuada que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos, de alimentos y bebidas que contengan nutrientes y sustancias con un efecto nutricional o fisiológico, en particular aquellos tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares, para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total²⁴.

IV. Edad y capacidad del menor consumidor ante la influencia de la publicidad

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes”, de 18 de septiembre de 2012, plantea que los niños hasta cierta edad no filtran la comunicación publicitaria, sobre todo cuando el mensaje es excesivo y se caracteriza por la repetición hasta la saciedad del mismo anuncio, por lo que tienden a asumir todos los mensajes como verdaderos y puede inducirseles a convertirse en consumidores compulsivos. Los niños ni siquiera comprenden los mensajes y advertencias contenidos en la publicidad, por lo que estos últimos no pueden ser considerados como un factor de prevención o de disuasión.

La percepción de la publicidad varía en función de los grupos de edad. Hasta los cinco años, los niños son incapaces de percibir las diferencias entre programación y anuncios, e incluso superada esta edad no reconocen a la publicidad su función persuasiva. Esta competencia surge solamente en torno a los ocho años, y aun así, no en el caso de todos los niños; esto no significa que puedan reconocer los mensajes como tendenciosos, enfatizando aspectos positivos y obviando otros más negativos del producto de que se trata. Cuando los niños mayores ven el anuncio como un factor de entretenimiento el impacto es mayor y su mayor capacidad de procesamiento de los mensajes

publicitarios no los vuelve necesariamente inmunes a la publicidad y a sus intenciones, en la medida en que otras técnicas de persuasión más sofisticadas e igualmente eficaces permiten influir en sus comportamientos.

El desarrollo de competencias cognitivas e interpretativas a través de programas de educación para los medios de comunicación tiene una repercusión positiva en la interacción con la publicidad. No obstante, un mayor nivel de alfabetización mediática y una mayor comprensión de los mecanismos y efectos de la publicidad por parte de padres e hijos no representan una solución global para los efectos nocivos de la publicidad destinada a los niños. Es fundamental preparar a los niños como futuros consumidores, apostando por la alfabetización mediática y por su capacitación desde la más tierna edad. No obstante, esto no resuelve de inmediato el problema del impacto de la dimensión excesiva y repetitiva de los anuncios, y puede no alcanzar a todos los niños, en particular a los de los medios socioeconómicos más desfavorecidos y más afectados por los efectos nocivos de la publicidad.

En relación a las edades de los menores para recepcionar los contenidos, los criterios seguidos en términos generales son: 1. Especialmente recomendados para la infancia. 2. Para todos los públicos. 3. No recomendados para menores de siete años. 4. No recomendados para menores de trece años. 5. No recomendados para menores de dieciocho años²⁵. Mientras que los contenidos parten del análisis de cuatro parámetros que resultan los más significativos: I. Comportamientos sociales. II. Violencia III. Conflictividad IV. Sexo²⁶.

Las edades que se plantean en relación al menor establecen una franja de 0 a 7 años, de 7 a 13 y de 14 a 18. Los contenidos en base a las materias anteriormente indicadas han de variar conforme a la edad, madurez y desarrollo que vayan adquiriendo. No se puede considerar la oferta televisiva y publicitaria igual para el de 10 que para el de 15, habida cuenta de que este último se convertirá en consumidor directo alrededor de esa edad²⁷.

En este sentido a nivel europeo las soluciones podemos articularla a través de varias vías: 1º – La de aquellos países que tienen canales infantiles sin publicidad como Dinamarca, Francia, Inglaterra, Alemania o Noruega; 2º – Los que establecen un límite de edad prohibiendo la publicidad dirigida a menores de 12 años, caso de Holanda y Bélgica, en Italia se prohíbe la presencia de menores de 14 años en la publicidad; y en el caso de España, existe como se ha indicado la autorregulación de los profesionales que complementan la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Cuando la Constitución, los programas de la UE, los distintos Estatutos de autonomía, las campañas divulgativas, etc., mencionan a los consumidores y usuarios están aludiendo a la protección que debe darse a los sujetos de una sociedad frente a los riesgos que pueden derivar de un producto o de un servicio. Se trata, en suma, de una protección genérica que asimila esta tutela a la del ciudadano, que se hace con una perspectiva de protección a la sociedad frente a los daños que hipotéticamente pueden causar los productos o servicios en el mercado. El planteamiento es pues genérico y de carácter preventivo y, los intereses que protege, colectivos y difusos²⁸.

El consumidor deberá realizar cualquier actuación que implique el uso o disfrute de un producto o servicio para satisfacer una necesidad de carácter privado o, lo que es lo mismo, para uso o utilización de carácter personal al margen del mercado. En el caso de los menores, la incorporación de ellos al mercado de bienes y servicios puede realizarse desde diferentes aspectos: como sujeto capaz de realizar compras con sus propios medios económicos, como sujeto influenciado cuyas preferencias y elecciones inciden en el gasto ajeno, y como futuro consumidor que adquiere determinadas opiniones, conocimientos y actitudes sobre marcas y productos que todavía no están a su alcance²⁹.

Los niños entran
cada vez más
tempranamente
en el mundo de las
marcas

En este ámbito, los menores adolescentes, son receptores pasivos—consumidores de todos los productos que se les oferta mediante los anuncios publicitarios a través de la televisión, internet o en las redes sociales. De esta forma, su posición se encuentra, no solo como tradicionalmente se ha dicho, dirigiendo la voluntad de sus progenitores, sino como contratante directo, ya que, el joven, menor de edad, es cada vez “más consumidor”. Todo ello, acentuado por la disponibilidad económica de la que la mayoría disponen; el grado de independencia a temprana edad respecto a las decisiones de sus padres: el menor es cada vez más autónomo en sus “decisiones”, aunque estén bajo la guarda de quienes ostentan la patria potestad, incluso, en la gran mayoría de los casos, prolongada hasta bien llegados los treinta años; la falta de *auctoritas* en el sistema educativo y de la propia familia, acentuada por las situaciones de familias monoparentales o situaciones de crisis matrimonial, etc. En este orden de cosas, el modelo que triunfa es el “la generación”, el de los medios de comunicación, sobre todo la televisión, en definitiva, el modelo del consumo por encima de todo³⁰.

Principalmente, como ha quedado expuesto, el menor es parte activa de la sociedad de consumo con sus propios medios económicos y aún con las limitaciones existentes por su edad.

La edad es un estado civil que afecta directamente a la capacidad de obrar. Se parte de la idea que con el transcurso del tiempo se adquiere mayor aptitud de entender y querer y por ello es imprescindible su regulación jurídica tanto en el ámbito del consumo como en el de la publicidad, muy especialmente en el ámbito televisivo, situando los 14 años como el límite entre el menor niño y el menor adolescente.

El Código Civil dispone, en su artículo 1261.1, que no hay contrato sin consentimiento de los contratantes y, dicho consentimiento, no pueden ser prestado por los menores no emancipados, artículo 1263.1. Su fundamento se encuentra, por interpretación en sentido contrario, cuando se determina que, por la mayoría de edad, una persona es capaz para todos los actos de la vida civil (art. 322). Por su parte el Código Civil portugués, Decreto-Ley 47344/66, de 25 de noviembre, regula de manera similar el estatuto jurídico del menor en relación a la capacidad del mismo hasta llegar a la mayor edad. El artículo 123 establece en relación a ello que salvo disposición en contrario los menores carecen de capacidad para el ejercicio de los derechos³¹.

La capacidad natural debe ser el presupuesto para la emancipación social del menor como consumidor, si bien, esta no se presume, por lo que, en el mercado de consumo, deberán ser las empresas y profesionales quienes asuman el riesgo de la inseguridad jurídica que produce la posibilidad de revisión, caso por caso, de los contratos de bienes y servicios.

En cualquier caso, la normativa del Código Civil español se debe interpretar de acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, según el cual, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. La solución no es fácil y pasa por una reforma legal profunda que conjugue la obligación de protección del menor frente a su autonomía y su desarrollo personal³².

V. Valoración final

Ciertamente, la publicidad dirigida a niños conlleva mayores riesgos en relación a la edad y pueden tener consecuencias perjudiciales para ellos, acompañando esta situación que la incitación al consumo excesivo puede aparejar un sobreendeudamiento innecesario. No podemos obviar que el

menor forma parte activa de la sociedad de consumo, en la cual, el mensaje televisivo se hace protagonista de la vida diaria. Es necesario, en este sentido, que los niños tengan la información y formación necesaria, desde pequeños, para el correcto uso de las tecnologías de información e interpretación de los mensajes publicitarios. En este sentido podría evitarse el consumismo de “marca” existente, el cual puede crear situaciones muy problemáticas de infelicidad a aquellos que no tienen acceso a las mismas.

Según un estudio encargado por UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia) a Ipsos MORI, una compañía especializada en investigación sobre la publicidad, lealtad de los consumidores, medios de comunicación y tecnología, entre otros, concluye que la publicidad televisiva es peligrosa para los menores de 12 años. Según el estudio, los niños son atrapados por la publicidad en una espiral consumista de la que no escapan ni ellos, ni sus padres. Como ya sabemos, los niños son piezas fundamentales en el marketing, influyendo en las compras que realizan sus padres.

Ante esto ha de existir precaución en torno a lo que se le transmite a los menores. Los conceptos a los que hemos hecho referencia anteriormente, en torno a la capacidad natural o de entender y querer del menor, han de ser fundamentales a la hora de legislar en la materia. Sí nos parece bien que existan canales de televisión en los que no haya publicidad para niños, pero consideramos que la publicidad no puede prohibirse tanto a niños como a jóvenes. Tal y como se ha expuesto los jóvenes acceden al mercado de consumo cada vez más pronto y han de estar capacitados para diferenciar la publicidad de la realidad. El menor va adquiriendo con la edad de forma progresiva madurez y conocimiento sobre las cosas, de forma que a partir de 12 o 14 años ha de existir una publicidad dirigida a ellos. Una publicidad que cumpla con todas las normas antes mencionadas para que no pueda ocasionarles ningún perjuicio en el normal desenvolvimiento de su personalidad, pero que les permita valorarla. Lo que no tendría sentido en ningún caso, es que existan determinados negocios jurídicos que un menor puede realizar, y sin embargo le prohibamos ver anuncios publicitarios. Una buena solución a nivel europeo sería definir una edad mínima para la publicidad especialmente dirigida a niños.

El niño adquiere paulatinamente una nueva dimensión como consumidor y en ello influye notablemente la influencia de la publicidad en televisión

En atención a los datos cuantitativos que comentamos en el inicio del trabajo, resulta fundamental el control parental en cuanto a televisión e internet por parte de los menores de edad. La responsabilidad de los padres es muy importante y decisiva en este contexto.

A nivel Europeo, tal y como expresa el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre el tema “Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes”, la situación jurídica existente no está a la altura de las necesidades actuales en materia de protección de los derechos del niño frente a las comunicaciones comerciales, en particular a través de los medios audiovisuales, internet y las redes sociales, e insta a la Comisión a que estudie urgentemente la necesidad de adoptar medidas más restrictivas de carácter transversal que garanticen esos derechos de manera efectiva. El marco jurídico de la UE es innecesariamente complejo y demasiado confuso, y en la mayoría de los casos es aplicado y transpuesto de manera diferente en los distintos Estados miembros, tal y como reconoce la propia Comisión en su comunicación «Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea»³³, en su informe sobre «La protección de los menores en el mundo digital»³⁴ y en la «Estrategia europea en favor de una internet más adecuada para los niños»³⁵.

La mayoría de los Estados miembros se ha limitado a una transposición minimalista de las directivas de la UE; otros aplican normas más estrictas, que llegan a prohibir la publicidad dirigida a menores³⁶. Es necesario que los países se comprometan a presentar un texto legislativo en esta materia ante el Parlamento Europeo.

Nosotros desde la situación española, consideramos que se avanza. Según los datos ofrecidos en este trabajo sobre el balance de Autocontrol, resulta muy positiva la autorregulación. Esta forma de aplicar normas éticas ha generado un entorno adecuado entre menores y publicidad, al igual que sirve como herramienta eficaz, que apoya y complementa la regulación vigente. Pero no es suficiente, el avance no puede ser sólo de unos pocos países sino que cuando hay problemas comunes deben existir soluciones comunes.

Notas

¹ Programación y Contenidos de la Televisión e Internet: La opinión de los menores sobre la Protección de sus Derechos. Informes, estudios y documentos. Defensor del Pueblo. Madrid. 2010, págs. 301 y ss.

² ALMEIDA ALVES, Monica. “Marketing Infantil: um estudo sobre a influência da publicidade televisiva nas crianças”, Universidad de Coimbra, pág. 14, 2011. En www.rcaap.pt.

³ ALMEIDA ALVES, Monica. “Marketing Infantil: um estudo sobre a influência da publicidade televisiva nas crianças”, Universidad de Coimbra, pág. 29, 2011. En www.rcaap.pt.

⁴ PELLICER JORDÁ, M^a Teresa, “La publicidad infantil. ¿Que vende la luna? En *Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación*. Razón y Palabra. Julio 2011, pág. 5.

⁵ El régimen jurídico de la comunicaciones por vía electrónica se rige, de acuerdo con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI), por sus artículos 19 a 22, y por la vigente en materia comercial y de publicidad. En concreto por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU); la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) en la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre; La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁶ Este sistema de resolución de conflictos está inspirado en los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, que coinciden plenamente con los principios exigidos por las autoridades comunitarias para el reconocimiento de los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias con los consumidores, plasmados en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión Europea. *Vid.* El código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva, en www.autocontrol.es.

⁷ INT/593, Un marco para la publicidad dirigida a niños y jóvenes. Documento presentado por la secretaria INT. INT/593– R/CES 1727/2011 FR/PLI– mc.

⁸ *Informe sobre La Publicidad de Juguetes*. Asociación de usuarios de la comunicación, págs. 1 y ss. En <http://www.auc.es>.

⁹ Estudios de Consumo: El Impacto de la Publicidad en el Colectivo de la Infancia...cit., pág. 3.

¹⁰ “Se entiende por publicidad agresiva aquélla que sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico” Artículo 24 del Código de Conducta Publicitaria, aprobado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria, el día 26 de abril de 2011.

¹¹ MEDINA HEREDIA, Ana Maria, La Protección del Menor tras la Ley General de la Comunicación Audiovisual. Perspectivas y Retos. Págs. 104 y ss. www.icmedianet.org

¹² Recomendación Parlamento Europeo. (2010/2052(INI)), DOUE – Serie C núm. 169 E, 15 de Junio de 2012. A través de la misma se pide a la Comisión que prepare un análisis detallado del impacto de la publicidad engañosa y agresiva en los consumidores vulnerables, en particular en los niños y adolescentes y garantice la adecuada aplicación de las normas pertinentes sobre protección de la infancia y la adolescencia; y que realice con carácter prioritario un estudio detenido de los efectos

sociopsicológicos precisos de la publicidad, a la vista de las técnicas recientemente perfeccionadas que se están desarrollando.

¹³ Almeida Alves, Monica. “Marketing Infantil: um estudo sobre a influência da publicidade televisiva nas crianças”, Universidad de Coimbra, págs. 16 y 17, 2011. En www.rcaap.pt. En este sentido, El Parlamento portugués ha modificado la Ley de Medios, aplicando la Directiva de la Unión Europea sobre Servicios de Medios Audiovisuales (Directiva No. 2007/65/CE), modificando igualmente varias otras leyes. La Ley 8/2011, publicada el pasado 11 de abril, actualizó la Ley de Televisión (Ley 27/2007), el Código de Publicidad y la Ley de Difusión de Servicio Público en Radio y Televisión (Ley 8/2007). Estas modificaciones entraron en vigencia el 11 de mayo de 2011. Los principales cambios se relacionan con la publicidad y titularidad de medios. En cuanto a la propiedad y gestión de medios, se introduce un nuevo conjunto de directrices para incrementar la transparencia con relación a la propiedad y responsabilidades editoriales, con la obligación de proporcionar información en línea sobre la estructura de propiedad. Única prohibición expresa para el emplazamiento de productos y ayuda a la producción concierne a los programas infantiles. También con respecto a la protección de menores, no se permiten las comunicaciones comerciales que puedan menoscabar al desarrollo físico y mental de los menores durante programas infantiles, especialmente “las relativas a alimentos y bebidas que contengan nutrientes y sustancias con un efecto nutricional o fisiológico cuya presencia en cantidades excesivas en el régimen alimenticio no sea recomendada”, En www.gala-marketlaw.com.

¹⁴ Autocontrol de la Publicidad. Trabajamos por una publicidad responsable, 14 de marzo de 2013. www.autocontrol.es

¹⁵ Artículo 37. LCD: “3. Las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin. 4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente. 5. El recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32”. En relación a los códigos de conducta y la defensa de la publicidad legal, veraz y honesta, hemos de destacar a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, formada por más del 70% de la inversión publicitaria de nuestro país. Se encarga de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español, dividiendo su actividad en tres ámbitos: 1. Tramitación de las reclamaciones presentadas por los consumidores; 2. Elaboración de los códigos deontológicos y aplicación de éstos por el Jurado de la Publicidad; y 3. Servicio de consulta o

CopyAdvice, que asesora sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su publicidad. Es el único organismo privado español reconocido por la Comisión Europea por cumplir los principios y requisitos, establecidos en la Recomendación 98/257/CE.

¹⁶ En la Unión Europea, el legislador comunitario ha recogido esta corriente en varias directivas, como en la Directiva 2002/58/CE sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas, así como en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio sobre el comercio electrónico.

¹⁷ Una de las actividades más importantes de Autocontrol es la elaboración y/o aplicación de Códigos de Conducta Publicitaria, generales o sectoriales: A) Códigos éticos de Autocontrol generales: 1. Código de Conducta Publicitaria basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (ICC International Code of Advertising Practice) y en sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales; 2. Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (Confianza Online) que abarca las comunicaciones comerciales y los aspectos contractuales en las transacciones comerciales con consumidores, realizadas a través de Internet y otros medios electrónicos, sin olvidar la salvaguarda de la protección de datos personales. B) Códigos sectoriales que también son aplicados por el Jurado de la Publicidad de Autocontrol: 1. 2012: ANDI Código deontológico de buenas prácticas comerciales para la promoción de los productos dietéticos infantiles. 2. 2012: DGOJ, SETSI y Autocontrol acuerdan la firma del Código de conducta sobre comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Listado de empresas adheridas al Código. 3. 2011: eDarling, Meetic y Parship.– Código de Autorregulación de la Publicidad de Empresas de Servicios de búsqueda de pareja, amistad, encuentros, contactos e intermediación de parejas según afinidad y compatibilidad a través de Internet. 4. 2010: AEFJ.– Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes, entre otros.

¹⁸ Autocontrol de la Publicidad. Trabajamos por una publicidad responsable, 14 de marzo de 2013. www.autocontrol.es

¹⁹ BRINGUÉ SALA, Xavier; DE LOS ÁNGELES VILLENA, Juan. “La investigación académica sobre publicidad, televisión y niños: antecedentes y estado de la cuestión”. *Comunicación y sociedad*. 2000, vol. XIII, núm. 1, p. 37-70.

²⁰ Ésta es definida por HOYO SIERRA de manera descriptiva como “un conjunto de aptitudes físicas, psíquicas y sociales que cabe resumir como capacidad de comprensión del alcance de lo que se está realizando y de las consecuencias que de ello se derivan, capacidad de entendimiento y juicio para adoptar decisiones respecto a dichos actos, y como capacidad para comportarse conforme a lo prescrito por el derecho, fundamento esto último de la responsabilidad personal>>. HOYO SIERRA, Isabel Araceli, “La evaluación psicológica de la “capacidad natural” del menor maduro”. En *Los menores ante el derecho*. Madrid, 2005, pág. 59.

²¹ Preámbulo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. En relación a la publicidad en el Capítulo II de este Título II se incluyen los derechos de los prestadores

del servicio de comunicación audiovisual que básicamente son el de prestar ese servicio en condiciones de libertad en cuanto a selección de contenidos, línea editorial y emisión de canales. Libertad absoluta en el caso de las comunicaciones electrónicas. La posibilidad y condiciones de autorregulación y de emisión de contenidos publicitarios constituyen otros dos grandes apartados de derechos que se consagran en esta Ley. J NBLa regulación de la publicidad, conforme a los criterios establecidos por la Directiva Comunitaria, Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007 ocupa una parte importante de esta Ley. Está concebida como un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempo y contenidos pero también con una normativa reguladora básica para impedir abusos e interpretaciones divergentes que han llevado, en el pasado, a la apertura de expedientes y discrepancias serias a la hora de interpretar los preceptos europeos.

²² Entre otros, Código Deontológico de publicidad no sexista para la Comunidad Autónoma de Andalucía.

²³ La realidad en torno a la aplicación de la ley nos viene dada en el Informe 2011 sobre la campaña de juegos y juguetes del Observatorio Andaluz de la Publicidad no Sexista, de la Conserjería para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía. al establecer, en términos generales que: El 63.64% de la publicidad sobre juegos y juguetes estudiados contiene tratamiento sexista e infringe algún punto del decálogo para la publicidad no sexista. Se mantiene el número de anuncios que contienen tratamiento sexista con respecto al mismo periodo del año anterior (63.49%). El 25.77% de los anuncios de juguetes examinados aparecidos en prensa, catálogos especializados y televisión han sido objeto de buenas prácticas. Aumenta en casi 3 puntos porcentuales (9.59%) el número anuncios de juguetes que destacan por no dirigir la publicidad a ningún sexo en concreto, con respecto al mismo periodo del año anterior. Respecto a los rasgos sexistas detectados en la publicidad estudiada; El 92.18% de los anuncios promueven modelos que consolidan pautas tradicionalmente fijadas para cada uno de los géneros (incumplimiento del punto 1 del decálogo para una publicidad no sexista). El 8.59% de los anuncios potencian estándares de belleza considerados como sinónimo de éxito (incumplimiento del punto 2 del decálogo para una publicidad no sexista). Por transmisión de estereotipos: El 40.79% de los anuncios estudiados corresponden a juegos imitativos de estereotipos orientados a chicas (mamá, atención y cuidado familiar, ama de casa, responsable de la limpieza del hogar, mujeres asociadas a los espacios privados y equiparar para la mujer los conceptos de belleza y éxito. Por tipología de juegos y juguetes: El 94.53% de los juguetes y juegos que pertenece a la tipología de aprendizaje personal contiene algún rasgo sexista en su publicidad (ejemplos: Nenuco y accesorios, Muñecas Bratz, muñecos de ToyStory, Air Raiders, Gormiti). Por el contrario, el 98.44% de los juegos educativos y el 97.66% de los juegos de mesa analizados siguen siendo ejemplos de buenas prácticas publicitarias (ejemplos: Anatomicéfa y Astrocéfa, Aquadoodle, Cluedo, Bob Esponja). Destaca el descenso del tratamiento sexista detectado en la publicidad de los catálogos en formato papel de juegos y juguetes dirigidos a niñas y niños, publicados por grandes superficies (ejemplo: El Corte Inglés). Se observa una mejora

en la manera de exponer sus productos, resultando más neutral y por tanto evitando la transmisión de roles de género tradicionalmente asociados a chicas y chicos. Resumen ejecutivo pág. 3 y 4.

²⁴ Artículo 7.4 de la LGCA. En este sentido y a nivel europeo, resulta urgente proteger los niños de la publicidad de alimentos poco saludables. En Suecia desde 1991, se prohíbe en la televisión la publicidad directa a los niños menores de 12 años. Hay que evitar que los niños estén expuestos a sustancias que puedan perjudicar su salud. Así lo establece el Proyecto de Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, del Parlamento Europeo, 2012/2133. Date 23.11.2012.

²⁵ Los contenidos se clasifican según: El art. 7 de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual. 2. El art. 2 del RD 410/2002, de 3 de Mayo por el que se establecen criterios uniformes de clasificación y señalización para los programas de televisión. 3. El Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia al que se remite el artículo 7.6 de la LGCA. Sin perjuicio de las previsiones que se establecen en el artículo 7.6 de la Ley 7/2010 relativas a las instrucciones que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, son éstas las edades orientadoras.

²⁶ Código de Autorregulación para la Defensa de los Derechos del Menor en los contenidos audiovisuales, conexos, interactivos y de información en línea de la Corporación RTVE, págs. 2 y 3.

²⁷ Un análisis de las normas relativas a la capacidad de los menores para realizar actos jurídicos, en nuestro ordenamiento, revela que al menos hay tres momentos determinantes previos a alcanzar con carácter general la mayoría de edad: serían los doce, catorce y dieciséis años.

– A partir de los doce se exige el consentimiento del menor para constituir su adopción, deberán ser oídos por el juez sobre el ejercicio de la patria potestad, en caso de conflicto con sus progenitores (artículo 92 y 156 CC), para la constitución de la tutela (artículo 231 CC), para aquellos actos en que el tutor necesite autorización judicial (artículo 273 CC).

– A partir de los catorce el menor puede cambiar de estado civil con la asistencia de su representante legal (vecindad civil-artículo 14.3, p. 4º– nacionalidad-artículos.20.2b) y 21.3.b)-), contraer matrimonio con dispensa judicial, ejercer la patria potestad sobre sus hijos, tener responsabilidad penal por sus actos, poder realizar testamento, salvo el ológrafo, conducir un ciclomotor.

– Y a partir de los dieciséis años el menor puede trabajar, realizar la administración ordinaria de los bienes que ha obtenido con su trabajo o industria, consentir la enajenación o gravamen de sus bienes en los términos a los que se refiere el art 166, p. 3º. CC, ceder los derechos de explotación sobre su propiedad intelectual y para el caso de las mujeres, Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, por remisión a la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, según la cual se podrá interrumpir voluntariamente el embarazo con su consentimiento.

²⁸ REYES LÓPEZ, María José. Consumidores y Usuarios. Esta doctrina forma parte del libro *Manual de derecho privado de consumo*, edición n. 1, Editorial La Ley, Madrid, Junio 2009. La Ley 2801/2011.

²⁹ MARTINEZ RODRIGO, STELLA, Los niños ante la publicidad televisiva. *Revista Comunicación y Hombre*, número 1, año 2005, pág. 199.

³⁰ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. “La protección del menor como consumidor y usuario: ¿Responsabilidad contractual?”, En *El menor como víctima y victimario de la violencia social*. Madrid, 2010, págs. 750 y ss.

³¹ DE CASTRO NUNES AZEVEDO, Mario Gabriel. “Tutela do consumidor menor de idade o consumidor menor de idade e a publicidade”. En *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* – N. m. 53, Marzo, 2008. En <http://vlex.com/vid/tutela-menor-idade-publicidade-223197737>.

³² “Si por una parte debemos potenciar la autónoma personalidad del menor, por otra debemos protegerle y defenderle, y hay que conjugar ambas cuestiones”, M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.– A. J. QUESADA SÁNCHEZ, “Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática”, *loc. cit.*, p. 2.

³³ COM(2011) 942 final, de 11.1.2012.

³⁴ COM(2011) 556 final, de 13.9.2011.

³⁵ COM(2012) 196 final, de 2.5.2012.

³⁶ Concretamente en el caso de Suecia, objeto mismo de la Resolución del TJ de la UE de 9 de julio de 1997, que confirmó su compatibilidad con el Derecho de la UE (Asuntos C-34 y C-35/95 Konsumentombudsmannen/De Agostini (Svenska) bForlag AB e TV-Shop i Sverige AB).

O CONSUMIDOR E O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO

Advogado, consultor jurídico

Membro da Academia Paulista de Direito e da Comissão Geral de Ética do
Governo do Estado de S. Paulo (Brasil)

Professor especialista, por notório saber, pela Faculdade de Direito da USP
em Direito do Consumidor

RESUMO

No que concerne à tutela penal do consumidor no Brasil, o vigente Código de Defesa do Consumidor, ao contrário de outras legislações consultadas à época de sua elaboração, à exceção da lei da província canadense de Quebec, contém a tipificação de delitos específicos contra as relações de consumo. Isto porque àquela época (1988), pareceu essencial à comissão encarregada da redação do anteprojeto que se estabelecessem essas normas de caráter criminal, para assegurarem o cumprimento de suas partes cível e administrativa. Todavia, e desde então, ficou claro à mesma comissão que um dia, no futuro – que agora é chegado – toda a legislação penal esparsa, inclusive a de crimes contra o consumidor, devesse ser absorvida por um novo Código Penal. Desta forma, este ensaio visa a demonstrar e justificar não apenas um histórico das tentativas de modificação de leis já pré-existentes de caráter econômico, no passado, como também a correção da proposta de sua reunião a partir do art. 427 e seguintes do projetado novo Código Penal, bem como, todavia, as omissões que foram detectadas.

ABSTRACT

Relatively to the consumer's penal protection in Brazil, the current Code of Consumer's Defense, different from other legislations that were examined at the time of its elaboration, with the exception of the law of the Canadian province of Quebec, contains the definition of specific crimes against consumer relations. That is so because at that time (1988) it seemed essential to the commission that was in charge of the making of its rough draft that there should be rules of criminal nature, so that they would enact the enforcement of its civil and administrative protection parts. Nonetheless, and since then, it has been clear enough to the aforesaid commission that one day, in the future – which has now arrived – every sparse penal legislation, including the one against the consumer, should be absorbed by a new Criminal Code. Therefore, the present essay intends to demonstrate and justify not only a historical trend of attempts to modify the already pre-existent laws of economic nature in the past, but also the righteousness of the proposal towards their gathering from article 427 and onwards on the newly drafted Criminal Code, as well as, though, the gaps that have been detected.

1. Considerações gerais

Quando a comissão especial de juristas incumbida da elaboração de anteprojeto de uma lei nacional brasileira de proteção e defesa do consumidor e designada pelo então ministro da justiça Paulo Brossard, em junho de 1988, começou o seu trabalho, desde logo se deparou com uma dúvida significativa: deveria ela, ou não, antes de mais nada, preocupar-se com uma tutela penal do consumidor, ao lado das tutelas civil e administrativa, uma vez que, analisadas as legislações de quatorze países diferentes à época, somente a da Província de Quebec, Canadá, continha dispositivos dessa natureza¹.

Referida preocupação foi debatida longamente no âmbito de outra comissão especial, instituída paralelamente àquela primeira pelo então procurador geral de justiça do Estado de S. Paulo, Cláudio Ferraz de Alvarenga, por nós presidida, e cujo objetivo era precisamente subsidiá-la com esses estudos².

Com efeito, o primeiro propósito das comissões foi no sentido de não se arranhar a legislação penal vigente, tanto a codificada quanto a extravagante e, o que era mais importante: tipificar condutas ainda não contempladas nos casos em testilha, como os abusos em matéria de publicidade (“enganosa” e “abusiva”), bem como outras consideradas de tal forma graves que, além do tratamento de natureza administrativa e civil, estariam a demandar igualmente o tratamento penal.

E aqui valeu a advertência de Othon Sidou³ no sentido de que seria na prática impossível, senão inútil, preverem-se todos os fatos que viessem a afligir o consumidor – e nós acrescentaríamos –, *as fraudes* e outros comportamentos que o viessem a lesar de maneira grave e muitas vezes de forma irreparável. Isto porque sempre haveria algo a prevenir, mas igualmente alguém disposto a burlar as normas demasiadamente amplas estabelecidas, donde a necessidade da sua constante atualização, sem nos esquecermos, igualmente, das fraudes de natureza civil e infrações administrativas. Até porque também nesse âmbito nos havíamos deparado com um verdadeiro cipoal de normas difusas por todo o ordenamento jurídico, muitas vezes até conflitantes entre si, o que igualmente ocorreria no âmbito criminal⁴.

Pareceu-nos claro desde logo, todavia, que num futuro ainda incerto, contudo previsível, haveria uma consolidação de toda – ou quase toda – a legislação penal em um novo Código Criminal.

Nesse sentido, tracemos um retrospecto histórico, ainda que breve, a respeito de tentativas, seja no intuito de se *modernizar* a antiga *Lei de Crimes contra a Economia Popular*, de 1951, seja no da consolidação de normas dessa mesma natureza.

2. Tentativas anteriores de sistematização

2.1. Atualização da lei de crimes contra a economia popular – Em 1984, o então ministro da justiça, Ibrahim Abi Ackel, havia instituído comissão especial com vistas à atualização da *Lei de Crimes contra a Economia Popular* (Lei 1.521/51), certamente se tendo em vista a adoção, cerca de algum tempo depois, de planos econômicos que tinham como alvo o crônico processo inflacionário e fraudes cíclicas contra o público em geral.

Tivemos a honra, naquela oportunidade, em que ainda exercíamos as funções de *procurador de justiça do consumidor* nas instalações do Procon-SP, de assessorar um dos membros da aludida comissão, o desembargador Diwaldo Sampaio, do Tribunal de Justiça paulista.

Após ingentes esforços, o trabalho foi entregue ao Ministério da Justiça, que o havia encomendado, mas, a partir de então, nada se falou a respeito, nem houve o encaminhamento de qualquer projeto nele baseado ao Congresso Nacional.

Em síntese, os trabalhos propunham a manutenção dos principais tipos penais ainda vigentes na referida *Lei de Crimes contra a Economia Popular*, bem como a inclusão de outros, mais consentâneos com a realidade socioeconômica então vigente⁵.

À falta, portanto, de um novo instrumental mais consentâneo com essa realidade (*i.e.*, com a edição dos *Planos Cruzados I e II, Plano Verão* etc.), tivemos de organizar, em menos de quinze dias, e com a imprescindível colaboração dos colegas de Ministério Público Marco Antônio Zanellato e Roberto Durço, um livro que serviria de orientação aos demais promotores de justiça do Estado de S. Paulo – *Reforma Econômica*⁶ –, o qual continha toda a parafernália legislativa ligada ao tema *economia popular*, sobretudo os decretos-leis editados pela Presidência da República, portarias da extinta Sunab, modelos de denúncias por infringência a tabelamento e congelamento de preços etc., além, obviamente, da legislação básica para tanto (*i.e.*, a Lei 1.521/51 e a Lei Delegada 4/62).

2.2. Projeto de Lei 2.176/90 – Cinco anos mais tarde após a referida tentativa frustrada de reformas da legislação de tutela da *economia popular*, ou

seja, em 1989, mediante a Mensagem Presidencial 179/89, foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.176/90 que, em suma, adotava as linhas gerais do nosso trabalho de 1984. Ou seja, mantidos os tipos penais mais relevantes da *lei de crimes contra a economia popular*, introduzia outros, reputados essenciais à sustentação dos planos econômicos então concebidos, bem como simplificava os procedimentos penais aplicáveis a essa classe de delitos e dava outras providências complementares.

Referido projeto, entretanto, foi rejeitado pela Câmara dos Deputados e, ao ensejo da posse do novo governo federal, tentou-se reavivá-lo, com algumas modificações, mediante a edição de medidas provisórias.

2.3. Medidas provisórias – Com efeito, com a instituição do chamado *Plano Brasil Novo* que, dentre outras providências, decretou o *confisco de poupanças e depósitos bancários*, foram editadas: **a)** Medida Provisória 153, de 15 de março de 1990, definindo os *crimes de abuso do poder econômico*; e **b)** Medida Provisória 156, da mesma data, que definia *crimes contra a fazenda pública*, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os praticassem.

Surgiu então grande celeuma a respeito do aspecto de sua constitucionalidade, ainda que calcadas ambas as medidas provisórias no disposto pelo art. 62 da Constituição Federal de 1988, chegando-se mesmo a intentar ação direta de declaração de sua inconstitucionalidade pela Procuradoria Geral da República, até que o próprio Governo Federal houve por bem revogá-las, por intermédio da Medida Provisória 175, de 27 de abril de 1990⁷.

2.4. A Lei 8.137/90 – Embora estivéssemos trabalhando com as duas comissões com vistas à elaboração do anteprojeto de código do consumidor, de forma alguma fomos informados da existência de outro grupo de trabalho que deu origem à Medida Provisória 175/90 e a estudos que culminaram na vigente Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Ou seja, fomos surpreendidos pelo fato de, aprovada mesmo após o código do consumidor, com *vacatio legis* de seis meses (com vigência somente a partir de 11 de março de 1991), a *lei surpresa* ter sido publicada em 27 de dezembro de 1990, entrando imediatamente em vigor.

Tanto assim que alguns aspectos têm ainda sido discutidos sobre se algum dispositivo da Lei 8.137/90 teria sido ou não revogado pelo código do consumidor, em virtude de cuidarem de questões idênticas ou ao menos semelhantes como no caso, por exemplo, no inciso VII do art. 7º da primeira em confronto com os artigos 66 e 67 do segundo⁸.

2.5. Crimes contra a economia popular ou contra as relações e consumo?

– A alocação *economia popular* sem dúvida espelharia melhor o objeto de tutela da legislação não apenas de ordem penal, como também administrativa e civil. Ou seja, tradicionalmente, desde os tempos da draconiana legislação de 1938, da época do *Estado Novo* de Getúlio Vargas⁹, cunhou-se referida expressão para designar todo e qualquer objeto de interesse, material ou imaterial, que se relacionasse com o bem-estar dos cidadãos (*e.g.*, bens e serviços essenciais), e que venha a ser ameaçado ou prejudicado por ação ou omissão de terceiros, em geral, e pelos agentes econômicos, em particular, sobretudo em períodos de escassez e crises socioeconômicas.

Com efeito, consoante as anotações de Eurico Castello Branco¹⁰:

“A Constituição é explícita: equipara os crimes contra a economia popular aos cometidos contra a segurança do Estado – no que põe em pé de igualdade, irmanando-se e confundindo-os, o Estado e o povo¹¹ – e prescreve para os mesmos foro especial. *Antigamente, os crimes contra a economia popular eram abrangidos até certo ponto, pela legislação penal. Como, porém, a matéria é muito fugidia, os especuladores e arquitadores de ‘planos’ tinham campo livre, para as suas atividades suspeitas, pois desfrutavam a certeza de que a dificuldade da prova, a chicana dos advogados e os escrúpulos naturais do formalismo jurídico dos tribunais comuns lhes asseguravam a impunidade. Os crimes previstos na lei nº 869 já tinham sido mais ou menos abrangidos pela legislação passada, embora com penalidades menores. No entanto, os exemplos de crimes impunes são fáceis de apontar, mesmo os que passaram excepcionalmente pelos tribunais comuns. As maiores burlas têm sido feitas entre nós. Prejuízos relevantíssimos têm sido dados ao povo, de imaginação impressionável e fácil de iludir. E os seus autores têm ficado sempre impunes. O Estado Novo não mereceria existir se continuasse a contemplar de braços cruzados estes espetáculos impunes.*”¹²

No mesmo sentido, e conforme ponderado pelo então juiz Tupinambá Pinto de Azevedo, do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul¹³:

“A Lei nº 8.137/90 contém, no cap. II, crimes ‘contra a ordem econômica e as relações de consumo’. Melhor seria menção clara e direta à ‘economia popular’ – bem jurídico já arraigado na tradição legal brasileira¹⁴. Ali estão proibidos o açambarcamento de mercadoria, o ajuste de empresas para provocar a alta de preços, a concorrência desleal, o *dumping*, a venda casa ou venda acima da tabela etc. Sequer é possível perceber o *discrimen* entre ‘ordem econômica’ e ‘relações de consumo’. Mais grave, a lei em questão foi promulgada penas três meses após a edição do CDC (Lei nº 8.078, de 11-9-1990), primeiro Diploma Legal brasileiro a mencionar as ‘relações de consumo’, como bem jurídico especialmente protegido. Estava ainda o Código do Consumidor em *vacatio legis*

e já dispúnhamos de outra lei, abastardando-se a sistematização da matéria. Ocorre que as 'relações de consumo' envolvem sujeitos determinados (o sujeito ativo é sempre fornecedor de produtos ou serviços e sujeito passivo standard é sempre o consumidor dos mesmos, na condição de destinatário final) e objeto material representado por produtos ou serviços. O bem jurídico em tela é imaterial, e a proteção penal se dirige a um número indeterminado de pessoas. Daí dizer-se que estão protegidos interesses difusos ou metaindividuais do universo de consumidores. Ora, a Lei nº 8.137/90, no art. 7º, erigindo igualmente as relações de consumo como bem jurídico protegido, quebra o sistema, na medida em que oferece proteção ao consumidor, individualmente considerado e repete tipos da lei de economia popular, em que o adquirente do produto não é, necessariamente, destinatário final da mercadoria."

Inspirados, todavia, pelas diretivas europeias de proteção e defesa do consumidor¹⁵ e, sobretudo, pela Resolução ONU 39/248, de 10 de abril de 1985, e a *Lei-Tipo de Defesa do Consumidor* elaborada pela IOCU (*International Organization of Consumers' Unions*), hoje IC (*Consumers' International*)¹⁶, os redatores do então anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor optaram pela alocação *relações de consumo*, até porque mais ampla do que *economia popular*.

Uma curiosidade: nosso vigente Código Penal foi pioneiro em utilizar o termo *consumidor*, ao dizer, em seu artigo 175, *caput*, que é crime contra o patrimônio, especificamente de *fraude no comércio*, "*enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor*". Ou seja, mais de cinquenta anos antes da edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor o tipo penal em questão já *distinguiria adquirente de consumidor*, questão essa, aliás, ainda objeto de acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Até porque em seu art. 2º, *caput*, o referido código também diz poder a pessoa jurídica ser considerada como consumidora e não mera *adquirente*.

Não é aqui o lugar nem o tempo para discutirmos tal pendenga. Todavia, não podemos perder a oportunidade de ponderar que tal distinção é fundamental. Ou seja: *consumidor* é a parte *vulnerável* em dada relação negocial, além de *destinatário final* dos objetos dessa mesma relação jurídica. E, por isso mesmo, sujeito de tutelas especiais previstas pelo código do consumidor como, por exemplo, a inversão do ônus da prova nos processos judiciais, a interpretação mais favorável de cláusulas contratuais duvidosas, privilégio de foro etc. Já *adquirente* é aquele que também participa dessa relação

Consumidor é a parte vulnerável em dada relação negocial, além de destinatário final dos objetos dessa mesma relação jurídica

negocial, pressupondo-se, todavia, que esteja em pé de igualdade com a outra parte interessada (vendedor/fornecedor), aplicando-se-lhe, por conseguinte, as normas do Código Civil ou Comercial.

3. Critérios empregados no anteprojeto do código do consumidor: a sistematização como palavra-chave e garantismo como fundamento

As doudas ponderações de Tupinambá Azevedo e Eurico Castello Branco citadas no item anterior realmente procedem, donde nossa preocupação, desde o início da concepção do código do consumidor, com uma tutela penal clara, objetiva e, sobretudo, sistemática, respeitando-se o que já havia tanto no corpo do código penal como na legislação penal especial.

Tanto assim que fizemos constar, desde o primeiro esboço elaborado¹⁷, o alerta consubstanciado no art. 61 do vigente código do consumidor, no sentido de que: *“constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes”*.

Conforme parecer então produzido pelo membro da comissão interna do Ministério Público paulista, Roberto Durço, à época desempenhando as funções de Inspetor Regional do CADE¹⁸, a temática discutida poderia ser resumida nos seguintes pontos, em tom interrogativo aos seus demais componentes:

“Dispositivos Penais e Processuais Penais –

a) Deverão constituir simples capítulos do Código de Defesa do Consumidor?

b) Deverão constituir um diploma legal à parte?

– Ter-se-ia tão simplesmente um diploma legal sem qualquer pretensão de Código ou Consolidação – com a denominação ‘Leis Penais e Processuais Penais de Repressão a Infrações contra a Economia Popular’ ou contra mais singela, que desse abrangência de toda a legislação vigente, com certas alterações, e com o acolher de novos tipos penais, em especial que resguardem penalmente o cumprimento do Código de Defesa do Consumidor?

– Ter-se-ia uma ‘Consolidação de Leis Penais sobre Infrações contra a Economia Popular’ – por ter por objeto a ‘reunião de normas legais dispersas, com o fim de harmonizar e facilitar a sua execução’ (Dicionário Jurídico Brasileiro, Monteiro Lopes)?

– Ter-se-ia, ambiciosamente, um ‘Código de Repressão a Infrações contra a Economia ‘Popular’, pois, conteria a ‘formação orgânica do direito’ (como exigia Clóvis das codificações) afeto à defesa do consumidor?

Sugestão: – em 1ª etapa inserir no Código de Defesa do Consumidor tão-só:

a) *Tipos penais que resguardem especificamente o cumprimento desse Código;*
b) *Normas processuais que reforcem o combate a essas infrações, especialmente com princípios de responsabilidade objetiva e de imediata interdição do estabelecimento quando o prosseguir de suas atividades criminosas se evidenciar como altamente danoso à economia popular.*

Sugestão: – em 2ª etapa elaborar um diploma legal que abrangesse de forma orgânica e harmônica as inúmeras infrações penais nessa área (com aprimoramento da descrição penal) e o criar de novos tipos penais que se fazem necessários (com logicidade na graduação da pena), e com especial cuidado da parte processual, a fim de serem sanadas omissões, incongruências e constantes dúvidas.”

E, pelo que se pode verificar do elenco de tipos penais a partir do art. 62 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990), as sugestões em etapas 1ª e 2ª foram as aprovadas tanto pela comissão interna do Ministério Público de S. Paulo, quanto pela comissão especial do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça.

Não sem antes, entretanto, haverem discussões a respeito do conteúdo dos então projetados tipos penais consumeristas, como se verá no item seguinte.

Referidos tipos, em suma, como se pode observar de sua leitura em confronto com a parte dispositiva de cunho civil e administrativo (e.g., arts. 8º a 10, 30 a 37 e outros) do código do consumidor, tiveram por fito o *garantismo* dessas mesmas normas.

4. As experimentações feitas até o resultado final

À guisa de experimentação, com efeito, e partindo-se das alternativas também elencadas no lúcido parecer focado acima, tentamos inserir num capítulo do então projetado Código de Defesa do Consumidor, dispositivos já constantes da ainda vigente *Lei de Crimes contra a Economia Popular* (Lei 1.521, de 1951), mas modificados e atualizados, exatamente após a vivência dos chamados *planos de estabilização econômica* tentados até o final de 1988. Ou seja, além do tabelamento efetivo de preços de gêneros e mercadorias, estabelecera-se também o *congelamento* desses preços, *maquiagem de*

embalagens para justificar seus aumentos abusivos, além de outros tipos de controle governamental de preço e mercado (com base, por exemplo, na análise de planilhas de custos pelo Conselho Interministerial de Preços, *preços acompanhados* ou *preços liberados*, margens de lucro, *fórmula CDI*, isto é, *custo, despesa e lucros* etc.).

E o resultado foi uma verdadeira miscelânea ou uma criatura digna de um *Dr. Frankenstein*. Mesmo porque também tivemos de açambarcar outros tipos penais sob a rubrica de *economia popular* e os comportamentos previstos pela Lei Delegada 4, de 1962, parecendo como que um corpo humano normal, mas com um dos braços, por exemplo, totalmente desproporcional ao restante do mesmo corpo, com poucos artigos, mas com infindáveis parágrafos, incisos e alíneas. Além disso, estaríamos a contrariar o espírito que animara a estrutura do próprio código do consumidor, ou seja, no sentido de se harmonizarem as suas três tutelas (civil, penal e administrativa) com uma *filosofia* ou *principiologia* original, que tem como bases fundamentais a *vulnerabilidade* do consumidor e sua posição no mercado como o *destinatário final de produtos e serviços*.

