

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. V | n. 19 | Setembro 2015

#19

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume V, número 19, setembro 2015

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Editor-chefe: Luiz Fernando de Queiroz

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabete Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Noeli do Carmo Faria – Olga Maria Krieger

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Qualis C – Capes

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

55 (41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – www.livrariabonijuris.com.br

Preço de exemplar impresso: **R\$ 120,00** ou cotação do dia

Envio de artigos para revista: contato@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Curitiba – PR

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.– v. 1- , n. 1- ,
(mar. 2011)- .– Curitiba : Bonijuris, 2011- .

Trimestral

Diretor: Mário Frota

Editor responsável: Luiz Fernando de Queiroz

ISSN 2237-1168

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia)

1. Direito - Periódicos. 2. Direito do consumidor. 3. Defesa do consumidor. 4. Relação de consumo. 5. Direito comparado. 6. Pareceres jurídicos. 7. Jurisprudência.

CDD (20. ed.) 343.071

CDU (2. ed.) 346.548

Conselho Diretor

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

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de
Matos, Fátima Nancy Andrighi, 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 Angeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Patrocínio

Centro de Estudos Professor Dotti
Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.
Garante – Serviços de Apoio Ltda.

Apoio Institucional

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná
Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil
Esmap – Escola da Magistratura do Paraná
Instituto Euclides da Cunha
Instituto Ciência e Fé

SUMÁRIO

EDITORIAL

- 09 **Políticas de consumidores em destaque**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 13 **A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e as cláusulas abusivas nos contratos de consumo**
FRANCISCO JOSÉ MOESCH
- 41 **Os juizados especiais cíveis no Estado do Rio de Janeiro – A questão relativa às demandas de massa e o papel das turmas recursais na uniformização da jurisprudência**
ALEXANDRE CHINI
- 57 **O Poder Executivo municipal e o seu dever de criação de órgão de defesa do consumidor**
MÁRCIO DE CAMILLIS
PAULO VALÉRIO DAL PAI MORAES
- 109 **Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis**
AMARILLIDE GENOVESE
- 137 **Aspectos da prescrição e da decadência no Código de Defesa do Consumidor**
MIRELLA CALDEIRA
- 153 **Hacia una class action europea**
MARTINA CAVALIERE
- 169 **A Convenção de Viena de 1980 (CISG) como elemento potenciador do comércio no espaço da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa**
BRUNO REYNAUD DE SOUSA

- 189 **Da incidência do regime jurídico de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração nos direitos do consumidor**
MARISA DINIS
- 211 **Apresentação do Parecer de Iniciativa INT/754 sobre a auto e a correção na plenária de 22/04/15**
J. PEGADO LIZ

PARECER

- 217 **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Autorregulação e Correção no Quadro Legislativo Comunitário (parecer de iniciativa)**
J. PEGADO LIZ

LEGISLAÇÃO

- 235 **Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014**

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 273 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**
Relator: Eugênio Facchini Neto
- 276 **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**
Relator: Moura Ribeiro
- 283 **Ementário**
Julgados do TJ/PR, do TJ/GO e do TJ/RS

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 289 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)**
Relator: F. Biltgen
- 302 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Oliveira Vasconcelos

EDITORIAL

Políticas de consumidores em destaque

A carta de direitos do consumidor releva tanto de instrumentos internacionais quanto de normativos de base nacional! Aos Estados-nação incumbe definir as políticas e executá-las.

Clamorosas omissões se observam nas sete partidas do globo, já que se não confere ao consumidor a importância que se lhe reconhece *urbi et orbi*.

O Brasil só em 2013 associou as políticas de consumo a um imperativo nacional, conquanto haja brindado o mundo com um código que é em rigor um autêntico monumento normativo a justo título elogiado no concerto das nações civilizadas.

Em Portugal, em plena crise, o Governo que se sujeitou ao Memorandum de Entendimento em vista do resgate e se vinculou ao cumprimento do programa imposto pelo “*triumvirato*” (Fundo Monetário Internacional – Banco Central Europeu e União Europeia), descurou não só a inserção no seu programa de uma política de consumidores, como se limitou a pontuais – e nada relevantes – intervenções neste peculiar domínio.

Aos Estados há que se impor um plano, projeto ou programa que reflita, por um lado, os remédios ao diagnóstico feito, e, por outro, a reação às forças dissolutoras dos equilíbrios que mister será restabelecer em função das reais necessidades experimentadas pelos cidadãos-consumidores.

Aos cidadãos-consumidores importa facultar:

- um ordenamento simples, acessível, exequível
- formação e informação bastantes para uma melhor percepção dos direitos e consequentemente dos desvios provocados
- estruturas que assegurem informação fidedigna, acesso expedito a meios de resolução célere de eventuais litígios com que se confrontem os consumidores.

Em Portugal, a instituição que servimos – a apDC (sociedade científica de intervenção que à promoção dos direitos do consumidor se consagra) – submeteu aos partidos que ora se lançam na disputa eleitoral um autêntico programa que mister será adotar para servir em plenitude interesses e direitos do consumidor.

Ei-los nos seus traços essenciais subordinado a seis pontos fulcrais:

I. EDIFÍCIO LEGISLATIVO: “legislar menos, legislar melhor”

I.I Código de Contratos de Consumo (em lugar de um Código de Defesa do Consumidor)

I.II Carta dos Consumidores de Serviços Públicos Essenciais

I.III Código Penal do Consumo

I.IV Carta do Manipulador de Alimentos (em geral)

I.V Código de Processo Colectivo

I.VI Código de Insolvência do Consumidor (singular)

I.VII Revisão do Código da Comunicação Comercial (aliás, em curso de execução neste momento): proibição da publicidade infanto-juvenil e do envolvimento dos menores nos veículos comunicacionais

I.VIII Estatuto das Associações de Consumidores (em vista de uma rigorosa separação entre empresas que operam nesta área e instituições autênticas, autónomas e genuínas que relevam da sociedade civil)

I.IX Fundo de Apoio às Instituições de Consumidores (revisão do regime que até agora nem sequer passou do papel ou nem se chegou a passar ao papel)

I.X Revisão do Regime de Custas em Acções Singulares Deduzidas por Consumidores Individuais de molde a repriminar, ao menos, os nºs 2, 3 e 4 da LDC

I.XI Sujeição – por lei – dos pleitos que por objecto têm os Serviços Públicos Essenciais aos Tribunais da Ordem Judicial, que não à Administrativa e Fiscal, como sucede, ao menos, com a água mercê de acórdãos desacertados do Tribunal de Conflitos

I.XII Isenção das contribuições para a ERC – Entidade Reguladora da Comunicação Social – das revistas científicas de direito do consumo

I.XIII Chamadas de Valor Acrescentado no Serviço Móvel: ajustar o sistema ao audiotexto no que toca ao *opt in*

II. INSTITUIÇÕES: NÍVEIS NACIONAL, REGIONAL E MUNICIPAL

II.I Criação de uma Provedoria do Consumidor ou, pelo recurso à história das instituições, de uma Ouvidoria-Geral do Consumidor, em substituição da actual DGC

II.II Uma antenna nas Comissões Regionais ou em estrutura a esse nível, a manter-se o *statu quo*

II.III Criação genérica de Serviços Municipais de Consumo, com um

leque de atribuições e competências distinto do actual que se cinge tão só à informação (?)