Mediante estudos, discussões e sugestões, tanto dos membros da comissão interna do Ministério Público de S. Paulo como dos da comissão especial do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, chegamos ao que hoje está tipificado no Código de Defesa do Consumidor, deixando para a outra fase (2ª etapa), a que se referiu Roberto Durço, para uma efetiva *sistematização de uma classe de delitos que chamamos na ocasião de Crimes Econômicos*, com ênfase nos que se refeririam às relações de consumo. Senão vejamos.

4.1. Fase 1ª – Embora aqui não tenhamos o intuito de discutir cada um dos tipos *de per se*, podemos desde logo afirmar que o critério que nos levou à criação dos tipos vigentes no Código de Defesa do Consumidor foi o de se *garantir o cumprimento dos dispositivos de ordem civil e administrativa*.

Em suma, poderíamos então dizer que os delitos concebidos para o Código do Consumidor se deveram a:

- a) *necessidade de especificação de condutas reputadas graves para a tutela geral do consumidor;*
- b) *sua harmonização com as normas penais já existentes no corpo do código penal e na legislação especial;*
- c) *punição de comportamentos considerados de tal forma graves que seriam insuficientes meras punições administrativas ou civis;*
- d) *prevenção de novos delitos contra as relações de consumo;*

e) efetividade das normas de natureza civil e administrativa do próprio código bem como de outras normas de proteção/defesa indireta e direta das relações de consumo.

4.2. Fase 2^a – Antevíamos, já em 1988, que futuramente haveria uma consolidação – *em uma lei especial ou num novo código penal* – dos já referidos crimes econômicos, mediante o seguinte critério:

- a) os constantes já do Código do Consumidor;*
- b) os constantes da Lei de Incorporações de Imóveis (Lei 4.591/64);*
- c) os estabelecidos pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79);*
- d) alguns tipos vigentes na Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51);*
- e) e outros da Lei 8.137/90.*

5. Um novo Código Penal: tentativa concreta anterior frustrada

Em prol da tese de etapas na consolidação das normas de caráter penal econômico, assinalamos que, pelas Resoluções SJDC-10, de 3 de março de 1993, e SJDC-37, de 21 de setembro de 1993, a Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania do Estado de S. Paulo constituíra comissão de juristas com vistas àquele estudo, e especialmente com o fito de colaborar com a *Comissão de Juristas* do Ministério da Justiça, encarregada de elaborar um *Anteprojeto de Código Penal*, parte especial, então presidida pelo professor Evandro Lins e Silva.

A Comissão Paulista, presidida pelo professor Damásio Evangelista de Jesus, a final chegou a apresentar seu trabalho que, *em última análise, consolidara os delitos esparsos pelas leis já aqui discutidas*, optou pelos tipos abertos e de perigo, independentemente de qualquer lesão, *levando-se em vista a sociedade como potencial vítima das práticas reprováveis, entendendo-se que o simples fato de atentarem contra as relações de consumo tornava-os delitos de lesão, exatamente pelo bem jurídico relevante prejudicado.*

Foram então propostos, por exemplo, os seguintes delitos, já existentes, mas então consolidados, e dispersos pela legislação já referida:

- de oferta ou publicidade enganosa,*
- oferta ou publicidade abusiva,*
- omissão de organização de dados informativos da publicidade,*
- omissão de recomendações, dizeres ou sinais sobre a nocividade ou periculosidade de produtos e serviços,*

- omissão de comunicação sobre serviço perigoso ou nocivo,
- venda casada,
- infringência a preço tabelado ou controlado,
- não afixação de preços, reajustamento ou indexação irregular,
- dolo, favorecimento ou preferência irregular,
- oferta ou fornecimento de produto ou serviço em desacordo com as normas regulamentares,
- produtos fraudulentamente misturados,
- adulteração de produto,
- fraude no preço,
- fraude no peso, medida ou quantidade,
- alteração de prazo de validade,
- produto ou serviço sem registro ou autorização,
- elevação ilegal de preço na venda a prazo,
- sonegação de produto ou matéria-prima,
- recusa de prestação de serviço,
- produto impróprio,
- reaproveitamento de produto descartável,
- sonegação de informações e impedimentos de exames,
- falsidade intelectual,
- emprego de peças ou componentes usados,
- cobrança ilegal de dívida,
- impedimento indevido de acesso a informações, omissão ou correção de informações em bancos de dados,
- especulações e processos fraudulentos,
- omissão indevida de entrega de produto ou realização de serviço,
- usuras pecuniária e real¹⁹.

Ao que se viu, contudo, referido trabalho não foi aproveitado na época, mas veem-se claramente essas preocupações no Projeto de Novo Código Penal, ora apreciado pelo Congresso Nacional, ou seja, a partir do seu artigo 427.

6. Nossas sugestões: quadro comparativo

Assim que nos inteiramos dos dispositivos propostos e os analisamos, desde logo os aplaudimos, porquanto espelham exatamente as propostas então formuladas por nós, integrantes da comissão original de elaboração do Código de Defesa do Consumidor, bem como, posteriormente, pela

comissão da Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania do Estado de S. Paulo.

Ou seja: num primeiro momento, tipos bem específicos sobre relações de consumo; num segundo, entretanto, sua consolidação, juntamente com outros delitos de conteúdo econômico, num novo código penal, colocando-se um paradeiro à dispersão de normas de caráter penal, como sói, aliás, ocorrer na grande maioria dos países.

Entretanto, exatamente em razão da importância da *Lei de Crimes contra a Economia Popular*, e da própria Lei 8.137/90, ousamos apresentar um quadro abaixo esboçado, com sugestões desse aproveitamento, de forma objetiva e clara. Até porque, conforme dispositivo final do projeto ora sob exame do Congresso Nacional, ambos os diplomas legais em questão seriam pura e simplesmente revogados²⁰. Aliás, com relação aos artigos 5º e 6º da Lei 8.137/90, já o haviam sido pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, lei essa que *reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*²¹.

QUADRO COMPARATIVO DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO: proposta do novo Código Penal (esquerda) e legislação revogada ou aproveitada (direita)

LEGENDAS ABAIXO

= Art. (...) corresponde a artigo de lei já existente

CDC – Código de Defesa do Consumidor

(?) (...) ? – dispositivo revogado pela nova proposta de Código Penal
(na coluna da esquerda) mas que deveria ser aproveitado,
conforme proposta nesta coluna da direita

| | |
|---|------------------|
| Art. 427. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. § 1º Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado. § 2º Se o crime é culposo: Pena – prisão, de seis meses a um ano, ou multa. | = Art. 63 do CDC |
|---|------------------|

| | |
|---|---|
| <p>Art. 428. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> <p>Parágrafo único. Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos.</p> | <p>= Art. 64 do CDC</p> |
| <p>Art. 429. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente:</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> <p>Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.</p> | <p>= Art. 65 do CDC</p> |
| <p>Art. 430. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> <p>§ 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.</p> <p>168</p> <p>§ 2º Se o crime é culposo:</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a um ano, ou multa.</p> <p>Art. 431. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> | <p>= Art. 66 do CDC</p> <p>= Art. 66 do CDC</p> <p>= Art. 67 do CDC</p> |

| | |
|--|--|
| <p>público competente, sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença, ou em desacordo com as disposições das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios: Pena – prisão, de um a quatro anos.</p> | |
| <p>Art. 439. Fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou 170 desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo: Pena – prisão, de um a quatro anos.</p> | <p>= Art. 55 da Lei 6.766/79</p> |
| <p>Art. 440. Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado: Pena – prisão, de um a dois anos.</p> | <p>= Art. 55 da Lei 6.766/79</p> |
| <p>Art. 441. Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado: Pena – prisão, de um a dois anos.</p> | <p>= Art. 55 da Lei 6.766/79</p> |
| <p>Art. 442. Misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias</p> | <p>= Art. 7º, inc. III, Lei 8.137/90</p> |

| | |
|---|--|
| <p>de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo: Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> <p>Parágrafo único. Se a ação for culposa, a pena será de seis meses a um ano, ou multa.</p> | |
| <p>Art. 443. Fraudar preços por meio de:</p> <p>a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;</p> <p>b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;</p> <p>c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; ou</p> <p>d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação</p> <p>171</p> <p>dos serviços;</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> | <p>= Art. 7º, inc. IV, Lei 8.137/90</p> |
| <p>Art. 444. Vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> <p>Parágrafo único. Se a ação for culposa, a pena será de seis meses a um ano, ou multa.</p> | <p>= Art. 7º, inc. IX, Lei 8.137/90</p> |
| <p>Art. 445. Enganar, no exercício de atividade comercial, o consumidor ou usuário, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre</p> | <p>+ ou – Art. 7º, inc. VII, Lei 8.137/90 (induzir o consumidor ou usuário a erro)</p> |

| | |
|---|--|
| <p>a natureza, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;</p> <p>Pena – prisão, de seis meses a dois anos.</p> | <p>= Art. 7º, inc. VII, Lei 8.137/90</p> |
| <p>Art. 446. Para os crimes previstos neste Capítulo, são circunstâncias que podem agravar a pena de um terço até a metade:</p> <p>I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;</p> <p>II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo;</p> <p>III – dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;</p> <p>IV – quando cometidos em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não; ou</p> <p>V – serem praticados em operações que envolvam alimentos ou medicamentos.</p> | <p>= Art. 76 do CDC</p> |
| <p>(?) VENDA CASADA?</p> | <p>Vide – Art. 5º, II, Lei 8.137/90 – “subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço”</p> |
| <p>(?) TABELAMENTO DE PREÇOS?</p> | <p>Vide – Art. 6º, I, Lei 8.137/90 – “vender ou oferecer à venda mercadoria ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle”</p> |

| | |
|--|--|
| <p>(?) ESPECULAÇÃO?</p> | <p>Vide – Art. 6º, II, Lei 8.137/90 – “aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação do contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente”</p> |
| <p>(?) ÁGIO?</p> | <p>Vide – Art. 6º, III, Lei 8.137/90 – “exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrativo, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio de doação ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação”</p> |
| <p>(?) ESTELIONATO COLETIVO?</p> | <p>Vide – Art. 2º, IX, da Lei 1.521/51 – “obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos – bola de neve, cadeias, pichardismo e quaisquer outros equivalentes”</p> |
| <p>(?) NÃO ENTREGA DE BENS VENDIDOS?</p> | <p>Vide – Art. 2º, X, Lei 1.521/51 – “violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto”</p> |
| <p>(?) FRAUDE DE PESOS E MEDIDAS?</p> | <p>Vide – Art. 2º, XI, Lei 1.521/51 – “fraudar pesos ou medidas padronizados me lei ou regulamento, possuí-los ou detê-los para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados”</p> |

| | |
|-----------------------|--|
| (?) USURA PECUNIÁRIA? | Vide – Art. 4º, ‘a’, Lei 1.521/51 – “cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei, dobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito” |
| ?) USURA REAL? | Vide – Art. 4º, ‘b’ – “obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida” |

Notas

¹ Cf. nosso *Manual de direitos do consumidor*, 11. ed., Atlas, SP, pp. 316-21.

² Também integraram a referida comissão conjunta os então promotores de justiça Roberto Durço, à época inspetor regional do CADE, Walter Antônio Dias Duarte, Marco Antônio Zanellato, Daniel Roberto Fink, Luís Cyrillo Ferreira Jr., Renato Martins Costa, Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, o procurador do Estado Marcelo Gomes Sodré e a então assessora especial do Procon-SP Mariângela Sarrubbo. *Fonte:* Arquivo pessoal do autor, doado, em 2002, ao Centro de Memória e Documentação Histórica do Ministério Público do Estado de S. Paulo.

³ In *Proteção ao consumidor*, Forense, RJ, 1977.

⁴ Tanto assim que em 1984, o professor Luiz Amaral, da Universidade de Brasília, e que viria a ser o secretário-executivo do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor no ano seguinte, após ingentes esforços, lançou pela Fundação Senador Petrônio Portella uma compilação de toda a legislação que cuidava direta ou indiretamente da proteção ou defesa do consumidor, em nada mais, nada menos que *quatro volumes*, com 1.250 páginas cada um.

⁵ Vide a respeito nosso trabalho intitulado *A defesa do consumidor e os crimes contra a economia popular – (Defesa do consumidor – textos básicos)*, publicação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça. Brasília, DF, em duas edições: 1987 (p. 149-59) e 1988 (p. 187-97).

⁶ Editado pelo Departamento de Publicações da Associação Paulista do Ministério Público em conjunto com a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, março de 1986.

⁷ Cf. nosso artigo a respeito, *Infrações penais e medidas provisórias*, publicado na *Revista Justitia*, do Ministério Público do Estado de S. Paulo, v. 150, págs. 25-29 e na *Revista dos Tribunais*, v. 659, p. 367-70.

⁸ Cf., a esse respeito, nosso artigo *Crimes contra o consumidor*: art. 7º da Lei 8.137/90 e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, coordenada por Ana Sofia Schmidt de Oliveira, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, 1999.

⁹ Cf. o Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938, in *Anotações às Leis de Segurança e Economia Popular*: legislação – jurisprudência – doutrina, de Eurico Castello Branco, Livraria Jacintho Editora, RJ, 1940, págs. 147 e ss.

¹⁰ Cf. obra acima citada, p. 147.

¹¹ Destaques nossos em *itálico*.

¹² Destaques, *idem*.

¹³ Cf. nosso *Manual de direitos do consumidor*, Atlas, SP, 11. ed., 2012, p. 297-9.

¹⁴ Destaques nossos em *itálico*.

¹⁵ Cf., a esse respeito, *Política de consumidores na Europa*: o acervo do direito europeu do consumo, do professor Mário Frota, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 2003.

¹⁶ Cf. nosso *Manual de direitos do consumidor*, Atlas, SP, 11. ed., 2012, p. 761 e ss.

¹⁷ A vigente Lei 8.078/90 teve como origem nada menos que seis esboços desde o início dos trabalhos da comissão especial do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, de junho a novembro de 1988, até a sua versão final, que foi publicada no *Diário Oficial da União*, edição especial, no dia 4 de janeiro de 1989, para ampla divulgação e recebimento de outras sugestões. *Fonte*: Arquivo pessoal do autor, doado em 2002 ao Centro de Memória e Documentação Histórica do Ministério Público do Estado de S. Paulo.

¹⁸ *Fonte*: *Idem*, conforme nota anterior.

¹⁹ *Fonte*: Arquivos do extinto CENACON – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de S. Paulo, implantado e coordenado pelo autor por treze anos, e de acordo com relatório apresentado na época (1993) pelo dr. Marco Antônio Zanellato, representante do Ministério Público Paulista junto à Comissão Estadual constituída pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça e Defesa da Cidadania a que nos referimos.

²⁰ Cf. art. 544 do projeto referido.

²¹ Cf. nosso *Manual de direitos do consumidor*, Atlas, SP, 11. ed., 2012, p. 75 e ss., ao tratarmos da *livre concorrência, abuso do poder econômico e consumidor*.

LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO. ESTUDIO COMPARADO: ESPAÑA-PORTUGAL

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Granada (España)

EXCEROTOS

“La necesidad de vinculación jurídica del acuerdo determina que el trabajo del mediador se amolde a los principios e instituciones del derecho, pues, de otro modo, estaríamos ante la transacción tradicional, en el que las personas, en orden a su autonomía, reordenaban sus potestades, facultades y pretensiones en aras de la evitación del proceso, independientemente de la razón jurídica (justicia) de una y otra parte”

“La mediación persigue el fin de la controversia, a partir de la cesión del interés de cada parte, constituyéndose, en adelante, en interés compartido de las partes. Es una consecuencia de la libertad individual o, más concretamente, de la libertad negocial, con los límites que la propia ley impone y el principio de la buena fe, frente al abuso del derecho. La mediación, en definitiva, es una decisión rogada de la parte”

“Técnicamente, la primera acción del mediador deberá corresponderse con la realización a las partes de la siguiente pregunta: ¿de qué trae causa su derecho o pretendido derecho?”

“En cuanto a su estatuto jurídico, los mediadores serán profesionales independientes y habilitados para prestar el servicio de mediación, de acuerdo con los principios de imparcialidad, independencia, credibilidad, competencia, confidencialidad y diligencia profesional”

“El arbitraje de consumo, se configura como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales, en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor”

El presente trabajo es fruto de la estancia de investigación tutelada por el Dr. Mário Frota en la Associação Portuguesa de Direito do Consumo en la ciudad de Coimbra (Portugal). Desde aquí agradezco sus enseñanzas y felicito a todos los que componen la APDC por su magnífico trabajo en pro de los derechos de los consumidores.

1. Introducción

Con este estudio, se pretende poner en valor los sistemas normativos vigentes en materia de mediación y arbitraje de consumo en España y Portugal a partir de su estudio comparado, con especial incidencia en las especialidades de cada uno, lo cual engrandece, sin duda, la posibilidad de profundizar en la protección de los consumidores.

No existen grandes diferencias entre el ordenamiento jurídico español y portugués, debido al tronco común que nos une, no solo por razones histórico-jurídicas, sino por la unificación que se produce a partir de la aplicación de las normas comunitarias y la pretendida unificación europea del derecho de consumo.

En la actualidad, a nivel europeo, se prepara la aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (directiva sobre RAL en materia de consumo) (COM(2011)0793 – C7-0454/2011 – 2011/0373(COD)); en la actualidad, por versión consolidada en virtud de Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013.

Por su parte, en España, la protección de los consumidores se concreta en un norma general, que viene a contemplar diversas leyes especiales por transposición de diferentes directivas. En cuanto a la mediación y arbitraje de consumo, existe un texto general relativo a la mediación (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), el cual excluye expresamente, inexplicablemente, la mediación de consumo; y, una norma especial, relativa exclusivamente a la resolución alternativa de conflictos de consumo.

En general, la protección de los consumidores en Portugal se concreta en la *Lei 24/1996*, de 31 de julio, la cual establece el régimen legal aplicable en defensa de los consumidores, la cual, en su artículo 10, se contiene la acción inhibitoria destinada a prevenir, corregir o hacer cesar cualquier práctica

lesiva de los derechos del consumidor; además de la acción de reparación de daños, del artículo 12.

La regulación de la resolución alternativa de conflictos se contiene en la *Lei 63/2011*, de 14 de diciembre, la cual incluye tres vías: la mediación, la conciliación y el arbitraje.

2. Sobre la naturaleza jurídica de la mediación

La mediación no es simplemente poner de acuerdo a dos sujetos o partes en un conflicto de índole jurídico. La necesidad de vinculación jurídica del acuerdo determina que el trabajo del mediador se amolde a los principios e instituciones del derecho, pues, de otro modo, estaríamos ante la transacción tradicional, en el que las personas, en orden a su autonomía, reordenaban sus potestades, facultades y pretensiones en aras de la evitación del proceso, independientemente de la razón jurídica (justicia) de una y otra parte.

La verdadera mediación requiere un ajuste de los derechos en aras del interés particular común de las partes, utilizando las técnicas de interpretación y aplicación de la norma habituales en la resolución de conflictos de intereses, como se hace por los jueces; además de preservar el interés general (paz social).

La mediación no debe tender a cualquier acuerdo. En este sentido, no puede perseguirse el incumplimiento total o parcial de los deberes de los sujetos, sobre todo, con el exclusivo argumento de una justicia lenta y costosa. Es, en la actualidad, la gran oportunidad de la justicia privada, en definitiva de la libertad individual; pero ello no quiere decir, la gran oportunidad del incumplimiento, de la indeterminación de los derechos o de la inseguridad jurídica. Las bases y fundamentos deben de ser claros, explícitos.

Por ello, nos extraña que todos los impulsos legislativos en torno a la solución alternativa de conflictos, se circunscriban al procedimiento o el estatuto del mediador, dejando el fondo o materia, a alusiones simples, como que los acuerdos deban de ser “conformes a derecho”; tampoco es suficiente que el acuerdo, de alguna manera, quede supeditado a la revisión judicial en el ámbito de la ejecución.

La normativa sobre mediación debe determinar los principios que en cada materia rigen en nuestro sistema; así, por ejemplo: en materia de familia, deberá prevalecer los principios de igualdad de los cónyuges e interés de la familia y del menor; en el tráfico jurídico, el principio de la buena fe, de equilibrio de las prestaciones, de protección de los consumidores, etc.; en materia de daños, del principio “nadie puede dañar a otro”.

De otro modo, la mediación no producirá en los justiciables la suficiente confianza, se convertirá en un método residual, distante de los sujetos.

La mediación persigue el fin de la controversia, a partir de la cesión del interés de cada parte, constituyéndose, en adelante, en interés compartido de las partes. Es una consecuencia de la libertad individual o, más concretamente, de la libertad negocial, con los límites que la propia ley impone y el principio de la buena fe, frente al abuso del derecho. La mediación, en definitiva, es una decisión rogada de la parte.

La mediación exige siempre un estado previo de controversia entre las partes, en definitiva un estado de incertidumbre de cada una, sobre que es “lo suyo”, en términos de justicia.

De acuerdo con la doctrina de la res dubia, la incertidumbre puede tener su origen en la propia voluntad de la norma jurídica (*iussum*) la cual atiende, de acuerdo con la generalidad y universalidad que pretende, todas las situaciones de hecho, que en ocasiones, se separan de la experiencia jurídica concreta (*ordo*). Por tanto, la incertidumbre se traduce en falta de seguridad “en torno al problema de saber si una determinada relación jurídica es o no regulada por el derecho, y en caso afirmativo, en que forma y hasta qué límites” (GULLÓN).

A partir de las doctrinas sobre la transacción (entre otros, VALSECCHI, GIORGIANNI), la incertidumbre puede ser objetiva o subjetiva. La incertidumbre objetiva se concreta en la duda sobre la existencia propia del derecho. Su remedio tradicional ha sido la acción declarativa o pretensión de declaración del derecho en el proceso (justicia rogada) a partir de datos fácticos que acreditan la existencia de la relación jurídica y por tanto, del derecho pretendido. En este sentido, el justiciable tiene una expectativa de hecho sobre el derecho, frente a otro que lo ostenta. Realmente, no hay incertidumbre sobre el derecho, sino sobre los hechos, actos o negocios que originan el derecho. De esta forma, el objeto de la mediación se convierte en el estudio de los hechos, actos o negocios jurídicos que son causa suficiente para constituir el derecho subjetivo. En estos casos, se produce gran controversia, en cuanto la afirmación del derecho para uno conlleva la negación para la otra parte.

Las soluciones mediadoras son complejas, de tal forma, que solo se nos antoja, para su resolución, cierta contraprestación de una parte a otra.

Técnicamente, la primera acción del mediador deberá corresponderse con la realización a las partes de la siguiente pregunta: ¿de qué trae causa su derecho o pretendido derecho?

3. ¿Es el juez el mejor mediador? La experiencia de los Juzgados de Paz en Portugal

Sobre la cuestión si es el juez el mejor mediador, la respuesta no es baladí, la afirmación de la misma (seguramente será la postura que adoptarían la mayoría de jueces, en el sentido de que la mediación evita los tediosos trámites procesales en relación con la necesaria contradicción, facilitándose respuestas ágiles, fundamentadas y, porque no decirlo, fieles al ideal particular de justicia del juzgador) implica la negación del propio espíritu de la mediación, la autonomía y la libertad individual; lo cual, entendemos, no quiere decir que no sea apropiado, es más, sería entendible tender a ello. El juez es el mejor mediador, sin duda. Pero, ¿lo es la administración de justicia?

En este sentido, la mediación debe plantearse como un instrumento de resolución de conflictos en el ámbito privado, lo que no quiere decir que deba realizarse una reforma profunda del proceso, otorgándose a los juzgadores “roles” de mediadores, en aras de soluciones que verdaderamente asuman convencidamente los justiciables como protagonistas del acuerdo (decisión). En las facultades de derecho se dice que los jueces hablan en sus resoluciones judiciales, pero ¿por qué no hacerlo por sí mismos? Su postura es muy importante, pues se fundamenta en el conocimiento y experiencia en el derecho. En nuestra historia, durante mucho tiempo, los jueces basaron sus resoluciones judiciales en su experiencia (*scire per se*); solo a partir de la Escuela de Bolonia, sobre las construcciones doctrinales de, entre otros, Durante, Martin de Fano y Aegidius de Fuscarario, se determinó un proceso basado en estadios, donde se concluía con una resolución que se fundamentaba sobre la base de lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*). De esta forma, la aportación del conocimiento y de la experiencia de los jueces sería muy importante para la resolución de conflictos individuales.

Pero del mismo modo, se hace muy importante también la experiencia de quienes habitualmente ejercitan en todos los ámbitos el derecho en cuanto han hecho de ello su profesión. Además, muchas de las decisiones judiciales descansan en los informes periciales que se aportan al proceso, de tal forma que, en la mediación, se hace necesaria en muchas ocasiones la participación de profesionales de todos los ámbitos del conocimiento.

Por tanto, se haría necesario un sistema mixto: por una parte, con un proceso más basado en la intermediación judicial y la participación proactiva de las partes y el juzgador, en aras de la resolución satisfactoria del conflicto; y por otra parte, una racionalización de la mediación privada, a partir de la necesaria aplicación del derecho, de acuerdos basados en la voluntariedad de las partes y en el conocimiento y experiencia jurídica del mediador o instituto de mediación y la colaboración de otros profesionales que puedan aportar el saber más diverso.

En este orden de ideas, se hace muy interesante el estudio de la experiencia portuguesa en cuanto a la instauración de los denominados “Juzgados de Paz”.

Los juzgados de paz en Portugal son creados por la *Lei 78/2001, de 13 de julho, de Juzgados de Paz*, los cuales tienen como fin general la participación de los ciudadanos y la estimulación del acuerdo entre las partes, a partir de un proceso simple, informal, oral y sometido al principio de economía procesal (art. 2).

Entre la competencia de los juzgados de paz portugueses por razón de la materia se encuentra, en general, las siguientes (*in fine*, arts. 9 y 11): Cumplimiento de obligaciones, salvo excepciones relativas a las denominadas personas colectivas; entrega de cosas muebles; propiedad horizontal, siempre que exista previo pacto o compromiso arbitral; resolución de litigios entre predios colindantes; acciones posesorias, prescripción adquisitiva y accesión; derechos de uso y administración de copropiedades, superficie, usufructo, uso, y habitación; arrendamientos urbanos, excepto desahucios; responsabilidad civil; incumplimiento contractual, excepto el contrato de trabajo y el arrendamiento rústico; acciones de garantía general de las obligaciones; la responsabilidad civil derivada de delitos menores; y, por último, acciones reales de goce sobre bienes inmuebles y la división de la cosa común.

Sobre la norma, debemos decir que echamos en falta cualquier referencia a los actos de consumo y las acciones específicas que de ellos se derivan. Entendemos que dentro de las materias que hemos descrito, se integran en las mismas, si bien, dada la peculiaridad de esos juzgados, de cercanía al ciudadano, deberían constar sus actos más habituales, como son sus relaciones de consumo.

La mediación no es simplemente poner de acuerdo a dos sujetos o partes en un conflicto de índole jurídico

De acuerdo con el artículo 16, en cada juzgado de paz existirá un servicio de mediación disponible para los interesados como forma de resolución alternativa de conflictos, cuyo objetivo es la estimulación de la solución del litigio por acuerdo de las partes. Dicha mediación tiene como límite la indisponibilidad de los derechos subjetivos por las partes.

La mediación en el ámbito de estos juzgados, a pesar de que se trata de órganos públicos, tiene carácter privado (art. 35.1), lo cual, se hace relevante, relegando la solución litigiosa al ámbito de las partes, a su capacidad de decisión, a su libertad, lo cual nos parece una solución muy acertada, pues se diferencia claramente entre acuerdo y proceso. En este sentido, continua la norma, la mediación es informal, confidencial, voluntaria y no contenciosa, de tal forma que se deben participar activa y directamente para buscar soluciones amigables y negociadas al conflicto.

En cuanto al papel del mediador, es la persona que organiza y dirige la mediación, cuya misión es poner por encima sus conocimientos prácticos y preparación teórica al servicio de las partes, con el fin de llegar a una solución mediada, mejor y más justa (art. 35.3).

En cuanto a su estatuto jurídico, los mediadores serán profesionales independientes y habilitados para prestar el servicio de mediación, de acuerdo con los principios de imparcialidad, independencia, credibilidad, competencia, confidencialidad y diligencia profesional (art. 30). No es necesaria la licenciatura en derecho, pero si una licenciatura adecuada, además de un curso reconocido oficialmente en mediación (art. 31).

El procedimiento comienza con la denominada “premediación”, que de acuerdo con los artículos 49 y 50, desde que es recibida la reclamación, se realiza una serie de actos previos, siempre que las partes así lo deseen. Tiene como objetivo explicar a las litigantes en qué consiste la mediación y verificar la posibilidad o predisposición de ellos para llegar a un acuerdo. Si se verifica la disposición a llegar a un acuerdo, comienza de inmediato la mediación con la elección del mediador, en caso contrario, se fija fecha para audiencia o juicio. El mediador que realice la premediación, en ningún caso podrá ser el mediador en fase de mediación propiamente dicha.

La mediación, según el artículo 53, tiene como principal objetivo proporcionar a las partes la posibilidad de resolver sus divergencias de forma amigable y concertada; a partir de su cooperación en la resolución del litigio bajo la dirección del mediador.

Además, entre las funciones del propio juez de paz, está la de proferir, de acuerdo con la ley o la equidad (art. 26) las soluciones al caso, procurando previamente la conciliación de las partes.

4. El arbitraje de consumo en España y Portugal: generalidades

El arbitraje de consumo en España se regula en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RDSAC), el cual, desde el punto de vista sistemático, regula toda una serie de disposiciones generales, la organización del sistema arbitral de consumo, el convenio arbitral, el procedimiento arbitral, además del arbitraje de consumo electrónico y el arbitraje de consumo coletivo.

El arbitraje de consumo se rige por lo dispuesto en la presente norma y, en lo no previsto en ella, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA).

El arbitraje de consumo, se configura como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales, en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor (art. 1.2).

Por su parte, como hemos expuesto más arriba, la protección de los consumidores en Portugal se concreta en la *Lei 24/1996*, de 31 de julio, la cual establece el régimen legal aplicable en defensa de los consumidores, la cual, en su artículo 10, se contiene la acción inhibitoria destinada a prevenir, corregir o hacer cesar cualquier práctica lesiva de los derechos del consumidor; además de la acción de reparación de daños, del artículo 12.

La regulación de la resolución alternativa de conflictos se encuentra en la *Lei 63/2011*, de 14 de diciembre, de arbitraje voluntario, la cual incluye tres vías: la mediación, la conciliación y el arbitraje. Se contiene toda una serie de disposiciones sobre: el convenio arbitral, los árbitros y el tribunal arbitral, competencia, medidas cautelares y actuaciones preliminares, ejecución de medidas, procedimiento arbitral, sentencia arbitral y terminación del proceso, impugnación de la resolución arbitral y ejecución de sentencia; además del arbitraje internacional.

Se advierte, que en el ordenamiento jurídico portugués no existe norma especial dedicada específicamente al arbitraje de consumo, sino una norma general sobre el arbitraje voluntario.

5. Objeto del arbitraje de consumo

En España, de acuerdo con el artículo 2 del RDSAC, las materias objeto de arbitraje de consumo, únicamente podrán ser objeto del mismo los conflictos entre consumidores y empresas y profesionales que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. 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.

De acuerdo con el artículo 2.1 LA, son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

Por tanto, la materia objeto de arbitraje viene determinada por los derechos subjetivos del consumidor y usuario, cuya libre disposición no venga a contravenirse por norma imperativa o dispositiva.

En el ordenamiento jurídico portugués, el objeto del arbitraje puede ser cualquier controversia de intereses de naturaleza patrimonial o sobre el que las partes puedan celebrar transacción (art. 1 *Lei da Arbitragem Voluntária*), por tanto, se incluyen los conflictos derivados de las relaciones de consumo.

Si bien, mientras las normas españolas no nos informan de limitación alguna en razón de la cuantía del proceso arbitral de consumo, el sistema portugués si limita, aunque no en todos los casos; pero no de forma uniforme, sino dependiendo del centro de arbitraje de que se trate. Así de esta forma, entre otros, el Centro de Algarve tiene como límite 14.963,94 euros; el Centro del Distrito de Coimbra 5.000 euros; el Centro de Lisboa 5.000 euros; el Centro de la Región Autónoma de Madeira 30.000 euros; el Centro de Porto no tiene límite; etc.

Esta circunstancia no es entendible, por ello nos parece que ante los inconvenientes que se producen, se haría necesario una legislación uniforme en torno al arbitraje de consumo como es el caso de la contenida en el ordenamiento jurídico español.

6. El arbitraje necesario en Portugal en el caso de los servicios públicos esenciales

Una de los aspectos muy positivos, a nuestro entender, del ordenamiento jurídico portugués, es que, en materia de contratación sobre servicios públicos esenciales, se hace necesario el arbitraje de consumo en el caso de controversia o conflicto con los usuarios. Dicha obligación se reconoce en la *Lei 6/2011*, de 10 de marzo, la cual modifica la *Lei 23/1996*, de 26 de julio, por la que se crea algunos mecanismos destinados a proteger al usuario de servicios públicos esenciales. De esta forma, el artículo 15 de la *Lei 23/1996* dispone que los litigios de consumo en el ámbito de los servicios públicos esenciales están sujetos a arbitraje necesario, por expresa opción de los usuarios que sean personas físicas para someterse al tribunal arbitral de centros de arbitraje de litigios de consumo legalmente autorizados.

Los servicios públicos esenciales son los suministros de agua, energía eléctrica, gas y teléfono, de acuerdo con el artículo 1 de la *Lei 23/1996*.

En España no existe norma similar, de esta forma, los conflictos derivados de dichos servicios pueden resolverse en mediación y arbitraje de consumo siempre y cuando la empresa se adhiera al Sistema Arbitral de Consumo, en otro caso, por aceptación de la reclamación interpuesta por el consumidor; de cualquier forma, serán los tribunales ordinarios los competentes.

7. Organización del Sistema Arbitral de Consumo en España

De acuerdo con el artículo 4 RDSAC, el Sistema Arbitral de Consumo se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales.

Por lo que nos interesa, nos referiremos en exclusiva a las juntas arbitrales de consumo, las cuales son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros. Son juntas arbitrales de consumo, la Junta Arbitral Nacional y las juntas arbitrales territoriales o sectoriales (art. 5 RDSAC).

Las juntas arbitrales de consumo desempeñan las siguientes funciones (art. 6 RDSAC):

a) Fomentar el arbitraje de consumo entre empresas o profesionales, consumidores o usuarios y sus respectivas asociaciones, procurando la adhesión de las empresas o profesionales al Sistema Arbitral de Consumo mediante la realización de ofertas públicas de adhesión.

b) Resolver sobre las ofertas públicas de adhesión y conceder o retirar el distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, así como gestionar y mantener actualizados los datos de las empresas o profesionales que estén adheridos al Sistema Arbitral de Consumo a través de la junta arbitral de consumo.

c) Comunicar al registro público de empresas adheridas al Sistema Arbitral de Consumo los datos actualizados de las empresas o profesionales que hayan realizado ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo a través de la junta arbitral de consumo.

d) Dar publicidad de las empresas o profesionales adheridos al Sistema Arbitral de Consumo mediante ofertas públicas de adhesión, en particular en el respectivo ámbito territorial.

e) Elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados ante la junta arbitral de consumo.

f) Asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38.

g) Gestionar el archivo arbitral, en el que se conservarán y custodiarán los expedientes arbitrales.

h) Llevar los libros de registro relativos a los procedimientos arbitrales a través de las aplicaciones informáticas correspondientes y, en su defecto, manualmente.

i) Gestionar, custodiar o depositar ante la institución que se acuerde los bienes y objetos afectos a los expedientes arbitrales, cuando lo acuerde el órgano arbitral que conozca del conflicto o el presidente de la junta arbitral, a solicitud de las partes antes de la designación del órgano arbitral.

j) Impulsar y gestionar los procedimientos arbitrales de consumo.

k) Proveer de medios y realizar las actuaciones necesarias para el mejor ejercicio de las funciones de los órganos arbitrales y, en su caso, de los mediadores.

l) Gestionar un registro de laudos emitidos, cuyo contenido, respetando la privacidad de las partes, será público.

m) Poner a disposición de los consumidores o usuarios y de las empresas o profesionales formularios de solicitud de arbitraje, contestación y aceptación, así como de ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.

n) En general, cualquier actividad relacionada con el apoyo y soporte a los órganos arbitrales para la resolución de los conflictos que se sometan a la junta arbitral de consumo.

Las juntas arbitrales de consumo estarán compuestas (art. 7 RDSAC) por un presidente y un secretario, y los órganos arbitrales, además del personal de apoyo.

En cuanto a la competencia de la juntas arbitrales de consumo (art. 8 RDSAC), éstas son competentes para conocer de las solicitudes individuales de arbitraje de los consumidores o usuarios, la junta arbitral de consumo a la que ambas partes, de común acuerdo, sometan la resolución del conflicto. En defecto de acuerdo de las partes, será competente la junta arbitral territorial en la que tenga su domicilio el consumidor. Si conforme a este criterio existieran varias juntas arbitrales territoriales competentes, conocerá el asunto la de inferior ámbito territorial. Cuando exista una limitación territorial en la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, será competente la junta arbitral de consumo a la que se haya adherido la empresa o profesional, y si éstas fueran varias, aquélla por la que optó el consumidor.

La verdadera
mediación requiere
un ajuste de
los derechos en
aras del interés
particular común
de las partes

Los órganos arbitrales podrán ser unipersonales o colegiados y son los competentes para decidir sobre la solución de los conflictos. Del mismo modo, el órgano arbitral estará asistido por el secretario arbitral, al que corresponde velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los órganos arbitrales en el ejercicio de su función (art. 18 RDSAC).

El órgano arbitral será unipersonal cuando las partes así lo acuerden o lo decida el presidente de la junta arbitral de consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 € y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje (art. 19 RDSAC). En otro caso, conocerá de los asuntos un colegio arbitral integrado por tres árbitros acreditados elegidos cada uno de ellos entre los propuestos por la administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. Los tres árbitros actuarán de forma colegiada, asumiendo la presidencia el árbitro propuesto por la administración (art. 20 RDSAC).

8. Organización del Sistema Arbitral de Consumo en Portugal

Desde 1986, se reconoce la posibilidad en Portugal de dirimir los conflictos intersubjetivos en materia de consumo, entre empresarios y consumidores, a través del arbitraje institucional en los centros de arbitraje. Tiene carácter voluntario para los justiciables y se parte de la aceptación de los mismos. Se estructura tanto en órganos de carácter general como de carácter sectorial.

La resolución de los conflictos pueden resolverse, además del propio arbitraje, a través de otros sistemas alternativos como es la mediación y la conciliación, a partir de los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad; estableciéndose como una fase previa al procedimiento arbitral.

Los centros de arbitraje se regulan por Decreto-Lei 60/2011, de 6 de mayo, de Arbitraje Institucionalizado (RNCAI). Entre sus objetivos se encuentra:

- La información al ciudadano.
- Funcionamiento de los tribunales arbitrales que lo integran.
- Realización de estadísticas relevantes en cuanto al funcionamiento de los centros.
- Creación y promoción de mecanismos e instrumentos de cooperación de los centros de arbitraje integrados en el RNCAI.

En materia de consumo, en términos geográficos, existen centros que abarcan los concejos de los distritos de Braga, Guimarães, Porto, Coimbra, Lisboa y la Región de Algarve y la Región Autónoma de Madeira. Como centros de arbitrajes sectoriales existen: uno para el ámbito del sector del automóvil y otro para el sector del seguro del automóvil.

En cuanto a los componentes del tribunal arbitral, podrá constituirse por un solo árbitro o por varios, siempre que sea en número impar; siendo tres por defecto.

9. El convenio arbitral de consumo

El convenio arbitral es el acuerdo escrito entre consumidor y empresario por el que conviene la resolución de las controversias que puedan surgir o hayan surgido a través del Sistema Arbitral de Consumo. Puede formalizarse a través de un acuerdo independiente o mediante cláusula incorporada a un contrato de consumo.

En general, las empresas y profesionales se adhieren a la oferta pública del Sistema Arbitral de Consumo, de tal forma, que bastará la reclamación del consumidor para que quede válidamente constituida la relación jurídico-procesal. Igualmente, se entenderá válidamente formalizado el convenio arbitral por la mera presentación de la solicitud si consta acreditado que ésta se formaliza durante el tiempo en el que la empresa o profesional utiliza el distintivo público de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, aun cuando carezca del derecho a tal uso conforme a lo previsto en esta norma (art. 24 RDSAC).

En el caso de que no conste la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o convenio que acredite tal circunstancia, la junta arbitral de consumo, recibida una solicitud de arbitraje, dará traslado al reclamado para su aceptación (art. 24 RDSAC).

Por su parte, en el ordenamiento jurídico portugués, de acuerdo con el artículo 1 de la *Lei da Arbitragem Voluntária*, el convenio arbitral puede tener origen en un litigio actual en el que las partes acuerdan su sometimiento (compromiso arbitral) o, los conflictos futuros que deriven de una relación jurídica contractual o extracontractual (cláusula compromisaria).

El convenio arbitral debe formalizarse por escrito o cualquier medio análogo, incluidos los medios electrónicos, o como cláusula contenida en un contrato escrito, debiéndose determinar, en todo caso, el objeto litigioso (art. 2 *Lei da Arbitragem Voluntária*).

Desde el punto de vista del derecho comparado, no existe diferencia alguna significativa entre ambos ordenamientos jurídicos.

10. La solución del litigio

De acuerdo con la normativa española, el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho, si bien, las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada (art. 33 RDSAC).

Por contra, de acuerdo con el ordenamiento jurídico portugués, la decisión deberá ser de derecho, salvo que las partes acuerden la decisión en equidad, de acuerdo con el artículo 39 de la *Lei da Arbitragem Voluntária*. La razón es que dicha norma se refiere al arbitraje en general, al igual que la Ley de Arbitraje española; si bien, en materia de consumo, como hemos expuesto, es en equidad debido a la normativa especial.

11. El arbitraje de consumo por medios electrónicos en España

Una de las particularidades de la legislación española es la regulación del arbitraje de consumo por medios electrónicos.

De esta forma, el Real-Decreto 831/2008 regula el arbitraje de consumo fue el establecimiento del mismo a través de medios electrónicos. Dicha novedad es un mandato de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, la cual prevé en su disposición final sexta la regulación del arbitraje virtual.

Con anterioridad, el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa (marzo de 2000): hacia la Europa de la innovación y el conocimiento y la declaración europea i2010, para el desarrollo de la sociedad de la información, incluyen a los servicios públicos en línea como uno de sus pilares básicos.

En este sentido, el RDSAC es un impulso para la utilización de las tecnologías de la información; más concretamente en todas las fases del procedimiento de arbitraje.

Desde el punto de vista sistemático, el arbitraje de consumo electrónico se regula en el RDSAC en la sección primera del capítulo V, con la rúbrica “arbitraje de consumo electrónico”.

La primera cuestión que hemos de plantearnos acerca del arbitraje de consumo virtual es sobre sus fuentes. Independientemente de la vieja, pero no menos interesante, polémica doctrinal entre civilistas y procesalistas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje.

En este sentido, el artículo 3 RDSAC dispone que dicho procedimiento se ha de sustanciar fundamentalmente por sus propios preceptos y subsidiariamente por la Ley 60/2003 de Arbitraje y la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, además de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto al funcionamiento de la juntas arbitrales de consumo y la notificación.

El órgano competente para el establecimiento del arbitraje de consumo electrónico es el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, integrado por una amplia representación de la Administración General del Estado, de las juntas arbitrales de consumo y de las organizaciones sociales, se le encomiendan las funciones relativas al establecimiento de criterios generales del funcionamiento del sistema

En el RDSAC se establece que (artículo 51.3), «Las Administraciones públicas competentes en materia de consumo fomentarán la utilización del arbitraje de consumo electrónico para resolución de los conflictos».

De acuerdo con la Ley 11/2007, los principios del arbitraje de consumo electrónico son:

– El respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo.

– Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos.

– Principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos.

– Principio de legalidad en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos.

– Se garantizará el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación.

– Principio de proporcionalidad en cuya virtud sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. Asimismo sólo se requerirán a los ciudadanos aquellos datos que sean estrictamente necesarios en atención a la finalidad para la que se soliciten.

– Principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos.

– Principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas garantizando la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. A estos efectos las Administraciones Públicas utilizarán estándares abiertos así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

– Principio de simplificación administrativa, por el cual se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa.

– Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas.

Hasta aquí se hace conveniente distinguir dos figuras relacionadas pero independientes cual es la formación de la voluntad de sumisión al arbitraje de consumo por medios electrónicos; y el posterior procedimiento, en caso de conflicto. Es decir, entre convenio arbitral electrónico y el arbitraje de consumo electrónico.

Es obvio partir de la naturaleza voluntaria del arbitraje de consumo y de su naturaleza contractual.

De esta forma, el convenio arbitral electrónico entra dentro de la categoría de contratos electrónicos cuya nota característica es su forma, o más bien, la forma de prestación del consentimiento a través de medios electrónicos. Por lo que, puede definirse el contrato de arbitraje electrónico como «un acuerdo de voluntades de dos o más personas distantes una o unas de otras generado a través del medio electrónico y dirigido a crear obligaciones entre ellas».

En efecto, las particularidades del contrato electrónico respecto al tradicional es la utilización del medio electrónico para la formación de la voluntad, la que denominamos «forma electrónica de consentir», y, a través del medio electrónico, permanece, en la mayoría de las ocasiones, prueba cierta del negocio o documento electrónico, pues, en definitiva, es un contrato escrito *sui generis*.

El artículo 24 RDSAC admite expresamente el convenio arbitral por medios electrónicos al determinar que dicho convenio deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Y dicho contrato puede tener virtualidad jurídica como cláusula incorporada a un contrato celebrado por medios electrónicos o contrato electrónico; como acuerdo independiente, lo cual entraría en el concepto de los modernamente denominados por la praxis contractual “e-contratos”; o, por último, por la mera presentación de la solicitud electrónica si consta acreditado que ésta se formaliza durante el tiempo en el que la empresa o profesional utiliza el distintivo público de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a partir de la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo (artículo 25).

El arbitraje de consumo electrónico se configura como un derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

El artículo 51 RCSAC hace interpretación auténtica y dispone que el arbitraje de consumo electrónico es aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales.

La normativa sobre mediación debe determinar los principios que en cada materia rigen en nuestro sistema

Del concepto se desprende que para que podamos hablar de arbitraje de consumo electrónico tanto el inicio, como la sustanciación y terminación deberá realizarse por medios electrónicos, independientemente que ciertas actuaciones no puedan desarrollarse por este medio.

Para la sustanciación del procedimiento, debe establecerse en cada junta arbitral de consumo una sede electrónica, la cual se configura como aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias.

El procedimiento electrónico se inicia mediante la presentación a través de medios electrónicos por parte de los consumidores y usuarios de la solicitud de sus pretensiones; dicha presentación electrónica podrá realizarse a través de la sede electrónica o mediante correo electrónico.

Las condiciones es que quede constancia de dicha solicitud y prueba de la autenticidad o autoría, mediante la identificación de los consumidores y autenticación de su actuación. En este sentido, el artículo 53 RDSAC, dispone que sin perjuicio de la utilización de otras técnicas que aseguren la autenticidad de la comunicación y la identidad del remitente, el uso de la firma electrónica garantiza la autenticidad de las comunicaciones y la

identidad de las partes y del órgano arbitral. Se echa en falta la referencia al DNI electrónico.

En cuanto a las reglas de competencia, el artículo 52 dispone que la competencia para conocer de las solicitudes de arbitraje se determinará conforme a las reglas previstas en el artículo 8, entre las juntas arbitrales adscritas al arbitraje de consumo electrónico.

En cuanto al lugar del arbitraje, el artículo 55 dice que el lugar de celebración del arbitraje de consumo electrónico es aquel en el que tenga su sede la junta arbitral de consumo o la delegación territorial de la junta arbitral competente para conocer el procedimiento, salvo que en el laudo dictado figure un lugar distinto, en cuyo caso se entenderá como lugar de celebración del arbitraje aquel en el que se hubiera dictado el laudo.

Seguidamente, la junta arbitral intentará la mediación, la cual puede realizarse por medios electrónicos.

El artículo 44 RDSAC determina que la audiencia podrá realizarse a través de medios electrónicos: «La audiencia a las partes podrá ser escrita, utilizando la firma convencional o electrónica, u oral, ya sea presencialmente o a través de videoconferencias u otros medios técnicos que permitan la identificación y comunicación directa de los comparecientes».

En cuanto a la prueba, el artículo 45 dispone que serán admisibles como prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y otras operaciones relevantes para el procedimiento.

Más concretamente, en el arbitraje electrónico cuando se acuerde la práctica presencial de la prueba, ésta se realizará por videoconferencia o por cualquier medio técnico que permita la identificación y comunicación directa de los comparecientes.

La notificación de las actuaciones arbitrales y del laudo podrá realizarse por medios electrónicos conforme a la práctica de la junta arbitral de consumo de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992.

La notificación de las actuaciones arbitrales, incluido el laudo, se realizará conforme se acuerde por las partes; a falta de acuerdo de las partes conforme a la práctica de la junta arbitral de consumo, según lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Más concretamente, las notificaciones se realizarán en la sede electrónica designada por las partes a tales efectos, entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquel en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación.

No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral transcurridos diez días desde la fecha y hora en que se produjo su puesta a disposición, la notificación se considerará que se ha intentado sin efecto, procediéndose a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las juntas arbitrales de consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico.

12. El arbitraje de consumo colectivo en España

El arbitraje de consumo colectivo, de acuerdo con el artículo 56 RDSAC, es una figura mediante la cual, pueden acumularse en un único procedimiento los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos.

Según el artículo 58 RDSAC, las actuaciones se iniciarán por acuerdo del presidente de la junta arbitral de consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las juntas arbitrales de inferior ámbito territorial. Adoptado el acuerdo de iniciación de actuaciones, la junta arbitral de consumo requerirá a las empresas o profesionales responsables de los hechos susceptibles de lesionar los derechos e intereses colectivos de los consumidores para que manifestara, en el plazo de 15 días desde la notificación, si aceptan someter al Sistema Arbitral de Consumo la resolución, en un único procedimiento, de los conflictos con los consumidores y usuarios motivados por tales hechos y, en su caso, para que propongan un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados.

Si las empresas o profesionales no aceptan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo en este único procedimiento arbitral, se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámite, dando traslado a todas las juntas arbitrales de consumo y, en su caso, a quién instó la iniciación del procedimiento.

PARECER

DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU SOBRE A

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO E AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU – ASPECTOS REGULAMENTARES DOS NANOMATERIAIS

COM(2008) 366 FINAL
2009/C 218/04

EXCERTOS

“O CESE mostra-se preocupado com os progressos ainda demasiado lentos registados nas aplicações de mercado das nanotecnologias e nas investigações sobre os efeitos dos nanomateriais no ambiente, na saúde e na toxicologia”

“As normas e os controlos de avaliação dos riscos em ambientes complexos podem variar entre avaliações «in vitro» e «in situ» e as investigações neste domínio [6] deveriam ultrapassar os produtos de protecção convencionais, como filtros, equipamento respiratório, vestuário de protecção e luvas, que são objectos testados com nanopartículas de grafite com 10 a 50 nanómetros de comprimento”

“O CESE entende que, para o desenvolvimento responsável das N&N e dos nanomateriais, que constitui uma ponta de lança europeia para enfrentar o desafio do progresso económico e social competitivo à escala mundial, é indispensável acompanhar desde a origem este progresso através de uma abordagem pluridisciplinar que permita um diálogo permanente com a sociedade civil, como condição necessária para a sua aceitação”

“Embora, actualmente, o nível de risco relativo à exposição dos trabalhadores e dos cidadãos ainda pareça ser limitado, o CESE considera indispensável reforçar os instrumentos de diálogo com o mundo da investigação e da indústria, para que estes elementos sejam integrados – com os recursos humanos e financeiros apropriados – em todas as investigações e aplicações sobre os nanomateriais, a partir da sua concepção”

Em 17 de Junho de 2008, a Comissão decidiu, nos termos do artigo 262.o do Tratado que institui a Comunidade Europeia, consultar o Comité Económico e Social Europeu sobre a:

“Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu – Aspectos regulamentares dos nanomateriais”

A Secção Especializada do Mercado Único, Produção e Consumo, incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos, emitiu parecer em 3 de Fevereiro de 2009, com base no projecto do relator A. PEZZINI.

Na 451.a reunião plenária de 25 e 26 de Fevereiro de 2009 (sessão de 25 de Fevereiro), o Comité Económico e Social Europeu adoptou, por 170 votos a favor, 1 voto contra e 4 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1 O CESE considera que o desenvolvimento responsável das nanociências e das nanotecnologias (N&N) é uma ponta de lança para a Europa no desafio que representa o progresso económico e social a nível mundial.

1.2 O CESE sublinha a necessidade de um desenvolvimento acelerado das aplicações industriais e multisectoriais das nanotecnologias, em estreito paralelismo com:

- o contexto económico e social,
- os aspectos jurídicos, fiscais e financeiros,
- os aspectos éticos, ambientais e inerentes à saúde e à segurança em particular, ao longo de todo o ciclo de vida das aplicações científicas.

1.3 O CESE subscreve os princípios indicados no código de conduta sobre as nanotecnologias e considera-os válidos, nomeadamente para a revisão do quadro jurídico e regulamentar europeu das N&N.

1.4 O CESE mostra-se preocupado com os progressos ainda demasiado lentos registados nas aplicações de mercado das nanotecnologias e nas investigações sobre os efeitos dos nanomateriais no ambiente, na saúde e na toxicologia.

1.5 O CESE está convicto de que a complexidade, a rápida evolução e a transversalidade científica das nanotecnologias exigem uma abordagem pluridisciplinar, sobretudo no que diz respeito aos riscos, no âmbito de um quadro regulamentar, ético e social indispensável para oferecer soluções que possam ser unanimemente aceites para a gestão dos riscos, com bases fiáveis, completas e responsáveis.

1.6 Um sistema óptimo de governação deve respeitar um equilíbrio entre os múltiplos aspectos do desenvolvimento responsável dos nanomateriais. O CESE recomenda que o Observatório Europeu das Nanotecnologias seja transformado numa estrutura permanente, para permitir análises com bases científicas e

económicas seguras e estudar o impacto na sociedade e os possíveis riscos para o ambiente, a saúde e a segurança, em cooperação com as outras agências europeias interessadas.

1.7 O CESE considera que é necessário um quadro regulamentar de referência integrado, bem como um sistema de governação destinado a dar respostas claras e fiáveis às necessidades emergentes, sobretudo em matéria de métodos comuns de classificação, de metrologia e de testes de validação dos protocolos existentes e de novos protocolos, e de investigação pré-regulamentar e co-regulamentar.

1.8 Segundo o CESE, é necessário uma acção forte em matéria de educação e formação pluridisciplinar, sendo além disso essencial integrar neste esforço, com o contributo de infra-estruturas de excelência, a avaliação e a prevenção dos riscos.

1.9 O CESE considera importante a realização de uma acção europeia de aferição do desempenho (benchmarking) das iniciativas anunciadas, em matéria de avaliação e prevenção dos riscos na Europa, nos EUA, no Japão e nas economias emergentes.

1.10 Convém, segundo o CESE, apoiar os trabalhos europeus de normalização técnica e regulamentar do CEN, CENELEC e ETSI, nomeadamente através de mandatos da Comissão claros e transparentes, a projectar a nível internacional nos trabalhos do ISO/TC 229, facilitando assim a segurança do comércio mundial de nanotecnologias, nanoprodutos e sistemas mais complexos que integram as N&N.

1.11 O CESE recomenda um reforço do diálogo estruturado com a sociedade civil assente em bases seguras e transparentes, para que a Europa se exprima a uma só voz neste âmbito, que é vital para o nosso futuro no contexto internacional.

1.12 O CESE solicita que, no relatório de 2009 sobre o plano de acção, se dedique um capítulo expressamente:

- aos progressos do quadro regulamentar integrado de avaliação e prevenção dos riscos,
- à eficácia e resultados dos protocolos de ensaio,
- às novas prioridades de acção, definidas a nível europeu e pelos Estados-Membros, para uma produção, um comércio e um consumo sustentáveis de artigos manufacturados a partir de componentes nanotecnológicas,
- a acções de aferição do desempenho (benchmarking) com os EUA, o Japão e os países emergentes em matéria de avaliação e prevenção dos riscos,
- ao diálogo estruturado com a sociedade civil com bases seguras e transparentes, para que a Europa se exprima a uma só voz num domínio vital para o nosso futuro no contexto internacional.

2. Introdução

2.1 Nos últimos anos, a Comissão tornou-se o maior organismo de financiamento público no âmbito das N&N, tendo efectivamente concedido 1.4 mil milhões de euros através do sexto programa-quadro (6.o PQ) de IDTD e quase 600 milhões de euros no primeiro ano do 7.o PQ 2007-2013: deste último montante, 28 milhões de euros foram afectados à investigação sobre a segurança das N&N, o que elevou o total destinado ao sector a cerca de 80 milhões de euros [1].

2.2 Foram constituídas várias plataformas tecnológicas europeias dedicadas às aplicações das nanotecnologias, nomeadamente a nanoelectrónica (ENIAC), a nanomedicina e a química sustentável.

2.3 Ao nível mundial, a despesa global pública e privada em N&N atingiu, no período 2004-2006, 24 mil milhões de euros: a Europa contribuiu com mais de um quarto deste montante e os fundos da Comissão consagrados a este domínio representam 5-6% [2].

2.4 Nas disposições relativas ao 7.o PQ de IDTD 2007-2013 [3], que se referem às N&N, foi prescrito o respeito dos aspectos éticos fundamentais cujos princípios são enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais.

2.5 O relatório sobre o terceiro diálogo internacional para uma I&D responsável sobre as nanotecnologias evidenciou o empenho nos domínios seguintes:

- governação das nanotecnologias,
- disparidade na cooperação Norte-Sul,
- instrumentos favoráveis em termos de metrologia, normalização, definições e propriedade intelectual,
- envolvimento da sociedade,
- diálogo com os cidadãos nos diferentes países.

2.6 O empenho de várias organizações a nível internacional traduziu-se, designadamente, nas seguintes iniciativas:

– bases de dados da OCDE sobre investigação em matéria de saúde humana e segurança do ambiente (Database on Human Health and Environmental Safety Research), que permitiu o lançamento de uma base de dados sobre investigação em matéria de segurança dos nanomateriais manufacturados (Database of Research into the Safety of Manufactured Nanomaterials),

– programa conjunto da FAO/OMS sobre as normas alimentares (Joint FAO/WHO Food Standards Program), para prever um fórum internacional neutro para os problemas de segurança alimentar das nanotecnologias e elaborar acordos de colaboração sobre estes aspectos,

– projecto da OCDE sobre a avaliação da segurança de uma amostra representativa de nanomateriais manufacturados (Safety Testing of a Representative Set of Manufactured

Nanomaterials) e projecto da OCDE em matéria de nanomateriais manufacturados e orientações para os ensaios (Manufactured Nanomaterials and Test Guidelines),

- projecto da OCDE sobre a medida e a limitação das exposições (Exposure Measurement and Exposure Mitigation),

- projecto da OCDE sobre o papel dos métodos alternativos em nanotoxicologia (The role of Alternative Methods in Nanotoxicology),

- projecto da OCDE sobre os impactos e o contexto empresarial (Impacts and the Business Environment),

- projecto da OCDE sobre a comunicação e o envolvimento da opinião pública (Communication and public engagement),

- projecto da OCDE sobre os desafios globais: As nanotecnologias e a água (Global Challenges: Nano and Water),

- projecto da OCDE sobre a cooperação em matéria de avaliação dos riscos (Cooperation on Risk Assessment),

- centros especializados que colaboram com a OMS no estudo dos riscos para a segurança e a saúde no local de trabalho derivados da produção e da utilização das nanotecnologias,

- projecto da OMS/UE sobre o reforço da assessoria política em matéria de ambiente e saúde na Europa – Nanotecnologias (Enhanced Policy Advice on Environment and Health in Europe – Nanotechnologies),

- acções globais para a correcta gestão dos produtos químicos a nível mundial, promovidas pela secção de produtos químicos da divisão de Tecnologia, Indústria e Economia (DTIE) do Programa das Nações Unidas para o Ambiente (PNUA),

- acções imediatas promovidas pela secção de alta tecnologia e novos materiais (HTNM) do Centro Internacional para a Ciência e a Alta Tecnologia (ICS) de Trieste (avaliação das nanotecnologias e dos potenciais riscos associados ao seu desenvolvimento e utilização),

- normas ISO TC229 em matéria de nanotecnologias,

- reunião de peritos UNIDO (12.2007): recomendações e plano de acção específico, avaliação das nanotecnologias e dos riscos associados. Actividades de investigação sobre os impactos éticos, jurídicos e sociais das N&N.

2.7 O Relatório sobre Nanociências e Nanotecnologia: Oportunidades e incertezas [4] da Royal Society britânica exprime-se assim: «Até que não seja mais conhecido o impacto ambiental das nanopartículas e dos nanotubos, recomendamos que a libertação no ambiente de nanotubos e nanopartículas fabricados seja evitada, na medida do possível».

2.8 Os revestimentos de limpeza automática, que limitam a utilização de detergentes; os agentes despoluentes destinados a eliminar o óxido de azoto do ar; as

células fotovoltaicas de nova geração; os materiais termo-isolantes; os sistemas de captura de CO₂; os nanofiltros do ar e da água, para além das suas numerosas aplicações ao nível do diagnóstico médico e de certas terapias não invasivas, já estão presentes, sob a forma de nanomateriais, em muitos objectos de uso comum [5].

2.9 O problema surge igualmente com a necessidade de adaptar os protocolos de avaliação dos riscos de toxicidade, a curto e a longo prazo, para os nanomateriais, e os fenómenos em que estão acumulados e combinados com outras substâncias no ecossistema, nos tecidos orgânicos e no homem.

2.10 As normas e os controlos de avaliação dos riscos em ambientes complexos podem variar entre avaliações «in vitro» e «in situ» e as investigações neste domínio [6] deveriam ultrapassar os produtos de protecção convencionais, como filtros, equipamento respiratório, vestuário de protecção e luvas, que são objectos testados com nanopartículas de grafite com 10 a 50 nanómetros de comprimento.

2.11 Como explica a Comissão, e como o CESE sublinhou em diversas ocasiões, a «abordagem integrada, segura e responsável» tornou-se o elemento central da política da UE no domínio das nanotecnologias. Estas têm um âmbito de aplicação particularmente vasto e ramificado, que necessita de uma ampla visão de conjunto para identificar e explorar pontos de convergência e interdependências no quadro desta disciplina, que vai da física nuclear à tecnologia dos plasmas e da nanomecânica à produção têxtil.

2.12 Visto que os nanoprocessos decorrem numa dimensão nanoscópica (10 elevado a menos 9), dificilmente concebíveis para as pessoas comuns, os nanomateriais carecem, à partida, de um diálogo construtivo com os consumidores, para identificar e evitar os riscos e dissipar eventuais receios infundados.

2.13 O CESE sublinhou não só a necessidade de «aceleração do desenvolvimento das aplicações industriais e multisectoriais e do contexto económico e social, jurídico e regulamentar, fiscal e financeiro, em que terão de enquadrar-se as iniciativas das novas empresas e os perfis profissionais inovadores», mas também da «salvaguarda dos aspectos éticos, ambientais, de saúde e segurança, ao longo de todo o ciclo de vida, das aplicações científicas» [7].

2.14 Num parecer mais recente [8], o CESE insistiu na necessidade de «um diálogo visível e transparente com a sociedade civil, que a consciencialize e tenha por base avaliações objectivas dos riscos e das oportunidades das N&N» e de «uma atenção constante à salvaguarda dos aspectos éticos, ambientais, da saúde e da segurança dos trabalhadores e dos consumidores».

A complexidade, a rápida evolução e a transversalidade científica das nanotecnologias exigem uma abordagem pluridisciplinar

2.15 Em 2008, a Comissão adoptou uma recomendação [9] centrada na investigação responsável nos sectores das N&N, propondo um código de conduta baseado em 7 princípios:

- compreensão: as actividades de investigação em N&N devem ser compreensíveis para o público e respeitar os direitos fundamentais e a sua aplicação deve servir o bem-estar das pessoas e da sociedade,

- sustentabilidade: o respeito dos princípios éticos e do desenvolvimento sustentável impõe actividades de investigação sobre as N&N que não sejam nocivas para o ambiente, em particular para as pessoas, os animais e as plantas,

- precaução: respeito do princípio de precaução [10] para evitar eventuais impactos negativos na saúde e no ambiente,

- inclusão: transparência, respeito do direito ao legítimo acesso à informação, abertura a todas as partes interessadas,

- excelência: adopção das melhores normas científicas, inclusivamente em termos da integridade da investigação e das boas práticas de laboratório [11],

- inovação: governação das actividades de investigação em N&N para maximizar a criatividade, a flexibilidade e a capacidade de programação para o crescimento e a inovação,

- responsabilidade: os investigadores e organismos de investigação são responsáveis pelo impacto presente e futuro do seu trabalho na sociedade, no ambiente e na saúde humana.

A recomendação prevê um relatório anual dos Estados-Membros sobre os resultados da aplicação do código e sobre as boas práticas realizadas para a sua obtenção.

2.16 O CESE subscreve os princípios deste código e considera-os válidos no que diz respeito à revisão do quadro jurídico e regulamentar europeu para as N&N.

2.17 O CESE mostra-se preocupado com os progressos ainda demasiado lentos das aplicações de mercado das nanotecnologias e das investigações sobre os efeitos dos nanomateriais no ambiente e na saúde, bem como na sua toxicologia.

2.18 Embora, actualmente, o nível de risco relativo à exposição dos trabalhadores e dos cidadãos ainda pareça ser limitado, o CESE considera indispensável reforçar os instrumentos de diálogo com o mundo da investigação e da indústria, para que estes elementos sejam integrados – com os recursos humanos e financeiros apropriados – em todas as investigações e aplicações sobre os nanomateriais, a partir da sua concepção.

2.19 O CESE sublinha que à multiplicidade das disciplinas e dos sectores interessados corresponde uma pluralidade de instrumentos jurídicos e regulamentares comunitários pertinentes (mais de 90): a grande transparência das disposições comunitárias e a clareza para o cidadão/consumidor podem ser anuladas pela sua complexidade.

2.20 Um esforço de divulgação jurídica, a criação de um sítio web interactivo próprio, o desenvolvimento da democracia participativa com as organizações da sociedade civil e a difusão de guias de boas práticas poderiam simplificar a leitura do quadro regulamentar, especialmente para as PME, os consumidores e os cidadãos.

2.21 Um sistema óptimo de governação deve ser capaz de manter um equilíbrio entre os múltiplos aspectos do desenvolvimento responsável dos nanomateriais. O CESE recomenda a criação de uma estrutura permanente de referência, nomeadamente com base nos resultados do Observatório das Nanotecnologias, que foi lançado em 2008, enquanto projecto financiado pela UE [12]. O objectivo é fornecer análises fiáveis, completas e responsáveis com base científica e económica, analisar as questões éticas, prever os riscos possíveis para o ambiente, a saúde e a segurança, e desenvolver novas normas.

2.22 O CESE está convicto de que a complexidade, a rápida evolução e a transversalidade científica das nanotecnologias exigem uma abordagem pluridisciplinar (regulamentar, ética e social) indispensável para oferecer, no quadro da gestão do risco, soluções fiáveis baseadas em análises sérias, completas e responsáveis, através da organização, documentação e comunicação exacta de informações exaustivas sobre os nanomateriais manufacturados.

3. Propostas da Comissão

3.1 Segundo a Comissão, convém, em particular:

- rever os documentos que fundamentam a aplicação da legislação, especialmente em matéria de avaliação dos riscos e que foram adoptados no contexto da legislação em vigor, para assegurar que têm devidamente em conta os riscos associados aos nanomateriais e que utilizam da melhor forma as informações disponíveis;

- que as autoridades e agências prestem especial atenção aos riscos relacionados com os nanomateriais quando a sua produção e comercialização estiverem sujeitas a um controlo prévio à colocação no mercado;

- aplicar à investigação sobre as N&N na UE as linhas de orientação que favorecem uma abordagem responsável e aberta e que foram estabelecidas no código de conduta para uma investigação responsável;

- examinar a possibilidade de submeter a uma intervenção prévia sistemática a comercialização dos dispositivos médicos que apresentam riscos associados aos nanomateriais;

- continuar a aperfeiçoar o quadro legislativo comunitário dos nanomateriais, sobretudo no que diz respeito aos métodos de ensaio e de avaliação dos riscos;

- melhorar rapidamente a base de conhecimentos científicos, especialmente no que diz respeito aos dados sobre os efeitos tóxicos e ecotóxicos e ao desenvolvimento

de métodos de ensaio para produzir tais dados; aos dados sobre as utilizações e exposições ao longo de todo o ciclo de vida dos nanomateriais ou dos produtos que contenham nanomateriais; à caracterização dos nanomateriais; à elaboração de normas e nomenclaturas uniformes, bem como de técnicas analíticas de medição; aos aspectos ligados à saúde no local de trabalho;

– reforçar as possibilidades de um recurso nacional a instrumentos de salvaguarda, medidas de supervisão da saúde, controlo dos mercados dos produtos alimentares, da alimentação para animais e dos pesticidas; instrumentos de objecção formal às normas; medidas de precaução ou baseadas em novos elementos de prova ou numa reavaliação dos elementos existentes; procedimentos de controlo e intercâmbio recíproco de informações; sistemas de alerta precoce, etc.

4. Observações na generalidade

4.1 O CESE entende que, para o desenvolvimento responsável das N&N e dos nanomateriais, que constitui uma ponta de lança europeia para enfrentar o desafio do progresso económico e social competitivo à escala mundial, é indispensável acompanhar desde a origem este progresso através de uma abordagem pluridisciplinar que permita um diálogo permanente com a sociedade civil, como condição necessária para a sua aceitação.

4.2 Apesar de apreciar o esforço de análise da Comissão sobre a multiplicidade das medidas comunitárias existentes, o CESE considera que esta análise deve continuar a ser desenvolvida num quadro de coerência no intuito de fornecer uma base transparente e convivial necessária para realizar um diálogo estruturado com a sociedade civil, diálogo este que o CESE preconizou em várias ocasiões [13].

4.3 Segundo o CESE, convém desenvolver perspectivas de antecipação em matéria de avaliação dos riscos nanotecnológicos, bem como um quadro regulamentar de referência integrado e um sistema de governação ao nível internacional, para fornecer respostas claras, fiáveis e completas e analisar o impacto das medidas sobre as questões éticas, os riscos possíveis para o ambiente, a saúde e a segurança dos cidadãos, e a sua evolução possível.

4.4 Por conseguinte, o CESE solicita que se continue a desenvolver a iniciativa comunitária, para que esta:

– forneça um quadro de coerência convivial que permita garantir a unicidade das diferentes regulamentações comunitárias pertinentes,

– identifique e tenha em consideração as necessidades emergentes dos operadores do mercado, das autoridades de vigilância, dos trabalhadores do sector e dos utilizadores finais, mediante uma cartografia dinâmica das necessidades, carências e linhas de acção ao nível europeu e dos Estados-Membros na perspectiva de lhes dar resposta,

- constitua uma estrutura europeia permanente de referência para as N&N e os nanomateriais, com um pólo europeu de promoção e de coordenação [14] que abranja também os aspectos de avaliação e prevenção dos riscos,
- reforce as acções realizadas em matéria de educação e formação pluridisciplinar, integrando a avaliação e a prevenção dos riscos, bem como as infra-estruturas europeias de excelência na matéria,
- desenvolva uma acção europeia de aferição do desempenho (benchmarking) das iniciativas em matéria de avaliação e prevenção dos riscos na Europa, nos EUA, no Japão e nas economias emergentes,
- recupere os níveis de liderança europeia nas aplicações de nanotecnologias sustentáveis e seguras, em matéria de metrologia e de testes de validação dos protocolos existentes, nomeadamente através do reforço das investigações pré-regulamentares e co-regulamentares,
- apoie a normalização técnica e regulamentar europeia, com mandatos claros e transparentes a projectar a nível internacional nos trabalhos ISO/TC 229, para facilitar o comércio mundial,
- permita um diálogo estruturado com a sociedade civil com bases seguras e transparentes, para que a Europa se exprima a uma só voz neste domínio vital para o nosso futuro no contexto internacional.

4.5 O CESE solicita que, no relatório 2009 previsto pelo plano de acção 2005-2009, seja consagrado um capítulo aos progressos dos aspectos regulamentares de avaliação e de prevenção dos riscos, à eficácia dos protocolos de ensaio, aos progressos registados na matéria e às novas prioridades de acção.

Bruxelas, 25 de Fevereiro de 2009.

O Presidente do Comité Económico e Social Europeu

Mario Sepi

[1] Ver R. Tomellini e J. Giordani «Third International Dialogue on Responsible Research and Development of Nanotechnology» (terceiro diálogo internacional sobre a investigação e o desenvolvimento responsável da nanotecnologia) – Bruxelas, 11 e 12.3.2008.

[2] Ver COM(2007) 505 final de 6.9.2007»Nanociências e nanotecnologias: Um plano de acção para a Europa 2005-2009. Primeiro relatório de aplicação 2005-2007».

[3] Ver Decisão 2006/971/CE do Conselho de 19 de Dezembro de 2006 (JO L 400, 30.12.2006).

[4] The Royal Society. “Nanosciences and Nanotechnology: Opportunities and Uncertainties” (Nanociências e nanotecnologia: Oportunidades e Incertezas). Londres, 29.07.2004.

[5] Por exemplo, raquetes de ténis, bicicletas, ecrãs de TV, numerosas resinas utilizadas no domínio militar, aeroespacial, electrónica de consumo e aparelhos electromédicos.

[6] Ver Projecto “NANOSAFE2”– Primeiro relatório sobre a divulgação dos nanomateriais com base no princípio de precaução.

[7] JO C 157 de 28.6.2005, s. 22.

[8] JO C 185 de 8.8.2006, s. 1.

[9] Ver recomendação da Comissão C (2008) 424 de 7 de Fevereiro de 2008.

[10] Ver artigo 174, pt. 2, do Tratado da UE e Comunicação da Comissão sobre o princípio de precaução (COM(2000) 1 final).

[11] Ver Directiva 2004/9/CE e Directiva 2004/10/CE.

[12] Ver “Observatório nano” PROJECTO 7.oPQ.

[13] Ver notas 6 e 7.

[14] Ver JO C 185 de 8.8.2006, p. 1.

LEI DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

LEI Nº 29/2013, DE 19 DE ABRIL

EXCEROTOS

“Mediação é a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”

“O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento”

“O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses”

“O mediador de conflitos é responsável pelos seus atos e não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses mesmos sistemas”

“Podem ser objeto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial”

“O recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação”

LEI Nº 29/2013 DE 19 DE ABRIL

Estabelece os princípios gerais aplicáveis à **mediação** realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I Disposições gerais

Artigo 1º Objeto

A presente lei estabelece:

- a) Os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal;
- b) O regime jurídico da mediação civil e comercial;
- c) O regime jurídico dos mediadores;
- d) O regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.

Artigo 2º Definições

Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por:

- a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um **mediador de conflitos**;
- b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.

CAPÍTULO II Princípios

Artigo 3º Princípios da mediação

Os princípios consagrados no presente capítulo são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação.

Artigo 4º

Princípio da voluntariedade

1 – O **procedimento** de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento.

2 – Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento.

3 – A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.

Artigo 5º

Princípio da confidencialidade

1 – O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.

2 – As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas no procedimento.

3 – O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

4 – Exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem.

Artigo 6º

Princípio da igualdade e da imparcialidade

1 – As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo.

2 – O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação.

Artigo 7º

Princípio da independência

1 – O mediador de conflitos tem o dever de salvaguardar a independência inerente à sua função.

2 – O mediador de conflitos deve pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas.

3 – O mediador de conflitos é responsável pelos seus atos e não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses mesmos sistemas.

Artigo 8º

Princípio da competência e da responsabilidade

1 – Sem prejuízo do disposto na alínea e) do nº 1 e no nº 3 do artigo seguinte, o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24º

2 – O mediador de conflitos que viole os deveres de exercício da respetiva atividade, nomeadamente os constantes da presente lei e, no caso da mediação em sistema público, dos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, é civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais de direito.

Artigo 9º

Princípio da executoriedade

1 – Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação:

- a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial;
- b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração;
- c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos;
- d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e
- e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

2 – O disposto na alínea e) do número anterior não é aplicável às mediações realizadas no âmbito de um sistema público de mediação.

3 – As qualificações e demais requisitos de inscrição na lista referida na alínea e) do nº 1, incluindo dos mediadores nacionais de Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados membros, bem como o serviço do Ministério da Justiça competente para a organização da lista e a forma de acesso e divulgação da mesma, são definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

4 – Tem igualmente força executiva o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas a) e d) do nº 1, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva.

CAPÍTULO III

Mediação civil e comercial

SECÇÃO I

Disposições gerais

Artigo 10º

Âmbito de aplicação

1 – O disposto no presente capítulo é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal.

2 – O presente capítulo não é aplicável:

- a) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar;
- b) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação laboral;
- c) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação penal.

Artigo 11º

Litígios objeto de mediação civil e comercial

1 – Podem ser objeto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial.

2 – Podem ainda ser objeto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.

Artigo 12º

Convenção de mediação

1 – As partes podem prever, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação.

2 – A convenção referida no número anterior deve adotar a forma escrita, considerando-se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas

partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação.

3 – É nula a convenção de mediação celebrada em violação do disposto nos números anteriores ou no artigo anterior.

4 – O tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação.

SECÇÃO II

Mediação pré-judicial

Artigo 13º

Mediação pré-judicial e suspensão de prazos

1 – As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer à mediação para a resolução desses litígios.

2 – O recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação.

3 – Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se com a conclusão do procedimento de mediação motivada por recusa de uma das partes em continuar com o procedimento, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou ainda quando o mediador determinar o fim do procedimento.

4 – Para os efeitos previstos nos números anteriores, é considerado o momento da prática do ato que inicia ou conclui o procedimento de mediação, respetivamente.

5 – Os atos que determinam a retoma do prazo de caducidade e prescrição previstos no nº 3 são comprovados pelo mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, pela entidade gestora do sistema público onde tenha decorrido a mediação.

6 – Para os efeitos previstos no presente artigo, o mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, as respetivas entidades gestoras devem emitir, sempre que solicitado, comprovativo da suspensão dos prazos, do qual constam obrigatoriamente os seguintes elementos:

- a) Identificação da parte que efetuou o pedido de mediação e da contraparte;
- b) Identificação do objeto da mediação;
- c) Data de assinatura do protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, data em que as partes tenham concordado com a realização da mediação;

- d) Modo de conclusão do procedimento, quando já tenha ocorrido;
- e) Data de conclusão do procedimento, quando já tenha ocorrido.

Artigo 14º

Homologação de acordo obtido em mediação

1 – Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial.

2 – O pedido referido no número anterior é apresentado conjuntamente pelas partes em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via eletrónica, nos termos a definir em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

3 – A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso do direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.

4 – O pedido referido no número anterior tem natureza urgente, sendo decidido sem necessidade de prévia distribuição.

5 – No caso de recusa de homologação, o acordo não produz efeitos e é devolvido às partes, podendo estas, no prazo de 10 dias, submeter um novo acordo a homologação.

Artigo 15º

Mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia

O disposto na presente secção é aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos de mediação ocorridos noutro Estado membro da União Europeia, desde que os mesmos respeitem os princípios e as normas do ordenamento jurídico desse Estado.

SECÇÃO III

Procedimento de mediação

Artigo 16º

Início do procedimento

1 – O procedimento de mediação compreende um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador de conflitos explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento.

2 – O acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação.

3 – O protocolo de mediação é assinado pelas partes e pelo mediador e dele devem constar:

- a) A identificação das partes;

- b) A identificação e domicílio profissional do mediador e, se for o caso, da entidade gestora do sistema de mediação;
- c) A declaração de consentimento das partes;
- d) A declaração das partes e do mediador de respeito pelo princípio da confidencialidade;
- e) A descrição sumária do litígio ou objeto;
- f) As regras do procedimento da mediação acordadas entre as partes e o mediador;
- g) A calendarização do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação, ainda que passíveis de alterações futuras;
- h) A definição dos honorários do mediador, nos termos do artigo 29º, exceto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação;
- i) A data.

Artigo 17º

Escolha do mediador de conflitos

- 1 – Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos.
- 2 – Antes de aceitar a sua escolha ou nomeação, o mediador de conflitos deve proceder à revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, nos termos previstos no artigo 27º

Artigo 18º

Presença das partes, de advogado e de outros técnicos nas sessões de mediação

- 1 – As partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, podendo ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores.
- 2 – As partes podem ainda fazer-se acompanhar por outros técnicos cuja presença considerem necessária ao bom desenvolvimento do procedimento de mediação, desde que a tal não se oponha a outra parte.
- 3 – Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.

Artigo 19º

Fim do procedimento de mediação

- O procedimento de mediação termina quando:
- a) Se obtenha acordo entre as partes;
 - b) Se verifique desistência de qualquer das partes;
 - c) O mediador de conflitos, fundamentadamente, assim o decida;
 - d) Se verifique a impossibilidade de obtenção de acordo;
 - e) Se atinja o prazo máximo de duração do procedimento, incluindo eventuais prorrogações do mesmo.

Artigo 20º

Acordo

O conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador.

Artigo 21º

Duração do procedimento de mediação

1 – O procedimento de mediação deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível.

2 – A duração do procedimento de mediação é fixada no protocolo de mediação, podendo no entanto a mesma ser alterada durante o procedimento por acordo das partes.

Artigo 22º

Suspensão do procedimento de mediação

1 – O procedimento de mediação pode ser suspenso, em situações excecionais e devidamente fundamentadas, designadamente para efeitos de experimentação de acordos provisórios.

2 – A suspensão do procedimento de mediação, acordada por escrito pelas partes, não prejudica a suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição, nos termos do nº 2 do artigo 13º

CAPÍTULO IV

Mediador de conflitos

Artigo 23º

Estatuto dos mediadores de conflitos

1 – O presente capítulo estabelece o estatuto dos mediadores de conflitos que exercem a atividade em Portugal.

2 – Os mediadores de **conflitos** que exerçam atividade em território nacional em regime de livre prestação de serviços gozam dos direitos e estão sujeitos às obrigações, proibições, condições ou limites inerentes ao exercício das funções que lhes sejam aplicáveis atenta a natureza ocasional e esporádica daquela atividade, nomeadamente os constantes dos artigos 5º a 8º, 16º a 22º e 25º a 29º

Artigo 24º

Formação e entidades formadoras

1 – Constitui formação especificamente orientada para o exercício da profissão de **mediador** de conflitos a frequência e aproveitamento em cursos ministrados por entidades

formadoras certificadas pelo serviço do Ministério da Justiça definido em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

2 – O membro do Governo responsável pela área da justiça aprova por portaria o regime de certificação das entidades referidas no número anterior.

3 – A certificação de entidades formadoras pelo serviço referido no nº 1, seja expressa ou tácita, é comunicada ao serviço central competente do ministério responsável pela área da formação profissional no prazo de 10 dias.

4 – Devem ser comunicadas pelas entidades certificadas ao serviço do Ministério da Justiça previsto no nº 1:

a) A realização de ações de formação para mediadores de conflitos, previamente à sua realização;

b) A lista de formandos que obtenham aproveitamento nessas ações de formação, no prazo máximo de 20 dias após a conclusão da ação de formação.

5 – As ações de formação ministradas a mediadores de conflitos por entidades formadoras não certificadas nos termos do presente artigo não proporcionam formação regulamentada para o exercício da profissão de **mediação**.

6 – É definida por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça a autoridade competente para a aplicação da Lei nº 9/2009 , de 4 de março, alterada pela Lei nº 41/2012 , de 28 de agosto, no que respeita aos pedidos de reconhecimento de qualificações apresentados noutros Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu por nacionais de Estados membros formados segundo a legislação nacional.

Artigo 25º

Direitos do mediador de conflitos

O mediador de conflitos tem o direito a:

a) Exercer com autonomia a mediação, nomeadamente no que respeita à metodologia e aos procedimentos a adotar nas sessões de mediação, no respeito pela lei e pelas normas éticas e deontológicas;

b) Ser remunerado pelo serviço prestado;

c) Invocar a sua qualidade de mediador de conflitos e promover a mediação, divulgando obras ou estudos, com respeito pelo dever de confidencialidade;

d) Requisitar à entidade gestora, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, os meios e as condições de trabalho que promovam o respeito pela ética e deontologia;

e) Recusar tarefa ou função que considere incompatível com o seu título e com os seus direitos ou deveres.

Artigo 26º

Deveres do mediador de conflitos

O mediador de conflitos tem o dever de:

- a) Esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do **procedimento** de mediação, bem como sobre as regras a observar;
- b) Abster-se de impor qualquer acordo aos mediados, bem como fazer promessas ou dar garantias acerca dos resultados do procedimento, devendo adotar um comportamento responsável e de franca colaboração com as partes;
- c) Assegurar-se de que os mediados têm legitimidade e possibilidade de intervir no procedimento de mediação, obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento e, caso seja necessário, falar separadamente com cada um;
- d) Garantir o carácter confidencial das informações que vier a receber no decurso da mediação;
- e) Sugerir aos mediados a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mesmos;
- f) Revelar aos intervenientes no procedimento qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua imparcialidade ou independência e não conduzir o procedimento nessas circunstâncias;
- g) Aceitar conduzir apenas procedimentos para os quais se sinta capacitado pessoal e tecnicamente, atuando de acordo com os princípios que norteiam a mediação e outras normas a que esteja sujeito;
- h) Zelar pela qualidade dos serviços prestados e pelo seu nível de formação e de qualificação;
- i) Agir com urbanidade, designadamente para com as partes, a entidade gestora dos sistemas públicos de mediação e os demais mediadores de conflitos;
- j) Não intervir em procedimentos de mediação que estejam a ser acompanhados por outro mediador de conflitos a não ser a seu pedido, nos casos de co-mediação, ou em casos devidamente fundamentados;
- k) Atuar no respeito pelas normas éticas e deontológicas previstas na presente lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia.

Artigo 27º

Impedimentos e escusa do mediador de conflitos

1 – O mediador de conflitos deve, antes de aceitar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação, revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção.

2 – O mediador de conflitos deve ainda, durante todo o procedimento de mediação, revelar às partes, de imediato, as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha conhecimento depois de aceitar a escolha ou nomeação.

3 – O mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, considere ter a sua independência, imparcialidade ou isenção comprometidas não deve aceitar a sua designação como mediador de conflitos e, se já tiver iniciado o procedimento, deve interromper o procedimento e pedir a sua escusa.

4 – São circunstâncias relevantes para efeito dos números anteriores, devendo, pelo menos, ser reveladas às partes, designadamente:

- a) Uma atual ou prévia relação familiar ou pessoal com uma das partes;
- b) Um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação;
- c) Uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes.

5 – O mediador de conflitos deve ainda recusar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação quando considere que, em virtude do número de procedimentos de mediação à sua responsabilidade, ou devido a outras atividades profissionais, não é possível concluir o procedimento em tempo útil.

6 – Não constitui impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação.

7 – As recusas nos termos dos números anteriores não determinam a perda ou prejuízo de quaisquer direitos do mediador de conflitos, nomeadamente no âmbito dos sistemas públicos de mediação.

Artigo 28º

Impedimentos resultantes do princípio da confidencialidade

Sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 5º, o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.

Artigo 29º

Remuneração do mediador de conflitos

A remuneração do mediador de conflitos é acordada entre este e as partes, responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento.

CAPÍTULO V

Sistemas públicos de mediação

SECÇÃO I

Regime dos sistemas públicos de mediação

Artigo 30º

Sistemas de mediação pública

Os sistemas públicos de mediação visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas.

Artigo 31º

Entidade gestora

1 – Cada sistema público de mediação é gerido por uma entidade pública, identificada no respetivo ato constitutivo ou regulatório.

2 – Cabe à entidade gestora manter em funcionamento e monitorizar o respetivo sistema público de mediação, preferencialmente através de plataforma informática.

3 – Os dados recolhidos dos procedimentos de mediação podem ser utilizados para fins de tratamento estatístico, de gestão dos sistemas de mediação e de investigação científica, nos termos da lei de Proteção de Dados Pessoais.

4 – Quaisquer reclamações decorrentes da utilização de um sistema público de mediação devem ser dirigidas à respetiva entidade gestora.

Artigo 32º

Competência dos sistemas públicos de mediação

Os sistemas públicos de mediação são competentes para mediar quaisquer litígios que se enquadrem no âmbito das suas competências em razão da matéria, tal como definidas nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, independentemente do local de domicílio ou residência das partes.

Artigo 33º

Taxas

As taxas devidas pelo recurso aos sistemas públicos de mediação são fixadas nos termos previstos nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, os quais preveem igualmente as eventuais isenções ou reduções dessas taxas.

Artigo 34º

Início do procedimento nos sistemas públicos de mediação

O início do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação pode ser solicitado pelas partes, pelo tribunal, pelo Ministério Público ou por Conservatória do Registo Civil, sem prejuízo do encaminhamento de pedidos de mediação para as entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação por outras entidades públicas ou privadas.

Artigo 35º

Duração do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação

A duração máxima de um procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação é fixada nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, aplicando-se, na falta de fixação, o disposto no artigo 21º

Artigo 36º

Presença das partes

Os atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação podem determinar a obrigação de as partes comparecerem pessoalmente nas sessões de mediação, não sendo possível a sua representação.

Artigo 37º

Princípio da publicidade

1 – A informação prestada ao público em geral, respeitante à mediação pública, é disponibilizada através dos sítios eletrónicos das entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação.

2 – A informação respeitante ao funcionamento dos sistemas públicos de mediação e aos procedimentos de mediação é prestada presencialmente, através de contacto telefónico, de correio eletrónico ou do sítio eletrónico da respetiva entidade gestora do sistema.

SECÇÃO II

Mediadores

Artigo 38º

Designação de mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

1 – As partes podem indicar o mediador de conflitos que pretendam, de entre os mediadores inscritos nas listas de cada sistema público de mediação.

2 – Quando não seja indicado mediador de conflitos pelas partes, a designação é realizada de modo sequencial, de acordo com a ordem resultante da lista em que se encontra inscrito, preferencialmente por meio de sistema informático.

Artigo 39º

Pessoas habilitadas ao exercício das funções de mediador de conflitos

Os requisitos necessários para o exercício das funções de mediador de conflitos em cada um dos sistemas públicos de mediação são definidos nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios.

Artigo 40º

Inscrição

1 – A inscrição dos mediadores de conflitos nas listas de cada um dos sistemas públicos de mediação é efetuada através de procedimento de seleção nos termos definidos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema.

2 – Os atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema público de mediação estabelecem ainda o regime de inscrição de mediadores nacionais de Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados membros.

3 – A inscrição do mediador de conflitos em listas dos sistemas públicos de mediação não configura uma relação jurídica de emprego público, nem garante o pagamento de qualquer remuneração fixa por parte do Estado.

Artigo 41º

Impedimentos e escusa do mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

Sempre que se encontre numa das situações previstas no artigo 27º, o mediador de conflitos deve comunicar imediatamente esse facto também à entidade gestora do sistema público de mediação, a qual, nos casos em que seja necessário, procede, ouvidas as partes, à nomeação de novo mediador de conflitos.

Artigo 42º

Remuneração do mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

A remuneração do mediador de conflitos no âmbito dos sistemas públicos de mediação é estabelecida nos termos previstos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema.

SECÇÃO III

Fiscalização

Artigo 43º

Fiscalização do exercício da atividade de mediação

1 – Compete às entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação, na sequência de queixa ou reclamação apresentada contra os mediadores de conflitos no âmbito do exercício da atividade de mediação, ou por iniciativa própria, no exercício de supervisão contínua sobre os respetivos sistemas públicos de mediação, fiscalizar a sua atividade.

2 – Realizada a fiscalização, e ouvido o mediador de conflitos, o dirigente máximo da entidade gestora emite a sua decisão, fundamentando as razões de facto e de direito, bem como indicando a medida a aplicar ao mediador de conflitos, se for o caso, conforme a gravidade do ato em causa.

Artigo 44º

Efeitos das irregularidades

1 – O dirigente máximo da entidade gestora do sistema público de mediação pode aplicar as seguintes medidas, em função da gravidade da atuação do mediador de conflitos:

- a) Repreensão;
- b) Suspensão das listas; ou
- c) Exclusão das listas.

2 – Nos casos em que o mediador viole o dever de confidencialidade em termos que se subsumam ao disposto no artigo 195º do Código Penal, a entidade gestora do sistema público de mediação participa a infração às entidades competentes.

CAPÍTULO VI

Disposições complementares e finais

Artigo 45º

Homologação de acordo de mediação celebrado na pendência de processo judicial

O acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do artigo 279º-A do Código de Processo Civil é homologado nos termos previstos no artigo 14º

Artigo 46º

Mediação de conflitos coletivos de trabalho

O disposto na presente lei aplica-se à mediação de conflitos coletivos de trabalho apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526º a 528º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 7/2009 , de 12 de fevereiro.