II.IV Criação dos Conselhos Municipais de Consumo, tal como o prevê a LDC

I.V Recriação do Conselho Nacional do Consumo

II.VI Criação de um Conselho Nacional das Cláusulas Abusivas

II.VII Criação de um Conselho Nacional de Crédito ao Consumo (com uma valência no capítulo do excessivo endividamento do consumidor)

II.VIII Recriação do Registo Nacional das Cláusulas Abusivas (inerte, inerte...)

II.IX Criação de um Conselho de Auto-Regulação da Segurança Alimentar

II.X Recriação do Conselho Nacional de Segurança do Consumo

II.XI Criação de um Conselho Nacional da Comunicação Comercial (Publicidade...)

III. EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO PARA O CONSUMO

III.I Concretização do Programa Geral plasmado no artigo 6.º da LDC – Lei de Defesa do Consumidor

III.II Definição nacional de um programa de Formação de Formadores

III.III Adequação dos programas dos diferentes ramos e graus de ensino – de modo transversal – às exigências do figurino da educação para o consumo

III.IV Definição de Programas de Formação para o Consumo para Consumidores

Seniores e para Instituições de Formação de Adultos

III.V Definição de Programas de Formação para o Consumo dirigidos a Empresários

III.VI Definição de Programas de Formação para a Higiene e Segurança Alimentar

III.VII Inserção do Direito do Consumo nos curricula do ensino superior e nos dos últimos anos do ensino secundário

III.VIII Inserção do Direito do Consumo no curriculum do Centro de Estudos Judiciários

IV. INFORMAÇÃO PARA O CONSUMO

IV.I Concretização dos Comandos ínsitos no artigo 7º da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – em matéria de informação ao consumidor

IV.II Programas de Informação ao Consumidor no Serviço Público de Radiodifusão Áudio e Audiovisual

IV.III Campanhas institucionais de informação sempre que novos diplomas legais se editem, em obediência aos sucessivos comandos das Directivas Europeias

IV.IV Edição de manuais explicativos dos direitos em vista da sua difusão pelas escolas e pela comunidade em geral

V. PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR: A ESCRUPULOSA GARANTIA DA LEGALIDADE

VI I Acompanhar nas instâncias europeias o processo legislativo, em obediência à máxima: “legislar menos para legislar melhor”

VI II Sistemático expurgo do ordenamento jurídico de leis inúteis, excrescentes, sobrepostas, de molde a reduzir o acervo normativo, para além da codificação, aliás, já prevista, de base compilatória, do regime jurídico dos contratos de consumo

VI III Instauração sistemática de acções colectivas – populares e inibitórias, conforme a lei – pelas entidades públicas dotadas de legitimidade processual sempre que em causa a preservação ou a tutela de interesses individuais homogéneos, colectivos e difusos

VI. PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR: VIAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

VI I Reflexão em torno das sobreposições tribunais arbitrais/julgados de paz

VI II Definição de um só modelo: os actuais tribunais arbitrais como julgados especializados

VI III A manter-se o modelo dual, os tribunais arbitrais voluntários converter-se-iam em tribunais necessários para a globalidade dos conflitos de consumo

VI IV Prover à ocupação do território de estruturas do jaez destas de molde a proporcionar a todos os consumidores o acesso à justiça em condições simétricas

VI V Bolsa de Juízes com formação adequada em direito do consumo, *conditio sine qua non*... para o exercício de tais funções.

A expectativa é a de que se não fique por um mero “dar de ombros” e que os eleitores saibam daí tirar as consequências devidas.

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE CONSUMO

FRANCISCO JOSÉ MOESCH*
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do
Estado do Rio Grande do Sul

EXCERTOS

“Um dos maiores avanços do Código de Defesa do Consumidor é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”

“O Código de Defesa do Consumidor tem por premissa fundamental proteger o consumidor, geralmente parte hipossuficiente nas relações de consumo”

“A onerosidade excessiva deve ser apurada no caso concreto, com base no desequilíbrio do contrato ou na desproporção das prestações das partes, atentando o julgador para as circunstâncias particulares do caso”

“O princípio geral da boa-fé deve reger toda e qualquer espécie de relação de consumo. É requisito que se exige do fornecedor e do consumidor, de modo a fazer com que haja transparência e harmonia nas relações de consumo, mantendo o equilíbrio entre os contratantes”

1. Introdução

O direito do consumidor tem espírito essencialmente dinâmico, sempre voltado para a contínua adequação às estruturas sociais em mudança. A história do desenvolvimento das atividades econômicas registra o consumidor situado no centro das maiores preocupações e o consumo como uma relação estratégica que afeta o comportamento da economia como um todo. As profundas transformações e as novas realidades devem receber novos conteúdos normativos, continuamente adequados e garantidores de um real equilíbrio entre consumidores e fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor, instituído por meio da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, trouxe avanço significativo ao ordenamento jurídico brasileiro. Colocou à disposição do movimento consumerista princípios modernos e inovadores de defesa da sociedade, estabelecendo instrumentos ágeis e efetivos de proteção e defesa do consumidor, com vistas à efetivação das garantias institucionais previstas na Constituição Federal.

Um dos maiores avanços do Código de Defesa do Consumidor é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo que, em concurso com outros princípios, como o da igualdade, boa-fé objetiva, repressão eficiente dos abusos, tem como meta o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência, equilíbrio e harmonia das relações de consumo.

Para alcançar o equilíbrio contratual nas relações, o CDC opta por regular também alguns aspectos na formação do contrato, impondo novos deveres para o elaborador do texto (fornecedor) e consagrando novos direitos básicos para o consumidor (aderente). Também a possibilidade de alterar cláusula de contrato de consumo é avanço notável estabelecido pelo CDC no desiderato de proteger o consumidor. Cuida-se de um direito básico e essencial de ver corrigidas eventuais lesões, excessos e onerosidade excessiva contratualmente estabelecidos.

As cláusulas abusivas encontram-se muito presentes nos contratos de consumo atuais, o que causa um considerável desequilíbrio entre as partes contratantes. Não se confundem com as cláusulas que podem dar

causa à revisão do contrato. Estas são supervenientes à sua formação, ou seja, o contrato nasce perfeito e, posteriormente, surge um fato novo que o desequilibra, exigindo uma revisão. As cláusulas abusivas são concomitantes à formação do contrato, podendo, posteriormente, haver a identificação dessa abusividade.

A repressão ao uso de cláusulas abusivas encontra fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, como forma de restabelecer a real equivalência das prestações e evitar que a parte mais fraca seja injustamente surpreendida durante a execução do contrato.

2. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

O Código de Defesa do Consumidor tem por premissa fundamental proteger o consumidor, geralmente parte hipossuficiente nas relações de consumo. A proteção, na fase de execução do contrato, faz-se, principalmente, por meio do controle judicial das cláusulas abusivas. É nessa fase que elas se manifestam e ameaçam o direito dos consumidores.

Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, no caso, o consumidor.

As normas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Visam a impedir que o fornecedor abuse de sua posição contratual privilegiada, estipulando cláusulas contrárias à boa-fé e ao equilíbrio contratual.

O legislador brasileiro instituiu, no art. 51 do CDC, um elenco exemplificativo de cláusulas abusivas, sancionando a todas com a nulidade absoluta:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

- II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III – transfiram responsabilidades a terceiros;
- IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- V – (Vetado);
- VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o representante requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

No CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque cláusulas de ordem pública são insuscetíveis de preclusão.

2.1 Cláusula abusiva de limitação de responsabilidade do fornecedor

O inciso I do art. 51 dispõe que são consideradas abusivas as cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. A norma reproduz a vedação abarcada na cláusula de não indenizar ou cláusula de irresponsabilidade para os contratos de consumo, compreendida na redação do artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor¹.

Além da cláusula de exclusão total da responsabilidade do fornecedor ou prestador, também não goza de validade a disposição contratual que amaina o dever de reparar dos fornecedores ou prestadores em detrimento do consumidor. Salienta-se que a atenuação só é possível em situações de fato ou culpa concorrente do consumidor, o que deriva das circunstâncias fáticas e não do avençado.

Veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. SEGUROS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE CUMULADA DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO. CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE TEMPO DE INTERNAÇÃO E COPARTICIPAÇÃO.

ABUSIVIDADE RECONHECIDA. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. Trata-se de embargos infringentes opostos em face do acórdão que, dando provimento à apelação, por maioria, reformou a sentença de improcedência proferida no bojo da ação declaratória de nulidade de cláusulas de contrato de plano de saúde cumulada desconstituição de débito, para o fim de declarar nulas as cláusulas de limitação de tempo de internação hospitalar e de coparticipação, com a restituição dos valores pagos indevidamente. APLICABILIDADE DO CDC – Incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor a todo e qualquer seguro saúde. Observância da orientação sumular nº 469 do STJ. **Limitação temporal de internação hospitalar – É extreme de dúvidas a abusividade da cláusula contratual que impõe limite temporal à internação hospitalar, pois restringe o atendimento médico necessário ao restabelecimento do paciente em função de critérios outros que não o médico, gerando restrição injustificada aos direitos do consumidor.** Tal motivo, aliás, levou a matéria a ser sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, através do verbete n. 302, segundo o qual “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Ademais, há violação flagrante à norma prevista no art. 12, inc. II, “a”, da Lei 9.656/98, que veda a limitação de prazo em relação à cobertura da internação hospitalar. COPARTICIPAÇÃO – A coparticipação não pode ser estabelecida em percentual sobre o custo do tratamento, sob pena de afronta à regra prevista no art. 51, inc. IV, do CDC, a qual estabelece como nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Além disso, a exigência de coparticipação em percentual sobre o valor do tratamento e/ou exame poderia impedir o beneficiário de utilizar o plano de saúde contratado em face do montante a ser arcado por ele ou onerá-lo com as despesas que através da contratação pretendia evitar. Sendo assim, merece ser mantido o entendimento da maioria, o qual declarou a nulidade das cláusulas de limitação de tempo de internação e de coparticipação, com a restituição dos valores indevidamente pagos.

EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. MAIORIA. (Embargos Infringentes nº 70056418551, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 03/10/2014). (grifo nosso)

2.2 Cláusula geral de abusividade

O inciso IV do art. 51, combinado com o § 1º deste mesmo artigo, constitui, no sistema do CDC, a norma geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

Dispõe o inciso IV que são nulas as cláusulas que “*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*”. A abusividade da cláusula deverá ser aferida *in concreto* pelo juiz, a partir da valoração dos diversos conceitos jurídicos indeterminados contidos no dispositivo.

2.2.1 Cláusula abusiva por vantagem exagerada

O CDC, ao considerar abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em “desvantagem exagerada”, está a resgatar a figura da lesão enorme e a exigir um dado objetivo de equilíbrio entre as prestações.

O § 1º do art. 51 do CDC oferece alguns critérios para identificação da vantagem exagerada.

Dispõe o inciso I que se presume exagerada a vantagem que “*ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence*”. Os princípios desempenham função estruturante do direito do consumidor, isto é, dão unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando suas diferentes partes. Princípios como o da vulnerabilidade, da boa-fé, da transparência, da informação, da segurança e outros que permeiam as disposições do Código de Defesa do Consumidor são suas colunas de sustentação, verdades estruturantes, razão pela qual não podem ser violados. A cláusula que ofende qualquer princípio é presumidamente abusiva.

O seguinte precedente jurisprudencial bem demonstra a ofensa aos princípios que regem o CDC:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. RECONVENÇÃO, COM

PEDIDO DE RESOLUÇÃO DO AJUSTE. ACOLHIMENTO. NOTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. *MORA EX RE*. *Mora ex re*. Obrigação positiva (de fazer), com data certa para seu cumprimento. Inadimplemento que gera, automaticamente, sem necessidade de qualquer providência do credor, a mora do devedor, segundo a máxima romana “dies interpellat pro homine” (o dia do vencimento interpela pelo homem). CLÁUSULA PENAL. RETENÇÃO. PERCENTUAL. Possível a estipulação de cláusula penal, que nada mais é do que a pré-determinação das perdas e danos. Razoabilidade, ademais, do percentual de 20% sobre as parcelas pagas, por se coadunar com o entendimento deste Órgão Fracionário. **Devolução parcelada dos valores pagos. Impossibilidade. A devolução parcelada dos valores pagos revela-se abusiva e ilegal, ofendendo princípios da legislação consumerista. Ademais, o valor alcançado pelo promitente comprador já se integrou ao patrimônio da empresa responsável pelo empreendimento, tendo sido investido e gerado lucro, nada justificando o fracionamento pretendido.** RECURSO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70062440102, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 11/12/2014). (grifo nosso)

O inciso II do § 1º do art. 51 do CDC presume exagerada a vantagem que “*restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual*”. Abusiva, portanto, será a cláusula que desnaturar aquilo que constitui a obrigação principal do contrato.

Nesse alinhamento, citam-se os seguintes julgados:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. COBERTURA E DANOS MORAIS DEVIDOS. CASO CONCRETO. QUANTIFICAÇÃO. APLICABILIDADE DO CDC. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Súmula 469 do STJ.

Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Além disso, segundo o previsto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, a operadora de plano de saúde não pode impor obrigações abusivas que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem. COBERTURA DEVIDA. **Mostra-se abusiva a negativa da ré em autorizar a realização do procedimento em tela (quimioterapia intraperitoneal com hipertermia), uma vez que cabe ao médico, conhecedor das condições do paciente, indicar a melhor opção para a realização do tratamento, bem como indicar os exames necessários ao correto diagnóstico da moléstia.** DANOS MORAIS. Caso concreto em que a negativa de cobertura extrapolou o mero dissabor dos problemas cotidianos, sendo manifesta a dor, a angústia e o abalo psicológico por que passou a parte demandante, ao ter o tratamento para câncer negado. QUANTIFICAÇÃO. Valor indenizatório fixado em observância às peculiaridades do caso e com o fim de assegurar o caráter repressivo e pedagógico da indenização, sem constituir-se elevado bastante para o enriquecimento indevido da parte autora. O valor da indenização deve ser acrescido de juros moratórios, fixados em 1% ao mês, os quais incidem a contar da citação, por se tratar de relação contratual, além de correção monetária pelo IGP-M, até a data do efetivo pagamento, a contar da data do arbitramento, conforme Súmula 362 do STJ. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE RÉ. (Apelação Cível nº 70057921645, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 10/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE IMÓVEL. INCÊNDIO. PERDA PARCIAL. CLÁUSULA DE DEPRECIÇÃO AFASTADA. CLÁUSULA QUE PREVÊ AUSÊNCIA DE COBERTURA PARA DESCONTAMINAÇÃO. CABIMENTO. PRELIMINARES SUSCITADAS REJEITADAS. Da preliminar de revelia 1. No presente feito não há que se falar em decretação dos efeitos da revelia no caso dos autos, uma vez que a ré