Artigo 47º

Direito subsidiário

Em tudo aquilo que não for regulado pela presente lei, aplica-se aos sistemas públicos de mediação o disposto nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios.

Artigo 48º

Regime jurídico complementar

No prazo de três meses, o Governo regulamenta um mecanismo legal de fiscalização do exercício da atividade da mediação privada.

Artigo 49º

Norma revogatória

São revogados:

- a) Os artigos 249º-A a 249º-C do Código de Processo Civil;
- b) O nº 6 do artigo 10º da Lei nº 21/2007 , de 12 de junho;
- c) O artigo 85º da Lei nº 29/2009 , de 29 de junho, alterada pelas Leis n.os 1/2010, de 15 de janeiro, e 44/2010, de 3 de setembro;

- d) A alínea c) do nº 3 do artigo 4º da Portaria nº 68-C/2008 , de 22 de janeiro, alterada pela Portaria nº 732/2009 , de 8 de julho;
- e) A Portaria nº 203/2011 , de 20 de maio.

Artigo 50º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Aprovada em 8 de março de 2013.

A Presidente da Assembleia da República, Maria da Assunção A. Esteves.

Promulgada em 9 de abril de 2013.

Publique-se.

O Presidente da República, Aníbal Cavaco Silva.

Referendada em 10 de abril de 2013.

O Primeiro-Ministro, Pedro Passos Coelho.

RELATÓRIO

SOBRE A APLICAÇÃO DA DIRETIVA 2008/48/CE RELATIVA A

CONTRATOS DE CRÉDITO AOS CONSUMIDORES

(2012/2037(INI))

COMISSÃO DO MERCADO INTERNO E DA PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES

RELATORA: BIRGIT COLLIN-LANGEN

EXCERTOS

“Considerando que a adequação das práticas relativas à defesa dos consumidores no setor do crédito desempenha um papel significativo na garantia da estabilidade financeira e que a volatilidade das taxas de câmbio apresenta sérios riscos para os consumidores, em especial no decurso de crises financeiras”

“Considera que, além da sua transposição integral e correta, importa avaliar o impacto prático da Diretiva, antes de a Comissão propor ao Parlamento quaisquer alterações necessárias; solicita à Comissão que apresente ao Parlamento e ao Conselho um relatório de avaliação sobre a execução da Diretiva e uma avaliação integral do seu impacto na proteção do consumidor, tendo em conta as consequências da crise financeira e o novo quadro jurídico da UE em matéria de serviços financeiros”

“Sem dúvida, o nível de proteção do consumidor aumentou bastante na Europa através da harmonização parcialmente exaustiva de algumas componentes essenciais do direito do crédito. Contudo, o aumento da contração de créditos ao consumo parece ser insignificante. Esta situação pode dever-se ao facto de apenas muito poucas instituições de crédito oferecerem créditos aos consumidores transfronteiriços e de, nos últimos anos, o mercado ter estado em recessão devido à crise dos mercados financeiros”

“O direito de retratação, que já existia em alguns Estados-Membros, foi introduzido de forma uniforme e exaustiva. As dificuldades persistem na questão de saber quando começa a decorrer o prazo de retratação”

“A procura de créditos por SMS não para de aumentar; a oferta deste tipo de crédito existe não só nos países escandinavos, como também no Reino Unido e nos Estados-Membros da Europa de Leste. Exorta-se os Estados-Membros a dedicarem especial atenção a este problema e a garantirem uma proteção efetiva dos consumidores”

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa a contratos de crédito aos consumidores (2012/2037(INI))

O Parlamento Europeu,

– Tendo em conta o artigo 48.º do seu Regimento,

– Tendo em conta o relatório da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários e o parecer da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores (A7-0343/2012),

A. Considerando que abrir os mercados nacionais ao importante setor económico do crédito aos consumidores, fazer face aos diferentes níveis de proteção do consumidor, remover as potenciais distorções da concorrência entre os operadores do mercado e melhorar o funcionamento do mercado interno constituem uma tarefa política da UE, sendo do interesse dos consumidores e dos credores;

B. Considerando que, com a Diretiva «Crédito aos Consumidores», se criou um quadro jurídico europeu comum para a proteção dos consumidores através de uma harmonização orientada e exaustiva em cinco áreas com margens reduzidas para os Estados-Membros, que podem afetar, em particular, formas diferentes da transposição;

C. Considerando que, todavia, persistem obstáculos de direito e de facto;

D. Considerando que, como se explica no estudo do Parlamento Europeu sobre a transposição da diretiva relativa a contratos de crédito aos consumidores, determinadas disposições fulcrais da diretiva – por exemplo, o artigo 5.º sobre informações pré-contratuais – não lograram a pretendida harmonização das normas dos Estados-Membros em matéria de proteção do consumidor por causa das diferenças de interpretação e de implementação entre os diversos Estados-Membros;

E. Considerando que a Diretiva «Crédito aos Consumidores», devido ao prazo reduzido e às variadas e amplas alterações jurídicas a efetuar nesse período, não foi transposta atempadamente por todos os Estados-Membros ou foi transposta de forma parcialmente incorreta;

F. Considerando que, de acordo com as recolhas realizadas, a contração transfronteiriça de créditos ao consumo não aumentou desde a entrada em vigor da Diretiva, embora isso possa ser explicado por múltiplos fatores, como a língua, mas também pelos problemas graves no setor financeiro e pela insuficiência da informação prestada aos consumidores sobre as oportunidades de concessão transfronteiriça de crédito aos consumidores e os direitos que lhes assistem aquando da celebração de tais contratos;

G. Considerando que a adequação das práticas relativas à defesa dos consumidores no setor do crédito desempenha um papel significativo na garantia da estabilidade financeira e que a volatilidade das taxas de câmbio apresenta sérios riscos para os consumidores, em especial no decurso de crises financeiras;

H. Considerando que os empréstimos excessivos em moeda estrangeira aos consumidores aumentaram o risco e as perdas suportadas pelas famílias;

I. Considerando que o Comité Europeu do Risco Sistémico adotou, em 21 de setembro de 2011, uma importante recomendação relativa aos empréstimos em moeda estrangeira (CERS/2011/1);

K. Considerando que, nos termos do artigo 27.º da Diretiva, a Comissão deve realizar uma análise de determinados aspetos da diretiva e que, neste contexto, a Comissão já requereu a realização de um estudo preparatório;

L. Considerando que atribui grande importância ao facto de ser mantido ao corrente sobre os períodos intercalares e os resultados da revisão e à possibilidade de emitir o seu parecer;

1. Congratula-se pelo facto de a Comissão, no quadro da preparação da sua revisão, já estar a realizar um estudo relativo aos efeitos sobre o mercado interno e a proteção dos consumidores com vista a analisar a importância transfronteiriça, apreciando o vasto trabalho desenvolvido pela Comissão, pelos legisladores nacionais e pelas instituições de crédito;

2. Sublinha que a melhoria do mercado do crédito aos consumidores pode produzir uma mais-valia europeia no sentido da promoção do mercado interno; entende que se poderia lograr este desiderato, designadamente, através da prestação de uma melhor informação aos consumidores sobre a oportunidade de conseguir crédito ao consumo noutros Estados-Membros e sobre os direitos de que os consumidores usufruem aquando da celebração de tais contratos;

3. Nota que o volume de contrações transfronteiriças de crédito ao consumo é inferior a 2 % e que, destes, aproximadamente 20 % são contraídos em linha;

4. Chama a atenção para o facto de um dos objetivos da diretiva consistir em garantir a disponibilidade de informações – fomentando deste modo o bom funcionamento do mercado único também no domínio do crédito – e de, por conseguinte, se dever analisar se o número de transações transfronteiras está a aumentar;

5. Considera que as disposições sobre as informações pré-contratuais, as explicações previstas no artigo 5.º, n.º 6, e a análise da solvabilidade em conformidade com o artigo 8.º desempenham um papel importante para efeitos de melhoria da sensibilização dos consumidores para os riscos associados à contração de empréstimos em moeda estrangeira;

6. Solicita, contudo, que as autoridades de supervisão exijam às instituições financeiras que forneçam aos consumidores explicações personalizadas, completas e de fácil compreensão relativamente aos riscos que implica um empréstimo em moeda estrangeira, ao impacto nas prestações de uma forte depreciação da moeda com curso legal no Estado-Membro de domicílio do consumidor e ao aumento da taxa de juro estrangeira; considera que estas explicações deveriam ser fornecidas antes da assinatura de qualquer contrato;

7. Toma nota das preocupações suscitadas em alguns Estados-Membros sobre a forma como a informação pré-contratual é prestada aos consumidores através da Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores (INECC), que comporta um carácter tão técnico que prejudica a capacidade de os consumidores a entenderem efetivamente; considera que a eficácia da INECC deve ser um aspeto importante na avaliação do impacto da diretiva levado a cabo pela Comissão;

8. Saúda o processo de controlo «SWEEP» realizado em setembro de 2011 pela Comissão, o qual concluiu que, em 70 % dos sítios Web de instituições financeiras analisados, faltavam dados na publicidade e dados importantes na proposta e que a apresentação dos custos era enganosa, exortando a Comissão e os Estados-Membros a tomarem medidas de correção adequadas; toma nota, neste contexto, do facto de as normas aplicáveis a exemplos representativos não serem, por vezes, usadas como previsto e de ser necessário proceder a melhorias;

9. Preconiza que as práticas publicitárias e comerciais das instituições financeiras sejam rigorosamente controladas a fim de evitar informações enganosas e incorretas na publicidade ou comercialização de contratos de crédito;

10. Verifica que alguns Estados-Membros aproveitaram a possibilidade para alargar o âmbito de aplicação a outros produtos financeiros sem que, aparentemente, tal tenha resultado em contradições;

11. Sublinha que as disposições legais devem ter por base a generalidade dos casos, o consumidor médio e a empresa média, e não escassos casos de abusos, pois, de outro modo, a informação prestada aos consumidores tornar-se-ia menos compreensível, transparente e comparável;

12. Verifica que o aumento de disposições não representa automaticamente uma maior proteção do consumidor e que um excesso de informações pode confundir mais do que esclarecer o consumidor inexperiente; reconhece, a este propósito, o conhecimento especializado, a ajuda e a educação financeira proporcionada pelas associações de consumidores, bem como o seu potencial papel na reestruturação do crédito em benefício das famílias em dificuldades;

13. Preconiza que os consumidores tenham o direito de ser informados quer sobre os custos dos serviços auxiliares quer sobre o direito a subscreverem serviços auxiliares junto de fornecedores alternativos; considera que deve ser exigido às instituições financeiras que efetuem a distinção entre os referidos serviços e taxas associadas e os serviços relacionados com empréstimos básicos, esclarecendo quais os serviços essenciais para a prorrogação de um empréstimo e quais os serviços que estão inteiramente ao critério do mutuário;

14. Considera que é necessário analisar melhor as dificuldades que poderão surgir no exercício do direito de retratação no caso de contratos ligados; destaca a importância de os consumidores serem sensibilizados para o facto de, se exercerem o direito de retratação de um contrato em que o fornecedor ou prestador de serviços receba diretamente a soma

correspondente ao pagamento do fornecedor do crédito através de um contrato acessório, os custos serem suportados pelos consumidores em relação ao serviço financeiro prestado;

15. Exorta a Comissão a avaliar o grau de incumprimento do dever de informação nos contratos em que os intermediários não estejam vinculados por exigências de prestação de informação pré-contratual, a fim de estabelecer a melhor forma de proteger os consumidores em tais circunstâncias;

16. Considera que as regulamentações complicadas relativas ao reembolso antecipado carecem de especial atenção;

17. Observa que, antes de qualquer alteração nas taxas de juro, uma notificação enviada aos consumidores deverá proporcionar-lhes tempo suficiente para fazerem uma prospeção do mercado e mudarem de entidade mutuante, antes de a referida alteração entrar em vigor;

18. Verifica que a interpretação do que é um «exemplo representativo» precisa de ser melhorada;

19. Sublinha que deve garantir-se um cálculo uniforme da taxa anual de encargos efetiva global, que devem eliminar-se dúvidas e que deve criar-se coerência com todos os outros instrumentos jurídicos;

20. Exorta os Estados-Membros a certificarem-se de que são concedidos às entidades nacionais de supervisão todos os poderes e recursos necessários ao desempenho das suas funções; insta as entidades nacionais de supervisão a fiscalizarem de forma eficaz a observância e a aplicação das disposições da diretiva;

21. Sublinha que, de futuro, ao definir-se os prazos de transposição, se tenha mais em conta tais alterações às legislações nacionais implicadas pelo processo de transposição;

22. Exorta os Estados-Membros a alargarem o atual nível de defesa dos consumidores em relação ao crédito, incluindo o crédito a curto prazo concedido via Internet através dos serviços de envio e receção de mensagens breves ou de outros meios de comunicação à distância, que se estão a tornar cada vez mais recorrentes no mercado de crédito ao consumo, envolvendo montantes inferiores ao limite mínimo de 200 euros, atualmente fora do âmbito de aplicação da presente diretiva;

23. Sublinha que, atualmente, não existe motivo para rever a Diretiva, devendo antes garantir-se que a Diretiva seja transposta e cumprida corretamente;

24. Considera que, além da sua transposição integral e correta, importa avaliar o impacto prático da Diretiva, antes de a Comissão propor ao Parlamento quaisquer alterações necessárias; solicita à Comissão que apresente ao Parlamento e ao Conselho um relatório de avaliação sobre a execução da Diretiva e uma avaliação integral do seu impacto na proteção do consumidor, tendo em conta as consequências da crise financeira e o novo quadro jurídico da UE em matéria de serviços financeiros;

25. Encarrega o seu Presidente de transmitir a presente resolução ao Conselho e à Comissão.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A Diretiva «Crédito aos Consumidores» prossegue dois objetivos: um elevado nível de proteção do consumidor e o reforço do mercado interno transfronteiriço para créditos aos consumidores.

Sem dúvida, o nível de proteção do consumidor aumentou bastante na Europa através da harmonização parcialmente exaustiva de algumas componentes essenciais do direito do crédito. Contudo, o aumento da contração de créditos ao consumo parece ser insignificante. Esta situação pode dever-se ao facto de apenas muito poucas instituições de crédito oferecerem créditos aos consumidores transfronteiriços e de, nos últimos anos, o mercado ter estado em recessão devido à crise dos mercados financeiros.

Além disso, os obstáculos à contração transfronteiriça de um crédito ao consumo devem-se mais a problemas linguísticos ou à falta de um contacto pessoal com a instituição financeira do que à área jurídica.

Problemas detetados no âmbito da revisão:

1. Período de transposição:

A Diretiva foi transposta com atraso total ou parcial por alguns Estados-Membros. A principal causa para estes atrasos foi o curto período de transposição de dois anos e a abrangência do âmbito de regulamentação. Foi necessário alterar e introduzir muitas medidas nas mais variadas áreas, como, por exemplo, disposições relativas à proteção dos consumidores, disposições gerais relativas ao crédito, acesso a bases de dados, etc. Estes processos são muito complexos e afetam tanto os legisladores nacionais como as instituições financeiras. Afigura-se adequado, de futuro, prever mais tempo e definir o prazo de transposição para três anos.

2. Domínio de aplicação:

Muitos Estados-Membros alargaram o domínio de aplicação a outros produtos financeiros, por exemplo, a créditos cobertos por hipoteca ou contratos de locação e de locação financeira, o que, aparentemente, não provoca dificuldades.

3. Publicidade:

Na área das disposições relativas à publicidade, os Estados-Membros recorreram às diferentes possibilidades de transposição. Algumas dificuldades surgiram com a questão de saber o que se deve entender ao certo por «exemplo representativo».

Em 2011, teve lugar uma revisão realizada pela Comissão de 562 sítios Web de crédito aos consumidores (SWEEP). A Comissão concluiu que em 46 % dos sítios revistos faltavam dados obrigatórios na publicidade, em 43 % faltam dados claros na proposta de contrato quanto aos custos totais, ao período do contrato e a alguns custos relacionados com o crédito

e que, em 20 %, a representação dos custos é enganosa. Na fase de execução, atualmente em curso, as entidades nacionais contactam as empresas, solicitam esclarecimentos e exigem a retificação.

4. Informações pré-contratuais:

As disposições relativas às informações pré-contratuais, que devem ser disponibilizadas ao consumidor numa folha normalizada, foram harmonizadas exaustivamente. A transposição para o direito nacional ocorreu em parte textualmente ou com ajustes e melhorias linguísticas.

Em alguns Estados-Membros, questionou-se a eficácia da folha informativa normalizada. As informações serão demasiado abrangentes, de difícil compreensão e, em parte, muito técnicas, o que frequentemente conduz à recusa do consumidor. Além disso, parece questionável se é adequada como instrumento de comparação para créditos de diferentes proponentes. Note-se igualmente que a disponibilização da folha informativa normalizada aumentou os custos dos credores, o que se reflete nos custos do crédito.

5. Informações contratuais:

O sistema abrangente introduzido recentemente não provocou dificuldades conhecidas na transposição.

6. Direito de retratação:

O direito de retratação, que já existia em alguns Estados-Membros, foi introduzido de forma uniforme e exaustiva. As dificuldades persistem na questão de saber quando começa a decorrer o prazo de retratação. Assim, alguns Estados-Membros previram a possibilidade de o prazo de retratação só começar depois do início de um período de reflexão ou que o início do prazo fica suspenso em caso de falhas nas informações contratuais. Surgiram também dúvidas sobre a questão de saber se o direito de retratação só pode ser exercido após o reembolso do crédito.

7. Reembolso antecipado:

Não se conhecem dificuldades importantes na transposição dos regulamentos relativos aos reembolsos antecipados. Em alguns Estados-Membros, que antes não previam nenhuma indemnização do credor, criticou-se que esta indemnização conduz à redução do nível de proteção dos consumidores.

8. Cálculo da taxa anual de encargos efetiva global:

As disposições relativas ao cálculo da taxa anual de encargos efetiva global foram complementadas em 2011 no âmbito do procedimento de comitologia. No entanto, parecem ainda subsistir dúvidas em determinados casos.

A Comissão apresentou diretrizes sobre a interpretação da taxa anual de encargos efetiva global, que, contudo, não têm caráter juridicamente obrigatório na aceção de uma lei.

É desejável que a taxa anual de encargos efetiva global seja aplicada de forma idêntica em todos os instrumentos jurídicos europeus.

9. Notas:

A obrigação de fornecer explicações em conformidade com o artigo 5.º, n.º 6, foi transposta de modo distinto pelos Estados-Membros. Alguns Estados-Membros concretizam esta obrigação através da discriminação de determinadas medidas especiais. Por exemplo, a Áustria previu a regulamentação especial de frisar os riscos no caso de empréstimos em moeda estrangeira.

10. Verificação da solvabilidade:

A obrigação de avaliação da solvabilidade do consumidor foi transposta de forma distinta pelos Estados-Membros. Alguns Estados-Membros concretizaram a verificação da solvabilidade e, por exemplo, tornaram obrigatória a consulta da base de dados. Alguns Estados-Membros deixam aos tribunais a questão de saber se os requisitos foram satisfeitos.

11. Créditos por SMS:

A procura de créditos por SMS não para de aumentar; a oferta deste tipo de crédito existe não só nos países escandinavos, como também no Reino Unido e nos Estados-Membros da Europa de Leste. Exorta-se os Estados-Membros a dedicarem especial atenção a este problema e a garantirem uma proteção efetiva dos consumidores. Devem considerar-se as respetivas especificidades do país e eventualmente também tomar medidas que vão além das disposições da Diretiva «Crédito aos Consumidores».

12. Conclusão:

Cabe agora à Comissão rever a transposição e pressionar no sentido da sua aplicação nos Estados-Membros. Depois, deverá conceder-se tempo às partes envolvidas para que estas se habituem às novas regulamentações e reúnam experiências. Posteriormente, deverá realizar-se uma avaliação exaustiva dos efeitos da Diretiva do ponto de vista do direito e dos factos, com base na qual poderão eventualmente ser perspetivadas alterações à Diretiva.

8.6.2012

PARECER DA COMISSÃO DOS ASSUNTOS ECONÓMICOS E MONETÁRIOS

dirigido à Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores
sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa a contratos de crédito aos consumidores
(2012/2037(INI))

Relator: Theodor Dumitru Stolojan

SUGESTÕES

A Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários insta a Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, competente quanto à matéria de fundo, a incorporar as seguintes sugestões na proposta de resolução que aprovar:

- Considerando que a Diretiva 2008/48/CE1 relativa a contratos de crédito aos consumidores foi aprovada antes da crise financeira;

- Considerando que em alguns Estados-Membros o crédito excessivo ao consumo contribuiu para a crise;

- Considerando que os empréstimos excessivos em moeda estrangeira aos consumidores aumentaram o risco e as perdas suportadas pelas famílias;

- Salientando a importância da Recomendação do Comité Europeu do Risco Sistémico, de 21 de setembro de 2011, relativa aos empréstimos em moeda estrangeira (CERS/2011/1);

1. Preconiza que as autoridades de supervisão exijam às instituições financeiras que forneçam aos consumidores informação personalizada, completa e de fácil compreensão relativamente aos riscos que implica o empréstimo em moeda estrangeira, ao impacto nas prestações de uma forte depreciação da moeda com curso legal no Estado-Membro de domicílio do consumidor e ao aumento da taxa de juro estrangeira; considera que esta informação deveria ser incluída na publicidade relativa a contratos de crédito em moeda estrangeira, na informação pré-contratual e nos contratos de crédito aos consumidores;

2. Preconiza que seja exigido às instituições financeiras que, em tempo útil, antes de o consumidor se encontrar vinculado por um contrato ou uma proposta de crédito, forneçam a informação personalizada necessária para que os consumidores comparem os créditos disponíveis no mercado, avaliem as suas implicações e tomem uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito;

3. Preconiza que seja exigido às instituições financeiras que avisem o consumidor sempre que, atendendo à situação financeira deste, a celebração de um contrato de crédito implicar riscos específicos;

4. Preconiza que as autoridades de supervisão acompanhem de perto os riscos de financiamento e liquidez decorrentes da concessão de empréstimos em moeda estrangeira, tomem medidas para evitar riscos excessivos e exijam às instituições financeiras que adotem sistemas eficazes de tarifação, afetação de capital e gestão da liquidez para lidar com empréstimos em moeda estrangeira e que, ao avaliar a solvabilidade do consumidor, tomem em conta a sua capacidade para suportar flutuações da taxa de câmbio; preconiza que os Estados-Membros exijam às instituições financeiras que permitam que os consumidores convertam o empréstimo para outra moeda, de acordo com um método transparente

comunicado ao consumidor na informação pré-contratual, e que as instituições financeiras proporcionem um sistema de cobertura para o risco das trocas cambiais com um custo razoável para o consumidor, a fim de limitar o risco de choques adversos das taxas de câmbio nos reembolsos;

5. Solicita uma revisão das disposições relativas à taxa anual de encargos efetiva global da Diretiva 2008/48/CE no sentido de refletir de forma mais adequada as características dos empréstimos em moeda estrangeira e a taxa variável;

6. Preconiza que as instituições de crédito demonstrem especial prudência na concessão de empréstimos ao consumo com prazos superiores a cinco anos, a fim de garantir os melhores interesses dos consumidores em causa;

7. Preconiza que as instituições financeiras não concedam qualquer crédito ao consumo que seja garantido pela habitação do consumidor, quando este não disponha de uma remuneração ou salário adequado, e que apenas concedam crédito ao consumo quando estiver demonstrada a solvabilidade do consumidor – e, se for o caso, determinada a devida garantia – assegurando um nível de risco adequado para o consumidor e o fornecedor;

8. Preconiza que os consumidores tenham o direito de ser informados quer sobre os custos dos serviços auxiliares quer sobre o direito a subscreverem serviços auxiliares junto de fornecedores alternativos; considera que deve ser exigido às instituições financeiras que efetuem a distinção entre os referidos serviços e taxas associadas e os serviços relacionados com empréstimos básicos, esclarecendo quais os serviços essenciais para a prorrogação de um empréstimo e quais os serviços que estão inteiramente ao critério do mutuário;

9. Chama a atenção para o facto de um dos objetivos da diretiva consistir em garantir a disponibilidade de informações – fomentando deste modo o bom funcionamento do mercado único também no domínio do crédito – e de, por conseguinte, se dever analisar se o número de transações transfronteiras está a aumentar e se é necessário proceder a outras melhorias;

10. Preconiza que as práticas publicitárias e comerciais das instituições financeiras sejam rigorosamente controladas a fim de evitar informações enganosas e incorretas na publicidade ou comercialização de contratos de crédito;

11. Solicita à Comissão que apresente ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório de avaliação sobre a execução da Diretiva e uma avaliação integral do seu impacto na proteção do consumidor, tendo em conta as consequências da crise financeira e o novo quadro jurídico da UE em matéria de serviços financeiros;

12. Solicita uma revisão da Diretiva 2008/48/CE com vista à sua integração, bem como à integração da Diretiva CARRP, numa única Diretiva.

RESULTADO DA VOTAÇÃO FINAL EM COMISSÃO

| | |
|---|--|
| Data de aprovação | 7.6.2012 |
| Resultado da votação final | + : 38 - : 0 0 : 0 |
| Deputados presentes no momento da votação final | Elena Băsescu, Sharon Bowles, Udo Bullmann, George Sabin Cutaş, Leonardo Domenici, Derk Jan Eppink, Elisa Ferreira, Ildikó Gáll-Pelcz, Jean-Paul Gauzès, Sven Giegold, Sylvie Goulard, Liem Hoang Ngoc, Gunnar Hökmark, Philippe Lamberts, Werner Langen, Astrid Lulling, Arlene McCarthy, Alfredo Pallone, Antolín Sánchez Presedo, Olle Schmidt, Edward Scicluna, Peter Simon, Theodor Dumitru Stolojan, Sampo Terho, Marianne Thyssen, Corien Wortmann-Kool, Pablo Zalba Bidegain |
| Suplente(s) presente(s) no momento da votação final | David Casa, Philippe De Backer, Vicky Ford, Robert Goebbels, Olle Ludvigsson, Marisa Matias, Gianni Pittella, Andreas Schwab, Theodoros Skylakakis, Emilie Turunen |
| Suplente(s) (nº 2 do art. 187º) presente(s) no momento da votação final | Robert Sturdy |

RESULTADO DA VOTAÇÃO FINAL EM COMISSÃO

| | |
|---|--|
| Data da aprovação | 11.10.2012 |
| Resultado da votação final | + : 33 - : 0 0 : 2 |
| Deputados presentes no momento da votação final | Pablo Arias Echeverría, Adam Bielan, Jorgo Chatzimarkakis, Sergio Gaetano Cofferati, Birgit Collin-Langen, Lara Comi, Anna Maria Corazza Bildt, António Fernando Correia de Campos, Vicente Miguel Garcés Ramón, Louis Grech, Mikael Gustafsson, Małgorzata Handzlik, Malcolm Harbour, Iliana Ivanova, Sandra Kalniete, Edvard Kožušník, Hans-Peter Mayer, Gesine Meissner, Sirpa Pietikäinen, Phil Prendergast, Zuzana Roithová, Heide Rühle, Christel Schaldemose, Andreas Schwab, Catherine Stihler, Róza Gräfin von Thun und Hohenstein, Gino Trematerra, Barbara Weiler |
| Suplente(s) presente(s) no momento da votação final | Regina Bastos, Ildikó Gáll-Pelcz, María Irigoyen Pérez, Olle Schmidt, Olga Sehnalová, Kyriacos Triantaphyllides, Kerstin Westphal |

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Amapá
Relator: Dôglas Evangelista Ramos

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Relator: Tibúrcio Marques

Ementário
Julgados do TJ/PR, do TJ/RJ e do TJ/DF

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça do Amapá – Acórdão 1 (15.03.2013)

“O Código de Defesa do Consumidor prevê duas espécies de responsabilidade civil: responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (artigos 12 a 17), e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço (artigos 18 a 25)”

“A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço compreende os defeitos de segurança; já a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, abrange os vícios por inadequação”

“No caso em análise, não se aplicam as disposições do art. 13 do CDC, como pretende a apelante, porque este dispositivo se refere à responsabilização por fato do produto ou serviço, ou seja, àqueles defeitos que afetam a segurança e a incolumidade do consumidor”

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 2 (13.03.2013)

“A responsabilidade dos prestadores de serviços é objetiva (art. 14 do CDC), razão pela qual, independentemente da existência de culpa, cabe ao prestador reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços”

“O dano moral, por sua vez, caracteriza-se pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como a dor, a intimidade, a vida privada, a honra, entre outros”

“Nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002, para a configuração do ilícito civil é indispensável a prática do ato lesivo, sendo imprescindível que tal ato seja voluntário ou culposo. O dolo consiste na vontade, na intenção de ofender o direito, ou prejudicar o patrimônio, por ação ou omissão”

“Quanto ao dano, tem-se que, sem a sua prova, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material (sentido estrito), simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido (sentido amplo), ou, ainda, cumulativamente, material e moral, conforme entendimento consolidado pela Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça”

ACÓRDÃO 1

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA do COMERCIANTE em VÍCIO ou DEFEITO do PRODUTO

Tribunal: **TJ/AP**

Órgão Julgador: **CÂMARA ÚNICA**

Relator: **Dôglas Evangelista Ramos**

EMENTA: Consumidor. Apelação. Ação consumerista. Vício do produto (relógio cartográfico). Responsabilidade solidária do comerciante. Art. 18 do CDC. Vício oculto. Prazo decadencial. Início. Momento em que ficar evidenciado o defeito. Art. 26, § 3º, do CDC. 1) Em caso de vício ou defeito no produto, a responsabilidade do comerciante, parte integrante da cadeia de consumo, é solidária. Inteligência do art. 18 do CDC. 2) Nos termos do art. 26, § 3º, do CDC, tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial tem início no momento em que se torna evidente o defeito. 3) Apelo desprovido.

ACÓRDÃO: 0045986-33.2011.8.03.0001
ANO: 2012 DECISÃO: 12 03 2013
TURMA: CU ÓRGÃO JULGADOR:
CÂMARA ÚNICA
FONTE: DJ DATA: 15 03 2013
JUIZ RELATOR: DR DÔGLAS
EVANGELISTA RAMOS
RECLAMANTE: H.C. DO S. SILVA-
ME (OPTICAL SEGURANÇA
ELETRÔNICA)
RECLAMADA: IGREJA UNIVERSAL
DO REINO DE DEUS

EMENTA: Consumidor. Apelação. Ação consumerista. Vício do produto (relógio cartográfico). Responsabilidade solidária do comerciante. Art. 18 do CDC. Vício

oculto. Prazo decadencial. Início. Momento em que ficar evidenciado o defeito. Art. 26, § 3º, do CDC. 1) Em caso de vício ou defeito no produto, a responsabilidade do comerciante, parte integrante da cadeia de consumo, é solidária. Inteligência do art. 18 do CDC. 2) Nos termos do art. 26, § 3º, do CDC, tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial tem início no momento em que se torna evidente o defeito. 3) Apelo desprovido.

DECISÃO: A Câmara Única do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, à unanimidade, conheceu do apelo e, no mérito, pelo mesmo quorum, negou-lhe provimento, nos termos do voto proferido pelo Relator.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO RELATÓRIO

H.C. DO S. SILVA-ME (OPTICAL SEGURANÇA ELETRÔNICA) apelou contra a r. sentença de f. 88/92, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível e de Fazenda Pública da Comarca de Macapá, Dr. Diego Moura de Araújo, que lhe determinou devolvesse à IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS a importância de R\$ 1.128,00 (mil, cento e vinte e oito reais), acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, e correção monetária pelo INPC, a partir do ajuizamento da ação, bem como pagasse custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da parte contrária de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Segundo consta, em 06 de agosto de 2010, a IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, com sede nesta cidade de Macapá, adquiriu da empresa H.C. DO S. SILVA-ME (OPTICAL SEGURANÇA

ELETRÔNICA), localizada na cidade de Belém/PA, um relógio cartográfico (mecânico digital – MD 402), com garantia contratual de doze meses, pelo valor de R\$ 972,00 (novecentos e setenta e dois reais), e seu respectivos cartões térmicos extras, no valor de R\$ 156,00 (cento e cinquenta e seis reais), através de pagamento em duas parcelas com vencimento nos dias 05/09/2010 e 05/10/2010. Cerca de nove meses após a instalação, o produto apresentou defeito de funcionamento, precisando ser remetido por sedex à empresa vendedora, em Belém/PA, para conserto. No total, por três vezes o produto seguiu para o conserto, sem sucesso. Ajuizada a ação consumerista, a autora pediu o ressarcimento do valor pago pelo relógio cartográfico (R\$972,00) e das despesas de envio para conserto (R\$200,00), que totalizaram o valor de R\$ 1.172,00 (mil, cento e setenta e dois reais). O magistrado sentenciante, rejeitando as alegações de ilegitimidade passiva ad causam e decadência do direito, entendeu caracterizado o vício no produto, nos termos do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Em suas razões de f. 94/99, a empresa apelante reiterou suas alegações de ilegitimidade passiva ad causam e decadência do direito. Prosseguindo, afirmou que, se devido algum valor à apelada, seria apenas aquele efetivamente pago pelo relógio cartográfico (R\$972,00). Pediu a reforma da r. sentença para julgar improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 104/111, pela manutenção do *decisum*.

É o relatório.

VOTOS

ADMISSIBILIDADE

O Excelentíssimo Senhor Desembargador
DÔGLAS EVANGELISTA

(Presidente e Relator) – Eminentíssimos Pares. Senhora Procuradora de Justiça. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador
MÁRIO GURTYEV

(Vogal) – Também conheço.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador
CARMO ANTÔNIO

(Vogal) – Também conheço.

MÉRITO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador
DÔGLAS EVANGELISTA

(Presidente e Relator) – Em seu recurso, a apelante reitera sua alegação de ilegitimidade passiva ad causam, afirmando que, identificado o fabricante do produto, a responsabilidade dela seria tão somente subsidiária, nos termos do art. 13 do Código de Defesa do Consumidor. Também ressalta a decadência do direito.

Antecipo que este recurso não merece provimento, registrando que ambas as questões suscitadas pela apelante foram satisfatoriamente apreciadas e afastadas na r. sentença.

De início, restou incontroverso que a apelada adquiriu da apelante o relógio cartográfico (mecânico digital – MD 402) e que, cerca de nove meses após a instalação, o produto apresentou defeito de funcionamento, sendo necessário encaminhá-lo para conserto, na cidade de Belém/PA, por três vezes, sem sucesso.

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas espécies de responsabilidade civil: responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (artigos 12 a 17), e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço (artigos 18 a 25).

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço compreende os defeitos de segurança; já a responsabilidade

por vício do produto ou do serviço, abrange os vícios por inadequação. Desta feita, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. (REsp 967623/RJ – Rel. Min. NANCY ANDRIGHI – j. 16/04/2009 – p. DJe, 29/06/2009).

Assim, no caso em análise, não se aplicam as disposições do art. 13 do CDC, como pretende a apelante, porque este dispositivo se refere à responsabilização por fato do produto ou serviço, ou seja, àqueles defeitos que afetam a segurança e a incolumidade do consumidor.

No presente feito vislumbra-se a ocorrência de vício do produto mesmo, afinal, o relógio cartográfico adquirido pela apelada não serviu ao fim ao qual se destinava, mesmo depois de três entradas na assistência técnica, da qual retornou com o mesmo defeito. Portanto, a responsabilidade da apelante é solidária, conforme disposto no art. 18 do CDC, *in verbis*:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza,

podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

No tocante à alegada decadência do direito, matéria igualmente bem resolvida pelo julgador de primeiro grau, melhor sorte não é reservada à apelante.

Isso porque, nos termos do art. 26, § 3º, do CDC, tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial tem início no momento em se tornar evidente o defeito.

Ora, embora o relógio cartográfico tenha sido adquirido em 06 de agosto de 2010, seu vício somente se tornou evidente no dia 28 de maio de 2011, e já no dia 30 de maio de 2011 a apelada encaminhou a mercadoria à apelante, para que fosse providenciado o conserto. Mais duas tentativas de conserto (em julho e setembro de 2011), tendo o defeito persistido.

Com efeito, não houve decadência do direito.

Por fim, em relação ao valor da condenação também não prospera o inconformismo da apelante, pois, neste ponto, o *decisum* lhe foi, inclusive, favorável.

Conforme relatado, o pedido da igreja autora era o ressarcimento do valor pago pelo relógio cartográfico (R\$972,00) e pelas despesas com o envio do produto para a cidade de Belém, para conserto (R\$200,00) (f. 36/39), totalizando R\$ 1.172,00 (mil, cento e setenta e dois reais).

No entanto, embora a r. sentença tenha reconhecido o dever de ressarcir o valor pago pelo relógio cartográfico e mais as despesas de sedex e frete, em sua parte dispositiva consignou como devido apenas o valor de R\$ 1.128,00 (mil cento e vinte e oito reais), que deverá prevalecer, eis que a autora não apresentou inconformismo para majoração da importância.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo. É como voto.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador
MÁRIO GURTYEV

(Vogal) – Acompanhho.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador
CARMO ANTÔNIO

(Vogal) – Acompanhho.

DECISÃO

A Câmara Única do Egrégio Tribunal de
Justiça do Estado do Amapá, à unanimidade,
conheceu do apelo e, no mérito, pelo mesmo
quorum, negou-lhe provimento, nos termos
do voto proferido pelo Relator.

ACÓRDÃO 2

CONTRATO de PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS traz em si uma OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **15a. Câm. Cív.**

Relator: **Tibúrcio Marques**

EMENTA: Indenização – responsabilidade civil do cirurgião-dentista – obrigação de resultado – laudo pericial – danos morais configurados – dever de indenizar – fixação da indenização – critério. São pressupostos do dever de indenização a ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. O contrato de prestação de serviços odontológicos traz em si uma obrigação de resultado. Comprovada a ocorrência de imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta e as consequências lesivas à saúde do paciente, deve ser reconhecida a responsabilidade civil do profissional, para fins de reparar o erro cometido, bem como os danos morais dele decorrentes. A indenização por dano moral deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, no causador do mal, impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado.

ACÓRDÃO: 1.0024.08.227825-0/001
ANO: 2012 DECISÃO: 07 03 2013
TURMA: 15 ÓRGÃO JULGADOR: 15a.
CÂMARA CÍVEL
FONTE: DJ DATA: 13 03 2013
JUIZ RELATOR: DR TIBÚRCIO
MARQUES
APELANTE: CARMEM LUCIA
AMORIM, PATRÍCIA DRUMOND
HAUSS MONTEIRO, COMPANHIA
EXCELSIOR DE SEGUROS, NELY
MARTINS DE SOUZA EM CAUSA
PRÓPRIA
APELADO(A)(S): NELY MARTINS DE
SOUZA, CARMEM LUCIA AMORIM E
OUTRO(A)(S), PATRÍCIA DRUMOND
HAUSS MONTEIRO, COMPANHIA
EXCELSIOR DE SEGUROS

EMENTA: Indenização – responsabilidade civil do cirurgião-dentista – obrigação de resultado – laudo pericial – danos morais configurados – dever de indenizar – fixação da indenização – critério. São pressupostos do dever de indenização a ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. O contrato de prestação de serviços odontológicos traz em si uma obrigação de resultado. Comprovada a ocorrência de imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta e as consequências lesivas à saúde do paciente, deve ser reconhecida a responsabilidade

civil do profissional, para fins de reparar o erro cometido, bem como os danos morais dele decorrentes. A indenização por dano moral deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, no causador do mal, impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado.

DECISÃO: Vistos etc., acorda, em Turma, a 15a. CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REJEITAR AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E NEGAR PROVIMENTOS AOS RECURSOS.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO
DES. TIBÚRCIO MARQUES
(RELATOR)
VOTO

Trata-se de três apelações interpostas à sentença que, nos autos da Ação de Indenização, movida por (...) em face de (...) e (...), julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora para condenar as rés, a pagarem á autora a quantia de R\$ 2.935,00 a título de indenização por danos materiais, corrigida monetariamente pelo índice divulgado pela Eg. Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do efetivo desembolso, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

A título de indenização por danos morais, condenou as rés a pagar á autora o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data da publicação da sentença.

Julgou procedente a denunciação á lide contra a COMPANHIA EXCELCIOR DE

SEGUROS para na via regressiva, condenar esta denunciada a ressarcir à denunciante (...) o valor integral despendido na lide principal, com base nos artigos 70, III e 76 do CPC e artigos 757 e 776 do CC, até o limite da apólice.

Condenou as rés ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitrou em 15% do valor da condenação e deixou de condenar a denunciada, face à não resistência da mesma de sua condição como litisconsorte da denunciada.

PRIMEIRA APELAÇÃO

Inconformada, as rés (...) e (...), interpuseram recurso ás fls. 591/614, requerendo a apreciação do agravo retido ás fls. 318/320.

Alegam, em apertada síntese, que houve prescrição, uma vez que a própria autora afirmou que a cirurgia para a colocação de implantes (que a mesma alega serem os causadores do suposto dano), ocorreu em 08.04.2005, e, de acordo com o artigo 206, § 3º, em três anos prescreve a pretensão de reparação civil.

Defendem que foi equivocada a valoração da prova pericial, eis que é inútil, porque realizada por profissional sem o mínimo de conhecimento da matéria.

Aduzem que a autora assinou um “Termo de Responsabilidade”, e que mesmo assim, interrompeu o tratamento, por sua conta e risco.

Ressaltam que a documentação acostada nos autos é suficiente para comprovar a improcedência dos pedidos autorais.

Salientam que a perícia foi desastrosa, uma vez que a Perita nomeada é especialista em identificação de arcadas dentárias de defuntos, sem conhecimento técnico nenhum de implantodontia.

Realçam que o laudo continha erro grosseiro vez que, na época do tratamento da autora, sequer existia a tecnologia CONE BEAM em Belo Horizonte, fato que a ilustre Perita foi obrigada a reconhecer nos seus esclarecimentos de fls. 432/437.

Noticiam que as testemunhas da autora comprovaram a improcedência dos pedidos.

Enfatizam, forma alternativa, a necessidade de ser minorado o valor do dano moral arbitrado, vez que tal valor representa mais de três vezes o valor pago pela autora às apeladas.

Pugnam pelo provimento do agravo retido, o acolhimento da preliminar de prescrição, com a extinção do processo com exame meritório, ou a reforma da sentença, julgando-se totalmente improcedentes os pedidos autorais, ou ainda, que sejam excluídos ou minorados o valor fixado referente à condenação em danos morais.

Preparo á fl. 615/616.

Recurso recebido em duplo efeito, conforme fl. 617.

SEGUNDA APELAÇÃO

Inconformada, recorre também a COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS, fls. 618/628, alegando que não ocorreu falha no dever de informar á autora.

Defende a ausência da ocorrência do dano.

Ressalta que a ausência do exame de tomografia computadorizada, uma vez que à época do tratamento, os exames que foram solicitados pelas requeridas eram suficientes para traçar o trabalho profissional a ser desempenhado.

Alega a ausência de provas suficientes para a condenação em danos morais e materiais.

Por fim, esclarece que a condenação em 15% de honorários advocatícios ao patrono

da autora afronta o disposto no artigo 21 do CPC, eis que o pleito da apelada não foi completamente acolhido.

Requer a reforma do julgado *a quo* para que seja julgada totalmente improcedentes os pedidos da autora.

Preparo á fl. 629.

TERCEIRA APELAÇÃO

Por fim, recorre a autora, ás fls. 630/635, requerendo sejam majorados o valor dos danos morais arbitrados, assim como o percentual dos honorários sucumbenciais.

Contrarrrazões das requeridas, (...) e (...), ás fls. 636/637, suscitando preliminar de inépcia da petição recursal, defendendo ser a mesma incompreensível.

No mérito, pugnam pelo provimento do apelo de fls. 618/629 e o não conhecimento ou desprovimento do recurso de fls. 630/635.

Contrarrrazões da COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS, às fls. 639/636, pugnando pela improcedência da sentença primeva.

Contrarrrazões da autora ás fls. 647/650, defendendo a majoração do valor fixado para o dano moral e honorários de sucumbência.

Em síntese, estes são os relatórios.

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

As requeridas suscitam preliminar de prescrição, ao fundamento que a própria autora afirmou que a cirurgia para a colocação de implantes (que a mesma alega serem os causadores do suposto dano), ocorreu em 08.04.2005, e, de acordo com o artigo 206, § 3º, em três anos prescreve a pretensão de reparação civil.

Razão não assiste às requeridas.

Conforme bem fundamentado pelo

Juiz *a quo* o tratamento odontológico da autora foi iniciado no ano de 2005, contudo o documento de fl. 25 demoatra que no dia 23/11/2006 esse tratamento ainda não havia sido completamente concluído.

Como a ação foi proposta em 03/10/2008, não ocorreu a prescrição.

Rejeita-se tal preliminar.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO RECURSAL

As requeridas ainda suscitam preliminar de inépcia da petição recursal, defendendo ser a mesma incompreensível.

No entanto, analisando a petição recursal da autora, percebe-se que a mesma relata os fatos que entende ocorridos, e que restou comprovada e admitida a culpa das requeridas.

A autora defende que houve imprudência, negligência e imperícia das requeridas, e ao final, pugna para que o valor do dano moral arbitrado fosse majorado, bem como os honorários de sucumbência.

Assim, ao contrário do que defendem as requeridas, não é incompreensível a apelação da autora, não sendo inepta, por esse motivo, sua petição recursal.

Rejeita-se tal preliminar.

AGRAVO RETIDO

As requeridas aviaram agravo retido às fls. 318/320, quanto ao despacho de fl. 316 que indeferiu a substituição da perita nomeada, por não ter sido comprovada quaisquer das hipóteses legais para tanto.

Em suas razões do agravo retido, as requeridas alegam que houve a nomeação do perito Rodrigo Camargos Couto, fl. 272, impugnada pela denunciada que alertou a necessidade de especialização em Implantodontia, fls. 276/278.

O juízo, fl. 285, por esse motivo, encaminhou ofício à Faculdade de Odontologia da UFMG, respondido, fl. 289, informando que, no momento, não

dispunha de peritos para a função solicitada.

Assim, á fl. 290, o Juiz *a quo* nomeou a Sra. Mariana Flores Pereira, cadastrada naquela Vara.

Outrossim, razão não assiste às requeridas quanto ao Agravo Retido.

Nos termos do artigo 145, quando a prova depender de conhecimentos técnicos, deverá o juiz ser assistido por um perito escolhido entre profissional de nível universitário, na especialidade da perícia a ser realizada. Veja-se:

Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

§ 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código.

§ 2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos.

No laudo pericial às fls. 349/413, a perita nomeada informa que é “Cirurgiã-dentista graduada pela PUC-MG, Especialista em Odontologia-legal pela Unilavras-MG e Mestre em Odontologia-legal na FOP/UNICAMP-SP.

Assim, a perita nomeada possui especialidade bastante para chegar ao fim no deslinde do feito, conforme laudo pericial às fls. 349/413, nos termos e em atendimento ao artigo 145.