se desincumbiu do ônus que lhe cabia, considerando que a matéria trazida ao feito foi devidamente impugnada pela demandada. Inteligência do artigo 302 do Código de Processo Civil. Da extinção do feito sem julgamento do mérito em razão da quitação outorgada pela parte segurada na via administrativa 2. No que diz respeito a preliminar de extinção do feito em razão da quitação dada pela parte contratante na via administrativa, releva ponderar que a percepção de valores a título de liquidação pelo sinistro não importa em abdicar do direito de receber a indenização perseguida, havendo saldo a ser satisfeito, resultante da diferença entre o valor recebido e aquele efetivamente devido, razão pela qual se afasta a preliminar suscitada. Mérito do recurso em exame 3. O contrato de seguro tem o objetivo de garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 4. Igualmente, é elemento essencial deste tipo de pacto a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas, nos termos do art. 422 da atual legislação civil. 5. Contudo, desonera-se a seguradora de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de ser comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização. 6. Assim, caso seja agravado intencionalmente o risco estipulado, ocorrerá o desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado e o disposto no art. 768 da lei civil, não bastando para tanto a mera negligência ou imprudência do segurado. 7. No contrato de seguro a garantia não pode ultrapassar o valor do interesse segurado quando da conclusão do contrato. O seguro de dano tem caráter indenizatório, de sorte que não pode implicar em vantagem excessiva ao segurado, de modo que se locuplete à custa do segurador. 8. No caso em exame a perícia de engenharia

determinada pelo culto Magistrado de primeiro grau, bem como a certidão de ocorrência do 4º Comando Regional de Bombeiros de Santa Maria, informam a ocorrência de perda parcial do prédio e produtos químicos depositados no local evento danoso descrito na inicial como perda total, afastando, dessa forma, o pagamento integral do teto indenizatório previsto na apólice firmada entre as partes. **10. Reputa-se abusiva a cláusula de depreciação, por desnaturar o objeto do contrato, isto é, a garantia dos prejuízos advindos em virtude do sinistro, em indenização compatível com o valor do prêmio adimplido.** 11. Nulidade de cláusula 9.1 do contrato. Descabimento. Possibilidade de a seguradora afastar a existência de cobertura securitária para despesas com descontaminação de máquina, instalações, solos, lençóis freáticos e demais áreas. 12. Existência de apólice específica para riscos ambientais, que não se insere no pacto firmando entre as partes. 13. Juros de mora. Manutenção da sentença a quo. Observância pelo Julgador dos critérios definidos no pacto firmando entre as partes. 14. Do prequestionamento. Não merece prosperar o prequestionamento postulado objetivando a interposição de recurso à Superior Instância, visto que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os artigos de lei invocados pelas partes, bastando que aqueles referidos no corpo da decisão sejam suficientes para a resolução do caso submetido à apreciação. Rejeitadas as preliminares suscitadas e, no mérito, negado provimento aos apelos. (Apelação Cível nº 70061410247, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 10/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. MIELOMA MÚLTIPLO. “REVLIMID 25mg” (Lenalidomida). COBERTURA DEVIDA. 1. A obrigação da ré é de fornecimento de todos os fármacos necessários ao tratamento quimioterápico, na dosagem recomendada pelo médico assistente. 2. Reconhecido que o contrato entabulado entre as partes prevê a cobertura de tratamento da patologia apresentada pela parte autora, revela-se abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura os

medicamentos correlatos. O plano de saúde não pode se recusar a custear fármaco prescrito pelo médico, pois cabe a este definir qual é o melhor tratamento para o segurado. Precedentes desta Câmara e do STJ. **3. Nos termos do art. 51, IV, do CDC, mostra-se abusiva a cláusula contratual que exclui do tratamento o fármaco pleiteado, uma vez que coloca o consumidor em desvantagem exagerada frente à operadora de plano de saúde.** RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 70062729371, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 10/12/2014). (grifo nosso)

O inciso III presume também exagerada a vantagem que “*se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso*”. A onerosidade excessiva deve ser apurada no caso concreto, com base no desequilíbrio do contrato ou na desproporção das prestações das partes, atentando o julgador para as circunstâncias particulares do caso.

Relativamente a esse dispositivo, é vasta a jurisprudência do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL. FIXAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA A TÍTULO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. CLÁUSULA PENAL DE 10% SOBRE OS VALORES ADIMPLIDOS. POSSIBILIDADE Ocorrendo a resilição da promessa de compra e venda por desistência do comprador, de rigor é o retorno dos contratantes ao “status quo ante”. Dever de a promitente vendedora devolver as parcelas do preço recebidas da parte compradora. Possibilidade, no entanto, de abatimento, pela demandada, de quantia equivalente a 10% sobre o valor das parcelas efetivamente adimplidas, a título de cláusula penal compensatória. **Mostra-se abusiva, a luz do art. 51, IV e § 1º, III, do CDC, a cláusula da avença que, em caso de desfazimento do negócio, prevê a retenção da quantia correspondente a 30% sobre o valor das parcelas pagas.** COMISSÃO DE CORRETAGEM. Em regra, a quantia paga a título de comissão de corretagem

não deve integrar os valores a serem restituídos ao promitente comprador, porquanto se trata de verba paga a terceiro. No caso concreto, entretanto, dos recibos acostados aos autos, não há prova escorreita de que a quantia tenha, efetivamente, sido paga a título de comissão e repassada ao corretor. Assim, impondo-se a devolução dos valores constantes dos recibos encartados aos autos. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME (Apelação Cível nº 70062554456, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 03/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CIVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO. **Mostra-se possível a revisão judicial do contrato, com base nas disposições insertas no CDC, com vista a adequá-lo ao ordenamento jurídico vigente e afastar, se necessário, eventuais abusos e onerosidade excessiva.** CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. Não se conhece o apelo, em relação à TAC, porquanto ausente o interesse recursal, já que a sentença não revisou o encargo referido, mas tão-somente a Tarifa de Cadastro, que possui hipótese de incidência diversa. Igualmente, não resta conhecido o pedido, referente à TEC, pois a sentença não revisou tal encargo. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. De acordo com o colendo STJ, possível, nos contratos firmados após o início de vigência da Medida Provisória nº 1963-17/2000, a capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual, desde que conste sua pactuação de forma expressa, no instrumento contratual, ou que a taxa anual de juros informada no contrato seja superior ao duodécuplo da mensal. É o caso dos autos. **TARIFA DE SERVIÇOS DE TERCEIROS. Mostra-se indevida a cobrança da tarifa de serviços de terceiros, pois esta tem o único desiderato de transferir ao consumidor o custo administrativo das contratações, não representando nenhuma prestação de serviço efetiva ao contratante, o que se afigura abusivo, ex vi legis do art. 51, inciso IV, do CDC.** COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Havendo pagamento a maior, cabível a compensação e/ou repetição do indébito, ex vi da Súmula n. 322 do STJ, na forma simples, porquanto ausente

a má-fé da instituição financeira. PREQUESTIONAMENTO. O Julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os artigos de lei invocados pela parte. Prequestionamento descabido. Apelo conhecido parcialmente e, na parte conhecida, provido em parte. Unânime. (Apelação Cível nº 70053768198, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 18/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RECONVENÇÃO. *TIME SHARING*. INÊXITO NA RESERVA DE VIAGEM. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL PRO PARTE DAS RÉS. ART. 333, I, DO CPC. RETENÇÃO DA CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE. Caso em que os autores, em descumprimento ao preconizado pelo art. 333, I, do CPC, não lograram êxito em comprovar o fato constitutivo de seu direito, qual seja a existência de descumprimento contratual por parte das rés, que ensejasse a resolução contratual. Tratando-se de contrato de *time sharing*, os agendamentos de unidades hoteleiras do programa estão sujeitos à disponibilidade, inexistindo, nos autos, qualquer prova de que as tentativas inexitosas tenham desbordado da normalidade desta espécie contratual. Assim, estando-se diante, em verdade, de resilição, por meio de denúncia vazia dos requerentes, não há que se falar em condenação das rés ao pagamento de cláusula penal. Do mesmo modo, ausentes os requisitos intrínsecos à caracterização do ato ilícito, previsto no art. 186 c/c art. 927, ambos do CC/2002, especialmente no que tange à conduta antijurídica das rés, improcede o pleito indenizatório. **É abusiva, no entanto, a cláusula que prevê a retenção do percentual de 17% sobre o valor do contrato, em favor da primeira ré, a título de “compensação pelos custos administrativos, comerciais, de marketing e outros incorridos para a celebração do mesmo”.** Tratando-se de despesas inerentes ao desenvolvimento da atividade empresarial da *corré Roma Empreendimentos e Viagens*, não há que se falar em seu repasse ao consumidor, mormente porquanto, em concomitância de exigência com a cláusula penal, torna-se excessivamente onerosa

ao consumidor. Presentes, portanto, as hipóteses do art. 51, IV e XII, do CDC, a ensejar a declaração de nulidade da cláusula em comento. Reforma da sentença hostilizada no ponto, a fim de que os pedidos da reconvenção sejam julgados parcialmente procedentes, conferindo-se à primeira ré o direito de reter tão somente o percentual de 10% previsto na cláusula penal compensatória. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Cível nº 70062903141, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 17/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS DE VIDA. AÇÃO DE COBRANÇA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE SUJEITA A PARTE SEGURADA A NOVO PRAZO DE CARÊNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. O contrato de seguro tem o objetivo de garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 2. Igualmente, é elemento essencial deste tipo de pacto a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas, nos termos do art. 422 da atual legislação civil. 3. Contudo, desonera-se a seguradora de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de ser comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização. 4. Assim, caso seja agravado intencionalmente o risco estipulado, ocorrerá o desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado e o disposto no art. 768 da lei civil, não bastando para tanto a mera negligência ou imprudência do segurado. 5. No caso em exame restou estabelecido o prazo de carência de 12 meses para morte natural. Inexiste irregularidade ou abusividade em fixar prazo de carência para o seguro de vida, condição que serve inclusive para

afastar qualquer discussão, por exemplo, para hipótese de que a morte venha a decorrer de enfermidade grave não declarada. Inteligência do art. 797 do Código Civil. **6. A abusividade está na cláusula que prevê novo prazo de carência a ser cumprido pelo segurado, a qual se mostra desproporcional. Inteligência do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.** 7. Assim, no presente feito, como a contratação securitária teve origem em 07/02/2008, e o evento danoso ocorreu em 21/10/2010, a seguradora deve ser condenada ao pagamento do capital segurado contratado. 8. Correção monetária. Termo inicial. Sinistro. Matéria de ordem pública, podendo ser fixada independentemente do pedido e do objeto do recurso. Precedentes do STJ. 9. Juros de mora a partir da citação, quando reconhecido o inadimplemento da obrigação legal, *ex vi* do art. 219, *caput*, do CPC, a base de 1% ao mês, na forma do art. 406 do Código Civil, em consonância com o disposto no art. 161, § 1º, do CTN. Dado parcial provimento ao apelo. (Apelação Cível nº 70062297163, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 10/12/2014). (grifo nosso)

2.2.2 Cláusula abusiva por ofensa à boa-fé

A boa-fé objetiva é princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança, lealdade e honestidade. O princípio gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.

O princípio geral da boa-fé deve reger toda e qualquer espécie de relação de consumo. É requisito que se exige do fornecedor e do consumidor, de modo a fazer com que haja transparência e harmonia nas relações de consumo, mantendo o equilíbrio entre os contratantes.

Trata-se de importante instrumento de controle da abusividade de cláusulas contratuais. Incumbe ao magistrado, ao analisar a situação concreta, verificar se as partes envolvidas na avença (consumidor e fornecedor) atuaram fulcradas na boa-fé, para decidir se a cláusula colocada sob seu alvitre é ou não válida.

Como exemplos de precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, as ementas abaixo transcritas:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MORAIS E MATERIAIS. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CANCELAMENTO UNILATERAL. ABUSIVIDADE. I. Aplicável ao caso concreto o prazo prescricional de um ano previsto no art. 206, § 1º, II, do Código Civil, e Súmula 101 do STJ. No entanto, como a apólice de seguros foi considerada como cancelada pela seguradora a partir de 31.03.2005 e a presente ação foi ajuizada em 22.02.2006, não há falar em prescrição da pretensão dos autores. II. Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, desnecessária a produção de prova pericial atuarial postulada, sendo possível o julgamento antecipado do feito, na forma do art. 333, I, do CPC. Além disso, os documentos já acostados aos autos são suficientes para o desfecho da lide. III. Os contratos de seguros estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor, na forma do art. 3º, § 2º, do aludido diploma legal, devendo ser interpretados de maneira mais favorável à parte mais fraca nesta relação. **Assim, a luz do Código de Defesa do Consumidor, mostra-se abusiva a cláusula contratual que permitiu o cancelamento unilateral da apólice pela seguradora, ainda mais quando se tratava de contrato que era renovado há vários anos, ferindo os princípios da boa-fé, da cooperação, da confiança e da lealdade. Inteligência do art. 51, IV e XV, do CDC.** Precedentes do STJ. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. (Embargos Infringentes nº 70061886040, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 05/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. REVISÃO CONTRATUAL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. READEQUAÇÃO DA SENTENÇA AO PEDIDO INICIAL. REJEITADA A PRELIMINAR CONTRA RECURSAL DE OFENSA AO ART. 514, INCISO II, DO CPC. JUROS REMUNERATÓRIOS.

Juros contratados de acordo com a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central. CAPITALIZAÇÃO DIÁRIA PACTUADA NAS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO EMPRÉSTIMO – CAPITAL DE GIRO. FLAGRANTE ABUSIVIDADE. LIMITAÇÃO DE INCIDÊNCIA EM PERIODICIDADE MENSAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE COBRANÇA DESSE ENCARGO. COMPENSAÇÃO E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. No caso de existência de valores a serem repetidos, estes deverão ser atualizados pelo IGP-M desde a data do efetivo pagamento, incidindo juros de mora a contar da citação. **Cláusula-mandato. Abusiva a emissão de nota promissória em favor da instituição bancária, na medida em que afronta o princípio da boa-fé que deve reger as relações de consumo.** CLÁUSULA RESOLUTÓRIA. NULIDADE. AFASTAMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ATENDIDA A TUTELA DE VEDAÇÃO DE INSCRIÇÃO EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANO MORAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO NÃO ATENDIDO, POIS NÃO CONFIGURADO ATO DA RÉ A GERAR ABALO DESSA NATUREZA. UNÂNIME. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA EM PARTE, REJEITADA A PRELIMINAR ARGÜIDA PELA RÉ E CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE O APELO. COM DECLARAÇÃO DE VOTO DO EMINENTE DES. ANTÔNIO MARIA RODRIGUES DE FREITAS ISERHARD. (Apelação Cível nº 70061854006, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em 29/10/2014). (grifo nosso)

2.2.3 Cláusula abusiva por incompatível com a equidade

O inciso IV do CDC também dispõe ser nula a cláusula incompatível com a equidade, aqui significando a necessidade de se estabelecer uma relação de igualdade e de equilíbrio entre as partes.