Além disso, a escolha do Perito Oficial pressupõe uma pessoa capacitada para a realização dos trabalhos, na medida em que lhe é atribuída a incumbência de cumprir fielmente o encargo a ele destinado.

A substituição do *expert* é uma faculdade das partes que pode somente

ser exercida quando o Perito carecer de conhecimento técnico e científico, ou se, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo estabelecido, o que não se verificou no caso em comento.

Pelos motivos supra citados, NEGÓcio PROVIMENTO ao agravo retido.

MÉRITO

No mérito, assinalo que os três recursos serão analisados concomitantemente, dada a similitude das matérias neles versadas.

Inicialmente cumpre consignar que a relação jurídica travada nos presentes autos trata-se de relação consumerista, regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Do referido diploma extrai-se que *a responsabilidade dos prestadores de serviços é objetiva (art. 14 do CDC), razão pela qual, independentemente da existência de culpa, cabe ao prestador reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.*

Trata-se de ação de indenização por danos morais, onde a autora alega em apertada síntese que sofreu danos morais e materiais decorrentes da má prestação de serviços de saúde bucal realizados pelas rés.

A autora requereu a compensação pecuniária pelos danos materiais e morais.

Em contestação as requeridas alegaram a ocorrência da prescrição e inépcia da inicial. Quanto ao mérito afirmaram que não houve o dano, conduta culposa, tampouco nexos de causalidade, requerendo, por conseguinte, a extinção do processo sem a resolução do mérito ou a improcedência dos pedidos da autora.

Requereram, ainda, a denunciação da lide à Companhia Excelcior de Seguros, que aceitou a denunciação.

DOS DANOS MORAIS

Como cediço, para apuração da responsabilidade e o dever de indenizar, é indispensável a existência de ato ilícito.

O dano moral, por sua vez, caracteriza-se pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como a dor, a intimidade, a vida privada, a honra, entre outros.

Sobre o assunto, leciona Yussef Said Cahali:

“Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; (...)” (In “Dano Moral”, Ed. Revista dos Tribunais, 2a. edição, 1998, p. 20)

Nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002, para a configuração do ilícito civil é indispensável a prática do ato lesivo, sendo imprescindível que tal ato seja voluntário ou culposos. O dolo consiste na vontade, na intenção de ofender o direito, ou prejudicar o patrimônio, por ação ou omissão.

Já a culpa consiste na ação ou omissão negligente ou imprudente do agente, com violação do direito alheio ou prejuízo ao patrimônio de terceiro.

Além do ato lesivo, é indispensável que do mesmo resulte dano material ou moral ao ofendido, sendo que o terceiro elemento caracterizador do ilícito civil é o nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Quanto ao dano, tem-se que, sem a sua prova, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material (sentido estrito), simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido (sentido amplo), ou, ainda, cumulativamente, material e moral, conforme entendimento consolidado pela Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere ao nexu causal, para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente, e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente.

Assim, regra geral, apenas se restarem evidenciados esses três elementos é que surgirá o dever de indenizar.

Ocorre que em se tratando de responsabilidade civil de dentista, e mais especificamente de cirurgião-dentista, existe peculiaridade a ser considerada.

Sobre a responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas, ensina ANDRÉ LUIZ MALUF DE ARAÚJO:

“A responsabilidade odontológica, se bem que não é uma responsabilidade diversa por razão da profissão, sem dúvida é uma responsabilidade especial em atenção ao caráter profissional do dentista e da natureza do contrato que se configura em muitas ocasiões.

Em primeiro lugar, já citamos os artigos do nosso Código Civil que definem a culpa ou negligência como a omissão daquela diligência que exija a natureza da obrigação e corresponda à das circunstâncias da pessoa e do lugar.

Quanto às circunstâncias das pessoas, a profissão de dentista é igual à dos outros profissionais liberais. Evidentemente, impõe-se que ele a exerça com especial diligência, a que não estão obrigados a observar normalmente os particulares na execução dos contratos.”

E continua:

“As prestações que devem ser cumpridas pelo dentista no exercício da

sua profissão possuem um caráter técnico já definido. Sua atividade está regulada pelas regras da arte da sua profissão, pelo que certas obrigações inerentes à especialização profissional se incorporam necessariamente ao contrato.

Em conseqüência, o dentista comprometerá sua responsabilidade se ignorar ou se afastar das regras da sua arte, já que se compromete a exercer sua profissão com a perícia que a sua arte requer conforme a máxima jurídica *spondet peritiam artis*, e responderá pela sua ignorância, pois a imperícia se conta como culpa, *imperitiae culpa adnumeratur.*” (Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar, São Paulo, Saraiva, 1991, p.161)

Ou seja, a responsabilidade de tais profissionais regula-se pelo princípio geral da responsabilidade civil, isto é, todo profissional que, por imprudência, negligência ou imperícia, causar dano à pessoa entregue aos seus cuidados, será obrigado a reparar.

Nada obstante, sua obrigação é de resultado, como aponta a melhor doutrina, ao tratar especificamente sobre a natureza da obrigação dos Cirurgiões-Dentistas:

“Com relação aos cirurgiões-dentistas, segundo Carlos Roberto Gonçalves, embora em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é de meio, na maioria das vezes apresenta-se como obrigação de resultado (op. cit., p. 125). Guimarães Menegale, citado por Aguiar Dias, observa com propriedade que o compromisso profissional do cirurgião-dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados porque ‘a patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas

gerais; consequentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar’.” (Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista, RF80/47, Aguiar Dias, op. cit., p. 332, nº 121).

“Aliás, essa obrigação de resultado mais se evidencia quando se cuida de tratamento dentário que envolva a colocação de prótese, restauração, limpeza etc., voltadas para o aspecto estético.” (Rui Stoco, in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 3a. ed., 1997, p. 172).

Pois bem, feitas tais considerações, o que se percebe é que os contratos de prestação de serviços odontológicos que envolvam, predominantemente, o tratamento cirúrgico, tal como ocorre *in casu*, trazem em si uma obrigação de resultados.

É verdade que no contrato de serviço continua operando a regra geral em que o paciente prejudicado terá que provar a culpa do cirurgião-dentista, no sentido de que não tenha prestado serviços odontológicos com apego ao dever geral de diligência devida, podendo, nesse caso, o profissional provar a sua ausência de culpa, ou a existência de caso fortuito ou força maior.

Ocorre que, tratando-se de contrato de resultado, a prova pelo paciente prejudicado do não cumprimento objetivo descarta a culpa, não por sua falta de existência, mas porque o principal é o resultado a que está obrigado o dentista, e que não se produziu.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DE DENTISTA – CIRURGIÁ DENTÁRIA – TRABALHO DENTÁRIO IMPERFEITO – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – LAUDO PERICIAL – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – ARBITRAMENTO.

Responsabilidade civil de cirurgião-dentista. Cirurgia bucal para implante dentário. Resultado insatisfatório, obrigando o paciente a recorrer a outro profissional para cirurgia reparatória. A locação de serviços técnicos configura contrato de resultado. Não alcançado o fim colimado fica o locador obrigado a compor danos emergentes. É a chamada responsabilidade contratual, ou objetiva, que exclui a discussão acerca da eventual culpa aquiliana, de resto incomprovada na hipótese. Dano moral. No arbitramento do valor indenizatório deve prevalecer o princípio da moderação, não devendo o ressarcimento transformar-se em fonte de lucro.” (TJRJ, Apelação Cível nº 7068/95, rel. Des. Luiz Carlos Motta, j. em 27.02.1996).

Sendo também o entendimento, quanto à matéria, do TJMG, consubstanciado pelos Acórdãos nºs 1.0024.03.118540-8/001 e 2.0000.00.395803-4/000, Relatores os Desembargadores Alvimar de Ávila e Antônio Sérvulo, *mutatis mutandis*:

“INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – LAUDO PERICIAL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – COMPROVAÇÃO -DEVER DE INDENIZAR – FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – CRITÉRIO. São pressupostos do dever de indenização a ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. O contrato de prestação de serviços odontológicos que envolvam, predominantemente, o tratamento cirúrgico, traz em si uma obrigação de resultado. Comprovada a ocorrência de imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta e as conseqüências lesivas à saúde do paciente, deve ser reconhecida a responsabilidade

civil do profissional, para fins de reparar o erro cometido, bem como os danos morais e materiais dele decorrentes. A indenização por dano moral deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, no causador do mal, impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado.”

“INDENIZAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – TRATAMENTO ODONTOLÓGICO – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – IMPERÍCIA – PROVA – VALOR – FIXAÇÃO – VOTO VENCIDO. – Caracterizado o serviço dentário realizado como obrigação de resultado, ainda mais quando se evidencia problema estético, e comprovada a imperícia pelo Conselho Regional de Odontologia, resta plenamente evidenciada a responsabilidade do cirurgião-dentista, quebrando a relação de confiança para o refazimento do trabalho, a possibilitar que o novo tratamento seja feito por outro profissional, este escolhido pela autora, sem, contudo, agravar a situação do réu. A verba de ressarcimento, em casos tais, pode ser dada tendo em vista o pagamento do novo tratamento, além de despesas extras expandidas pela autora, sem que resulte em afronta ao postulado na inicial. – O contrato de prestação de serviços odontológicos que envolva, exclusivamente, o aspecto e o serviço estético, tal como ocorre *in casu*, traz em si uma obrigação de resultados. Desta forma, se o tratamento a que a autora foi submetida apresentou-se esteticamente desfavorável, resta cristalina a culpa imputada ao dentista, que deve arcar com a reparação civil pelos danos suportados pela vítima. – Preliminar rejeitada, recurso principal não provido e recurso adesivo provido.”

Feitas estas considerações, da análise dos autos nota-se claramente que o tratamento realizado pelas requeridas dentistas, não atingiu o fim colimado, e que os inúmeros transtornos causados à autora são dele decorrente.

Consta do Laudo pericial às fls. 349/413, que os implantes dentários realizados pelas rés na autora ficaram expostos, além de muito próximos um do outro. Este fato não foi impugnado pelas rés (fls. 360/362).

A conclusão do laudo pericial citado foi atribuir culpa às rés por não terem realizado um prévio exame de tomografia computadorizada a fim de identificar doenças, determinar a quantidade e a qualidade do osso, identificar estruturas essenciais nas regiões propostas e a determinar a posição e a orientação dos implantes dentários.

Assim, se o exame de tomografia computadorizada era tão importante para o tratamento que as rés se dispuseram a fazer, elas deveriam ter, no mínimo, levando ao conhecimento da autora o custo desse exame, bem como os riscos da sua não realização, o que não ocorreu. Essa omissão demonstra a negligência das requeridas Carmem e Patrícia, com o tratamento odontológico dispensado á autora.

A má-prestação dos serviços, por parte das requeridas citadas, caracteriza culpa (lembre-se que a obrigação, na espécie, era de resultado), ficou claramente delineada (nexo causal), causando-lhe os danos já acima relatados.

Gize-se, ainda, que ao contrário do que defendem as requeridas, Carmem e Patrícia, o fato da autora ter abandonado o tratamento, não influencia e nem mesmo foi causador de nenhum gravame. A i. Perita Oficial á fl. 406 esclarece assim: “o fato

da autora não ter concluído o tratamento não influencia, nem foi fator causador de nenhum gravame.”

Já as testemunhas, ao contrário do afirmado pelas Requeridas se limitaram a prestar esclarecimentos técnicos sobre implantes dentários e pouco contribuíram para a elucidação do caso em questão, conforme concluiu o Juiz *a quo*.

Por estes motivos, deve-se prevalecer a conclusão pericial tendo em vista a ausência de provas que pudessem desconstituí-la.

Quanto à condenação, em si, observe-se que a má prestação de serviços odontológicos das requeridas restou caracterizada.

Resta, ainda neste diapasão, apurar o montante da indenização por danos morais.

Acerca dessa tormentosa questão – dos critérios para a fixação da indenização por danos morais – Carlos Alberto Bittar ensina que “ainda se debate a propósito de critérios de fixação de valor para os danos em causa, uma vez que somente em poucas hipóteses o legislador traça nortes para a respectiva estipulação, como no próprio Código Civil (art. 1.537 e ss.), na lei de imprensa, na lei sobre comunicações, na lei sobre direitos autorais, e assim mesmo para situações específicas nelas indicadas.”

Ensina ainda o ilustre professor:

“Tem a doutrina, todavia, bem como algumas leis no exterior, delineado parâmetros para a efetiva determinação do quantum, nos sistemas a que denominaremos abertos, ou seja, que deixam ao juiz a atribuição. Opõem-se-lhes os sistemas tarifados, em que os valores são pré-determinados na lei ou na jurisprudência.

Levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesado

(ou *punitive damages*, como no direito norteamericano).”

E continua:

“Vacilações, no entanto, são notadas em certos pronunciamentos de nossos magistrados, mas devem ser debitadas à conta do caráter ainda recente da formulação em causa, e que, com certeza, sofrerão a correção natural que da evolução científica resulta. A reiteração normal de decisões sobre a matéria uniformizará o critério mencionado como único vetor compatível com o vulto dos direitos em tela.

Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é a de fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa fazer conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo, e em elemento que, em nosso tempo, se tem mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.

Compensa-se, com essas verbas, as angústias, as dores, as aflições, os constrangimentos e, enfim, as situações vexatórias em geral a que o agente tenha exposto o lesado, com sua conduta indevida.” (in RIJ nº 15/93, págs. 293/291) (grifei)

No caso, a fixação da referida indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) está correta, em patamar condizente com aquele que este Tribunal vem arbitrando em casos, até mesmo porque as circunstâncias do caso, a má-prestação de serviços odontológicos que gerou dano continuado à autora, justifica a referida condenação de

molde a desestimular a repetição da conduta ilícita.

HONORÁRIOS DESUCUMBÊNCIA

A fixação dos honorários advocatícios nas decisões de natureza condenatória é arbitrada com base no valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC.

No caso sob julgamento, constata-se que o juiz *a quo* atendeu as alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo terceiro do art. 20 do CPC, motivo pelo qual deve-se negar provimento ao recurso.

Ademais, o valor dos honorários advocatícios deve remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelo causídico, comportando minoração apenas quando fixado em quantia exorbitante, fato não constatado nestes autos.

Assim, pelas razões supra citadas, deve ser mantido o percentual arbitrado pelo Juiz primevo.

DISPOSITIVO

Mediante estas considerações, REJEITO AS PRELIMINARES, NEGÓ PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AOS RECURSOS, mantendo inalterada a decisão *a quo*.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. TIAGO PINTO (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: “REJEITARAM AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS”

EMENTÁRIO

1) Banco deve indenizar valor sacado indevidamente da conta do cliente

Tribunal: TJ/PR

Órgão Julgador: 15a. Câ. Cív.

Relator: Elizabeth M. F. Rocha

Contrato bancário. Furto de cartão magnético. Saques, compra e empréstimo com o cartão furtado. Questão fática incontroversa. Estorno devido. Dano moral. Falta de comprovação da inscrição do nome do correntista em órgãos de proteção ao crédito. Indenização afastada. Apelação provida em parte. (TJ/PR – Ap. Cível n. 908759-8 – 15a. Câ. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth M. F. Rocha – Fonte: DJ, 13.07.2012).

2) Plano de saúde que nega a prestação de serviço de *home care* a consumidor é condenado ao pagamento de indenização por dano moral

Tribunal: TJ/RJ

Órgão Julgador: 16a. Câ. Cív.

Relator: Carlos José Martins Gomes

Ação de obrigação de fazer com pedido de indenização. ‘Home care’. Sentença de procedência da ação com a condenação à prestação do serviço e condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Contrato de adesão que se submete às regras contidas no Código de Defesa do Consumidor. Interpretação das cláusulas contratuais de forma mais benéfica ao consumidor. ‘Home care’ é o tipo de assistência que revela-se mais barato e eficiente. A negativa ao serviço gera o dever de indenizar. Incidência da Súmula nº 209

deste Tribunal de Justiça. Valor arbitrado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso a que nego seguimento. (TJ/RJ – Ap. Cível n. 0096082-08.2011.8.19.0001 – 16a. Câ. Cív. – Dec. monocrática – Rel.: Des. Carlos José Martins Gomes – j. em 10.08.2012 – Fonte: DJ, 16.08.2012).

3) Fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, por reparação de dano causado a consumidor por defeito relativo à prestação do serviço

Tribunal: **TJ/RJ**
Órgão Julgador: **12a. Câ. Cív.**
Relator: **Cherubin Helcias Schwartz**

Apelações cíveis. Ação indenizatória. Contrato de seguro anterior. Aquisição de outro veículo. *Leasing*. Renovação do seguro. Substituição do automóvel. Nova proposta. Entrega da nota fiscal ao corretor. Condição de adquirente como arrendatário. Expedida a apólice. Roubo do veículo. Indenização negada pela seguradora. Responsabilidade solidária dos réus. Negligência. Falha na prestação de serviço. Teoria do risco do empreendimento. O fornecedor de serviços/ produtos responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Não pode o fornecedor buscar meios de transferir a responsabilidade pelo evento ao consumidor, devido a falhas na prestação dos serviços, até porque o que dele se espera é que os mesmos sejam prestados com segurança. Recurso que conheço e nego seguimento com fulcro no art. 557, caput, do CPC. (TJ/RJ – Ap. Cível n. 0096360-14.2008.8.19.0001 – 12a. Câ. Cív. – Dec. monocrática – Rel.:

Des. Cherubin Helcias Schwartz – j. em 13.08.2012 – Fonte: DJ, 17.08.2012).

4) Instituição financeira tem responsabilidade objetiva por dano gerado por fortuito relativo a fraude e delito praticados por terceiro no âmbito de operação bancária

Tribunal: **TJ/RJ**
Órgão Julgador: **14a. Câ. Cív.**
Relator: **Célia Meliga Pessoa**

Apelação cível. Ação indenizatória. Furto de cliente no interior de agência bancária. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Defeito na prestação do serviço. Dever de segurança. Dano material e moral. Autor que alega ter sido vítima de furto no interior de agência do banco réu, pleiteando o ressarcimento do valor furtado e indenização por danos morais. Sentença de procedência. Relação de consumo. Incidência do CDC. Responsabilidade objetiva da empresa ré, fundada na teoria do risco do empreendimento. Segundo a Súmula nº 479 do STJ, as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Conjunto probatório dos autos, que permite concluir pela ocorrência do evento danoso. Restou evidenciada a falha no sistema de segurança do banco apelante dentro da própria agência bancária. De fato, o réu não comprovou os fatos modificativos ou extintivos do direito da autora, não tendo trazido aos autos a gravação feita pelo sistema de câmeras da agência, fundamental para comprovar o ocorrido no interior da agência no momento dos fatos narrados na exordial. Avulta, ademais, a inoccorrência de caso fortuito ou

força maior, o que só se reconhece quando patente a imprevisibilidade ou inevitabilidade do fato, o que não é hipótese da “saidinha bancária”, haja vista o recrudescimento dessa criminalidade, não se podendo olvidar que a finalidade do depositário de numerário em conta-corrente é justamente preservar a incolumidade patrimonial. Desse modo, é evidente a responsabilidade do apelante pelos prejuízos causados pelo defeito da prestação do serviço, estando, pois, presente o dever de indenizar. Autora que faz jus ao ressarcimento do valor que lhe foi subtraído. Dano moral que emerge *in re ipsa*, ante a angústia da pessoa que se vê privada de seu bem em razão de crime ocorrido em local em que deveria haver segurança. *Quantum* indenizatório, fixado em valor que atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo redução. Sentença que se mantém. Recurso que está em confronto com jurisprudência do STJ e deste Tribunal. Art.557, *caput*, do CPC. Negativa de seguimento (TJ/RJ – Ap. Cível n. 0038622-37.2010.8.19.0021 – 14a. Câmara Cív. – Dec. monocrática – Rel.: Des. Celia Meliga Pessoa – j. em 13.08.2012 – Fonte: DJ, 15.08.2012).

5) Consumidor não possui responsabilidade quanto ao pagamento de fatura referente a consumo de energia elétrica em período anterior à celebração de contrato de aluguel

Tribunal: **TJ/RJ**
Órgão Julgador: **3a. Câmara Cív.**
Relator: **Helda Lima Meireles**

Agravo inominado. Ação indenizatória. Energia elétrica. Nova locatária. Alteração contratual. Recusa indevida. Procedência em parte do pedido. A agravante celebrou

contrato de locação de imóvel no dia 01/04/2009, o que afasta, por conseguinte, a sua responsabilidade pelo pagamento de débito relativo ao consumo de energia elétrica dos meses anteriores. Inteligência dos artigos 2º, inciso III, e 113, inciso II, da Resolução nº 456/2000 da ANEEL. É dever da agravada, promover a alteração da titularidade das contas pelo consumo de energia elétrica, passando a constar na fatura como usuária o nome da recorrente. O dano moral decorreu do próprio fato, valendo acrescentar que o quantum fixado está em harmonia com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, até porque, o serviço esteve sempre à disposição da consumidora, não tendo sido suspenso ou interrompido. Agravo inominado desprovido. (TJ/RJ – Ap. Cível n. 0065557-05.2009.8.19.0004 – 3a. Câmara Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. Helda Lima Meireles – j. em 01.08.2012 – Fonte: DJ, 09.08.2012).

6) Responsabilidade do construtor é de resultado porque se obriga pela boa execução da obra, garantindo sua solidez e capacidade para atender ao objetivo

Tribunal: **TJ/RJ**
Órgão Julgador: **13a. Câmara Cív.**
Relator: **Ademir Pimentel**

Processual civil. Ação de rito ordinário. Queda de pastilhas. Problema apresentado desde a entrega da construção. Serviço defeituoso. Depreciação do imóvel e risco para os transeuntes. Responsabilidade da construtora pelo refazimento do serviço. Inocorrência de coisa julgada. Dois laudos técnicos. Livre convencimento motivado. Improvimento ao recurso. I -”A responsabilidade do construtor é de

resultado, como já assinalado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos que importem sua ruína total ou parcial configuram violação do dever de segurança do construtor, verdadeira obrigação de garantias (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independentemente de culpa. Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultaram de uma causa estranha – força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, não tendo aqui, relevância o fortuito interno.”– Sergio Cavaliere Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 7a. edição, Malheiros Editores, p. 336; II – O construtor é responsável pela solidez e segurança da obra, entendendo-se que isto não se resume apenas ao risco de desabamento do prédio, mas também aos defeitos que possam comprometer a segurança da obra. Precedentes da Corte e do colendo Superior Tribunal de Justiça; III – O fato de o condomínio ter firmado acordo abrindo mão do repastilhamento integral não implica em ocorrência de coisa julgada, porquanto os reparos efetuados não foram suficientes para solucionar o problema, na medida em que as pastilhas continuaram a

cair; IV – “O magistrado não está adstrito à prova técnica, podendo inclusive decidir de modo diverso a ela, ante o princípio do livre convencimento motivado.”; V – Improvimento ao recurso. (TJ/RJ – Ap. Cível n. 0010388-39.2005.8.19.0209 – 13a. Câmara Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. Ademir Pimentel – j. em 01.08.2012 – Fonte: DJ, 10.08.2012).

7) Impossibilidade de plano de saúde fixar tratamento para busca da cura de consumidor

Tribunal: **TJ/DF**

Órgão Julgador: **2a. T. Cív.**

Relator: **J.J. Costa Carvalho**

Apelação cível. Direito do consumidor. Plano de saúde. Radioterapia. 1. O plano de saúde não pode estabelecer que tipo de tratamento será utilizado na busca da cura. 2. O contrato de seguro é essencialmente aleatório, de forma que a seguradora não pode alegar eventual desproporção entre o prêmio e a indenização para eximir-se do pagamento desta. 3. Apelação cível desprovida. (TJ/DF – Ap. Cível n. 20100111897125 – 2a. T. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. J.J. Costa Carvalho – j. em 06.06.2012 – Fonte: DJE, 16.07.2012).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)
Relator: [A. Tizzano](#)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Relator: [Abrantes Galdes](#)

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (14.03.2013)

“Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”

“O caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato ou de outro de que este dependa”

“O tribunal nacional deve apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva e, deste modo, suprir o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional, desde que disponha dos elementos jurídicos e de facto necessários para esse efeito”

Do Supremo Tribunal de Justiça (14.03.2013)

“A responsabilidade da CC pelos danos decorrentes do acidente decorre de duas circunstâncias: não ter evitado, detectado e removido o animal que esteve na origem do acidente e não ter construído rails de protecção junto à vala central, o que possibilitou a saída do QN para a faixa de rodagem destinada ao trânsito no sentido Norte/Sul”

“É antiga a discussão em torno da qualificação jurídica da responsabilidade do concessionário de auto-estrada, defendendo uns a sua integração na responsabilidade contratual (tendo subjacente um contrato ou uma relação contratual de facto demonstrados pela disponibilidade da autorização de circulação de veículos mediante o pagamento de uma taxa) e outros na responsabilidade extracontratual, a integrar, além do mais, com a demonstração da prática de um ilícito correspondente à violação de uma norma legal destinada a tutelar interesses de terceiros”

“No desempenho da sua actividade, deve a concessionária zelar pelas condições de segurança, quer com diligências cautelares, quer adoptando condutas pró-activas em prol dos interesses dos utentes, contra riscos anormais com que, sem culpa, estes se possam confrontar”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

14 de março de 2013 (*)
«Diretiva 93/13/CEE – Contratos celebrados com os consumidores – Contrato de empréstimo hipotecário – Processo de execução hipotecária – Competências do tribunal nacional que julga o processo declarativo – Cláusulas abusivas – Critérios de apreciação»

No processo C415/11, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentado pelo Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (Espanha), por decisão de 19 de julho de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 8 de agosto de 2011, no processo

Mohamed Aziz
contra

Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano (relator), presidente de secção, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J.J. Kasel e M. Berger, juízes, advogado-geral: J. Kokott, secretária: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 19 de setembro de 2012,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de M. Aziz, por D. Moreno Trigo, advogado,

– em representação da Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), por I. Fernández de Senespleda, advogado,

em representação do Governo espanhol, por

S. Centeno Huerta, na qualidade de agente, – em representação da Comissão Europeia, por M. OwsianyHornung, J. Baquero Cruz e M. van Beek, na qualidade de agentes, ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 8 de novembro de 2012, profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29, a seguir «diretiva»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio entre M. Aziz e a Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (a seguir «Catalunyacaixa»), a respeito da validade de algumas cláusulas de um contrato de empréstimo hipotecário celebrado pelas referidas partes.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O décimo sexto considerando da diretiva enuncia:

«Considerando [...] que a exigência de boa-fé pode ser satisfeita pelo profissional, tratando de forma leal e equitativa com a outra parte, cujos legítimos interesses devem ser em conta;»

4 O artigo 3º da diretiva dispõe:

«1. Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.

2. Considerase que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e,

consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão.

[...]

3. O anexo contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.»

5 Nos termos do artigo 4º, nº 1, desta mesma diretiva:

«Sem prejuízo do artigo 7º, o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa.»

6 O artigo 6º, nº 1, da diretiva tem a seguinte redação:

«Os EstadosMembros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.»

7 O artigo 7º, nº 1, da diretiva enuncia:

«Os EstadosMembros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.»

8 O anexo da diretiva enumera, no seu nº 1, as cláusulas previstas no artigo 3º, nº 3, desta última. Compreende, designadamente, as cláusulas seguintes:

«1. Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito:

[...]

e) Impor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indemnização de montante desproporcionalmente elevado;

[...]

q) Suprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo um ónus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte contratante.»

Direito espanhol

9 No direito espanhol, a defesa dos consumidores contra cláusulas abusivas era inicialmente garantida pela Lei Geral 26/1984, relativa à defesa dos consumidores e dos utentes (Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), de 19 de julho de 1984 (BOE nº 176, de 24 de julho de 1984, p. 21686).

10 A Lei Geral 26/1984 foi, em seguida, alterada pela Lei 7/1998, sobre condições contratuais gerais (Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación), de 13 de abril de 1998 (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que transpôs a diretiva para o direito interno espanhol.

11 Por último, o Decreto Real Legislativo 1/2007, que aprova o texto reformulado da lei geral de defesa dos consumidores e utentes e outras leis complementares (Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), de 16 de novembro de 2007 (BOE nº 287, de 30 de novembro de 2007, p. 49181), adotou

o texto consolidado da Lei 26/1984, conforme alterada.

12 Nos termos do artigo 82º do Decreto Real Legislativo 1/2007:

«1. Consideramse cláusulas abusivas todas as estipulações não negociadas individualmente e todas as práticas não expressamente consentidas que, contra os ditames da boa-fé, criem em detrimento do consumidor e utente um desequilíbrio significativo dos direitos e obrigações que decorram do contrato para as partes.

[...]

3. O caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato ou de outro de que este dependa.

4. Não obstante o previsto nos números anteriores, são sempre consideradas abusivas as cláusulas que, nos termos do disposto nos artigos 85º a 90º, inclusive:

a) vinculem o contrato à vontade do profissional,

b) restrinjam os direitos do consumidor e utente,

c) determinem a falta de reciprocidade no contrato,

d) exijam garantias desproporcionadas ao consumidor e utente ou sobre ele façam recair indevidamente o ónus da prova,

e) sejam desproporcionadas relativamente à celebração e execução do contrato, ou

f) sejam incompatíveis com as regras relativas à competência e ao direito aplicável.»

13 Relativamente ao procedimento de injunção de pagamento, o Código de Processo Civil (Ley de Enjuiciamiento

Civil), na sua versão em vigor à data em que foi iniciado o procedimento que deu origem ao litígio no processo principal, regula, no seu capítulo V do título IV, livro III, intitulado «Particularidades da execução de bens hipotecados ou penhorados», designadamente nos seus artigos 681º a 698º, o processo de execução hipotecária que se encontra no cerne do litígio no processo principal.

14 O artigo 695º do Código de Processo Civil enuncia:

«1. Nos processos a que se refere este capítulo só será admitida a oposição do executado quando baseada nos seguintes fundamentos:

(1) Extinção da garantia ou da obrigação garantida, sempre que resulte de certidão do registo que certifique o cancelamento da hipoteca ou, se for caso disso, do penhor sem entrega do bem empenhado ou de escritura pública que certifique o pagamento da dívida ou o cancelamento da garantia.

(2) Erro na determinação do valor exigível nos casos em que a dívida garantida corresponda ao saldo de encerramento de uma conta entre exequente e executado. O executado deverá juntar o seu exemplar do extrato de conta e apenas se admitirá a oposição nos casos em que o saldo do referido extrato divirja do apresentado pelo exequente.

[...]

(3) [...] a sujeição [...] a novo penhor, hipoteca [...] ou penhora registados anteriormente ao ónus que deu origem ao processo, [...] comprovada pela correspondente certidão de registo.

2. Se for formulada a oposição nos termos do nº 1, o secretário suspenderá a execução e convocará as partes para comparecerem perante o órgão jurisdicional que ordenou a execução, devendo entre

a citação e a data da audiência mediar pelo menos quatro dias; nesta audiência, o tribunal ouvirá as partes, admitirá os documentos apresentados e proferirá a decisão que considere adequada, mediante despacho, no prazo de dois dias [...]»

15 O artigo 698º do Código de Processo Civil dispõe:

«1. Qualquer reclamação que o devedor, o terceiro executado e qualquer interessado formulem e que não esteja abrangida pelos artigos anteriores, incluindo as que digam respeito à nulidade do título ou ao vencimento, à certeza, à extinção ou ao valor da dívida, será resolvida no processo pertinente, sem nunca produzir efeito suspensivo nem interromper o processo previsto no presente capítulo.

[...]

2. Ao formular a reclamação a que se refere o parágrafo anterior ou no decurso do processo a que esta der lugar, poderá requerer-se que a eficácia da sentença que venha a ser proferida no mesmo seja garantida mediante a retenção da totalidade ou de uma parte do valor que deva ser restituído ao credor no âmbito do processo regulado no presente capítulo.

O tribunal, mediante despacho, decretará esta retenção tendo em conta os documentos apresentados, caso entenda que os motivos alegados são suficientes. Se o requerente não for manifesta e suficientemente solvente, o tribunal deverá exigir-lhe uma garantia prévia e bastante para juros de mora e para o ressarcimento de quaisquer outros danos e prejuízos que o credor possa vir a sofrer.

3. Se o credor prestar garantia adequada do valor cuja retenção tenha sido ordenada no processo referido n.º 1, a retenção será levantada.»

16 O artigo 131º da Lei Hipotecária em vigor na data dos factos no processo

principal (Ley Hipotecaria), cujo texto consolidado foi aprovado pelo Decreto de 8 de fevereiro de 1946 (BOE n.º 58, de 27 de fevereiro de 1946, p. 1518), prevê:

«Os registos provisórios de pedido de cancelamento da hipoteca ou os outros registos que não se baseiem em nenhum dos casos que podem determinar a suspensão da execução serão cancelados por força do despacho de cancelamento previsto no artigo 133º, desde que sejam posteriores ao registo da emissão da certidão de custas. A certidão de pagamento da hipoteca não pode ser registada enquanto este último registo não tiver sido previamente cancelado, por decisão judicial nesse sentido.»

17 Nos termos do artigo 153ºA da Lei Hipotecária:

«[...] As partes podem acordar que, em caso de execução, o montante exigível será o que resultar da liquidação efetuada pela instituição financeira de empréstimo na forma acordada pelas partes no ato.

Na data de vencimento acordada pelas partes ou no termo de qualquer das suas prorrogações, poderá proceder-se à execução hipotecária, em conformidade com os artigos 129º e 153º da presente lei e com as disposições análogas do Código de Processo Civil.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

18 Em 19 de julho de 2007, M. Aziz, cidadão marroquino a trabalhar em Espanha desde dezembro de 1993, celebrou com a Catalunyacaixa, por ato notarial, um contrato de empréstimo com garantia hipotecária. O bem imóvel objeto da referida garantia era a casa de morada de família de M. Aziz, da qual era proprietário desde 2003.

19 O capital emprestado pela Catalunyacaixa foi de 138 000 euros. Devia ser reembolsado em 33 anuidades,

com 396 mensalidades, a partir de 1 de agosto de 2007.

20 Como resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça, este contrato de empréstimo celebrado com a Catalunya caixa previa, na sua cláusula 6.ª, juros de mora anuais de 18,75%, automaticamente aplicáveis aos montantes não pagos na data de vencimento, sem necessidade de reclamação.

21 Além disso, a cláusula 6.ªA do referido contrato conferia à Catalunya caixa a faculdade de declarar exigível a totalidade do empréstimo, em caso de vencimento de um dos prazos acordados, sem que o devedor tivesse cumprido a sua obrigação de pagamento de uma parte do capital ou dos juros do empréstimo.

22 Por último, a cláusula 15.ª do mesmo contrato, que regulava as condições de liquidação, previa a possibilidade de a Catalunya caixa não só recorrer à execução hipotecária, para recuperar uma eventual dívida, mas também de apresentar diretamente, para esse efeito, a liquidação através de uma certidão adequada com indicação do montante exigido.

23 M. Aziz pagou regularmente as suas mensalidades, de julho de 2007 a maio de 2008, mas deixou de o fazer a partir do mês de junho de 2008. Nestas condições, em 28 de outubro de 2008, a Catalunya caixa recorreu a um notário para obter um ato de determinação da dívida. O notário certificou que resultava dos documentos apresentados e do conteúdo do contrato de empréstimo que a liquidação da dívida era de 139 764,76 euros, o que correspondia às mensalidades não pagas, acrescidas dos juros ordinários e dos juros de mora.

24 Após ter interpelado M. Aziz, sem sucesso, a Catalunya caixa, em 11 de março de 2009, intentou uma ação executiva contra

o devedor no Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, pedindo o pagamento da quantia de 139 674,02 euros, a título principal, de 90,74 euros, a título de juros vencidos, e de 41 902,21 euros, a título de juros e custas.

25 Como M. Aziz não deduziu oposição, em 15 de dezembro de 2009, aquele órgão jurisdicional ordenou a execução. Assim, foi enviada a M. Aziz uma injunção de pagamento, que este não cumpriu nem contestou.

26 Neste contexto, em 20 de julho de 2010, foi promovida a venda do imóvel em hasta pública, não tendo sido apresentada nenhuma proposta. Por conseguinte, em conformidade com o disposto no Código de Processo Civil, o Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell admitiu a adjudicação desse bem por 50% do seu valor. O referido órgão jurisdicional fixou também para 20 de janeiro de 2011 a data em que devia ocorrer a transmissão da posse do imóvel para o adjudicatário. Em consequência, M. Aziz foi despejado do seu domicílio.

27 No entanto, pouco antes do despejo, em 11 de janeiro de 2011, M. Aziz intentou uma ação declarativa no Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, para obter a anulação da cláusula 15.ª do contrato de empréstimo hipotecário, por considerar que a mesma tinha caráter abusivo, pedindo, em consequência, a anulação do processo de execução.

28 Neste contexto, o Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona suscitou dúvidas quanto à conformidade do direito espanhol com o quadro jurídico estabelecido na diretiva.

29 Em particular, sublinhou que se, para efeitos da execução forçada, o credor optar pelo processo de execução hipotecária,

as possibilidades de alegar o caráter abusivo de uma das cláusulas de um contrato de empréstimo são muito limitadas, na medida em que as mesmas são remetidas para apreciação em processo declarativo posterior, que não tem efeito suspensivo. O órgão jurisdicional de reenvio considerou que, nestas condições, é extremamente difícil para um tribunal espanhol garantir uma proteção eficaz do consumidor no referido processo de execução hipotecária e no correspondente processo declarativo.

30 Além disso, o Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona considerou que a solução do processo principal levantava outras questões relacionadas, designadamente, com a interpretação do conceito de «cláusulas que têm como objetivo ou como efeito impor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indemnização de montante desproporcionalmente elevado», previsto no nº 1, alínea e), do anexo da diretiva, e do conceito de «cláusulas que têm como objetivo ou como efeito suprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor», previsto no nº 1, alínea q), do referido anexo. Em seu entender, não é clara a compatibilidade das cláusulas relativas ao vencimento antecipado nos contratos de longa duração, à fixação de juros de mora e à fixação unilateral pelo mutuário de mecanismos de liquidação da totalidade da dívida com essas disposições do anexo da diretiva.

31 Foi nestas condições que o Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, tendo dúvidas quanto à correta interpretação do direito da União, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Um sistema de execução de decisões judiciais sobre bens hipotecados

ou penhorados, como o previsto no artigo 695º e seguintes [do Código de Processo Civil espanhol], que impõe limites aos fundamentos de oposição no direito processual espanhol, o que implica, formal e materialmente, um claro obstáculo ao exercício do direito, por parte do consumidor, de intentar ações judiciais ou de seguir outras vias de recurso que garantem a tutela efetiva dos seus direitos, pode ser considerado como uma clara limitação à tutela do consumidor?

2) Pedese ao Tribunal de Justiça da União Europeia que esclareça o conceito de caráter desproporcionado no que respeita:

a) À possibilidade de vencimento antecipado em contratos que vigoram durante um longo lapso de tempo – no caso em apreço, 33 anos – por incumprimento durante um período muito limitado e concreto.

b) À fixação de juros de mora – no caso em apreço, superiores a 18% – que não coincidem com os critérios de determinação dos juros de mora noutros contratos com consumidores (crédito ao consumo), que noutros domínios da contratação com consumidores poderiam ser entendidos como abusivos e que, não obstante, em sede de contratação imobiliária, não têm um limite legal claro não apenas nos casos em que se aplicam a prestações vencidas mas também quando aplicados à totalidade das prestações em dívida por vencimento antecipado.

c) À previsão de mecanismos de cálculo e de fixação dos juros variáveis – compensatórios e moratórios – determinados unilateralmente pelo mutuante, associados à possibilidade de execução hipotecária, e que não permitem que o devedor executado deduza oposição à liquidação da dívida na própria ação executiva, remetendo para uma ação declarativa na qual apenas obterá

uma decisão definitiva quando a execução já estiver concluída, ou, pelo menos, quando já tiver perdido o bem hipotecado ou dado em garantia, questão que assume especial relevância quando o empréstimo foi pedido para aquisição de uma casa e a execução implica o despejo do imóvel?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à admissibilidade

32 A Catalunyacaixa e o Reino de Espanha suscitam dúvidas quanto à admissibilidade da primeira questão, alegando que ela não é útil para a resolução do litígio pendente no órgão jurisdicional de reenvio. A este propósito, sustentam que esse litígio se desenvolve no âmbito de um processo declarativo autónomo e distinto da execução hipotecária e que, tendo em conta a legislação de defesa dos consumidores, diz unicamente respeito à nulidade da cláusula 15.^a do contrato de empréstimo em causa no processo principal. Por conseguinte, em seu entender, não se afigura necessária nem pertinente para a solução do referido litígio uma resposta sobre a compatibilidade do processo de execução hipotecária com a diretiva.

33 Nesta mesma perspetiva, o Reino de Espanha e a Catalunyacaixa contestam também a admissibilidade da segunda questão, na medida em que visa obter a interpretação do conceito de caráter desproporcionado, na aceção das disposições pertinentes da diretiva, no tocante às cláusulas sobre vencimento antecipado nos contratos de longa duração e sobre a fixação de juros de mora. Com efeito, alegam que essas cláusulas não têm nenhuma relação com o objeto do litígio no processo principal nem são úteis para apreciar o caráter abusivo da cláusula 15.^a do contrato de empréstimo em causa no processo principal.

34 A este respeito, há que recordar desde logo que, segundo jurisprudência assente, no âmbito de um processo nos termos do artigo 267º TFUE, que se baseia numa nítida separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, só o tribunal nacional tem competência para verificar e apreciar os factos do litígio no processo principal assim como para interpretar e aplicar o direito nacional. Do mesmo modo, é apenas ao tribunal nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, que compete apreciar, atendendo às especificidades do processo, tanto a necessidade como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, quando as questões colocadas sejam relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciarse (acórdão de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C618/10, ainda não publicado na Coletânea, nº 76 e jurisprudência referida).

35 Assim, o Tribunal de Justiça só se pode recusar a responder a uma questão prejudicial submetida à sua apreciação por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas (acórdão Banco Español de Crédito, já referido, nº 77 e jurisprudência referida).

36 Ora, tal não é o caso no processo em apreço.

37 Com efeito, há que observar que, por força do sistema processual espanhol, no

âmbito do processo de execução hipotecária intentado pela Catalunya Caixa contra M. Aziz, o executado não pôde contestar o caráter abusivo de uma cláusula do contrato que o vincula a essa instituição de crédito, que esteve na origem do processo de execução, perante o Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, onde a execução corre os seus termos, mas sim perante o Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, tribunal que julga o processo declarativo.

38 Neste contexto, como observa acertadamente a Comissão Europeia, a primeira questão submetida pelo Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona deve ser entendida em sentido amplo, isto é, como visando apreciar, em substância, atendendo à limitação dos fundamentos de oposição no âmbito do processo de execução hipotecária, a compatibilidade com a diretiva dos poderes reconhecidos ao tribunal que julga o processo declarativo, que é o competente para apreciar o caráter abusivo das cláusulas do contrato em causa no processo principal, do qual deriva a dívida reclamada no referido processo de execução.

39 Nestas condições, tendo em conta o facto de que compete ao Tribunal de Justiça dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil que lhe permita decidir o litígio que lhe foi submetido (v. acórdãos de 28 de novembro de 2000, Roquette Frères, C88/99, Colet., p. I10465, nº 18, e de 11 de março de 2010, Attanasio Group, C384/08, Colet., p. I2055, nº 19), cumpre constatar que não é manifesto que a interpretação do direito da União solicitada na primeira questão seja desprovida de relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal.

40 Do mesmo modo, não se pode excluir que a interpretação do conceito de caráter desproporcionado, na aceção das

disposições pertinentes da diretiva, a que se refere a segunda questão, possa ser útil para decidir o litígio submetido ao Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

41 Com efeito, como sublinha a advogadageral nos n.ºs 62 e 63 das suas conclusões, embora o pedido de anulação apresentado por M. Aziz no litígio no processo principal seja apenas relativo à validade da cláusula 15.^a do contrato de empréstimo, basta constatar que, por um lado, em conformidade com o artigo 4.º, nº 1, da diretiva, uma visão conjunta das outras cláusulas contratuais referidas nessa questão é suscetível de ter impacto no exame da cláusula contestada neste litígio e, por outro, o tribunal nacional deve, por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça, apreciar oficiosamente o caráter abusivo de todas as cláusulas contratuais abrangidas pelo âmbito de aplicação da diretiva, mesmo na falta de um pedido expresso nesse sentido, desde que disponha dos elementos jurídicos e de facto necessários para esse efeito (v., neste sentido, acórdão de 4 de junho de 2009, Pannon GSM, C243/08, Colet., p. I4713, n.ºs 31 e 32, e acórdão Banco Español de Crédito, já referido, nº 43).

42 Por conseguinte, as questões prejudiciais são admissíveis na sua totalidade.

Quanto ao mérito

Quanto à primeira questão

43 Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se a diretiva deve ser interpretada no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que, ao não prever, no âmbito de um processo de execução hipotecária, fundamentos de oposição relativos ao caráter abusivo de uma cláusula de um contrato celebrado entre um consumidor e um profissional, não permite

ao tribunal que julga o processo declarativo, que é o competente para apreciar o caráter abusivo de tal cláusula, decretar medidas provisórias que garantam a plena eficácia da sua decisão final.

44 A fim de responder a esta questão, importa, antes de mais, recordar que o sistema de proteção instituído pela diretiva assenta na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional, no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação (acórdão Banco Español de Crédito, já referido, n.º 39).

45 Atendendo a essa situação de inferioridade, o artigo 6.º, n.º 1, da diretiva prevê que as cláusulas abusivas não vinculam o consumidor. Como resulta da jurisprudência, tratase de uma disposição imperativa que pretende substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e obrigações dos contraentes por um equilíbrio real suscetível de restabelecer a igualdade entre eles (acórdão Banco Español de Crédito, já referido, n.º 40 e jurisprudência referida).

46 Neste contexto, o Tribunal de Justiça já sublinhou reiteradamente que o tribunal nacional deve apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva e, deste modo, suprir o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional, desde que disponha dos elementos jurídicos e de facto necessários para esse efeito (acórdãos, já referidos, Pannon GSM, n.ºs 31 e 32, e Banco Español de Crédito, n.ºs 42 e 43).

47 Assim, ao pronunciarse sobre um pedido de decisão prejudicial submetido por um órgão jurisdicional nacional no âmbito de um processo contraditório iniciado na sequência da oposição deduzida por um

consumidor a uma injunção de pagamento, o Tribunal de Justiça considerou que esse órgão jurisdicional deve, oficiosamente, tomar medidas instrutórias a fim de determinar se uma cláusula atributiva de competência territorial exclusiva, constante de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, se enquadra no âmbito de aplicação da diretiva e, em caso afirmativo, apreciar oficiosamente o caráter eventualmente abusivo dessa cláusula (acórdão de 9 de novembro de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C137/08, Colet., p. I10847, n.º 56).