A equidade é um princípio e uma técnica de hermenêutica. Permite ao juiz adequar a norma ao caso concreto e chegar à solução justa. Pode ser utilizada como corretivo ou impedimento das cláusulas iníquas, que provoquem vantagem injusta ao fornecedor, em detrimento do consumidor.

A norma dá ao juiz a possibilidade de valoração da cláusula contratual sob seu exame, invalidando-a total ou parcialmente naquilo que for contrária à equidade, para restabelecer o equilíbrio e a justiça contratual no caso concreto.

Cita-se o seguinte precedente do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. REVISÃO DE CONTRATO. REAJUSTE DAS MENSALIDADES EM RAZÃO EXCLUSIVA DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DO BENEFICIÁRIO IDOSO. IMPOSSIBILIDADE. REAJUSTES ANUAIS. PLANO COLETIVO. CONTROLE POSTERIOR DA ANS. PRESCRIÇÃO DECENAL. 1. A discussão acerca da abusividade de cláusula contratual, segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça, sujeita-se ao prazo prescricional de 10 (dez) anos disposto no art. 205 do CC, uma vez que, inobstante estar a relação regida pelo direito consumerista, o prazo contido no art. 27 do CDC tem seu campo de aplicação restrito às ações de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço. 2. As disposições contidas no Estatuto do Idoso, enquanto normas cogentes, são imperativas e de ordem pública, cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, tais quais as existentes no âmbito dos contratos de planos de saúde, independentemente do momento da assinatura do pacto. 3. A despeito da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) vedar expressamente em seu art. 15, § 3º, a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, o próprio Código de Defesa do Consumidor reputa nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, inc. IV). **4. A jurisprudência deste Tribunal firmou entendimento no sentido de ser abusiva a cláusula que prevê reajuste exclusivamente em razão da faixa etária do beneficiário idoso, rompendo com o equilíbrio contratual e inviabilizando a continuidade dos contratos a esses segurados.** Precedentes. 5. Versando a lide sobre contrato coletivo

de plano de saúde, não há como reputar abusivos os reajustes anuais operados acima dos índices estipulados pela ANS para os contratos individuais, salvo flagrante irrazoabilidade. Inteligência do art. 35-E, §2º, da Lei nº 9.656/98 e da Instrução Normativa nº 13/2006 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da ANS. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA PARTE RÉ E DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA PARTE AUTORA. (Apelação Cível nº 70061925806, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 10/12/2014). (grifo nosso)

2.3 Cláusula abusiva de cancelamento unilateral do contrato

Nos termos do inciso XI do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, é considerada abusiva a cláusula que possibilita a apenas uma das partes, no caso o fornecedor, a opção de cancelar o contrato. Tal conduta causa um grave desequilíbrio na relação, além de gerar sensação de insegurança e incerteza ao consumidor.

O escopo desse dispositivo é colocar o consumidor e o fornecedor em posição contratual de igualdade e equilíbrio.

É pacífica a jurisprudência do TJRS nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SEGURO RESIDENCIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE SEGURO. ATRASO NO PAGAMENTO DO PRÊMIO. CANCELAMENTO OPERADO DE FORMA UNILATERAL PELA SEGURADORA. AFASTADA A EXTINÇÃO DA APÓLICE. **É abusiva a cláusula contratual que prevê a possibilidade de cancelamento unilateral do contrato de seguro.** Manutenção da relação contratual entre seguradora e segurado. Precedentes do STJ. Dever de arcar com o pagamento da cobertura securitária. A seguradora não pratica ato ilícito gerador de dano moral, por si só, ao negar o pagamento da cobertura securitária, segundo sua interpretação contratual. O simples inadimplemento contratual, caracterizado pela recusa em pagar a indenização contratada, decorrente de autorizada interpretação de cláusulas contratuais, não configura o dano moral.

Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível nº 70062769179, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 11/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÕES CÍVEIS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL. SENTENÇA *CITRA PETITA*. Não há falar, no caso dos autos, em sentença *citra petita*, porquanto o Juízo *a quo* analisou todos os pedidos veiculados na inicial, não tendo operado a revisão de todas as cláusulas contratuais que permitem um “spread” superior a 20%, por não ser possível a revisão de ofício das cláusulas abusivas, conforme esclareceu em sede de embargos de declaração. CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. Não se conhece o apelo do autor, no tangente ao pedido de compensação e/ou repetição do indébito, porquanto ausente o interesse recursal, já que a sentença acolheu tal pleito. INOVAÇÃO RECURSAL. Também não se conhece o apelo do autor, quanto aos pleitos de eleição do IGP-M como indexador da correção monetária, ilegalidade da Tabela Price, abusividade da cobrança do IOF de forma diluída nas parcelas, ilegalidade das tarifas de quitação antecipada, de abertura de crédito e de emissão de carnê e exclusão dos juros remuneratórios em face da cobrança da comissão de permanência, porquanto ausentes pedidos expressos nesse sentido na inicial, tanto que sequer foram examinados na sentença, tratando-se, portanto, de evidente inovação recursal. REVISÃO DE OFÍCIO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. É defeso ao julgador revisar as cláusulas contratuais, sem que haja insurgência expressa da parte requerente no tocante a cada uma delas, apontando no que consiste a alegada abusividade. Aplicação da Súmula n. 381 do STJ. Assim, não se conhece do pedido do autor, de nulidade de todas as cláusulas contratuais que permitem um “spread” superior a 20% da taxa de captação dos fundos de investimento, pelo banco demandado. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. De acordo com o colendo Superior Tribunal de Justiça, possível, nos contratos firmados após o início de vigência da Medida Provisória nº 1963-17/2000, a capitalização dos juros em periodicidade mensal, desde que conste sua pactuação de forma expressa, no instrumento contratual, ou que a taxa anual

de juros informada no contrato seja superior ao duodécuplo da mensal. É o caso dos autos. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. A mora só fica descaracterizada quando há cobrança de encargos abusivos durante o período da normalidade contratual. Precedentes do colendo STJ. Não é o caso dos autos, porquanto não constatada a alegada abusividade nos encargos da normalidade. **Resolução expressa do contrato. A cláusula que prevê a resolução automática do contrato garantido com alienação fiduciária, pelo simples descumprimento de qualquer das obrigações assumidas pelo financiado, apresenta-se abusiva, porquanto unilateral e leonina, vindo em benefício exclusivo da parte economicamente mais forte, ex vi legis do art. 51, XI, do CDC.** COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Não tendo sido reconhecida nenhuma abusividade nos encargos contratados, descabida a determinação de compensação e/ou repetição do indébito. P obrigado a se manifestar sobre todos os artigos de lei invocados pela parte. Prequestionamento descabido. CONHECERAM EM PARTE O APELO DO AUTOR E, NA PARTE CONHECIDA, DERAM-LHE PARCIAL PROVIMENTO E DERAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70056305279, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 27/11/2014). (grifo nosso)