48 Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça precisou que a diretiva se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que não permite ao tribunal em que é apresentado um pedido de injunção de pagamento, e na falta de oposição do consumidor, apreciar oficiosamente, *in limine litis* ou em qualquer outra fase do procedimento, o caráter abusivo de uma cláusula de juros de mora contida num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, mesmo quando disponha dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito (acórdão Banco Español de Crédito, já referido, n.º 57).

49 Todavia, o caso no processo principal distingue-se dos que deram origem aos acórdãos, já referidos, VB Pénzügyi Lízing e Banco Español de Crédito, pelo facto de dizer respeito à definição das responsabilidades que incumbem ao tribunal a quem foi submetido um processo declarativo conexo com um processo de execução hipotecária, com o objetivo de garantir, se for caso disso, o efeito útil da decisão de mérito que declare o caráter abusivo da cláusula contratual que constitui o fundamento do título executivo e, portanto, a propositura do processo de execução.

50 A este respeito, há que concluir que, na falta de harmonização de mecanismos nacionais de execução forçada, as modalidades de aplicação dos fundamentos de oposição admitidos no âmbito de um processo de execução hipotecária e dos poderes conferidos ao tribunal que julga o processo declarativo, que é o competente para analisar a legitimidade das cláusulas contratuais por força das quais foi estabelecido o título executivo, fazem parte da ordem jurídica interna dos Estados-Membros por força do princípio da autonomia processual destes, na condição, porém, de não serem menos favoráveis do que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e de não tornarem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos aos consumidores pelo direito da União (princípio da efetividade) (v., neste sentido, acórdãos de 26 de outubro 2006, *Mostaza Claro*, C168/05, Colet., p. I10421, n° 24, e de 6 de outubro de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, Colet., p. I9579, n° 38).

51 Relativamente ao princípio da equivalência, há que salientar que o Tribunal de Justiça não dispõe de nenhum elemento que permita suscitar dúvidas quanto à conformidade da legislação em causa no processo principal com esse princípio.

52 Com efeito, resulta dos autos que o sistema processual espanhol proíbe que o tribunal a quem foi submetido um processo declarativo conexo com um processo de execução hipotecária decrete medidas provisórias que garantam a plena eficácia da sua decisão final, não só quando aprecia o caráter abusivo, à luz do artigo 6° da diretiva, de uma cláusula de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor mas também quando verifica a contradição entre

tal cláusula e as disposições nacionais de ordem pública, o que lhe compete, todavia, verificar (v., neste sentido, acórdão *Banco Español de Crédito*, já referido, n° 48).

53 No que respeita ao princípio da efetividade, importa recordar que, de acordo com jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, cada caso em que se coloque a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da União deve ser analisado tendo em conta o lugar que essa disposição ocupa no processo, visto como um todo, na tramitação deste e nas suas particularidades, perante as várias instâncias nacionais (acórdão *Banco Español de Crédito*, já referido, n° 49).

54 No caso em apreço, resulta dos autos remetidos ao Tribunal de Justiça que, nos termos do artigo 695° do Código de Processo Civil, nos processos de execução hipotecária, a oposição deduzida pelo executado só pode ter por fundamento a extinção da garantia ou da obrigação garantida, ou um erro na liquidação do montante exigível, nos casos em que a dívida garantida corresponda ao saldo de encerramento de uma conta entre exequente e executado, ou ainda a sujeição a novo penhor, hipoteca ou penhora registados anteriormente ao ónus que deu origem ao processo.

55 Em conformidade com o artigo 698° do Código de Processo Civil, qualquer reclamação que o devedor formule, incluindo as que digam respeito à nulidade do título ou ao vencimento, à certeza, à extinção ou ao valor da dívida, será resolvida no processo pertinente, sem nunca produzir efeito suspensivo do processo previsto no capítulo em questão.

56 Além disso, nos termos do artigo 131° da Lei Hipotecária, os registos provisórios de pedido de cancelamento

da hipoteca ou outros registos que não se baseiem em nenhum dos casos que podem determinar a suspensão da execução serão cancelados por força do despacho de cancelamento previsto no artigo 133º dessa lei, desde que sejam posteriores ao registo da emissão da certidão de custas.

57 Ora, decorre destas indicações que, no sistema processual espanhol, a adjudicação final de um bem hipotecado a um terceiro comprador tem caráter irreversível, mesmo quando o caráter abusivo da cláusula impugnada pelo consumidor perante o tribunal que julga o processo declarativo acarrete a nulidade do processo de execução hipotecária, a não ser que o referido consumidor tenha efetuado o registo provisório do pedido de cancelamento da hipoteca antes do referido registo da emissão da certidão de custas.

58 A este respeito, importa, no entanto, declarar que, tendo em conta a tramitação e as particularidades do processo de execução hipotecária em causa no processo principal, se deve considerar essa hipótese como residual, porquanto existe um risco não negligenciável de o consumidor em causa não efetuar o referido registo provisório no prazo previsto para o efeito, quer devido ao caráter extremamente rápido do processo de execução em questão quer porque ignora ou não se apercebe do alcance dos seus direitos (v., neste sentido, acórdão Banco Español de Crédito, já referido, nº 54).

59 É forçoso constatar que tal regime processual é suscetível de lesar a efetividade da proteção pretendida pela diretiva, na medida em que institui a impossibilidade de o tribunal que julga o processo declarativo, perante o qual o consumidor apresentou um pedido em que alega o caráter abusivo de uma cláusula contratual que constitui o fundamento do título executivo, conceder

medidas provisórias para suspender ou interromper o processo de execução hipotecária, quando a concessão de tais medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da sua decisão final (v., neste sentido, acórdão de 13 de março de 2007, Unibet, C432/05, Colet., p. I2271, nº 77).

60 Com efeito, como sublinhou também a advogadageral no nº 50 das suas conclusões, sem essa possibilidade, sempre que, como no processo principal, a execução do bem imóvel hipotecado tenha sido realizada antes de o tribunal que julga o processo declarativo ter decidido no sentido de declarar o caráter abusivo da cláusula contratual que está na origem da hipoteca e, por conseguinte, a nulidade do processo de execução, essa decisão só permite garantir ao consumidor uma proteção *a posteriori*, puramente indemnizatória, que se revela incompleta e insuficiente e não constitui um meio adequado nem eficaz para pôr termo à utilização dessa mesma cláusula, contrariamente ao que prevê o artigo 7º, nº 1, da Diretiva 93/13.

61 Isto é tanto mais assim quanto, como no processo principal, o bem que é objeto da garantia hipotecária é a casa de morada de família do consumidor lesado e da sua família, uma vez que esse mecanismo de proteção dos consumidores, limitado ao pagamento de uma indemnização, não permite impedir a perda definitiva e irreversível da habitação.

62 Por conseguinte, como sublinhou também o órgão jurisdicional de reenvio, bastaria aos profissionais, logo que preenchidos os requisitos pertinentes, instaurarem um processo de execução hipotecária desse tipo, para privarem, no essencial, os consumidores da proteção pretendida pela diretiva, o que se afigura igualmente contrário à jurisprudência do

Tribunal de Justiça de acordo com a qual as características específicas dos processos jurisdicionais, que decorrem no quadro do direito nacional, entre os profissionais e os consumidores não podem constituir um elemento suscetível de afetar a proteção jurídica de que os consumidores devem beneficiar ao abrigo das disposições desta diretiva (v., neste sentido, acórdão Banco Español de Crédito, já referido, nº 55).

63 Nestas condições, importa concluir que a legislação espanhola em causa no processo principal não se afigura conforme com o princípio da efetividade, na medida em que torna impossível ou extremamente difícil, nos processos de execução hipotecária intentados por profissionais e em que o executado é um consumidor, a aplicação da proteção que a diretiva lhe pretende conferir.

64 À luz destas considerações, há que responder à primeira questão que a diretiva deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que, ao mesmo tempo que não prevê, no âmbito do um processo de execução hipotecária, fundamentos de oposição relativos ao caráter abusivo de uma cláusula contratual que constitui o fundamento do título executivo, também não permite ao tribunal que julga o processo declarativo, que é o competente para apreciar o caráter abusivo de tal cláusula, decretar medidas provisórias, como, por exemplo, a suspensão do referido processo de execução, quando a concessão dessas medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da sua decisão final.

Quanto à segunda questão

65 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, obter esclarecimentos sobre

os elementos constitutivos do conceito de «cláusula abusiva», atendendo ao disposto no artigo 3º, n.ºs 1 e 3, da diretiva e no respetivo anexo, para apreciar o caráter abusivo ou não das cláusulas que são objeto do litígio no processo principal, relativas ao vencimento antecipado nos contratos de longa duração, à fixação de juros de mora e às condições de liquidação.

66 A este respeito, importa precisar que, de acordo com jurisprudência assente, a competência do Tribunal de Justiça na matéria abrange a interpretação do conceito de «cláusula abusiva», referido no artigo 3º, nº 1, da diretiva e no seu anexo, assim como os critérios que o órgão jurisdicional nacional pode ou deve aplicar na apreciação de uma cláusula contratual à luz das disposições da diretiva, sendo certo que compete ao referido órgão jurisdicional pronunciarse, tendo em conta os referidos critérios, sobre a qualificação concreta de uma cláusula contratual particular em função das circunstâncias próprias do caso em apreço. Daqui resulta que, na sua resposta, o Tribunal de Justiça se deve limitar a fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio as indicações que este deve ter em conta para apreciar o caráter abusivo da cláusula em causa (v. acórdão de 26 de abril de 2012, Invitel, C472/10, ainda não publicado na Coletânea, nº 22 e jurisprudência referida).

67 Posto isto, importa sublinhar que, ao referir-se aos conceitos de boafé e de desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato, o artigo 3º, nº 1, da referida diretiva apenas define em abstrato os elementos que conferem caráter abusivo a uma cláusula contratual que não foi objeto de negociação individual (v. acórdão de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C237/02, Colet.,

p. I3403, n° 19, e acórdão Pannon GSM, já referido, n° 37).

68 Ora, como sublinhou a advogadageral no n° 71 das suas conclusões, para saber se uma cláusula cria, em detrimento do consumidor, um «desequilíbrio significativo» entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato, há que ter em conta, designadamente, as normas de direito nacional aplicáveis na falta de acordo das partes nesse sentido. É através de uma análise comparativa deste tipo que o órgão jurisdicional nacional poderá avaliar se e em que medida o contrato coloca o consumidor numa situação menos favorável do que a prevista no direito nacional em vigor. De igual modo, afigurase pertinente, para este efeito, proceder a um exame da situação jurídica em que se encontra o referido consumidor, atendendo aos meios de que dispõe, ao abrigo da legislação nacional, para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas.

69 No que respeita ao facto de saber em que circunstâncias foi criado esse desequilíbrio «a despeito da exigência de boafé», importa declarar que, atendendo ao décimo sexto considerando da diretiva e conforme sublinhou a advogadageral, no essencial, no n° 74 das suas conclusões, o tribunal nacional deve verificar, para o efeito, se o profissional, ao tratar de forma leal e equitativa com o consumidor, podia razoavelmente esperar que ele aceitaria essa cláusula, na sequência de uma negociação individual.

70 Neste contexto, cumpre recordar que o anexo, para o qual remete o artigo 3°, n° 3, da diretiva, apenas contém uma lista indicativa e não exaustiva das cláusulas que podem ser declaradas abusivas (v. acórdão Invitel, já referido, n° 25 e jurisprudência referida).

71 Além disso, nos termos do artigo 4°, n° 1, da diretiva, o carácter abusivo de uma cláusula contratual deve ser apreciado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração (acórdãos, já referidos, Pannon GSM, n° 39, e VB Pénzügyi Lízing, n° 42). Daqui decorre que, nesta perspetiva, devem igualmente ser apreciadas as consequências que a referida cláusula pode ter no âmbito do direito aplicável ao contrato, o que implica um exame do sistema jurídico nacional (v. acórdão *Freiburger Kommunalbauten*, já referido, n° 21, e despacho de 16 de novembro de 2010, *Pohotovost*, C76/10, Colet., p. I11557, n° 59).

72 É à luz destes critérios que o Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona deve apreciar o carácter abusivo das cláusulas a que se refere a segunda questão submetida.

73 Em particular, no que diz respeito, antes de mais, à cláusula relativa ao vencimento antecipado, nos contratos de longa duração, devido aos incumprimentos do devedor por um período limitado, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar designadamente, como sublinhou a advogadageral nos n.ºs 77 e 78 das suas conclusões, se a faculdade de o profissional declarar exigível a totalidade do empréstimo depende do incumprimento pelo consumidor de uma obrigação que apresenta um carácter essencial no âmbito da relação contratual em causa, se essa faculdade está prevista para os casos em que esse incumprimento reveste um carácter suficientemente grave atendendo à duração e ao montante do empréstimo, se a referida faculdade derroga as normas aplicáveis na matéria e se o direito nacional prevê meios adequados e eficazes que

permitam ao consumidor sujeito à aplicação dessa cláusula sanar os efeitos da referida exigibilidade do empréstimo.

74 Em seguida, quanto à cláusula relativa à fixação dos juros de mora, há que recordar que, à luz do n.º 1, alínea e), do anexo da diretiva, lido em conjugação com as disposições dos artigos 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da diretiva, o órgão jurisdicional de reenvio deverá verificar, designadamente, como sublinha a advogada-geral nos n.ºs 85 a 87 das suas conclusões, por um lado, as normas nacionais aplicáveis entre as partes, quando não tenha sido estabelecida nenhuma convenção no contrato em causa ou noutros contratos desse tipo celebrados com os consumidores, e, por outro, o montante da taxa de juros de mora fixada, por comparação com a taxa de juro legal, para verificar se tal montante é adequado para garantir a realização dos objetivos que no Estado-Membro em causa são atribuídos aos juros de mora e se não ultrapassa o que é necessário para os atingir.

75 Por último, no que respeita à cláusula relativa à liquidação unilateral, pelo mutuante, do montante da dívida vencida, associada à possibilidade de intentar o processo de execução hipotecária, há que declarar que, tendo em conta o n.º 1, alínea q), do anexo da diretiva e os critérios constantes dos artigos 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da mesma, o órgão jurisdicional de reenvio deverá, designadamente, apreciar se e em que medida a cláusula em questão deroga as normas aplicáveis na falta de acordo entre as partes, de forma a dificultar o acesso do consumidor à justiça e ao exercício dos direitos de defesa, atendendo aos meios processuais de que dispõe.

76 À luz do que precede, há que responder à segunda questão que

– O artigo 3.º, n.º 1, da diretiva deve ser interpretado no sentido de que:

– o conceito de «desequilíbrio significativo» em detrimento do consumidor deve ser apreciado através de uma análise das regras nacionais aplicáveis na falta de acordo entre as partes, para avaliar se e em que medida o contrato coloca o consumidor numa situação jurídica menos favorável do que a prevista no direito nacional em vigor. De igual modo, afigura-se pertinente, para este efeito, proceder a um exame da situação jurídica em que se encontra o referido consumidor, atendendo aos meios de que dispõe, ao abrigo da legislação nacional, para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas;

– para saber se o desequilíbrio foi criado «a despeito da exigência de boafé», importa verificar se o profissional, ao tratar de forma leal e equitativa com o consumidor, podia razoavelmente esperar que ele aceitaria a cláusula em questão, na sequência de uma negociação individual.

– O artigo 3.º, n.º 3, da diretiva deve ser interpretado no sentido de que o anexo para o qual remete essa disposição apenas contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser declaradas abusivas.

Quanto às despesas

77 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

1) A Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos

celebrados com os consumidores, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que, ao mesmo tempo que não prevê, no âmbito do processo de execução hipotecária, fundamentos de oposição relativos ao caráter abusivo de uma cláusula contratual que constitui o fundamento do título executivo, também não permite ao tribunal que julga o processo declarativo, que é o competente para apreciar o caráter abusivo de tal cláusula, decretar medidas provisórias, como, por exemplo, a suspensão do referido processo de execução, quando a concessão dessas medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da sua decisão final.

2) O artigo 3º, nº 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que:

– o conceito de «desequilíbrio significativo» em detrimento do consumidor deve ser apreciado através de uma análise das regras nacionais aplicáveis na falta de acordo entre as partes, para

avaliar se e em que medida o contrato coloca o consumidor numa situação jurídica menos favorável do que a prevista no direito nacional em vigor. De igual modo, afigura-se pertinente, para este efeito, proceder a um exame da situação jurídica em que se encontra o referido consumidor, atendendo aos meios de que dispõe, ao abrigo da legislação nacional, para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas;

– para saber se o desequilíbrio foi criado «a despeito da exigência de boafé», importa verificar se o profissional, ao tratar de forma leal e equitativa com o consumidor, podia razoavelmente esperar que ele aceitaria a cláusula em questão, na sequência de uma negociação individual.

O artigo 3º, nº 3, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que o anexo para o qual remete essa disposição apenas contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser declaradas abusivas.

Assinaturas

* Língua do processo: espanhol.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Processo: 201/06.8TBFAL.E1.S1
Nº Convencional: 2a. SECÇÃO
Relator: ABRANTES GERALDES
Descritores: AUTO-ESTRADA
ANIMAL
RESPONSABILIDADE CIVIL
PRESUNÇÃO DE INCUMPRIMENTO
OBRIGAÇÕES DE SEGURANÇA

Data do Acórdão: 14-03-2013

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A REVISTA

Área Temática:

DIREITO CIVIL – DIREITO DAS
OBRIGAÇÕES / FONTES DAS
OBRIGAÇÕES / RESPONSABILIDADE
CIVIL / NÃO CUMPRIMENTO DAS
OBRIGAÇÕES.

DIREITO RODOVIÁRIO – AUTO-ESTRADAS CONCESSIONADAS.

Doutrina:

- Américo Marcelino, *Acidentes de Viação*, 11a. ed., p. 152.
- Armando Triunfante, “Responsabilidade civil das concessionárias das auto-estradas”, em *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo I, pp. 97, 100.
- Carneiro da Frada, “Responsabilidade por acidentes em auto-estradas”, na *ROA*, 65º, tomo II, p. 432.
- Menezes Cordeiro, *ROA*, ano 65º, págs. 134 e segs.,
- Rui Ataíde, *Acidente em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, p. 157 e segs..
- Sínde Monteiro, na *RLJ*, 131º, p. 41 e segs.; na *RLJ*, 132º, p. 31 e segs.; e na 133º, p. 37 e segs..
- Urbano Dias, “Da Responsabilidade civil das concessionárias de auto-estradas em acidentes de viação”, na *Revista do CEJ*, nº 6, p. 21 e segs..

Legislação Nacional:

- CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGOS 13º, Nº1, 487º, 493º, Nº1, 799º, Nº1.
- CÓDIGO DA ESTRADA: – ARTIGO 1º, AL. C).
- CONTRATO DE CONCESSÃO, ANEXO AO DEC. LEI Nº 294/07, DE 24-10 (BASE XXII, BASE XXXVI, BASE XXXVII).
- CONTRATOS APROVADOS PELO DL Nº 335-A/99, DE 28-9 (BASE XLIX, Nº 2), DL Nº 142-A/01, DE 20-4 (BASE LI, Nº 2), DL Nº 87-A/00, DE 13-5 (BASE LI, Nº 2) OU DL Nº 323-G/00, DE 19-12).
- DL Nº 222/98, DE 17-1: – ARTIGOS 5º, AL. C).

LEI Nº 24/07, DE 18-7: – ARTIGO 12º.
PORTARIA Nº 679/09, DE 25-6.

Jurisprudência Nacional:

- ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
- DE 21-3-12; DE 15-11-11; DE 8-2-11; DE 2-11-10; DE 4-5-10; DE 1-10-09; DE 9-9-08; DE 16-9-08; DE 13-11-07; DE 14-10-07; EXTRAÍDOS DE WWW.DGSI.PT E DA COL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.
 - DE 2-2-06 (CJSTJ, TOMO I, PÁG. 56); DE 22-6-04 (TAMBÉM EM CJSTJ, VOL. II, PÁG. 96); DE 25-3-04; DE 20-5-03.
 - DE 2-11-08, CJSTJ, TOMO III, PÁG. 108; DE 1-10-09 E DE 13-11-07, EM WWW.DGSI.PT.

Sumário:

1. Artigo 12 da Lei 24/2007 de 18 de Julho, ao definir os direitos dos utentes de auto-estradas, itinerários principais ou itinerários complementares, faz recair sobre o concessionário a presunção de incumprimento de obrigações de segurança quando os acidentes sejam causalmente imputados a objectos arremessados, a objectos ou líquidos existentes nas faixas de rodagem ou ao atravessamento de animais.

2. Provado que o despiste de um veículo automóvel foi determinado pelo facto de na faixa de rodagem se encontrar um pato de que o condutor se pretendeu desviar, a concessionária da auto-estrada é responsável pelos danos decorrentes do acidente, salvo se elidir a presunção de incumprimento de obrigações de segurança.

3. Recaindo sobre a concessionária de auto-estrada uma obrigação reforçada de meios, a elisão da referida presunção, relativamente à entrada ou permanência de animais na faixa de rodagem, não se

basta com a prova genérica de que houve passagens da equipa de assistência e de que não foi detectada ou comunicada a presença do animal.

A. G.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

AA, menor, representada pela sua tutora, BB,

intentou a presente acção declarativa, sob a forma de processo ordinário, contra

CC – AUTO-ESTRADAS de PORTUGAL, S. A.

e

COMPANHIA de SEGUROS DD, S.A.

formulando os seguintes *pedidos*:

– Condenação da R. CC a pagar a quantia de € 1.188.951,40, a título de danos patrimoniais e morais, com juros legais desde a citação até pagamento, caso seja considerada culpada pelo acidente (ou solidariamente com a Companhia de Seguros que vier a ser chamada);

– Condenação da R. DD, a pagar a quantia de € 584.638,47, a título de danos patrimoniais, morais e lucros cessantes, com juros legais desde a citação até pagamento, caso o segurado seja considerado culpado ou, caso assim não se entenda, a indemnizar a A. pela responsabilidade pelo risco ao abrigo do disposto no art. 508º do CC.

Para o efeito alegou que no dia 9-8-03, cerca das 10.05 h, na AE-2, um veículo ligeiro circulava no sentido Sul/Norte, a uma velocidade de cerca de 90/100 km/h, conduzido pelo pai da A. e no qual ela própria, sua mãe e sua irmã seguiam como passageiras.

O condutor do veículo foi surpreendido pela presença de um pato bravo de grande porte, vivo e ferido, na via do lado esquerdo, por onde circulava. Para evitar embater

no animal, desviou-se para a direita, não conseguindo, porém, segurar a viatura, apesar de ter travado.

Em consequência, o veículo saiu da sua faixa de rodagem, passou a vala central e foi embater num outro veículo pesado de mercadorias que seguia em sentido contrário, causando a morte de ambos os pais e da irmã da A.

A responsabilidade da CC pelos danos decorrentes do acidente decorre de duas circunstâncias: não ter evitado, detectado e removido o animal que esteve na origem do acidente e não ter construído *rails* de protecção junto à vala central, o que possibilitou a saída do QN para a faixa de rodagem destinada ao trânsito no sentido Norte/Sul.

Na hipótese de se entender que a culpa pela produção do acidente não é da CC mas do condutor do QN, a R. DD é a responsável pelo ressarcimento dos danos causados, nos termos do contrato de seguro entre ambos celebrado.

A R. CC contestou, pugnando pela sua absolvição do pedido, alegando que não teve conhecimento da existência de qualquer pato bravo na faixa de rodagem aquando do despiste do veículo. O acidente ocorreu devido a sonolência do condutor, não havendo qualquer nexo de causalidade entre a inexistência de *rails* no separador central da auto-estrada e os danos sofridos.

Cumpriu os seus deveres de vigilância e de manutenção da auto-estrada decorrentes do contrato de concessão.

A R. DD contestou, pugnando pela sua absolvição do pedido concordando com a descrição do acidente feita pela A.

O acidente foi consequência da existência de um pato bravo, vivo, na faixa de rodagem, e da inexistência de *rails* de protecção entre as duas faixas de rodagem, e não de negligência do condutor do QN.

Mais refere que as quantias exigidas pela A. a título de indemnização são excessivas.

A R. CC deduziu o *incidente de intervenção principal provocada da Companhia de Seguros EE, S.A.*, com quem celebrara um contrato de seguro, a qual veio contestar, pugnando pela absolvição do pedido.

Foi realizada a audiência de julgamento e proferida sentença que julgou a acção parcialmente procedente e decidiu:

– Condenar a CC a pagar a quantia de € 377.305,90, com juros de mora, desde a citação até integral pagamento;

– Condenar a EE a pagar a quantia de € 376.557,70, com juros de mora, desde a citação até integral pagamento, sendo a responsabilidade de ambas solidária até ao limite de € 376.557,70, a partir do qual apenas a 1a. R. é responsável;

– Julgar totalmente improcedente o pedido deduzido contra a DD.

Apelaram as RR. CC e EE, mas a sentença foi confirmada

A R. EE interpôs recurso de revista em que *concluiu*:

a) A segurada da recorrente não tinha qualquer hipótese de evitar a eventual presença de um pato vivo na via, nem estava obrigada a colocar *rails* de separação entre as faixas da auto-estrada;

b) A culpa pertenceu ao condutor do ligeiro e a responsabilidade pelos danos deve ser imputada à co-Ré DD;

c) A imputação da culpa na produção do acidente à co-Ré CC e a consequente responsabilização da sua seguradora resulta de um laborioso esforço do tribunal *a quo*;

d) Consequentemente, a A. devia ser indemnizada pela co-Ré DD para quem se encontrava transferida a responsabilidade pelos danos decorrentes do acidente de viação;

e) Entrar numa auto-estrada não é o mesmo que entrar no espaço sideral onde a hipótese de encontrar obstáculos é diminuta, ao contrário do que parece pensarem muitos condutores que as utilizam;

f) Apesar de se circular numa auto-estrada, os condutores não estão desobrigados de cumprir regras de circulação estradal, nomeadamente a adequação da velocidade às circunstâncias de tempo, da via, do veículo e de si próprios;

g) Quanto à inexistência de *rails* de separação, não estava a CC obrigada a colocá-los;

h) A CC não pode ser responsabilizada porque o “Estado-Administração” não terá cumprido com as normas jurídicas a que está adstrito e por ter considerado que a auto-estrada cumpria as exigências legais pode ser o entendimento do tribunal *a quo*, não se podendo condenar a concessionária por culpa do concedente, sendo que o concedente não foi demandado;

i) A decidir como decidiu, o tribunal a quo violou o disposto nos arts. 24º do CE, 483º, 503º e 570º do CC e art. 660º, nº 2, do CPC.

A R. CC também recorreu, *concluindo* que:

A. As obrigações de segurança e a circulação em boas condições de segurança não são a mesma coisa; aquelas, realizadas através da vigilância, são o meio de realização desta. É sempre admitida a prova do cumprimento das obrigações de segurança quando a circulação em boas condições de segurança não está assegurada. Em caso de força maior não há presunção de incumprimento.

B. A CC está obrigada a assegurar permanentemente a circulação em boas condições de segurança, obrigação que realiza através do cumprimento das obrigações de

segurança que consistem em assegurar a vigilância das condições de segurança.

C. A Lei nº 24/07 ou não pode alterar o contrato ou, se pode, alterou a Base XXXVI, nº 2, e hoje a CC, face à presença objectiva de uma animal ou obstáculo, não carece, para se isentar, de provar caso de força maior. Isentar-se-á se provar que cumpriu as obrigações de segurança.

D. É fora de qualquer sentido dizer-se que, uma vez que lá está o animal ou objecto, a CC, só por isso, não cumpriu, quando precisamente a lei admite que prove que cumpriu.

E. Nesta medida, sendo certo que estabeleceu o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança, a lei afastou, excluiu ou impediu aquela tese extrema de que não basta provar que tinha cumprido as suas obrigações, tendo de provar também um caso de força maior.

F. Jamais poderá dizer-se que se lá está o animal ou obstáculo então não cumpriu porque, precisamente, é em tal situação que a lei admite provar que cumpriu.

G. Não faz parte do conteúdo do objecto do dever da recorrente que em nenhum momento o piso possa estar molhado ou a água gele ou nele caia óleo ou uma pedra ou grades de cerveja ou um pneu. Não integra o objecto desse dever que, num momento, sem que se saiba como, um pato, ou um texugo, ou um cão, ou gato, ou raposa não apareça na via.

H. No objecto do seu dever não existe semelhante obrigação que pudesse fundar quer a ilicitude da sua conduta, quer uma presunção de culpa pela sua verificação.

I. Tendo surgido esses factos, que são ou podem ser instantâneos, haverá então que averiguar se houve da recorrente negligência na sua remoção. Mas a não verificação deles não integra originariamente o dever da

recorrente para com os utentes, pois isso constituiria a estatuição originária de um dever impossível de cumprir e sabe-se que não poderia considerar-se válida tal estatuição originária de dever impossível de cumprir.

J. Inexistindo no objecto do dever da concessionária tal responsabilidade originária, não lhe poderá ser atribuída uma conduta ilícita, nem uma presunção de culpa pelo surgimento de tais factos.

K. Só através da demonstração de culpa por omissão subsequente à sua verificação poderá a recorrente vir a ser responsabilizada. Mas isso revela a ausência de um dever originário de impedir a ocorrência da verificação desses factos que lhe pudesse ser imputado a título de ilicitude ou de presunção de culpa por ocorrência dessa verificação.

L. Inexistindo tal dever originário, estamos fora do campo da responsabilidade contratual pois que esta pressupõe a pré-existência da obrigação violada.

M. A modalidade de responsabilidade civil da concessionária terá de ser definida perante tais condicionalismos, sendo eles então impeditivos de que ela possa ser a responsabilidade contratual por impossibilidade de os integrar no dever originário que a lei lhe determina.

N. A possibilidade de surgimento de um pato selvagem na faixa de rodagem é uma possibilidade real que os condutores devem considerar, pela qual a concessionária pode ser ou não ser responsável, mas sem que haja motivo para a presumir culpada.

O. Estabelecer aqui uma presunção de culpa corresponderia a impor sobre a concessionária um dever de impossível realização, por não poder controlar actos praticados por terceiros, nem ser possível vedar ou vigiar incessantemente durante as 24 horas todos os acessos e saídas.

P. Este dever não faz parte do conteúdo do seu dever de assegurar a circulação em boas condições de segurança. Nem este seria válido se fizesse por ser impossível ou inoportável, de modo que da sua não realização não podendo decorrer qualquer ilicitude nem presunção de culpa.

Q. O utente não pode razoavelmente contar que o piso não possa estar escorregadio, não possa cair um objecto na via ou nela não possa inopinadamente surgir um animal. Tais garantias não fazem parte do conteúdo do dever da recorrente em termos de se lhe imputar uma conduta ilícita e culpa presumida.

R. Não constitui dever da recorrente, por impossível de cumprir, o de impedir que um pato voe sobre a auto-estrada. Os condutores têm o dever de prever essa eventualidade e, por isso, se lhes impõe a obrigação de respeitar as normas de conduta estabelecidas no Cód. da Estrada.

S. Um pato é uma ave, o que significa que se, de facto, estava na auto-estrada, voou sobre a mesma. Todavia nem os trabalhadores da CC, nem a GNR, nem antes, nem depois do acidente relataram a existência de um pato na via.

T. A apelante não pode manter, nem lhe é exigível que o faça, uma guarda permanente (dia e noite) em todos os pontos da auto-estrada, por modo a impedir a entrada de alguma ave. A introdução de um pato na auto-estrada é inevitável e invencível (STJ, 3-3-05).

U. O domínio da marcha é obrigação implícita no art. 24º, nº 1, do CE, que todo o condutor deve observar para poder parar rapidamente sem perigo de acidente. Prever e prevenir são imperativos constantes da condução.

V. A condução de um veículo deve ser cautelosa e prudente, não desatenta,

descuidada, despreocupada, irreflectida e irresponsável. Não são de admitir teses desrazoáveis que, contra a lei e os princípios, possam fomentar leviandades e irresponsabilidades ou entorpecer, relaxar ou afrouxar o dever de cuidado exigido na condução.

W. O condutor do automóvel deve tomar as providências – precauções indispensáveis – necessárias a evitar qualquer acidente. Deve assumir a diligência requerida pelas circunstâncias concretas, adoptando as precauções necessárias para evitar o acidente.

X. No caso concreto, provou-se que a CC estava a efectuar os patrulhamentos à auto-estrada. Provou-se também que a GNR efectuou igualmente os patrulhamentos àquela via antes do acidente, não tendo verificado a existência de qualquer pato na via, nem antes, nem depois do acidente.

Y. Aliás, como se constata pelo auto de acidente elaborado pela GNR, não é feita referência a qualquer pato, pelo que não se encontra cumprido o nº 3 do art. 12º da Lei nº 24/07, de 18-7.

Z. Relativamente ao surgimento de animais selvagens na auto-estrada importa ponderar que o facto ilícito não consiste na sua intromissão, mas sim nesse facto como consequência da falta de vedação ou de vedação insuficiente na zona do acidente. Deste modo, continuando sempre a raciocinar na base da existência da presunção “dupla” a que já nos referimos – presunção de ilicitude e presunção de culpa – não podemos deixar de analisar o caso à luz do art. 487º, nº 2, do CC, que manda apreciar a culpa “pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

Houve contra-alegações em ambos os recursos.

Cumprido decidir.

II – Factos provados:

1. No dia 9-8-03, entre as 10.05 e as 10.08 h, ocorreu um acidente de viação na AE 2, entre o km 140,100 e o km 140,200.

2. Nessa ocasião, o tempo estava bom e o piso encontrava-se seco.

3. Foram intervenientes nesse acidente o veículo pesado de mercadorias de matrícula ...-KE, de FF, Lda., com sede na Zona Industrial de Tomar, lote 16, conduzido por GG, e o veículo ligeiro de passageiros, com a matrícula ...-QN, conduzido por HH.

4. Seguiam ainda no ...-QN: II, mulher do condutor, HH, e as duas filhas de ambos, JJ e a ora A., AA.

5. O ...-KE circulava no sentido Norte/Sul e o ...-QN no sentido Sul/Norte.

6. O ...-QN seguia na AE-2 a fim de se dirigir a Lagares da Beira, Oliveira do Hospital, local onde residiam a A. e os seus familiares.

7. O local do acidente configura uma recta em bom estado de conservação.

8. O ...-QN seguia a uma velocidade entre 100 e 120 km/h.

9. Ao aproximar-se do km 140,05 da AE-2, o condutor do ...-QN foi surpreendido por um pato vivo que se encontrava na faixa de rodagem esquerda.

10. O condutor do ...-QN, com o propósito de evitar o acidente, desviou-se para a direita, tendo, depois, perdido o controlo do veículo e entrado em despiste.

11. O condutor do ...-QN despistou-se e transpôs a vala central da auto-estrada, que divide os dois sentidos de trânsito, tendo ido embater lateralmente e do lado esquerdo na parte frontal do ...-KE.

12. Em consequência do acidente, faleceram HH, II e JJ, tendo a A. ficado ferida e sido transportada para o Hospital de Santa Maria, em Lisboa.

13. O ...-QN ficou totalmente destruído em consequência do acidente.

14. JJ nasceu em 19-4-03; AA nasceu em 1-1-01; HH nasceu em 18-6-72; II nasceu em 8-9-66.

15. Por escritura pública outorgada em 17-5-06, no Cartório Notarial de Oliveira do Hospital, foi outorgada escritura de habilitação de herdeiros na qual foi declarado que a A. é única e universal herdeira de seus pais e irmã.

16. À data do acidente, a responsabilidade civil referente aos danos provocados pelo ...-QN encontrava-se transferida para a Companhia de Seguros Bonança, S.A., através da apólice nº 42.972.920.

17. O contrato de seguro celebrado com Seguros Bonança, S.A. é regulado pelas respectivas condições particulares e especiais.

18. Por contrato de seguro celebrado entre a CC e a EE, S.A., esta garantiu a responsabilidade civil daquela até ao montante de € 997.600,00 pelas indemnizações que possam ser-lhe exigidas na sequência de danos causados a terceiros, na qualidade de concessionária da exploração, conservação e manutenção de lanços e sublanços onde se integra a AE-2, nos termos da apólice nº 87/38.299, constante de fls. 139 e segs.

19. No local do acidente não existiam *rails* a separar as vias de trânsito onde ocorreu o acidente, designadamente rails de separação centrais que separassem o sentido Norte/Sul do sentido Sul/Norte da referida auto-estrada.

20. Os *rails* foram colocados após existirem vários acidentes nos troços da AE-2.

21. A inexistência de *rails* de separação junto ao valado foi causa do embate entre o ...-QN e o ...-KE.

22. Existiam vedações na AE-2 e as mesmas encontravam-se em perfeito estado de conservação e manutenção.

23. O descrito em **11.** foi provocado pelo referido em **9., 10. e 21.**

24. A CC não detectou nem removeu o pato referido em **9.**

25. O pessoal da assistência a utentes da CC que patrulha as Auto-estradas concessionadas 24 horas ao dia nada de anormal detectou; não viu e não foi avisado de que na auto-estrada estivesse pato algum.

26. As brigadas da GNR que patrulham as Auto-estradas nada de anormal detectaram antes da ocorrência do acidente dos autos.

27. Os ocupantes do ...-QN que faleceram sofreram dores antes da morte e aperceberam-se do desenrolar do acidente e das suas consequências.

28. A A. sabe o que aconteceu com os seus pais e irmã, o que lhe causa sofrimento, tristeza, dor, angústia, desgosto e abalo.

29. HH e II eram enfermeiros do quadro efectivo, auferindo, cada um deles, a quantia mensal base de € 1.132,44.

30. LL pagou os funerais e outras despesas no valor de € 3.405,00.

31. E pagou ainda a quantia de € 1.500,90 referente à campa onde se encontram sepultados os falecidos.

III – Decidindo:

1. A questão crucial que suscita o recurso de revista respeita à verificação da responsabilidade civil assacada à R. CC, na sua qualidade de *concessionária da auto-estrada* onde ocorreu um acidente conexo com o facto de se encontrar na faixa de rodagem um animal (um pato vivo) de que o condutor do veículo se pretendeu desviar, entrando em despiste.[1]

O entendimento assumido nas instâncias foi o de que a CC não elidiu a presunção de incumprimento das obrigações de segurança rodoviária, nos termos e para

efeitos do disposto no art. 12º da Lei nº 24/07, de 18-7.

2. É antiga a discussão em torno da *qualificação jurídica* da responsabilidade do concessionário de auto-estrada, defendendo uns a sua integração na responsabilidade contratual (tendo subjacente um contrato ou uma relação contratual de facto demonstrados pela disponibilidade da autorização de circulação de veículos mediante o pagamento de uma taxa) e outros na responsabilidade extracontratual, a integrar, além do mais, com a demonstração da prática de um ilícito correspondente à violação de uma norma legal destinada a tutelar interesses de terceiros.

Trata-se de uma polémica com influência directa na resolução de casos concretos, como bem o revelam numerosas decisões que foram produzidas.

A *jurisprudência* e a *doutrina* [2] têm sido fartas na discussão e férteis nas soluções:

– De um lado, da *responsabilidade contratual*, apontando à presunção de culpa da concessionária no incumprimento de obrigações de segurança, nos termos do art. 799º, nº 1, do CC, pressupondo a prova do incumprimento;

– Do outro, da *responsabilidade extracontratual ou aquiliana*, considerando que, na falta de qualquer presunção legal, recai sobre o lesado o ónus de provar não apenas a ilicitude (incumprimento de deveres legais destinados a tutelar terceiros), como a existência de culpa do concessionário, nos termos do art. 487º do CC;

– Num ponto intermédio, admite-se ainda uma *presunção de culpa* em sede de responsabilidade extracontratual ligada à natureza da via concessionada, sob a guarda e vigilância do concessionário, atento o disposto no art. 493º, nº 1, do CC.[3]

Até surgiram tentativas de integrar a referida situação numa *terceira via* da responsabilidade civil integrada pela violação de normas de protecção de terceiros.

Como a doutrina e a jurisprudência bem o demonstram, não existem argumentos definitivos para qualquer das soluções. Em *termos teóricos*, mantêm-se as dúvidas, mas o interesse na sua resolução decaiu substancialmente com a *pragmática* modificação legislativa introduzida pela Lei nº 24/07, de 18-7. Sem se imiscuir directamente na definição da natureza jurídica da responsabilidade civil imputada ao concessionário de auto-estradas, procurou sanar a controvérsia ou desatar o nó no ponto mais crítico atinente à distribuição do *onus da prova* no âmbito da responsabilidade civil dos concessionários de auto-estradas por danos derivados de acidentes com veículos automóveis, designadamente em situações de colisão com animais.

3. A referida Lei veio definir os direitos dos utentes de *auto-estradas concessionadas*, itinerários principais ou itinerários complementares.

No seu art. 12º, nº 1, prescreve que:

“*Nas auto-estradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosa para pessoas ou bens, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a:*

- a) *Objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem;*
- b) *Atravessamento de animais;*
- c) *Líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais*”.

A tal iniciativa legislativa subjaz a Resolução da Assembleia da República nº 14/04, de 31-1, cujo objectivo se limitava à adopção de medidas de segurança e de informação do consumidor em caso de

realização de obras. Prosseguiu com a apresentação do Projecto nº 145/X, a que foi acoplado o Projecto nº 164/X (do Bloco de Esquerda), sendo este último o único que postulava dispositivos destinados a regular também a questão da distribuição do *onus probatório* em matéria de acidentes em auto-estradas.

Tal iniciativa legislativa encontrou justificação na necessidade de dirimir divergências interpretativas e de reforçar a tutela dos utentes de auto-estradas, tornando claro que, uma vez provada a existência de acidente devido a obstáculo existente na faixa de rodagem, sem prova da culpa do condutor do veículo, recai sobre a concessionária da auto-estrada o *onus de provar* o cumprimento das obrigações de segurança para se eximir da sua responsabilidade civil.

4. Quedando-nos pela *jurisprudência mais recente* deste Supremo Tribunal, extraída de *www.dgsi.pt* e da Col. Jurisprudência do STJ, o confronto com a referida *presunção legal* aflora nos seguintes arestos alinhados de forma regressiva:

- Ac. de 21-3-12 (Maria dos Prazeres Beleza): embate numa *roda de veículo pesado*;
- Ac. de 15-11-11 (Nuno Cameira): despiste devido a *lençol de água*;
- Ac. de 8-2-11 (Paulo Sá): despiste devido a *lençol de água*;
- Ac. de 2-11-10 (Fonseca Ramos): veículo atingido por *arremesso de pedra do exterior*;
- Ac. de 4-5-10 (Sebastião Póvoas): saída da via por *falta de sinalização de troço da via sem saída*;
- Ac. de 1-10-09 (Santos Bernardino): despiste devido a *lençol de água*;
- Ac. de 9-9-08 (Garcia Calejo): surgimento de um *cão*;
- Ac. de 16-9-08 (Garcia Calejo): surgimento de uma *raposa*;

– Ac. de 13-11-07 (Sousa Leite): *cadáver de canídeo* exposto na via;

– Ac. de 14-10-07 (Oliveira Barros): surgimento de *cão de médio porte*; Jurisprudência ainda sem ponderação do art. 12º da Lei nº 24/07:

– Ac. de 2-2-06 (CJSTJ, tomo I, pág. 56): embate num *porco*;

– Ac. de 22-6-04 (Afonso Correia) (também em CJSTJ, vol. II, pág. 96): surgimento de um *cão de elevado porte*;

– Ac. de 25-3-04 (Nuno Cameira): surgimento de um *texugo* (neste caso afastada a responsabilidade da concessionária);

– Ac. de 20-5-03 (Ponce Leão): despiste devido a *lençol de água*.^[4]

5. O facto de o citado diploma legal ter entrado em vigor depois da ocorrência do acidente a que os autos se reportam não impede que ao mesmo se recorra para integrar o caso concreto, tendo em conta a *natureza interpretativa* do novo regime, integrando-se no acervo normativo aplicável a eventos anteriores, nos termos do art. 13º, nº 1, do CC.

Trata-se, aliás, de entendimento uniforme deste Supremo Tribunal, o qual encontra a sua justificação no facto iniludível de a nova lei ter como objectivo *sanar dúvidas* que se colocavam acerca da distribuição do ónus de prova em tais situações (cfr., entre outros, os Acs. do STJ, de 2-11-08, CJSTJ, tomo III, pág. 108, de 1-10-09 e de 13-11-07, em *www.dgsi.pt*).

Por outro lado, para afastar de imediato alguma argumentação que a R. CC deixou expressa nas suas alegações, não há dúvida de que a mera constatação da existência de um dos obstáculos ou fenómenos a que a lei se refere não determina inelutavelmente a responsabilidade da concessionária da auto-estrada. Enunciada uma mera presunção *juris tantum* referente ao incumprimento de

obrigações de segurança, ainda fica aberta à concessionária onerada a possibilidade de demonstrar que não houve incumprimento causal de quaisquer obrigações de segurança, sendo o acidente devido a comportamentos do condutor, de terceiro ou, quiçá, imputáveis ao mero infortúnio.

6. No caso concreto, quando circulava na auto-estrada concessionada à R. CC, o condutor de um veículo ligeiro, pai da A., onde a A. seguia como ocupante, foi surpreendido pela presença de um pato na faixa de rodagem. Tendo sido alegado que se tratava de um “*pato bravo, vivo e ferido*”, as instâncias apenas apuram tratar-se de um “*pato vivo*”, facto que se encontra definitivamente fixado, depois de ter sido rejeitada pela Relação a impugnação deduzida a seu respeito.

Perante esse animal, o condutor efectuou uma manobra de desvio para evitar o embate, mas perdeu o controlo do veículo, o qual, depois de guinar para a sua direita, virou para a esquerda e, de seguida, atravessou o fosso situado entre as duas faixas de rodagem (já que não havia *rails* metálicos de separação), indo embater noutro veículo que vinha em sentido inverso.

Atenta a matéria de facto apurada, é de considerar definitivamente afastada qualquer responsabilidade culposa do *condutor*, uma vez que nenhuma circunstância permite concluir que quer a velocidade que imprimia ao veículo (entre 100 e 120 km/h), quer o modo de condução tivessem alguma conexão com o acidente.

Mas, para se livrarem da responsabilidade que lhes é assacada, imputando-a à Seguradora DD, a título de responsabilidade objectiva transferida pelo condutor do veículo, as RR. pretendem que se considere elidida a presunção de incumprimento de regras de segurança, considerando, por um lado, a

natureza do animal e, por outro, o facto de terem sido cumpridas todas as obrigações de segurança, ocorrendo o incidente por razões que não podem ser imputadas à concessionária.

7. A tese das recorrentes que assenta, além do mais, nas dificuldades de evitar, em absoluto, a entrada de animais na faixa de rodagem (mais a mais quando tratandose de aves) não é irrazoável. Todavia, nem os argumentos invocados, nem os factos concretamente apurados atingem o ponto necessário para que se considere elidida a referida presunção. Mais fortes e dotados ainda de maior razoabilidade são os argumentos de ordem legal e racional que podem ser arrolados em sentido contrário.

Argumentos que, afinal, independentemente do quadro dramático específico em que toda a família da A. se viu envolvida, podem ser transpostos para outras situações semelhantes e que, em resumo, se apresentam sob a forma de despistes ou de embates ocorridos em auto-estradas causalmente ligados à existência na faixa de rodagem de elementos estranhos, tais como pedras, outros objectos ou substâncias ou, de modo mais frequente, animais.

Não é irrelevante a actuação dos condutores dos veículos que optam por circular em vias submetidas a especiais condições de segurança, como as auto-estradas, devendo tomar em atenção todas as circunstâncias relevantes para uma condução segura.

Porém, no caso concreto, tratava-se de uma via que, de acordo com o art. 1º, al. c), do Cód. da Est., é destinada “*ao trânsito rápido, com separação física das faixas de rodagem, sem cruzamentos de nível nem acessos a propriedades marginais, com acessos condicionados e sinalizada como tal*”. Encontrando-se inscrita no “*plano rodoviário*

nacional” previsto no Dec. Lei nº 222/98, de 17-7, por via do contrato de concessão celebrado entre o Estado Português e a CC, esta estava obrigada a assegurar permanentemente a sua manutenção em boas condições de segurança e de comodidade.

Por isso, sem embargo daquele dever de cuidado que incide sobre os condutores de veículos, importa não olvidar também que à permissão genérica de, em tais rodovias, se poder conduzir, em regra, até à velocidade máxima de 120 km/h subjaz o cumprimento da obrigação de assegurar a manutenção das *condições de segurança* estruturais e operacionais que permitam a condução segura à velocidade consentida, integrando o sinalagma do pagamento de uma taxa de portagem.[5]

Essa obrigação surge com mais precisão quando se analisa o contrato de concessão celebrado com a R. CC e que integra o *Anexo* ao Dec. Lei nº 294/07, de 24-10, no qual se prescreve especificamente que a concessionária deve “*estudar e implementar os mecanismos necessários para garantir a monitorização do tráfego, a detecção de acidentes e a consequente e sistemática informação de alerta do utente*” (Base XXXVI) e “*assegurar a assistência aos utentes ... nela se incluindo a vigilância das condições de circulação*” (Base XXXVII).[6]

Tais obrigações que, segundo **Sinde Monteiro** (RLJ, 131º, pág. 111), integram o “programa mínimo” de segurança, encontram justificação não apenas no vínculo contratual decorrente da concessão, mas ainda no facto de a circulação de veículos automóveis depender do pagamento de uma taxa de portagem e de naturalmente se garantirem aos utentes padrões de segurança mais elevados do que aqueles que são expectáveis noutras vias.

8. Mesmo sem aquela previsão explícita, recairia sobre a R. CC o dever de satisfazer as *condições de segurança*, de celeridade e de fluidez do tráfego ajustadas a tais vias.[7]

São os concessionários que dispõem de maior facilidade de identificação dos perigos ou de apuramento das circunstâncias que rodeiam acidentes devidos a obstáculos existentes na via, tarefa que naturalmente é dificultada ou praticamente impossibilitada aos utentes ou a terceiros.

Como gestora dos meios humanos e materiais necessários ao desempenho das múltiplas tarefas decorrentes do contrato de concessão, pertencida à CC o controlo ou domínio da situação, designadamente no que respeita à verificação da frequência e identificação ou localização dos perigos para a circulação segura de veículos por parte dos respectivos utentes.

Enfim, sendo comum na doutrina e jurisprudência além-fronteiras (*v.g.* francesa ou espanhola) a problemática da exploração de auto-estradas em regime de concessão, também fora de portas se fazem frequentes alusões à existência de uma *reforçada obrigação de meios* em razão da velocidade permitida e das expectativas dos utentes, com implicações, designadamente, na prova mais consistente da verificação das condições de segurança ou de uma efectiva vigilância relativamente a eventos susceptíveis de causar perigo à circulação rodoviária, nomeadamente através da prova da periodicidade dos circuitos efectuados pelas equipas de assistência aos utentes.

9. Para contrariar um determinado nível de exigência no cumprimento das obrigações de segurança que previnam os incidentes ou os atenuem não é legítimo argumentar com a *impossibilidade* de o concessionário prever todos e quaisquer incidentes ou de a todo o momento e em

toda a extensão da via detectar e sanar de imediato quaisquer fontes geradoras de perigo para os utentes que nela circulam.

Basta o confronto com as regras da experiência para se revelar a impossibilidade de manter as vias concessionadas vedadas em absoluto à entrada ou permanência de animais, especialmente daqueles que, pelas suas características, com mais facilidade podem ultrapassar as barreiras físicas colocadas.

Em situações como esta não deve exigir-se um nível de diligência entre o possível e o infinito, bastando-nos que com os pés bem assentes na realidade e dentro da atmosfera do que é possível, nos centremos nos comportamentos preventivos ou reparadores situados na faixa delimitada por aquilo que, de acordo com as circunstâncias, seja razoavelmente exigível.

Para o efeito, pode mostrar-se relevante a demonstração de um esforço que exteriorize, designadamente, os meios humanos e técnicos postos ao serviço das referidas obrigações de segurança, o modo como foram concretamente aplicados, a previsibilidade dos fenómenos causadores de risco para a circulação, as cautelas adoptadas tendo em conta a maior ou menor previsibilidade ou os alertas que tenham sido dados.

Como refere **Rui Ataíde**, *ob cit.*, pág. 187, reportando-se designadamente aos casos de *animais nas auto-estradas*, “a conduta razoável e exigível consiste na observância de um adequado, rápido e eficaz sistema de detecção e remoção de tais incidências e respectivas consequências, uma vez que nenhuma estrada pode ser mantida em condições de total imunidade contra esse tipo de riscos para a circulação”.

10. O veículo ...-QN seguia a uma velocidade entre 100 e 120 km/h, num

local que era uma recta em bom estado de conservação. Ao aproximar-se do Km 140,05, o seu condutor foi surpreendido por um “*pato vivo*” que se encontrava na sub-faixa de rodagem esquerda. Com o propósito de evitar o acidente, desviou-se para a direita. Tendo, depois, perdido o controlo do veículo, entrou em despiste e transpôs a vala central, após o que embateu noutro veículo que circulava em sentido oposto.

A CC não detectou, nem removeu o animal a tempo de evitar o incidente inicial. Em concreto, o pessoal da assistência aos utentes da auto-estrada que faz (ou devia fazer) a patrulha nada de anormal detectou, nem foi avisada de que na auto-estrada estivesse pato algum. Também os agentes da GNR-BT nada de anormal detectaram antes da ocorrência do acidente dos autos.

Acresce que no local do acidente não existiam *rails* de separação centrais que separassem o sentido Norte/Sul do sentido Sul/Norte da referida auto-estrada, os quais apenas foram colocados após existirem vários acidentes. A inexistência de *rails* de separação junto ao valado foi causa do embate entre o ...-QN e o ...-KE.

Existiam vedações na AE-2 e as mesmas encontravam-se em perfeito estado de conservação e manutenção.

11. Com o que emerge da *matéria de facto* apurada a respeito do desempenho da R. CC, apenas é legítimo afirmar (ainda assim, sem a menor localização temporal e sem referência específica ao troço da auto-estrada e mais ainda ao local onde ocorreu o evento), a existência de *diligências de pendor genérico*, quando se impunha que fosse feito um esforço de alegação e de prova relativamente ao troço em que ocorreu o acidente e conexo com as circunstâncias determinantes do acidente.

Por isso, contra o *onus da prova* que impedia sobre a R. CC, não é legítimo asseverar que tivessem sido esgotadas as possibilidades que razoavelmente estavam ao seu alcance no sentido de evitar, senão a entrada do animal na faixa de rodagem, ao menos a sua oportuna detecção e a consequente remoção ou a sinalização do perigo, por forma a evitar que constituísse um factor perturbador da circulação, fluente, desimpedida e segura que qualquer auto-estrada deve permitir a qualquer utente em condições de normalidade.[8]

Por outro lado, ainda que a R. CC não tenha detectado, nem tenha sido informada da existência do pato, não é possível afirmar que o animal não pudesse ser detectado enquanto permaneceu na faixa de rodagem, agindo a concessionária com uma *diligência acrescida* susceptível de evitar o embate com veículos que, no caso, no sentido Sul-Norte, circulavam pela Auto-estrada A-2 (no dia 9 de Agosto de 2003, um Sábado, em plena época estival).

É, aliás, sobre a concessionária que, em geral, recai o ónus de tomar as medidas preventivas ou sucessivas que se justificarem, tendo em conta designadamente os dados da experiência que só ela, que não os utentes, detém sobre os fenómenos capazes de constituir fontes de perigo para os condutores.

No desempenho da sua actividade, deve a concessionária zelar pelas *condições de segurança*, quer com diligências cautelares, quer adoptando condutas pró-activas em prol dos interesses dos utentes, contra riscos anormais com que, sem culpa, estes se possam confrontar.[9]

Como refere **Rui Ataíde**, ob cit., pág. 167, reportando-se especificamente à *presença de animais* na auto-estrada, “não são os utentes a ter de adivinhar os

locais onde esse perigo é mais plausível, mas as concessionárias a identificá-lo de forma visível, assinalando-os mediante a indispensável sinalização, o que investirá o utente na adopção de cuidados redobrados. Fora disso, compete-lhes apenas e tão-só cumprir as comuns regras de trânsito, designadamente as que fixam as velocidades máximas”. E mais adiante conclui que “o cerne da conduta exigível aos concessionários reside em determinar se os sistemas de segurança adoptados são adequados, primeiro, à prevenção de tais sucessos e, segundo, quando tal não for possível, à diligente remoção das respectivas consequências, de modo a reconstituir as normais condições de circulação”.

Ora, apesar disso, a R. CC não trouxe ao processo elementos palpáveis, quer referentes aos mecanismos que estavam em acção na ocasião em que ocorreu o acidente (meios alocados, horário ou frequência de passagem na zona, incidentes registados, etc.), quer os dados estatísticos relacionados com ocorrências semelhantes na auto-estrada concessionada, a fim de se ponderar o grau de previsibilidade para os utentes, por um lado, e para a concessionária, por outro e daí extrapolar eventualmente para o grau de cuidado que seria exigível.

Se, como refere a CC, o pato que esteve na origem do acidente era um animal bravo (conclusão que a matéria de facto apurada não esclarece totalmente) e se a zona em que ocorreu é daquelas em que tais aves podem interferir com a circulação de veículos, impunha-se que tais afirmações tivessem sido demonstradas com elementos concretos para eventualmente se aferir se, porventura, a concreta ocorrência poderia ter sido evitado com medidas suplementares, designadamente com a sinalização adequada, por forma a prevenir os utentes do referido perigo.

Afinal, os utentes não têm o domínio da actividade exercida pela concessionária e apenas esta tem a disponibilidade de mobilização dos meios humanos e materiais destinados a prevenir a ocorrência de acidentes imputáveis à entrada de animais na faixa de rodagem.

Por conseguinte, em face da factualidade apurada, não pode considerar-se elidida a *presunção de culpa* relacionada com a existência do animal num local onde, por razões de segurança, não poderia encontrar-se.

12. Não se ignoram as *dificuldades* inerentes à boa execução de uma tal tarefa por parte da concessionária. Com as considerações anteriores também não se pretende elevar a exigência a um tal patamar que torne inexecutável o cumprimento das suas obrigações ou que implique a perda da rentabilidade da exploração.

No entanto, a mera constatação da impossibilidade de se garantir a infalibilidade de um sistema apto a evitar a entrada, detectar a existência ou determinar a retirada de animais ou de outros objectos da faixa de rodagem que, pelas suas dimensões, possam constituir efectiva fonte de perigo, não pode redundar no abrandamento do grau de diligência a um ponto em que a liberação da responsabilidade da concessionária acabe por penalizar os condutores ou terceiros que, sem qualquer responsabilidade e fiados na existência de condições de segurança, sofram danos.

Atenta a natureza da via concessionada, o elevado grau de sofisticação da actividade e a experiência acumulada pela concessionária, a apreciação do cumprimento do dever de diligência, segundo o padrão do “*bom pai de família*”, a que alude o art. 487º, nº 2, do CC, deve guindar-nos a um plano de elevada exigência, tendo em conta, além do

mais, que a mesma exerce uma actividade lucrativa, devendo, por isso, mobilizar meios humanos, materiais e financeiros ajustados a evitar incidentes semelhantes.

Por isso, apenas poderia considerar-se elidida a presunção de incumprimento em face de um conjunto de factos que revelassem uma *acrescida preocupação* pela vigilância daquele troço da auto-estrada.

13. O facto de a Lei nº 24/07 enunciar a consagração de uma presunção de culpa do concessionário para casos de “*atravessamento de animais*” não determina a exclusão de situações em que animais que, como o pato em causa, se encontrem na faixa de rodagem. Para além de esta situação estática não excluir a anterior dinâmica de entrada, atravessamento ou circulação, o importante para uma interpretação racional é que se considere preenchida uma *situação de perigo* que a concessionária deva prevenir ou remediar.

Como qualquer outro animal de dimensões significativas, também o pato em causa constituía um *factor perturbador* da condução, não sendo de esperar que todo e qualquer condutor tivesse, perante tal obstáculo, os reflexos ou a capacidade necessária para dominar um veículo cuja linha de marcha foi perturbada por uma ocorrência inesperada.

Com efeito, a culpa presumida que recaí sobre a concessionária não se reconduz apenas ao facto de os animais entrarem na faixa de rodagem, envolvendo também o facto de aí permanecerem, continuarem ou transitarem (atravessamento ou outra qualquer actuação), desde que em si mesmo constitua uma fonte de perigo para a circulação.

Nesta ordem de ideias, um pato (vivo) é seguramente uma *fonte de perigo*, tal como o serão as pedras, as peças de automóvel ou

quaisquer objectos que, pelas suas dimensões ou características, conflituem com uma condução segura, potenciando reacções, como a do concreto condutor, no sentido de evitar o embate.

14. O juízo anterior não é influenciado pela asserção feita na sentença de 1.ª instância segundo a qual a CC incumpriu a obrigação de separar ambas as faixas de rodagem com *rails metálicos*, uma vez que tal estrutura não era legalmente obrigatória.

A este respeito, prevê o art. 5º do Dec. Lei nº 222/98, de 17-1, que a rede nacional de auto-estradas deve garantir faixas de rodagem em ambos os sentidos “*separadas uma da outra por uma zona central não destinada ao tráfego ou, excepcionalmente, por outros dispositivos*”, não havendo obstáculo legal a que a separação seja feita, como era o caso, por uma zona não transitável, de forma côncava.

Também essa obrigação não estava contratualmente prevista, como se observa pela análise da Base XXII, nº 4, do Contrato de Concessão anexo ao Dec. Lei nº 294/07, de 24-10 (Base XXII, nº 4), onde se prescrevem as características que as auto-estradas deveriam apresentar.

Sem embargo, uma tal opção técnica potenciava *maior de perigo* de, em casos de despiste, ocorrer a colisão com outros veículos que circulassem na faixa de rodagem contrária (situação que entretanto foi sanada com a introdução de separadores metálicos), justificando, assim, um esforço acrescido relativamente à manutenção de todas as condições de segurança conexas com esse concreto perigo de despiste.

15. Invocou ainda a CC a inviabilidade de se invocar a presunção de culpa resultante da Lei nº 24/07 (com eficácia interpretativa), uma vez que as *entidades policiais* não

assinalaram como causa do acidente a existência de algum animal.

Trata-se de argumento que não procede, por dois motivos.

Por um lado, porque não consta do leque de factos provados ou não provados qualquer referência a esse aspecto. Por outro, ainda que se note, pela participação de sinistro, que nenhuma referência nela é feita a esse evento, a mesma foi lavrada antes da referida Lei ter sido publicada, não sendo legítimo extrair consequências de uma omissão que, além de nem sequer ser imputável a A. (cujos pais, diga-se, faleceram de imediato), não constava de qualquer diploma legal. Acresce que da aludida falta de menção a lei não extrai qualquer consequência, nada obstando a que a prova dos factos pertinentes seja feita pelas vias normais.

Por conseguinte, há que confirmar o juízo das instâncias quanto à imputação da responsabilidade à R. CC e, por inerência do seguro de responsabilidade civil referente à actividade da concessionária, à R. EE.

16. As instâncias fixaram as seguintes indemnizações:

Por danos morais, relativamente à morte de cada pai, foi atribuída a compensação de € 70.000,00. Relativamente à morte da irmã de poucos meses de idade, a quantia de € 74.000,00.

Por seu lado, quanto aos danos morais próprios, pela morte simultânea dos três familiares, tendo a A. 2 anos de idade, foi arbitrada a quantia de € 75.000,00.

Não foram postos em causa os valores arbitrados pelos demais danos (danos morais das próprias vítimas, despesas de funeral, danos patrimoniais futuros), sendo questionados na motivação das alegações da R. EE apenas os valores correspondentes ao dano-morte (propondo € 50.000,00

relativamente a cada pai e € 30.000,00 em relação à irmã) e aos danos morais próprios (propondo € 25.000,00).

Porém, ainda que no *Capítulo III* das suas alegações de recurso a R. EE tenha argumentado no sentido de serem reduzidos os montantes indemnizatórios, essa matéria não foi isolada, como *questão autónoma*, em qualquer das conclusões, sendo estas que delimitam o objecto do recurso, nos termos do art. 684º do CPC.

De todo o modo, a argumentação aduzida também não procederia.

Embora estejamos confrontados com valores que isoladamente considerados excedem aqueles que vêm sendo normalmente atribuídos por este Supremo Tribunal, no caso concreto ganha especial relevo o quadro circunstancial que envolveu o acidente: morte simultânea de ambos os pais e da única irmã da A., sendo esta uma criança de tenra idade, a qual por isso, ficou numa situação de orfandade absoluta, ficando naturalmente sem os benefícios que uma vida no núcleo familiar biológico lhe poderia proporcionar.

Se, como nas demais situações, é sempre difícil a tarefa de encontrar um valor compensatório adequado, no caso julga-se particularmente justificado o referido desvio.

Posto que não seja aplicável ao caso, na medida em que a Seguradora R. não intervém ao abrigo de contrato de seguro de responsabilidade civil automóvel, mostra-se particularmente pertinente o confronto com os valores que, para tais circunstâncias, resultam da Portaria nº 679/09, de 25-6, onde, em fase de regularização consensual de sinistros do ramo automóvel, se prescreve uma majoração de 150% relativamente à indemnização pelo direito à vida em casos de falecimento de ambos os pais, quando o filho tenha menos de 18 anos.

No caso concreto, mostra-se ainda relevante constatar que o acidente ocorreu há cerca de 10 anos, sendo que os valores que agora são confirmados se reportam à presente data.

IV – Face ao exposto, acorda-se em julgar improcedente a revista, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas da revista a cargo das recorrentes. Notifique.

Lisboa, 14-3-13

Abrantes Gerales
Bettencourt de Faria
Pereira da Silva

[1] Tal como a própria A. desenhou a acção, nos seus aspectos fundamentais, a efectividade da sua pretensão indemnizatória estará sempre garantida: ou pela Seguradora EE, em regime de solidariedade com a CC; ou, subsidiariamente, pela Seguradora DD com quem o condutor do veículo celebrou contrato de seguro de responsabilidade civil automóvel, respondendo quer pelo comportamento culposo do condutor, quer pelo risco. Afinal, duas Seguradoras que, como reconhece a R. Fidelidade Mundial nas suas alegações, integram o mesmo Grupo Económico: *Caixa Seguros*.

[2] Cfr., entre outros, **Sinde Monteiro**, RLJ, ano 132º, págs. 31 e segs., e 133º, págs. 37 e segs., **Menezes Cordeiro**, ROA, ano 65º, págs. 134 e segs., **Urbano Dias**, *Da Responsabilidade civil das concessionárias de auto-estradas em acidentes de viação*, na Revista do CEJ, nº 6, págs. 21 e segs., ou **Rui Ataíde**, *Acidente em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, págs. 157 e segs.

[3] A síntese destas posições pode encontrar-se no citado trabalho de **Rui Ataíde**.

[4] A doutrina apresenta muitos outros exemplos:

Américo Marcelino, em *Acidentes de Viação*, 11a. ed., pág. 152, reporta-se aos animais em geral, sem exclusão de “aves”.

Carneiro da Frada, em *Responsabilidade por acidentes em auto-estradas*, na ROA, 65º, tomo II, pág. 432, é mais imaginativo e alude ao perigo emergente da entrada em auto-estradas, apesar da existência de rede lateral de vedação, de “*gatos, texugos, javalis, genetas, saca-rabos, lebres, porventura até raposas (ou, naturalmente, corços, lince ou lobos ...)*”.

Relativamente a outros obstáculos ou fonte geradoras de perigo para a circulação, **Armando Triunfante**, em *Responsabilidade civil das concessionárias das auto-estradas*, em *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo I, pág. 97, alude a manchas de óleo, areia ou substância gordurosa e viscosas ou ainda a lençóis de água, para concluir que, em geral, a concessionária será responsável pelos danos causalmente imputados por “não estarem asseguradas as desejáveis e indispensáveis condições de circulação”, de modo que, sendo frustrada a confiança que o utente depositou, caberá à concessionária “arcar com as responsabilidades” (pág. 100).

[5] Trata-se de obrigação que expressamente resulta da Base XXII, nº 1, do Contrato de Concessão, anexo ao Dec. Lei nº 294/07, de 24-10, onde se prescreve que na construção da auto-estrada deveria ter-se por referência a *velocidade base* de 120 a 140 km/h.

[6] Ainda que não tenha sido detectada no contrato de concessão celebrado com a R. CC ou nas suas posteriores modificações, ganhou foros de uma espécie de “*cláusula geral*” a que se encontra em diversos contratos de concessão de auto-estradas (SCUT) (*v.g.* contratos aprovados pelo Dec. Lei nº 335-

A/99, de 28-9 (Base XLIX, nº 2), Dec. Lei nº 142-A/01, de 20-4 (Base LI, nº 2), Dec. Lei nº 87-A/00, de 13-5 (Base LI, nº 2) ou Dec. Lei nº 323-G/00, de 19-12), e que tem o seguinte teor:

“A concessionária está sujeita ao pagamento de multas por níveis de sinistralidade elevados que sejam da sua responsabilidade, nomeadamente por erros de concepção, construção ou manutenção”, prescrevendo-se um regime de “atribuição de prémios à implementação pela Concessionária de medidas tendentes à redução dos níveis de sinistralidade ... não se incluindo nestas as correcções que resultem de erros de concepção, construção ou manutenção ...”.

Também se detectam cláusulas com o seguinte teor:

– *“A Concessionária é obrigada a assegurar assistência aos utentes da Auto-Estrada, nela se incluindo a vigilância das condições de circulação, nomeadamente no que respeita à sua fiscalização e à prevenção de acidentes”.*

[7] Deveres estes que **Sinde Monteiro** já justificava ao abrigo do art. 493º, nº 1, do CC, considerando a auto-estrada como imóvel submetido a *dever de vigilância* da concessionária (RLJ 131º, págs. 41 e segs.). No mesmo sentido cfr. o Ac. do STJ, de 1-10-09 (*www.dgsi.pt*).

[8] Ao nível do STJ, a respeito de incidentes com intervenção de animais, vem-se afirmando uma tese segundo a qual apenas deve considerar-se afastada a responsabilidade da concessionária quando se demonstrar que a intromissão do animal não lhe é de todo imputável, sendo atribuível a outrem, e quando se estabelecer positivamente, ainda que em termos de probabilidade, qual o evento alheio à sua esfera de actuação que ocasionou a falha de segurança objectiva (cfr. o Ac. do STJ, de 9-9-08, *www.dgsi.pt*, e o Ac. do STJ sobre que incidiu o Ac. do Trib. Const. nº 596/09, já citado).

[9] Pela consulta através de *www.CC.pt*, no sector da *“gestão activa de tráfego”*, informa a R. CC que, *“ao nível de patrulhamentos efectuados pela CC Assistência Rodoviárias, o CCO (Centro de Coordenação Operacional) promove a respectiva fiscalização ... de modo a maximizar o nível, qualidade e tipo de serviços prestados, através da minimização do tempo de resposta”* Refere ainda que *“o facto de o CCO possuir uma base de dados de todas as incidências que ocorrem na rede, permite a análise e o tratamento estatístico dos dados relevantes para a operação, permitindo a construção de indicadores de gestão, bem como a possibilidade de melhoria contínua do sistema”.*

A ARGUMENTAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL

ALEXANDRE CHINI

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

MARCELO MORAES CAETANO

Professor de Língua Portuguesa da UERJ e do IBMR/Laureate International Universities

Introdução

Este artigo parte da sinopse ou resenha crítica do texto “Argumentação”¹, a que acrescentamos, entretanto, criteriosa gama de textos atinentes ao mesmo tema, colacionados de bibliografias outras de semelhante escol. Usamo-lo, preponderantemente, no que tange à exemplar divisão didática empreendida por Chaïm Perelman no texto citado.

O filósofo, que pesquisa profundamente a chamada “Nova Retórica”, baseada sobretudo nos livros *Ética, Política, Poética e Retórica*, de Aristóteles, cria um profícuo guia, pedagogicamente dividido, das principais forças que atuam na faculdade humana de convencer e/ou persuadir². Usamos o texto citado, pois, sobretudo no que diz respeito à estrutura didática da questão da argumentação e da lógica³, o que se dará, adiante, em subtítulos sempre que possível fidedignos à obra original, como homenagem à divisão escoreita que Perelman empreendeu.

Como parte de estudo de caso mais concreto ou empírico, aduzimos análise sobre o específico da argumentação no decurso do processo penal, e os meios de que o magistrado pode lançar mão para o seu deslinde (parte 3.1, *infra*).

Asseveramos, munidos por pesquisas a que nos lançamos, que a teoria da argumentação se desenvolveu na retórica antiga, que engloba a Antiguidade Clássica Greco-Romana e a Idade Média, e obteve revigorado alcance no Renascimento e, posteriormente, no Iluminismo, ganhando ainda mais fôlego nas filosofias dos séculos XX e XXI, “cujos efeitos se revelam especialmente relevantes na renovação do estudo do raciocínio jurídico e filosófico” (PERELMAN, 1987, p. 264). Desse modo, um capítulo que se ocupe dos meandros da técnica argumentativa precisa apresentar distinções e pressupostos, oriundos, há longa data, de preeminentes pensadores de variados campos do saber humano, com que o leitor discirna postulados básicos para a detecção de mentiras e/ou falácias.

Dada a constatação da vasta existência histórica e antropológica do assunto, portanto, perquirimos, para além da obra de Perelman, que nos serviu, antes do mais, como guia, outras referências bibliográficas, como, em tempo, ficou dito: contribuímos com exemplos retirados de outros textos, inclusive legislativos ou doutrinários. Isto, a fim de indicarmos, de modo sinóptico e sucinto, a importantíssima tarefa de persuadir e convencer, com uso de argumentos válidos, retórica adequada a situações e contextos diversos (sobretudo o jurídico), noções preliminares de oratória e de organização do raciocínio, diferença entre o pensamento lógico e o pensamento analítico, ou entre a lógica e a argumentação, a verdade e a verossimilhança, o que pode ser demonstrado e o que deve ser construído sobre convicção e persuasão, os fatos e as interpretações, o quantitativo e o qualitativo no raciocínio, a detecção do conjunto mais frequente de falácias a que se pretende (com intenção ou sem ela) submeter o interlocutor e, finalmente, como esses vetores devem ser calculados e articulados de modo a atingir o receptor de forma eficaz.

Preocupamo-nos, outrossim, com a exposição dos principais métodos de chegar-se à conclusão de uma ideia, procurando-se levar o receptor à aceitação da sua verossimilhança: o método indutivo e o dedutivo. Além deles, esboçamos questões sobre a dialética e a controvérsia, bem como conceitos relativos à contradição e, por fim, à possibilidade de aplicação desses princípios todos à interpretação e produção de textos (orais e escritos).

Na verdade, há poucos livros editados sobre tão importante tema. Mesmo fora do Brasil, no ambiente universitário e acadêmico, em que a necessidade de desenvolvimento crítico, tanto lógico como retórico, é condição *sine qua non* para o desenvolvimento intelectual do nascituro cientista, a produção bibliográfica sobre o assunto é pequena e, em geral, muito prolixa e voltada aos cursos de filosofia e lógica matemática. Não há a necessária profusão de obras que sejam a um só tempo didáticas, completas, objetivas, atualizadas e que, sobretudo, lancem mão de conceitos claros e organizados de modo a dissertar sobre o tema em todos os campos em que ele deve estar presente, como o discurso jurídico e, no fundo, como salientamos, o discurso crítico-universitário de uma forma geral.

Desse modo, pretendemos desdobrar as ideias de argumentação tendo como base, repita-se, este artigo lapidar de Perelman. Fizemo-lo por considerarmos que sua compreensão é de capital importância à interpretação de textos, sobretudo os jurídicos, como vimos, pois Perelman nos fornece bases de julgamento sobre eficácia e ineficácia de argumentos.

Na obra *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, de Piero Calamandrei (vide referências bibliográficas ao final deste artigo), por exemplo, mostra-se, de forma bastante ilustrativa, que o convencimento obtido por um magistrado não provém necessariamente da quantidade exaustiva de argumentos complexos e emaranhados, mas, em geral, exatamente do oposto disso: argumentos diretos, coerentes, conexos, irrefutáveis, que se coligam, inclusive, ao uso correto e expressivo, sem afetações, de nosso vasto vernáculo, a língua portuguesa.

Sobre esse quesito, cite-se a seguinte passagem:

O juiz, ao proferir a sentença, enuncia a sua convicção e procura convencer. Por isso, como lembra Pierre Mimin⁴, não enuncia senão proposições úteis, pertinentes, claramente ordenadas. Devem ser evitados a difusão, os pormenores, ociosos, a repetição de ideias, as reflexões pueris, as considerações distanciadas do debate. Enfim, no dizer do ilustre Presidente da Corte de Apelação de Angers, a sentença judiciária deve impor-se pela vigorosa concisão.

(...)

Há que lembrar que a linguagem das decisões judiciais está comprometida com a linguagem culta e representa determinado nível de cultura. Por isso, importa que o prolator da sentença escolha com cuidado as palavras e dê atenção à propriedade dos termos, respeite as regras de pontuação, evite os pleonismos e as palavras repetidas ou redundantes, e bem assim os solecismos ou vulgarismos, que não se coadunam com esse tipo de exposição escrita. Até mesmo ‘as grafias errôneas, às vezes irrelevantes em si mesmas, no dizer de J. Mattoso Câmara Jr., ganham vulto e importância, porque são tomadas como índice de cultura geral de quem escreve, mostrando nele, indiretamente, pouco manuseio de leituras e pouca sedimentação escolar’⁵ (ARRUDA, 1997, pp. 1-23).

Ainda sobre o uso da língua portuguesa e sua invariável necessidade na interlocução entre o juiz e as partes envolvidas no processo, citamos, para não haver prolongamento excessivo, o artigo 156 de Código de Processo Civil brasileiro, que assim se expressa:

Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.

Selecionamos alguns eminentes juristas de cuja doutrina se extrai o quanto queremos enfatizar com a lacônica e loquaz enunciação do artigo supracitado.

Humberto Theodoro Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Theotonio Negrão, entre outros, retrocedem à gênese do artigo do CPC ora perquirido:

Vernáculo. Em todos os atos processuais é obrigatório o uso do idioma nacional (língua portuguesa, art. 13, CRFB). Razões ligadas à soberania nacional e ao direito fundamental ao contraditório impõem essa solução (STF, Pleno, HC72.391-8/df, REL. Min. Celso de Mello, j. em 08.03.1995, p. 5.791). Assim, é vedada a citação de trechos de obras estrangeiras em peças processuais sem a respectiva tradução para o vernáculo (STJ, 1ª Turma, Resp 780.905/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. em 11.06.2007, DJ 22.06.2007). (MARINONI & MITIDIERO, 2011, p. 196)

A regra do art. 156 do CPC vincula-se ao disposto no art. 13 da Constituição, que adota a língua portuguesa como o idioma oficial do Brasil, motivo pelo qual nenhum documento redigido em língua estrangeira será juntado aos autos senão depois de vertido para o vernáculo (art. 157). Indicação Doutrinária: Moacyr Lobo da Costa, Agravo no Direito Lusitano, p. 24 – sobre a obrigatoriedade do uso do português em documentos públicos em Portugal. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 152)

Carreira Alvim, por seu turno, encarecendo a teleologia do âmbito da discussão forense, assim se manifesta:

Comentários – Sendo o processo o campo onde se desenvolve uma atividade pública, como é a função jurisdicional, nem precisaria o art. 156 impor a obrigatoriedade do uso do vernáculo na prática de atos processuais e na lavratura de termos processuais, porque este seria utilizado. (...) Se as partes não souberem falar o português, devem ser assistidas por intérprete nomeado pelo juiz (art. 151). (CARREIRA ALVIM, 2009, pp. 23-4)

Embora enfatize a tautologia do artigo em tela ao preconizar o uso da língua portuguesa no ato público que constitui o decurso de um processo judicial, Carreira Alvim reconhece, em nota de pé de página, que o alerta contém relevância ao afirmar:

O CPC-39 não continha o preceito do art. 156, ao contrário do direito português, cujo art. 139 estabelece que “nos atos judiciais usar-se-á a língua portuguesa” e do direito italiano, cujo art. 122 prescreve que “in tutto processo è prescritto l’uso della lingua italiana” (em todo processo é obrigatório o uso da língua italiana). FADEL, Sergio Sabione. Op. cit., p. 202 (CARREIRA ALVIM. Op. cit., p. 24)

Ainda sobre o ponto, vêm à discussão os autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

1. Uso do vernáculo. (...) Os atos e termos processuais devem ser considerados nulos ou inexistentes se tiverem sido grafados em língua diferente da nacional. Não se considera irregular, sob esse aspecto, o documento grafado em versos, em português. Pode ser considerado como descumprimento dessa regra a grafia de peça processual com excessivos erros gramaticais e estruturais que não permitam sua compreensão lógica. (NERY JUNIOR & NERY, 2010, p. 440)

Chegar a tal conjunto de argumentos válidos e eficazes, passando por essas e outras necessárias e imprescindíveis coalizões de pensamento e estrutura, fundo e forma, tendo como veículo o laborioso uso da língua portuguesa, como este artigo se propôs mostrar, é fruto de um conhecimento teórico nítido e de exercício contínuo na aplicação dessa teoria, bem como, evidentemente, no aprimoramento perene das qualidades gramaticais e expressivas de que dispõe nosso idioma nacional.

A argumentação, como ciência e filosofia, requer teoria e prática aliadas, num caráter sistemático e preciso. É essa a tese de todos os grandes mestres de retórica e expressão perfeita de pensamentos claros, sendo a mesma tese, portanto, por que todos os tratados de retórica, desde Aristóteles até os dias atuais, pugnam.

O artigo a seguir percorre, em suma, antes do mais, a mencionada obra de Perelman, no que tange à maneira como o autor soube, com eficácia, codividir os assuntos, acrescida de inúmeras ponderações que fizemos a ela, acrescentando-lhe conteúdo – teórico e empírico – com que procuramos aprofundar tão importante tema na inesgotável arte da convivência civilizada e assente no discernimento entre a verdade e a mentira, a verossimilhança e a incoerência.

1. Demonstração e argumentação

Deve-se estabelecer a distinção – negligenciada por alguns oradores – entre a argumentação e a lógica. Para a argumentação, poder-se-ia estabelecer o campo da retórica (que será explicitado abaixo), ao passo que à lógica está adstrito o campo da matemática, ou da lógica formal.

A lógica lida com demonstrações, deduções, proposições (imposições), verdades (axiomas), hipóteses, premissas maiores (isoladas de contexto: verdadeiras X falsas; refutáveis X irrefutáveis), objetividade, especificidade (ex. verdade científica, na *Retórica* de Aristóteles, cf. p. 237).

Por sua vez, a argumentação lida com fornecimento interpretações, argumentos, suposições, induções, adesões, verossimilhanças, teses, conjunto de premissas (situadas no contexto), subjetividade, generalidade (discursos não redutíveis a cálculo, cf. Aristóteles, id. ib.).

Enquanto o lógico ou o matemático raciocinam no interior de um sistema, do qual todos os elementos foram enumerados previamente, o orador não goza de uma situação tão privilegiada: a sua argumentação alimenta-se de um corpus a maior parte das vezes mal definido (PERELMAN, 1987, p. 246).

Sobre o caráter indutivo próprio da argumentação: “A argumentação (...) deve conduzir à formulação de uma lei, a partir de casos particulares ou pelo menos à probabilidade de repetição de casos de natureza idêntica” (PERELMAN, 1987, p. 258).

Para Aristóteles, na verdade, a formulação da ciência é sempre, de algum modo, calcada na indução, mesmo quando parte de dados universais para dados particulares (o chamado silogismo, ou método dedutivo):

Parece, ademais, que toda ciência se possa ensinar, e que se possa aprender tudo o que recai sob a ciência. Toda doutrina, pois, vem de cognições precedentes, como dantes nos Analíticos havíamos dito: ou por indução, ou por silogismo. A indução é ponto de partida e vai para o universal; o silogismo, ao invés, parte dos universais. Vale dizer, são princípios de que o silogismo deriva: eles, pois, derivam da indução. (ARISTÓTELES, 2010, p. 111)

Parece-nos, aqui, pertinente aduzir algumas explicações sobre os argumentos dedutivos, que são aqueles que, de forma mais direta, promovem o liame entre a lógica formal e a retórica.

Tais espécies de argumentos, que poderiam, sem prejuízo conceitual, ser nomeados simplesmente de “deduções” ou simplesmente “silogismo”, provêm, como se disse, da lógica matemática, e, até por isso, como em breve será explicitado, dispõem de fórmulas simbólicas e icônicas providas da própria ciência matemática a fim de serem demonstrados.

Abramos espaço para a voz de Anthony Weston:

Observe este argumento.

Se não existe o fator acaso no xadrez, então o xadrez é um jogo de pura habilidade.

Não existe o fato acaso no xadrez. Portanto, o xadrez é um jogo de pura habilidade.

Vamos supor, por um momento, que as premissas desse argumento sejam verdadeiras. Em outras palavras admitamos que seja verdade que, se não existe o fator acaso no xadrez, então o xadrez é um jogo de pura habilidade – e admitamos que não existe o fator acaso no xadrez. Podemos então concluir, com absoluta segurança, que o xadrez é um jogo de pura habilidade. Não há como admitir a veracidade dessas premissas e negar sua conclusão. (WESTON, 2009, p. 53)

Há muitas formas lógicas de se extrair conhecimento por meio do pensamento dedutivo. Como a retórica e a própria linguagem fincam suas origens sobre a aurora da lógica racional humana, não seria de surpreender que permaneça precisamente aí tanto o aparato cujo cerne leva o interlocutor à produção de conhecimento verossímil e verdadeiro, como, por outro lado, seu antípoda, isto é, um conjunto de premissas que, emaranhadas de modo aparentemente coerente, induzem o receptor a erro de juízo.

Ater-nos-emos, pois, dada a enorme quantidade de métodos de produção de conhecimento de que falamos, com sua consequente enormidade de incursões ao equívoco, também mencionada (as falácias ou sofismas), às duas principais metodologias de caráter lógico-matemático-retórico, e, em seguida, às duas principais falácias no discurso humano que, ironicamente, são acarretadas exatamente pelas mais lacônicas e cristalinas fórmulas de apreensão da verdade: o *modus ponens* e o *modus tollens*; e as falácias daí oriundas: a *afirmação do consequente* e a *negação do antecedente*.

1.1. Modus ponens

A expressão em latim significa “modo de afirmar”. É representada em lógica formal da seguinte maneira:

- 1) Se [proposição p], então [proposição q].
- 2) [Proposição p].
- 3) Portanto, [proposição q]

Ou, em outros termos mais objetivos:

- 1) Se p , então q .
- 2) p .
- 3) Portanto, q .

Na linguagem da lógica, p é chamado de antecedente, e q , de consequente. Ao inverter a organização formal (por isso a lógica se chama de lógica “formal”, ocorrerão as falácias que serão apontadas nos subitens 1.3.1 e 1.3.2, abaixo.

Exemplifiquemos com:

- 1) Se para ser considerado um planeta, basta a um corpo celeste que orbite regularmente uma estrela [p], então a Terra deve ser um planeta [q].

2) Para ser considerado um planeta, basta a um corpo celeste que orbite regularmente uma estrela [p].

3) Portanto, a terra *É* um planeta.

Não se pode aceitar concomitantemente 1) e 2) e negar 3). Isso constituiria ausência de lógica.

1.2. Modus tollens

Expressão que significa “modo de negar”. É derivada diretamente do modo de afirmar, diferindo daquele pelo fato de que se nega a hipótese levantada pela proposição [p]. Observe-se que, no modo de negar, o que não se consubstancia como verdadeira é a hipótese presumida por [p], que, no caso é [q]. Não é a [proposição p] que, *a priori*, é falsa, até pelo fato de que ela, como premissa maior, apenas aponta variáveis hipotéticas, no caso, a [proposição q]. A constatação de que a premissa maior [proposição p] será falsa decorre tão somente do fato (e como consequência) de a [proposição q], ela sim, ser falsa. Observe:

1) Se [proposição p], então [proposição q].

2) [Proposição q] é falsa.

3) Portanto, [proposição p] é falsa.

Ou, em outros termos mais objetivos:

1) Se p, então q.

2) q é falso.

3) Portanto, p é falso.

Anthony Weston se vale de conhecido raciocínio do personagem Sherlock Holmes, que chega à conclusão inequívoca usando o *modus tollens*:

Havia um cachorro nos estábulos, e, mesmo assim, embora alguém tenha estado lá e levado um cavalo, o animal não latiu. É evidente que o visitante era alguém que o cachorro conhecia bem...

O argumento de Holmes é um modus tollens:

1) Se não conhecesse bem o visitante [p], então o cachorro teria latido [q].

2) O cachorro não latiu [q].

3) Portanto, o cachorro conhecia bem o visitante [p]. (WESTON, op. cit. p. 53)

Observe que 3) nega [p] de 1), exatamente porque, em 1), havia a negação (“se não conhecesse”, que foi suprimido em 3), negando a veracidade da [proposição p] inicialmente aventada.

1.3. As duas falácias clássicas

Há um sem-número de falácias que podem ser perpetradas àquele a quem se pretende convencer ou persuadir. Cabe-nos, aqui, entretanto, averiguar as que são diretamente oriundas do mau uso do *modus ponens* e do *modus tollens*.

1.3.1. Afirmação do consequente

Falácia que consiste na inversão do pressuposto de que, no modo de afirmar, o que se extrai como verdade é o consequente [q], por afirmação do antecedente [p], e não vice-versa.

Ao se inverter essa regra formal, induz-se a equívoco o receptor do raciocínio falacioso.

A fórmula da falácia dedutiva da afirmação do consequente é a seguinte:

- 1) Se p , então q .
- 2) q .
- 3) Portanto, p .⁶

Exemplifiquemos:

- 1) Se uma pessoa comete algum crime [p], então ela é privada de alguns direitos [q].
- 2) Uma pessoa foi privada de alguns direitos [q].
- 3) Portanto, ela cometeu algum crime [p].

A falácia se encontra no fato de que o antecedente [p] não é a única condição para que o consequente [q] ocorra. Assim, admitir-se que uma consequência só pode ser fruto irresistível de uma única causa, quando na verdade não o é, constitui falácia.

1.3.2. Negação do antecedente

Esta falácia é a subversão do *modus tollens* e apresenta a seguinte estrutura:

- 1) Se p , então q .
- 2) p é falso.
- 3) Portanto, q é falso.⁷

Exemplifiquemos:

- 1) Se uma pessoa comete algum crime [p], então ela é privada de alguns direitos [q].
- 2) Uma pessoa não cometeu nenhum crime [p].
- 3) Portanto, ela não é privada de nenhum direito [q].

Assim como na afirmação do consequente, a negação do antecedente erra por supor que haja liame intrínseco entre uma única causa e uma única consequência, o que, se não constituir verdadeiro truísmo, há de configurar, ao contrário, equívoco facilmente destrutível.

2. O orador e seu auditório

Devemos reconhecer que o homem retórico é um *sujeito intencional*. Toda a sua força deve concentrar-se na almejada adesão do auditório ao seu conjunto de teses. A intensidade da intenção, e a probabilidade diretamente proporcional do sucesso, consubstanciado na adesão do maior número de circunstâncias, dá-se na exata medida em que o orador tenha muito claro, em sua mente, o conjunto de ideias pelo qual pretendia, desde o início, propugnar.

Se uma pessoa nutre um pensamento confuso sobre certo tema, certamente seus argumentos serão confusos, e a adesão do auditório será fraca ou até nula. Não se pode convencer um auditório de ideias de que o próprio emissor não possui conhecimento claro.

“De fato, auditório, tecnicamente, é o conjunto de todos aqueles que o orador *quer influenciar* mediante o seu discurso” (PERELMAN, 1987, p. 237, grifamos).

Para Aristóteles [Retórica I, 1385b, 2-7] há três gêneros oratórios de discurso: *deliberativo, judiciário, epidíctico*. No deliberativo, o orador busca causar impressões que almejam persuadir ou dissuadir o orador; no judiciário, procura-se acusar ou defender algo ou alguém; no epidíctico, demonstram-se questões, cujo fito ulterior é elogiar ou depreciar.

3. Retórica clássica e teoria da argumentação

Alguns filósofos, como Sócrates e Platão, acusavam a retórica de demagogia, na medida em que procurava agir, com o discurso, sobre as multidões na ágora. Com isso, os filósofos clássicos alegavam que se tratava de gênero que não levava em consideração o apreço à verdade.

No entanto, os mesmos filósofos admitiam a existência de uma “boa retórica”, que seria, por exemplo, “digna de um filósofo” a fim de demonstrar a verdade da razão e do pensamento.

De fato, Aristóteles, para lançar as bases de seus três livros da *Arte Retórica*, precisou cunhar o neologismo semântico de “verossimilhança”.

Com isso, quis o estagirita, subliminarmente, afirmar que o homem não possui, intrinsecamente, capacidade de julgar com precisão total a verdade (atributo que ele legava aos deuses), mas, por seu raciocínio elevado, pode chegar à “presença da verdade”, ou à “semelhança da verdade” (a verossimilhança), promovendo um julgamento embasado em convicção que une a sapiência (faculdade de agir com razão), a consciência (faculdade de agir com ética) e a sciência (faculdade de agir enaltecendo a beleza e refutando a fealdade).

Há uma divisão entre o discurso que procura *persuadir* e aquele que procura *convencer*.

Duas são as distinções apresentadas para cada uma dessas categorias:

Discurso convincente: Apela à razão, dirige-se a um auditório universal (*ad humanitatem*) (PERELMAN, 1987, p. 239).

Discurso persuasivo: Apela à emoção, às paixões, dirige-se a um auditório particular (indivíduo ou grupo restrito: *ad hominem/ad contionem*).