2.4 Precedentes jurisprudenciais em que não houve o reconhecimento de cláusula contratual como abusiva

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO BB GIRO RECEBÍVEIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. **Havendo previsão de cobrança de comissão de permanência, é possível sua incidência, pois a cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência não é potestativa ou abusiva (Súmula 30 do STJ).** É lícita, pois, se for cobrada segundo a taxa média do mercado apurada pelo BACEN, de acordo com a espécie da operação, limitada à taxa do contrato, não suplantando

a taxa dos juros remuneratórios, e desde que não cumulada com correção monetária e juros remuneratórios (Súmulas nº 294 e 296, do STJ), e/ou encargos moratórios (juros de mora e multa contratual, nos termos da Súmula 30 do STJ), calculada nas mesmas bases da operação primitiva, no período de inadimplência do contrato. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível nº 70062443957, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 17/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA CONCLUSÃO DAS OBRAS. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO. CONGELAMENTO DO SALDO DEVEDOR E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. ATRASO NA OBRA. **A cláusula de tolerância de 180 dias não é abusiva, sendo largamente aceita pela jurisprudência, haja vista a complexidade dos empreendimentos da construção civil, que dependem não só da disponibilidade de material e mão de obra, como das condições climáticas e questões jurídico-administrativas.** ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. A atualização do saldo, mesmo no período de inadimplência, não se mostra abusiva, porquanto visa apenas adequar o valor aquisitivo da moeda por meio da correção monetária. DANOS MATERIAIS. Para que seja autorizado o ressarcimento por dano material, deve este ser devidamente provado. Na hipótese, tendo o autor permanecido residindo com seus pais, não despendeu valores com aluguel de apartamento, o que desautoriza o ressarcimento pretendido a tal título. DOS DANOS MORAIS. O dano moral puro independe de comprovação. Todavia, sua reparação deve corresponder à realidade dos fatos concretos, eis que, consabido, tem por escopo compensar os prejuízos da vítima, bem como evitar a prática reiterada dos atos lesivos. Da análise do caso concreto, como medida justa deve o *quantum* arbitrado ser majorado, para o valor de R\$ 8.000,00, consoante precedentes desta Câmara. Apelo

parcialmente provido. Unânime. (Apelação Cível nº 70062617642, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 17/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA POR DANO MATERIAL E MORAL. COBRANÇA EM CONTA SALÁRIO. DÉBITO RELATIVO À FATURA DE CARTÃO DE CRÉDITO. PREVISÃO CONTRATUAL. AUTORIZAÇÃO POR PARTE DO REQUERENTE. LICITUDE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. 1. O demandante, ao efetuar o pagamento mínimo das faturas relativas ao cartão de crédito, optou por financiar seu débito, conforme cláusula contratual por ele aderida. 2. Desta forma, o financiamento enquadra-se na hipótese que autoriza a dedução, pela instituição financeira, de descontos relativos a parcelas de financiamento, nos termos do art. 2º, § 1º, II, segunda parte, da Resolução nº 3.402/2006 do Conselho Monetário Nacional. 3. **Ademais, a conduta do requerido não se mostra abusiva, já que os valores debitados estão limitados ao comprometimento de percentual inferior a 30% dos vencimentos do autor, não atingindo a totalidade dos mesmos.** APELO PROVIDO. (Apelação Cível nº 70058648106, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 16/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. PECÚLIO. CLÁUSULA DE CARÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NO AJUSTE. OBSERVÂNCIA AO DEVER DE INFORMAÇÃO. AUXÍLIO FUNERAL. NEGATIVA DE COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS À CONTRATAÇÃO. MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte ré contra a sentença de procedência proferida nos autos desta ação de cobrança de pecúlio e auxílio funeral. **PECÚLIO – As cláusulas limitativas presentes nos contratos de seguro nem sempre serão abusivas. Elas não foram vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor caso redigidas em destaque e de fácil**

compreensão pelo contratante. Precedentes. *In casu*, na proposta e no regulamento do plano de pecúlio as cláusulas restritivas foram redigidas de forma destacada e clara, não colocando o consumidor em desvantagem. Inteligência do artigo 797 do Código Civil. Assim, impõe-se o provimento do recurso da parte ré, no ponto, e a reforma da sentença, para o fim de julgar improcedente o pedido relativo ao pecúlio. AUXÍLIO FUNERAL – A parte ré não adotou qualquer cautela ao contratar, não realizou exame no participante, preferindo ocorrer risco e perceber os pagamentos mensais ao invés de procurar certificar-se das reais condições de saúde de cada aderente. Não se verifica má-fé, como tenta a parte ré atribuir ao contratante. Verifica-se, sim, uma tentativa frustrada da seguradora de se eximir de suas responsabilidades, bem como a opção em dispensar exames médicos dos aderentes ao grupo segurado preferindo abocanhar respeitável número de participantes em detrimento do segurado, assumindo o chamado risco do negócio. Sendo assim, considerando que a única alegação da seguradora para não efetuar o pagamento da indenização a título de auxílio funeral foi a ocorrência de doença preexistente, impõe-se a manutenção da sentença de procedência no tópico. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA, VENCIDO O VOGAL QUE DAVA PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70038053880, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 10/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO PARTICULAR. AÇÃO MONITORIA. EMBARGOS. INSTRUMENTO PARTICULAR DE NOVAÇÃO DE DÍVIDA. CONCESSÃO DE BOLSA DE ESTUDOS. DESCABIDA A PRETENSÃO DE REDISSCUSSÃO DA ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS CONTRATUAIS. DEMANDA REVISIONAL PRETÉRITA JULGADA IMPROCEDENTE. PAGAMENTOS QUE FORAM CONTABILIZADOS PELA PARTE CREDORA. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO PELO VALOR DA HORA-AULA. POSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DA MONITÓRIA MANTIDA. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido

formulado nos autos desta ação monitória e improcedente o pedido indenizatório formulado na reconvenção. A discussão acerca da abusividade dos encargos contratuais foi objeto da ação revisional nº 022/1.05.0036994-2, julgada improcedente, não tendo sido modificada por ocasião do julgamento da apelação cível nº 70017680257, descabendo, portanto, qualquer alegação acerca da abusividade dos juros remuneratórios e moratórios e da prática ilícita de capitalização mensal de juros. Ademais, os pagamentos realizados pela parte embargante no período de 30 de julho de 2001 a 30 de dezembro de 2004 foram contabilizados pela parte credora, ora autora, tanto que a primeira parcela que compõe o débito ora discutido refere-se a 30 de janeiro de 2005, consoante se verifica no cálculo juntado à fl. 36. **Por derradeiro, impende salientar que a utilização da hora-aula para atualização do débito não é abusiva, havendo expressa pactuação entre as partes (cláusula segunda, item “c”, do contrato de fl. 11, e instrumento de novação de dívida de fl. 13).** Destarte, o desprovimento do recurso e a manutenção da sentença de procedência da ação monitória é medida impositiva. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível nº 70038980819, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 10/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDO DE REVISÃO. CONSÓRCIO DE IMÓVEL. LIMITAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. AFASTADA. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE. LIMITAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. **Esta Câmara Cível tem entendimento sedimentado no sentido de que as administradoras de consórcio possuem total liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, nos termos do que dispõe o art. 33 da Lei nº 8.177/91 e da Circular nº 2.766/97 do BACEN, não sendo considerada ilegal ou abusiva as taxas fixadas em percentual superior a 10%.** Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível nº 70054662689, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 19/11/2014). (grifo nosso)

3. Conclusão

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo controle do

De nada adianta a existência do código se os princípios que o estruturam não são valorizados e aplicados pela jurisprudência

conteúdo dos contratos de consumo. Consagrada a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores pelo sistema de proteção do consumidor como princípios, qualquer tentativa de burlar tal equidade estará em desacordo com o sistema, resultando nula de pleno direito a avença que represente onerosidade excessiva ao consumidor.