3.1. A argumentação no processo penal

A argumentação, por exemplo, no processo penal parte do princípio do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional⁸.

O princípio vem materializado em nossa legislação, no art. 157 do Código de Processo Penal, na medida em que diz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, bem como nos arts. 239 e 408 do mesmo diploma legal. Isso significa que esses indícios⁹ podem assumir a condição de prova, levando em consideração as circunstâncias conhecidas e provadas.

Assim, se o julgador se convencer da existência do crime, bem como da existência de indícios sérios, suficientes e concretos, impregnados de elementos positivos de credibilidade, relativos à autoria da infração penal, poderá, com base nesses elementos, proferir sua decisão¹⁰.

O elemento limitador é o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, que exige, sob pena de nulidade, que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário.

4. A petição de princípio e a adesão do auditório

“O conhecimento das teses e dos valores admitidos pelo auditório ao qual nos dirigimos é essencial porque é entre eles que o orador deverá procurar o ponto de partida do seu discurso” (PERELMAN, 1987, p. 239).

Se uma coisa é verdadeira, então ela é verdadeira.

Contudo, quando se trata de *adesão*, e não de *verdade*, pode haver petição de princípio.

Em *Caminhos do texto* (CAETANO, 2010), trata-se da petição de princípio (como nos demais livros de retórica) como uma falácia, isto é, um argumento com aparência de eficaz, mas que, na verdade, pode induzir o espectador ao erro.

Petição de princípio ou círculo vicioso

Vimos que o “porque” (explicativo ou causal) são formas de argumento válido.

No entanto, pode ser usado para dizer exatamente a mesma coisa que foi dita antes, numa atitude cínica.

Se eu digo por exemplo: “O brasileiro é estudioso porque estuda muito” – ora “ser estudioso” e “estudar muito” significam exatamente a mesma coisa, são perífrases.

Mas se eu digo “O brasileiro é estudioso porque sempre se destaca nas áreas tecnológicas” – eu dei uma informação nova, que sustentou a primeira declaração.

Há muitas frases que simplesmente “dão voltas e retornam ao mesmo ponto”, como, por exemplo:

“Ela é a mulher mais bonita do Brasil porque não há nenhuma outra com a sua beleza”

“O homem é um animal racional porque sabe usar a razão”

“A lua gira em torno da Terra porque é um satélite desta”

Na petição de princípio, como o próprio nome diz, pede-se um princípio, que não existe, fazendo a declaração girar viciosamente sobre si mesma. Falou-se algo, mas não se disse nada. (CAETANO, 2010, p. 97)

“Aqueles que se dirigem ao auditório universal não podem supor como admitidos senão fatos objetivos, verdades incontestáveis, valores universais, supostamente admitidos por todos os seres razoáveis e competentes” (PERELMAN, 1987, p. 240).

5. Os fatos, as verdades e as presunções

Mais uma vez, deve-se salientar a diferença entre a argumentação e a lógica. Na lógica, os critérios são intrínsecos, “independentemente do que poderia admitir-se a este respeito” (PERELMAN, 1987, p. 240).

Deve-se reforçar, pois, que a *ontologia* e a *epistemologia* (“o objetivo e o universalmente válido”, id. ib.) não são definidos pela argumentação.

Ao lado de fatos e de verdades, baseamo-nos, frequentemente, em presunções que, não sendo tão seguras, fornecem contudo uma base suficiente para sustentar uma convicção razoável. As presunções estão associadas habitualmente àquilo que normalmente se produz e sobre o que é razoável pressupor.

Se estas presunções, ligadas à experiência comum e ao senso comum, permitem orientarmo-nos na vida, podem, contudo, ser contraditadas pelos fatos, porque o inesperado não é de excluir.

Eis alguns exemplos de presunções: a qualidade de um ato manifesta a qualidade da pessoa, a presunção da credulidade natural, que faz com que o nosso primeiro movimento seja de acolher como verdadeiro aquilo que nos é dito (...). (PERELMAN, 1987, p. 241).

A presunção pressupõe que foi o *normal* que se produziu. Na medida em que *normal* carece de interpretação, esse conceito pode ser variável.

Presunções ordinárias: dispensam provas suplementares.

Presunções inquestionáveis: não admitem prova contrária (coisa julgada, prescrição). (Cf. Reale, 1993)

6. Os valores, as hierarquias e os lugares do preferível

Real (conhecido ou presumido) versus *preferível*

Preferível: valores, hierarquias, lugares do preferível (juízo de valor).

Valor: “Quando nos ocupamos com uma ruptura da indiferença ou da igualdade entre as coisas, sempre que uma de entre elas deve ser posta antes de uma outra ou por cima de uma outra, sempre que ela é julgada superior e merece ser-lhe preferida” (Lavelle, *apud* Perelman, 1987, p. 242).

Há valores universais admitidos pelo senso comum, como o verdadeiro, o bem, o belo. Só são objeto de acordo na medida em que permanecem indeterminados. Se se tenta dar uma precisão a eles, as divergências ocorrerão.

Há valores abstratos (justiça, verdade) e concretos (Itália, Igreja).

Hierarquia: Estabelece um gradiente entre os valores.

Hierarquia abstrata: A justiça é superior ao útil.

Hierarquia concreta: O homem é superior aos animais irracionais.

Hierarquia homogênea: Muita justiça é o ideal.

Hierarquia heterogênea: Deuses são superiores aos homens.

Lugares do preferível: São análogos às presunções. Podem ser lugares comuns (partícipes do senso comum) ou lugares específicos (partícipes de uma disciplina determinada).

Lugares da quantidade: “afirmam a superioridade daquilo que é proveitoso ao maior número, daquilo que é mais durável e daquilo que é útil nas situações mais variadas” (p. 243).

Lugares da qualidade: “dão como razão para preferir algo o fato de ele ser único ou raro, de ele ser insubstituível, fornecer uma ocasião que é urgente não deixar passar” (id. ib.).

Lugares de quantidade – espírito clássico.

Lugares de qualidade – espírito romântico.

“Sabe-se que certas diferenças quantitativas podem organizar uma diferença qualitativa: a um certo momento, a diferença de grau transforma-se em diferença de natureza” (p. 258).

Obs. Aristóteles, Kant e Grice (categorias, implicaturas) (cf. Caetano, 2010, p. 97; Kant, 2009; Levinson, 2007, p. 121)

7. Os acordos próprios de certos auditórios

Há acordos que podem ser de natureza ideológica ou profissional (o religioso, jurídico) ou que podem verificar-se pela adesão paulatina ao discurso, expressa ou tacitamente (diálogos socráticos).

8. Escolha, presença e apresentação

Como foi visto, a argumentação lida com teses, que, diferentemente do caso da verdade científica, podem conviver mesmo quando contraditadas ou contraditórias. “Inevitavelmente, a confrontação, o pluralismo agudizam o senso crítico” (p. 243).

A retórica pode ser a arte de persuadir ou técnica de expressão literária: o “recurso aos efeitos da linguagem e à sua capacidade de evocação” (p. 244) estabelece essa transição.

9. Dado e interpretação

Significado / significação

Intelecção / interpretação

Os fatos evocados pelo orador comportam, para além daquilo que é *dado*, a maneira de o interpretar e de o descrever.

Compreender-se-á por aquilo que é dado, do ponto de vista da argumentação, o que, até nova ordem, é unívoco e indiscutido; opor-se-lhe-á a interpretação, como escolha entre *significações* diferentes” (PERELMAN, 1987, pp. 244-5, grifamos).

Ícone X Índice

Trata-se de par oriundo dos estudos de semiótica ou semiologia, a ciência geral dos signos, objeto e meio de comunicação da espécie humana.

Ícone: remete a outra coisa, de forma objetiva, “independentemente de toda vontade de comunicação” (id. ib.). Não é arbitrário, mas motivado (ao menos parcialmente). Cf. Peirce (*apud* Caetano, 2012, p. 89)

Índice: é utilizado com vista a uma evocação (é mais arbitrário).

A má interpretação de um ícone é um *erro*. A incompreensão de um índice é um *mal-entendido*.

10. As técnicas argumentativas

O objetivo da argumentação é promover e intensificar a adesão do auditório a determinadas teses apresentadas pelo orador.

Aspecto positivo: Procura reforçar, reiterar a solidariedade entre teses promovidas e teses já admitidas pelo auditório – Argumentos de ligação. Podem ser 1) *Quase lógicos*, 2) *Fundados na estrutura do real*, 3) *Que permitem estruturar a realidade*.

Aspecto negativo: Procura abalar ou romper a solidariedade entre as teses promovidas e as teses já admitidas pelo auditório – *Argumentos de dissociação*.

11. Os argumentos quase lógicos

Os argumentos quase lógicos lembram os raciocínios formais, a despeito de a eles ligarem-se “todos os que se referem a probabilidades não calculáveis” (PERELMAN, 1987, p. 251). Entretanto, como são fundados na linguagem vulgar, são não constrangentes, isto é, são passíveis de controvérsias. “Todos os argumentos quase lógicos, na exata medida em que supõem uma redução ao formal, a passagem do qualitativo ao quantitativo, serão muitas vezes completados por outros argumentos sobre a estrutura do real” (PERELMAN, 1987, p. 251).

Na linguagem formal, invoca-se a univocidade dos signos. Quando isso não ocorre, haverá contradição.

Na argumentação, poderá haver “incompatibilidade entre uma regra afirmada ou uma atitude adaptada e uma tese anteriormente ou geralmente aceite, e à qual se é suposto aderir” (PERELMAN, 1987, p. 247).

Uma pessoa que goza de prestígio muito grande, de notoriedade, será capaz de ultrapassar certas pressuposições e firmar teses prestabelecidas (um dos tipos de argumento *ad baculum*). Pascal afirma (*apud* PERELMAN, 1987, p. 246): “Quando a palavra de Deus, que é verdadeira, é literalmente falsa, é verdadeira espiritualmente”.

Nesta parte, o autor chama a atenção para que o compromisso prévio com uma tese que se queira promover pode entrar em contraste com uma situação nova que torne necessário procurar outras vias. Nesse caso, há o risco de cair em contradição e no ridículo. Para Perelman, é possível se pôr frente a tal tipo de circunstância, mas é necessário que se tenha muito prestígio ou muita confiança em si mesmo para “ousar resistir a essa situação” (id. ib.).

Autofagia ou *retorsão*: para descredenciar uma tese, busca-se a incompatibilidade entre o ato do orador e o seu discurso. “O evidenciar incompatibilidade é a essência da ironia socrática, que visa ridicularizar o adversário e obrigá-lo assim a rever as suas opiniões” (p. 248). (Alerta: falácia do espantalho ou *ad hominem*. Cf. Caetano, 2010, p. 49)

Obs. *Identidade formal* (evidência ou convenção) – *Constringente X Identificação* – pode ser discutida, resulta de uma definição, de uma análise.

Regra de justiça: calca-se na identificação parcial. “Exige o tratamento igual de seres e situações assimiláveis umas às outras por possuírem os mesmos traços pertinentes, que justificam a sua integração numa mesma categoria” (p. 248). Pode assimilar dois seres num caso análogo para fundar o precedente (partir do específico para o genérico, como na jurisprudência) ou recusar o precedente por julgar-se que ele é contrário à equidade.

Obs. Fontes de direito: lei, doutrina, jurisprudência e costumes. (Cf. Reale, 1993)

Argumento de reciprocidade: Aplicação da regra da justiça, assimilando-se seres porque constituem antecedente e conseqüente: “Aquilo que não é vergonhoso vender não é vergonhoso comprar” [Aristóteles, Retórica II, 1397a] (*apud* Perelman, 1987, p. 249).

Regra de ouro: Aplicação da regra da justiça a situações simétricas: “Não faças aos outros o que não queres que façam a ti”.

Obs. Transitividade: propriedade formal que, por analogia, pode aplicar-se, em alguns casos, à argumentação: Se A é maior que B, e B é maior que C, então A é maior que C. “Os amigos dos meus amigos são meus amigos”. “Aquilo que vale para o todo vale para as partes”. Argumentos *a fortiori*.

Argumento por divisão: Deve-se proceder à enumeração exaustiva (ontológica/empírica) das partes, embora possa escolher-se uma ou outra de acordo com o objetivo da tese.

Argumentação por espécies: Lida-se com divisões sobre as quais se está de acordo que preexistem à argumentação (epistemológica/teórico-reflexiva).

Obs. “A divisão em espécies serve de base aos raciocínios *a pari e contrario*, nos quais é assimilada ou é oposta uma espécie a uma outra” (p. 250). Trata-se de uma argumentação por contraste, tipicamente usada, por exemplo, por Ferdinand de Saussure, para construir seu sistema de dicotomias estruturalistas em sua célebre obra de 1916 (o *Curso de linguística geral*), que serviu como ciência-piloto à metodologia científica daí em diante.

Argumentação pelo sacrifício: Trata-se de uma defesa de tese em que a adesão virá por comparação. No entanto, “muitas vezes a comparação resulta de um sacrifício” (p. 251). Esta argumentação, ademais, “julga as coisas pelo preço que os homens lhes conferem. O seu número pode suprir a falta de prestígio individual: é a significação da lenda das onze mil virgens mártires acompanhando Santa Úrsula” (p. 251).

12. Argumentos fundados sobre a estrutura do real

Trata-se do conjunto de argumentos que observa e/ou pressupõe o real admitido e preexistente e, sobre ele, estabelece relações verossímeis de coordenação ou de subordinação. (O texto nomeia como “ligações de coexistência”, dividindo-as em “sucessão”, “causa e efeito”, “pessoas e atos”, “essências e suas manifestações”).

Questionamento – Alerta sobre falácia:

“Desde o momento em que os elementos do real estejam associados uns aos outros numa ligação admitida, qualquer que ela seja, é possível fundar sobre ela uma argumentação *que permita passar de um destes elementos a outro?*” (PERELMAN, 1987, p. 251, grifamos)

Obs. Código Penal – Criminologia: nexos de causalidade, culpabilidade, agravante [motivação] > causa > efeito [consequência] / [fim]

Obs. A consequência nem sempre é um fim: “Não foi um exílio miserável aquilo que a tua iniquidade me infligiu, mas sim um regresso glorioso que ela me preparou” (Cícero, *Paradoxa stoicorum*, IV, parágrafo 29, *apud* Perelman, p. 253).

Exemplo: Princípio da teleologia da cominação da pena do direito romano *versus* da exemplaridade do direito anglo-saxão (Beccaria X Maquiavel).

Essa distinção entre consequência e fim tem início no estoicismo, como demonstra Cícero, e voltou a ser aprofundada com o idealismo de Spinoza e Leibniz.

Argumento pragmático: Não remonta à causa ou à motivação, mas ao efeito ou à consequência. “Código Napoleônico: ‘Qualquer ato de um homem que cause a outro um prejuízo obriga o autor desse ato a repará-lo’ (artigo 1392)” (*apud* Perelman, 1987, p. 252).

*Argumento formalista ou absolutista*¹¹: O argumento pragmático se opõe ao formalismo ou absolutismo, em que se apregoa que certas regras são obrigatórias, independentemente de suas consequências.

Aristóteles parece ter fundado importantes princípios do direito penal ao implicar o formalismo como análise das consequências ulteriores de certos atos:

E punem também quem ignora o que faz, quando pareça o indivíduo a causa da própria ignorância, donde para quem é ébrio ser a pena dupla: pois que o princípio está nele: era senhor de não se embriagar, e isto foi a causa de sua ignorância.

Punem igualmente aqueles que ignoram alguma das coisas que se encontram nas leis, quando sabê-las é necessário e também fácil. E assim fazem em todos os outros casos, quando apareça como causa da ignorância a negligência, entendendo que deles dependia o não ignorar, sendo senhores de mostrar-se nisso diligentes. (ARISTÓTELES, 2010, p. 94)

Exemplo: Lei Seca – argumento pragmático X CRFB/88 – argumento formalista.

Meio-fim: Cabe alertar ao orador (e, indiretamente, à audiência) não tomar o meio pelo fim ou vice-versa. Há argumentos (e falácias) relativos a esse tipo de procedimento.

Argumento do desperdício ou da eficácia: É aquele que estimula o orador a manter uma postura para não agir em vão ou não cair em incoerência para com os auditores. Incitamos a não desperdiçarmos um ato que já havíamos tomado ou que já nos fora proveitoso.

Ato supérfluo: “É aquele que não influi em mais nada sobre o desenrolar dos acontecimentos, [e] é, por esse mesmo fato, desvalorizado” (p. 253). Ex. Exaurimento legal.

Meio-fim: Muitas vezes, o meio se confunde com um fim parcial ou intermediário.

Argumento da direção: É o que se baseia na relação meio-fim: “Aquele que hesitasse passar de A a D poderia ser levado mais facilmente a B, de B a C, e daí sem muitos esforços ao ponto D, no qual se tinha pensado desde o princípio” (p. 253).

Obs. Ocorreria falácia se se imaginasse que o processo (transitório) A-B seria o fim real, isto é, A-D ou A (-B-C)-D. Contra essa falácia, ou para não permitir a sua instalação, deve-se evocar o *argumento da ultrapassagem*, “onde cada situação particular não é apreciada senão em função das possibilidades de ser ultrapassada, como um trampolim para um novo progresso, numa perspectiva de desenvolvimentos indefinidos” (p. 254).

Obs. *Relação pessoa-ato ou pessoa atributo*: Correlação ou subordinação? Independência, independência relativa ou dependência?

“Para Leibniz, a essência precede cada uma das suas manifestações; para os existencialistas, o caráter não se forma senão por ocasião dos atos” (p. 255).

“Enquanto as noções de responsabilidade, de mérito e de culpabilidade são relativas à pessoa, as de norma ou de regra preocupam-se antes de mais com o ato” (id. ib.).

“É a correlação entre a pessoa e os seus atos parcialmente solidários e parcialmente independentes que permite a utilização dos argumentos fundados nesta relação de coexistência” (id. ib.).

Ex. Diferença entre esferas *civil e penal*

Penal: *Mors omnia solvit*¹² (TOSI, 1996)

Argumento de autoridade: Antes de tudo, calca-se na notoriedade, compartilhada pelo auditório, sobre o prestígio da pessoa.

Alerta: “É óbvio que o recurso ao argumento de autoridade é inadmissível e mesmo ridículo – se porventura existem critérios objetivos que permitam estabelecer a verdade ou falsidade de um juízo” (p. 256).

13. Argumentos que fundam a estrutura do real

Argumentos por analogia – através do exemplo e do modelo: Constituem o cerne basilar da argumentação, porquanto pilares do método indutivo. Funcionam graças ao princípio da inércia.

“Quando os exemplos que devem conduzir ao estabelecimento de uma regra são repetidos, a interpretação que conduz à sua generalização é mais do que sugerida, é quase imposta” (p. 258).

“As analogias e as metáforas, consideradas como analogias condensadas, desempenham um papel eminente na estruturação e valorização do real” (p. 260).

Alerta: falácia da falsa analogia.

Obs. Falácia da generalização apressada: “Enquanto o recurso ao exemplo, para fundar uma lei, *não é mais que uma técnica argumentativa*, o uso do exemplo, para combater uma regra (o caso que a invalida), ou restringir o seu alcance, tem um alcance *demonstrativo* [científico] porque um único caso é suficiente para invalidar uma lei apresentada como universalmente válida. É a razão pela qual Karl Popper concede a este uso do caso particular um lugar central na *sua metodologia das ciências*” (p. 259, grifei).

O *antimodelo*: Há condutas (ou mesmo pessoas, na relação parcialmente solidária de que já se falou) que servem para parâmetro negativo.

Alerta: falácia do *espantalho* ou *ad hominem*.

Em *Caminhos do texto*, tratam-se 2 falácias que devem ser aqui evocadas, a fim de servirem de alerta ao orador:

6) *Ad hominem*

Expressão latina que significa “ao homem”. Ocorre quando desqualificamos um argumento ou raciocínio pelo simples fato de ter sido formulado por alguma pessoa específica, sem levar em conta o argumento de per se. (CAETANO, 2010, p. 55)

Exemplo: Não é surpresa que Carl Sagan afirme que a vida é possível em Marte – afinal, todos sabem que ele é ateu. Não acredito nisso nem por um segundo. (WESTON, 2009, p. 39)

7) *Espantalho*

Às vezes se confunde com a falácia acima. O espantalho consiste em fazer a caricatura de alguma pessoa para desmerecer seu argumento.

Exemplo: “Essas pessoas que se dizem defensoras dos direitos humanos só se preocupam em dar melhorias de vida aos criminosos, e nunca se preocupam com suas vítimas” (CAETANO, 2010, p. 55).

14. A dissociação das noções

Na argumentação, devem-se sacrificar aspectos que se dissociem das noções do real, sendo apenas ilusórios. Tais são os aspectos de *aparência*, que, em contrapartida com os que devem permanecer, ou os de *essência*, constituem, ambos, os chamados pares filosóficos básicos.

Obs. “Assim é se lhe parece” – Premissa maior dos sofistas e do positivismo legalista de Kelsen.

15. A organização dos argumentos no discurso

Levando-se em conta que as audiências (contextos) são muitas, assim como a quantidade de argumentos, é preciso levar alguns fatores em conta para que o discurso retórico alcance adesão.

Há três considerações a esse respeito:

15.1 A escolha dos argumentos

15.2 A amplitude da argumentação

15.3 A ordem de apresentação dos argumentos

Dois noções específicas da argumentação norteiam essa escolha: a pertinência e a força dos argumentos.

16. Considerações finais

De todo o exposto, conclui-se que o raciocínio humano é baseado em faculdades de entender e interpretar a realidade. Esta, por seu turno, pode apresentar-se como algo verdadeiro (na lógica formal) ou verossímil (na retórica). Ambas as formas de apresentação da realidade encontram firme solidariedade, tanto na finalidade que detêm em comum – o convencimento ou persuasão – quanto nos modos, muitas vezes análogos e recíprocos, como vimos, de se apresentarem àquele interlocutor a quem se deseja comprovar, por intelecção ou interpretação, algo aceitável à razão humana.

Notas

¹ PERELMAN, Chaïm. *Enciclopédia Einaudi*, Volume 11. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, pp. 234-265.

² Mostraremos a distinção entre o convencimento e a persuasão.

³ Mostraremos, outrossim, a distinção existente entre argumentação (ou retórica) e lógica (ou demonstração).

⁴ *Le style des jugements*. 3. ed. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1951, n. 97, p. 192 e ss.

⁵ *Manual de expressão oral e escrita*, 6. ed., Petrópolis, Vozes, p. 58.

⁶ Compare com o *modus ponens* real, não falacioso.

1) Se p , então q .

2) p .

3) Portanto, q .

⁷ Compare com o verdadeiro modus tollens:

1) Se p , então q .

2) q é falso.

3) Portanto, p é falso.

⁸ Exposição de motivos do Código de Processo Penal: “VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado de certeza legal... Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecida pela lei civil,... nem é prefixada uma hierarquia de provas... Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.”

⁹ “Indício é o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza a concluir algo sobre esse” (cf. Hélio Tornaghi, *Curso de processo penal*, volume I, 10 ed., p. 460).

¹⁰ Sobre o assunto, confira o *habeas corpus* n. 40.609 – Guanabara, 15.7.1964, Supremo Tribunal Federal, relator, ministro Evandro Lins e Silva: “Nunca é demais advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se de seu conteúdo. Livre convicção não é a emancipação absoluta da prova, nem julgamento contrário à prova ou à revelia da prova. Não é, tão pouco, julgamento *ex-informata conscientia*, com o qual não se confunde, porque pressupõe unicamente a livre apreciação da prova, jamais a independência desta, no ensinamento de Manzini... A liberdade da apreciação da prova pelo juiz está necessariamente subordinada à natureza do fato que deva ser provado.”

¹¹ Didaticamente chamado, também, simplesmente de argumento causalista.

¹² Traduzimos: A morte resolve tudo.

Referências

ARISTÓTELES. *Retórica*. São Paulo, Edipro, 2010.

ARRUDA, Geraldo Amaral. *A linguagem do juiz*. 2. ed. revista, Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcelo Moraes. *Caminhos do texto*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2010.

_____. *Desafios da redação*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*. Artigos 154 ao 269. Volume 2. Curitiba, Juruá, 2009.

CHINI, Alexandre. Ensaio sobre o testemunho de ouvir dizer. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 67, pp. 70-8.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura [Kritik der reinen Vernunft]*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Enciclopédia Einaudi*. Volume 11. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, pp. 234-65.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

WESTON, Anthony. *A construção do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JORNADAS “DIREITO DO CONSUMO EM TEMPOS DE CRISE”

DIA MUNDIAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

LEIRIA | 15 MARÇO 2013

António Almeida Henriques

Secretário de Estado Adjunto da Economia e Desenvolvimento Regional

Senhor Presidente da Associação Portuguesa do Direito do Consumo,
Senhor Diretor da Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria,
Senhora Secretária-Geral da Associação de Instituições de Crédito Especializado/
ASFAC,

Senhor Diretor do Gabinete de Orientação ao Endividamento dos Consumidores,
Senhores docentes,
Senhores representantes de instituições bancárias,
Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Neste que é o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor começo por dar os parabéns à Associação Portuguesa de Direito do Consumo (APDC) por assinalar esta efeméride da melhor forma – contribuindo para um maior esclarecimento dos portugueses consumidores, que somos todos nós, acerca dos riscos do sobre-endividamento.

Para além dos parabéns, quero agradecer ainda à APDC pelo contributo que tem dado, ao longo dos tempos, para a formação de consumidores mais alertas e conscientes dos seus direitos.

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Permitam-me que vos chame a atenção para uma pequena-grande revolução que o Governo operou, em matéria de consumo, no período de praticamente um ano.

Foi um trabalho exigente, mas não duvido de que os seus frutos agradam aos portugueses.

O que norteou esta obra foi sempre a proteção das famílias endividadas e mais expostas aos efeitos da crise. Esta é a prioridade atual do Governo na política de defesa do consumidor.

Segundo o Banco de Portugal, no ano passado, existiam cerca de um milhão de famílias e consumidores endividados, em situação de incumprimento de crédito ou de elevado risco.

Os créditos ao consumo e a utilização de cartões de crédito constituem uma das principais causas de endividamento das famílias portuguesas. Por isso é tão importante colocar um limite, um travão, às taxas de juro excessivas e, mesmo, usurárias.

Foi isso que fizemos, com os diplomas aprovados anteontem em Conselho de Ministros.

Concluimos assim o pacote legislativo fundamental que reforça a proteção dos consumidores endividados, quer sejam individuais, famílias ou empresas, e a responsabilização efetiva das instituições de crédito.

Em praticamente um ano reformámos todo o quadro legislativo português.

Os consumidores e as famílias passam a ter na Lei um “escudo” que as defende do risco do endividamento e de práticas arbitrárias ou abusivas de juro, pagamento de comissões bancárias associadas aos juros de mora e denúncia de contratos.

O Conselho de Ministros desta semana aprovou uma alteração legislativa (ao Decreto-Lei n.º 133/2009) que regula e disciplina a definição das taxas de juro aplicáveis aos cartões de crédito e a todos os créditos pessoais.

Nesse sentido, a partir de 1 de Julho, a Taxa Anual de Encargos Efetiva Global, conhecida como TAEG, passa a ter uma nova fórmula de cálculo e também tectos máximos para os diferentes segmentos de crédito, revistos trimestralmente pelo Banco de Portugal.

Este tecto é também um travão. Um travão a uma escalada das taxas de juro no mercado português para níveis excessivos e muitas vezes usurários.

Para os cartões de crédito e facilidades de descoberto de contas à ordem (a 30 dias), a taxa de juro máxima será, inicialmente, de 27,5%, segundo as regras agora adotadas.

No final de 2012, as taxas máximas aplicáveis à utilização dos cartões de crédito atingiram os 37,4%, com uma tendência para subir. Se nada fosse feito, no final de 2013, essa taxa poderia ascender aos 40%.

Todos os demais segmentos de crédito ao consumo terão tectos máximos de juro, mais favoráveis do que a taxa máxima para os cartões de crédito: os créditos pessoais (para lar e sem finalidade específica) terão uma taxa máxima de 19,5%.

Com este tecto máximo protegem-se os consumidores, as famílias e as empresas, nomeadamente as pequenas e médias, do aumento excessivo da TAEG.

Introduz-se mais equilíbrio, transparência e sustentabilidade nas relações entre as instituições que propiciam crédito e o consumidor.

Para dissuadir as instituições de crédito de ultrapassarem limites máximos haverá sanções em caso de incumprimento, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

A criação deste tecto máximo da TAEG resulta da transposição da Diretiva da Comissão Europeia n.º 2011/90/UE.

Minhas senhoras e meus senhores,

Julgo que este limite na aplicação da TAEG já é uma boa forma de comemorar este Dia Mundial dos Direitos do Consumidor e sublinho a palavra Direitos.

Mas fizemos mais. O Governo deliberou também aplicar limitações às chamadas “facilidades de descoberto” (com obrigação de reembolso no prazo de um mês) nas chamadas “contas ordenado”, e às “ultrapassagens de crédito” na generalidade das contas à ordem.

A definição das taxas de juro aplicadas a este tipo de crédito encontrava-se numa situação de relativo vazio legal e passa agora a estar incluída e limitada nas regras dos créditos ao consumo, aplicando-se-lhe uma TAEG máxima de 27,5%.

Segundo os dados disponíveis, o conjunto das instituições de crédito apresenta TAEG superiores a este limiar nos descobertos autorizados até um mês e nas ultrapassagens de crédito.

Será ainda imposta a obrigação de envio de um extrato periódico aos clientes com créditos de consumo, à semelhança do que sucede com o crédito de habitação.

Esta informação periódica contribuirá para uma melhor gestão deste crédito, ajudando a prevenir o endividamento dos consumidores. Mais transparência: o cliente destes serviços saberá sempre o que tem em dívida.

Estas medidas entram em vigor no próximo dia 1 de julho, dentro de três meses e meio, portanto, de forma a não interferir com a regra da alteração das taxas num dado trimestre e permitir a adaptação das instituições financeiras ao novo regime.

Por último, o Governo aprovou ainda um novo regime para os juros de mora.

O anterior regime datava de 1978. “É só fazer as contas” e rapidamente percebemos que já somava 35 anos de existência.

Como tanta coisa mudou nestas três décadas e meia de vivência democrática, encontrava-se manifestamente desajustado da realidade atual, até porque esse regime de 1978 foi criado num contexto de banca nacionalizada.

Contexto que desapareceu e a realidade propiciou práticas arbitrárias de juros e aplicação de comissões por parte das instituições bancárias muito penalizadoras para os consumidores, as famílias e as empresas que se encontram em situação de incumprimento.

Ao contrário, o novo regime, que aprovámos, vem trazer equidade e transparência à prática dos juros de mora e das comissões bancárias associadas – equidade e transparência que faltavam.

São novas regras que contribuem para aliviar o torniquete sobre os endividados em situação de incumprimento.

Entre outros aspetos, o novo regime limita fortemente a cobrança de comissões bancárias por incumprimento.

Admite-se apenas a cobrança de uma única comissão bancária, por cada prestação vencida e não paga, em vez das atuais comissões sucessivas.

Saliente-se que a cobrança destas comissões sucessivas, pesava de tal forma sobre os incumpridores que, muitas vezes, chegava a ultrapassar o valor da própria prestação mensal.

Para além de só poderem ser cobradas uma vez, estas comissões bancárias passam a estar limitadas a 4% do valor da prestação mensal, estando ainda balizadas a um valor mínimo de 12 euros e a um máximo de 150 euros.

Ou seja, deixa de ser possível estabelecer a percentagem consoante o entendimento da instituição de crédito como tem vindo a suceder. Também aqui ficam estipulados limites claros.

Continuado a falar em limites, o máximo da taxa anual de juros moratórios é também revisto, passando a ser fixado para todas as instituições de crédito nos 3%, mais uma vez por oposição às atuais práticas arbitrárias que traduziam taxas muito variáveis.

Minhas senhoras e meus senhores,

Isto foi o que aprovámos esta semana. Mas, como já referi, a reforma deste quadro legislativo tem praticamente um ano, havendo, por isso, outras importantes medidas anteriormente adoptadas.

Entre elas, destaco a criação de mecanismos legais obrigatórios de proteção dos clientes endividados.

Na prática corresponde a um aumento da responsabilidade dos bancos na realização de procedimentos de alerta de risco e de negociação extrajudicial em situações de incumprimento: o diploma [DL n.º 227/2012] foi publicado em outubro e entrou em vigor a 1 de Janeiro deste ano;

A Revisão e operacionalização do regime dos serviços mínimos bancários (a 5 euros/ano), através da publicação do DL n.º 225/2012;

Assinámos um protocolo entre o Governo, o Banco de Portugal e 6 maiores Bancos aderentes, no final de novembro, tendo em vista a regulamentação da sua aplicação, o aumento das contas bancárias de serviços mínimos e a aplicação de um regime sancionatório aos Bancos incumpridores;

Promovemos a literacia financeira, através da inédita ativação do Fundo do Consumidor para apoiar projetos e atividades de apoio, aconselhamento e formação de consumidores endividados;

Estamos a criar uma rede de apoio gratuito ao consumidor endividado, em fase de operacionalização e de seleção e formação de entidades.

Esta Rede resulta da nova legislação em vigor e de uma portaria de 2 de janeiro de 2013, que regulamenta os requisitos de acesso e o seu funcionamento.

Até ao final do passado mês de fevereiro foram recebidas 23 candidaturas e quatro delas foram já autorizadas, situando-se em pontos bastante díspares do país: Lisboa, Beira Litoral, Douro e Minho.

Temos consciência que o estado de sobre-endividamento a que chegaram demasiados portugueses, respectivas famílias e empresas não foi apenas culpa própria.

Outros lhes prometeram um mundo de facilidades, sem cuidarem de perceber, com cuidado, as capacidades financeiras de quem contraiu créditos.

Da nossa parte, estamos a fazer os possíveis para ajudar os consumidores a não voltarem a cair nos mesmos logros. Julgo, por isso, que não erro quando digo que o Governo português está em perfeita sintonia com este Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

Muito Obrigado!

ENTREVISTA CONCEDIDA À REVISTA PROCON-SP, POR MÁRIO FROTA,

fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo, fundador e presidente da apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo, diretor do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, diretor da RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo e presidente do Conselho Diretor da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

REVISTA PROCON-SP: O comércio eletrônico despontou no Brasil há pouco mais que uma década e, junto com seu crescimento, começou a gerar milhares de reclamações aos órgãos de defesa do consumidor sobre a falta ou atraso de entrega do produto ou serviço adquirido. A história do setor na Europa é similar?

Mário Frota: O fenómeno não atingiu a Europa de forma maciça.

A União Europeia não viu cumpridos os objetivos que originariamente se havia proposto neste particular.

E, em sucessivos impulsos, intenta conferir ao comércio eletrônico, mormente no viés B2C (fornecedor *vs* consumidor), a relevância que um tal segmento do económico ainda não atinge nem registra por fatores de ordem vária.

Em janeiro do ano que transcorre, 16 medidas perspectivou em ordem a incrementar um comércio eletrônico, na Europa, que constitua uma plataforma de oportunidades e de incremento da economia, na nova era digital.

A Comissão Europeia, como se diz no lugar próprio, propõe agora 16 medidas que visam duplicar, até 2015, as vendas no varejo em linha (online), oferecendo uma melhor proteção aos consumidores, mais informação e um maior leque de escolhas.

Objetivos das propostas ora formuladas:

- facilitar a compra em linha (online) de produtos e serviços (incluindo música e filmes);
- tornar a entrega de produtos em toda a Europa mais eficiente e acessível;
- exigir que os vendedores em linha disponibilizem mais informações sobre os seus produtos e preços;
- ajudar a desenvolver serviços internet de elevado débito e melhores infraestruturas de comunicações para que mais pessoas possam ter acesso, especialmente nas zonas rurais e mais remotas;
- dar aos consumidores informações mais completas para os proteger dos abusos na internet.

E as 16 medidas condensadas na Comunicação respectiva compendiam-se como segue:

Ações principais

A Comissão empreenderá as seguintes ações-chave:

1. assegurar a correta aplicação da Diretiva Comércio Eletrónico e das diretivas relativas à proteção dos consumidores em linha, com base numa melhor cooperação administrativa com os Estados-membros – nomeadamente através do alargamento do sistema de informações sobre o mercado interno (IMI), da rede de cooperação em matéria de proteção dos consumidores (CPC) e de um estudo de avaliação aprofundada da transposição e aplicação da diretiva (2012);

2. assegurar uma execução célere e ambiciosa da estratégia europeia em matéria de direitos de propriedade intelectual, nomeadamente através de uma iniciativa legislativa sobre a cópia privada (2013) e de uma nova análise da diretiva relativa aos direitos de autor na sociedade da informação (2012). A Comissão apresentará ainda em 2012 um relatório sobre os resultados da consulta relativa à distribuição em linha de obras audiovisuais e sobre as implicações do acórdão «*Premier League*»;

3. assegurar uma aplicação rigorosa das regras aplicáveis à distribuição seletiva e lutar contra as práticas comerciais desleais de certas empresas. Paralelamente, garantir que o acesso dos cidadãos aos serviços em linha não seja comprometido por práticas anticoncorrenciais.

4. reforçar a formação dos vendedores em linha sobre as suas obrigações e sobre as oportunidades oferecidas pelo mercado único digital, nomeadamente através da Rede Europeia de Empresas, com o apoio da Rede de Centros Europeus do Consumidor (ECC-Net), no que diz respeito às questões ligadas ao domínio dos consumidores, e da publicação de um guia específico (2012);

5. elaborar, em diálogo com as partes interessadas, códigos de conduta, guias de boas práticas e linhas de orientação de modo a que os consumidores tenham acesso a informação transparente e fiável que lhe permita comparar melhor os preços, a qualidade e a durabilidade dos produtos e serviços (2013 – 2014);

6. reforçar as capacidades da rede CPC de forma a dotá-la de instrumentos adequados para garantir a aplicação da legislação pertinente no ambiente digital à escala europeia, designadamente através do financiamento de projetos comuns destinados a incentivar o desenvolvimento das competências dos investigadores que trabalham na rede, da formação e do intercâmbio de boas práticas (2012 – 2014);

7. adotar uma «Agenda do consumidor europeu» com uma estratégia e propostas de ação destinadas a colocar os consumidores no centro do mercado único, nomeadamente no que se refere às questões digitais, em especial através do reforço da capacidade de ação dos consumidores e de uma proteção adequada dos seus direitos (2012);

8. apresentar um plano de ação a nível europeu sobre o jogo em linha que coloque a tónica na cooperação administrativa, na defesa dos consumidores e no desenvolvimento da oferta legal (2012);

9. assegurar, pela aplicação da diretiva relativa aos medicamentos falsificados, uma proteção adequada aos doentes que adquirem medicamentos em linha:

i) contribuindo para a criação de logótipos de confiança que permitam a identificação dos sítios que oferecem legalmente medicamentos para venda à distância ao público (2013 – 2014) e, nomeadamente, no quadro de um relatório que a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu e ao Conselho,

ii) observando a evolução do problema da falsificação de medicamentos por canais de distribuição e

iii) examinando os eventuais riscos específicos ligados à venda de medicamentos em linha;

10. desenvolver uma estratégia para a integração dos mercados de pagamentos por cartão, pela internet ou por telemóvel, com base num Livro Verde adotado em simultâneo com a presente comunicação e que tem por objetivo:

i) avaliar as barreiras à entrada e a concorrência nestes mercados e propor, se necessário, medidas legislativas;

ii) assegurar que estes serviços de pagamento são transparentes para os consumidores e os vendedores;

iii) melhorar e acelerar a normalização e a interoperabilidade dos pagamentos por cartão, pela internet ou por telemóvel; e

iv) aumentar o nível de segurança dos pagamentos e de proteção dos dados.

A Comissão apresentará as conclusões e as próximas etapas deste exercício até meados de 2012;

11. lançar em 2012, com base num Livro Verde, uma consulta sobre a entrega de encomendas, nomeadamente transfronteiras, com base nos resultados do estudo sobre os custos dos serviços postais transfronteiras, a fim de tentar identificar possíveis soluções para os problemas com que se confrontam as empresas e os consumidores. A Comissão apresentará as conclusões e as próximas etapas deste exercício até ao final de 2012;

12. adotar uma iniciativa horizontal sobre os procedimentos de notificação e ação (2012);

13. propor em 2012 uma estratégia global para a segurança da internet na Europa, com o objetivo de garantir uma melhor proteção contra os ataques informáticos na EU;

A criação do Centro Europeu da Criminalidade Informática, até 2013, assumirá particular importância nesse contexto;

14. reforçar e facilitar o desenvolvimento das infraestruturas de informação e comunicação em 2012 através:

i) no quadro do mecanismo para a interconexão da Europa, da preparação de orientações para a elaboração de projetos de infraestruturas de banda larga;

ii) no quadro dos Fundos Europeus de Coesão, da redação de linhas de orientação para estratégias de especialização inteligente como condição para o acesso aos fundos regionais; iii) no quadro da regulamentação das comunicações eletrónicas, da adoção de uma recomendação sobre a definição dos preços de acesso no mercado grossista, a fim de estimular o investimento na instalação de fibra óptica, bem como de uma revisão das linhas de orientação para os auxílios estatais em matéria de redes de banda larga, de 2009; e

iv) da adoção de um guia de técnicas de redução dos custos de construção, tendo em vista reduzi-los a metade;

15. adotar uma estratégia global para a informática em nuvem, de modo a estimular esse setor e a oferecer a segurança jurídica necessária aos operadores económicos. (2012);

16. adotar uma comunicação sobre a utilização partilhada do espetro que integre uma estratégia para a promoção desse tipo de acesso no mercado interno e permitir um debate político estruturado sobre as questões económicas, técnicas e regulamentares dos diferentes modos de partilha do espetro (2012);

Como se pode verificar, a União Europeia, de modo estruturado, revela ambições supremas e tende a lograr as políticas que a aproximem dos objetivos traçados. De modo sério, fundado, consistente.

RP: Projetos no Congresso Nacional propõem alterações no Código de Defesa do Consumidor para regulamentar o uso do comércio eletrônico. Acha isso necessário? Na Europa, são mais específicas e rígidas essas regras?

MF: O direito deveria, em regra, preceder os fatos.

Não tem, porém, capacidades divinatórias que lhe permitam prever e antecipar soluções para fenômenos ou realidades que no momento inexistem ou se ignoram.

Daí que se não houvesse que afrontar uma tal realidade no momento em que se editou o Código de Defesa do Consumidor.

A Europa, tão logo o fenómeno se desencadeou, preparou legislação genérica (*contratos à distância*) e específica (*comércio electrónico tout court e contratos de serviços financeiros à distância*) susceptível de garantir o consumidor contra as distorções ou as entorses que daí pudessem advir.

E surgiu um acervo de regras que, em termos de oportunidade, serve aos atuais desígnios, conquanto em processo de adequação permanente à realidade escolante de fenômenos similares.

E sempre que conveniente, as regras ampliam-se: temos uma diretiva (lei europeia) que a lume veio no Jornal Oficial da União Europeia em 11 de novembro do ano transacto que cuida em particular do direito de arrependimento ou desistência (direito de retratação) com uma particular intensidade e extensão.

E uma Proposta de Regulamento (29 de novembro de 2011) que prevê a constituição de meios alternativos de resolução de conflitos emergentes do comércio electrónico em linha (para que os conflitos se dirimam de modo célere, seguro e não oneroso).

RP: Há cerca de dois anos, os sites de compras coletivas, ou sites de ofertas, surgiram e ganharam força dentre os consumidores, mas hoje estão entre os mais reclamados. Essa onda também passou pela Europa?

MF: Em termos moderados, mas sem um grau de incumprimento desmesurado.

O Groupon, por exemplo, tem provocado, isso sim, uma enorme vaga de reclamações, que o Portal da Queixa, em Portugal, regista de forma exponencial.

Mas o grau de virulência está ajustado à massificação do fenómeno... Desafortunadamente!

RP: Podemos chamar de irresponsabilidade o fato das empresas entrarem no mercado sem estrutura para atender a demanda e sem um sistema de informações e controle dos fornecedores que anunciam na página?

MF: Ponto é distinguir entre irresponsabilidade e o deliberado propósito de fraudar o consumidor.

A ausência de estrutura de empresas que se instalem com propósitos sérios pode gerar desconfortos e incumprimento. As portadoras de propósitos malsãos lançam-se no mercado para tirar vantagem de uma enorme franja de impunidade que o sistema propicia, locupletando-se ilícita e injustamente, e lesando patrimonialmente o consumidor.

O que é do consumo deve ser resolvido pelas regras próprias do ordenamento do consumidor. O que é caso de polícia, pelo processo e pelo direito penal, punindo-se severamente condutas delituosas que se instilam e ferem desvaliosamente bens, interesses ou valores fundamentais da comunidade, perseguindo-se criminalmente até onde for possível os agentes do crime que desse modo procedem ou agem.

RP: O Procon-SP atualiza periodicamente uma “lista negra” de sites reclamados pelo consumidor, cujos endereços físicos não foram localizados, tampouco os responsáveis pela empresa, para resolver o problema do consumidor. Essas empresas deveriam responder criminalmente também pelo desaparecimento e a falta de contato com o consumidor?

MF: Se o intuito é deliberado, é óbvio que sim.

Se a tipologia do crime não atingir determinadas condutas que devam ser criminalizadas, há que criar novos tipos de crime associados a estes domínios, ainda não explorados pelo legislador, e novas molduras penais, que garantam um clima de tranquilidade ao consumidor, cujo principal trunfo é o da confiança que o mercado deve gerar e se deve impor em todos os segmentos do económico, já que a confiança é o bem maior nesta arquitetura negocial.

RP: Qual é a melhor saída para o internauta que prefere fazer as compras online, pela comodidade e facilidade, mas teme ser prejudicado por não receber o produto ou serviço?

MF: Recorrer só e tão só a estabelecimentos virtuais certificados e, como tal, referenciados, não se aventurando por terras de ninguém, por zonas-sombra do sistema e nem por apelos mais ou menos irracionais, mais ou menos emocionais, mas através de uma correta avaliação dos sinais do mercado, do teor das reclamações, da consulta de eventuais listas negras e da credibilidade oferecida.

Não esquecer jamais que, no mercado, “ninguém dá nada a ninguém”. Que importa “desconfiar sempre de galinha gorda por pouco dinheiro”. E que “quando a esmola é grande, o pobre desconfia”!

Os nossos avoengos, com uma filosofia de vida expressa em rifões ou ditos populares, fruto de uma experiência de vida, ciclicamente repetida (Camões dizia que “a experiência é a madre de todas las cousas”), sabiam mais da “poda” que as novas gerações urbanas, de formação repentista, acelerada e inconsistente, e que muitas vezes nem com as fraudes em que se deixam enlear aprendem...

Entrevista elaborada por: Bernadete de Aquino
Coordenadora de Comunicação da Fundação Procon-SP

Impressão e acabamento Maxi Gráfica
Este livro foi impresso em Off-set 70g/m²