A lista do art. 51 do CDC é exemplificativa de cláusulas abusivas, a ser concretizada pela jurisprudência brasileira.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sempre se preocupou em aplicar os princípios e regras do CDC. Esse código trouxe avanço significativo ao ordenamento jurídico brasileiro, com princípios modernos e inovadores de defesa da sociedade, instituindo, ainda, instrumentos efetivos de proteção ao consumidor. Todavia, de nada adianta a existência do código se os princípios que o estruturam não são valorizados e aplicados pela jurisprudência.

Se a situação ainda não é totalmente perfeita no mercado brasileiro, a tendência é sem dúvida no sentido de um controle judicial efetivo e a consequente diminuição das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

Notas

- * Desembargador Francisco José Moesch. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica-PUC-RS e da Escola Superior de Magistratura – AJURIS.
- 1. Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.

OS JUIZADOS
ESPECIAIS CÍVEIS
NO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO – A
QUESTÃO RELATIVA
ÀS DEMANDAS DE
MASSA E O PAPEL DAS
TURMAS RECURSAIS
NA UNIFORMIZAÇÃO
DA JURISPRUDÊNCIA¹

ALEXANDRE CHINI*

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

EXCERTOS

“Os dados estatísticos demonstram que o sistema dos juizados se revela como a forma economicamente mais viável de efetivação da tutela jurisdicional”

“É fundamental para o sistema dos juizados que as turmas recursais tenham uma jurisprudência consolidada na forma regimental”

“A atuação do magistrado deve estar alinhada com um programa de trabalho organizado, impessoal e contínuo, que estabeleça uma política responsável e integrada nos juizados e turmas recursais”

“Assegurar a celeridade, a qualidade técnica das decisões, bem como a segurança do sistema não é tarefa que se execute sem considerar fatores externos e internos que possam elevar o número de processos tombados ou a taxa de recorribilidade”

“Devemos buscar, também, a implantação de um modelo de gestão que contextualize um fluxograma de trabalho, readequando procedimentos que adotem controle de qualidade total, sobretudo para que estejamos preparados para enfrentar os fatores internos e externos que venham a interferir de forma negativa em toda a estrutura administrativa”

A busca por uma justiça restaurativa, célere e capaz de trazer a paz social é tão antiga quanto a própria ideia de justiça. João Miguel Galhardo Coelho, em seus *Julgados de paz e Mediação de Conflitos*², faz um resgate histórico: “*Em busca das menções mais remotas à figura dos Juizes de paz, encontramos, no Código Visigótico, referências aos defensores ou assertores pacis, importante corpo de magistrados investidos por especial autoridade real, com prerrogativa de ‘fazer e manter a paz’.... Outro indício histórico encontra-se nos forais dos conselhos portugueses da Idade Média, como o da vila acastelada de Caja (1260), onde pode ler-se ‘O injuriado dê tréguas ao ofensor e receba a satisfação por autoridade do dito juiz e vizinhos’.*” O autor ainda faz referência às Ordenações Afonsinas, que estabelecem que “*os juizes devem muito trabalhar por trazer às partes a concórdia, e isto não é de necessidade, mas de honestidade e virtude por os tirar de trabalhos, omesios e despesas*”; bem como alude, outrossim, às Cortes de Elvas de 1481-82, às Ordenações Manuelinas e às Ordenações Filipinas.

Outro fato que deve ser observado é o da criação, no Brasil, pela Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, da figura dos juizes de paz (art. 162), que não guarda relação com o atual modelo de simplificação procedimental introduzido pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, mas que, de qualquer forma, serviu de inspiração ao mesmo monarca ao outorgar em Portugal a Constituição de 1826.

Pois bem, no decorrer dos séculos, em Portugal, o modelo dos juizes de paz foi sendo aperfeiçoado até se transformar, com a edição da Lei 78, de 13 de julho de 2001, em uma nova categoria de tribunais vocacionados para a resolução de causas cíveis de menor complexidade.

De qualquer modo, a ideia de uma justiça simplificada no sistema jurídico brasileiro sempre esteve presente. Apenas para não cansar o leitor, cito os seguintes registros, selecionados em nota de pé de página por Felipe Borring Rocha, em seu *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*³:

Art. 113, item 25 da Carta Constitucional de 1934: “Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas”; art. 106 da CF de 1937: “Os Estados poderão criar Juizes com investidura limitada

no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das que excederem da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios”; art. 124, XI, da CF de 1946: “Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: [...] poderão ser criados cargos de juízes togados com investidura limitada ou não a certo tempo, e competência para julgamento das causas de pequeno valor. Esses juízes poderão substituir os juízes vitalícios” (com a EC 16/1965, a redação do inc. XI ficou a seguinte: “Poderão ser criados cargos de juízes togados com investidura limitada ou não a certo tempo, e competência para julgamento de causas de pequeno valor. Esses juízes poderão substituir os vitalícios”); art. 136 da Carta de 1967: “Os Estados organizarão a sua Justiça [...] § 1º A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: b) Juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir Juízes vitalícios”; art. 144, § 1º, b, da EC nº 1/69: “Os Estados organizarão a sua justiça [...] A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: b) juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir juízes vitalícios” (com a EC 7/77, a redação do item b ficou assim: “juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e de crime a que não seja cominada pena de reclusão, e poderão substituir os vitalícios”). Ver, também, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/1979), o art. 17 § 4º: “Poderão os Estados instituir, mediante proposta do respectivo Tribunal de Justiça, ou Órgão Especial, juízes togados, com investidura limitada”.

No Brasil, o primeiro passo rumo à simplificação do procedimento veio com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973. O rito sumário previsto no art. 275 do CPC foi uma tentativa de redução do tempo do processo em sentido estrito⁴. Contudo, o verdadeiro passo foi dado com a edição da Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que efetivamente criou um juizado competente para a solução das pequenas causas, assim consideradas em razão do seu valor.

Entretanto, somente em 1995 é que o atual modelo de juizados especiais cíveis foi implantado através da Lei 9.099/95, que, atendendo a determinação do art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, possibilitou que questões conflituosas que não eram conhecidas pelo velho modelo de justiça passassem a ser discutidas através do rito simplificado dos juizados especiais.

Por outro lado, na medida em que a Lei 9.099/95 facilitou o acesso à justiça, teve início um significativo aumento do número das demandas ajuizadas, transformando o sistema dos juizados no mais importante instrumento de exercício da cidadania e inclusão social disponível em nossa estrutura jurídica.

Nesse contexto, só a título de exemplo, no ano de 2014, foram tombados no sistema dos juizados⁵ 888.574 (oitocentos e oitenta e oito mil quinhentos e setenta e quatro) novos processos, dos quais 119.342 (cento e dezenove mil trezentos e quarenta e dois) foram objeto de recursos para as turmas recursais.

Assim, assegurar a celeridade, a qualidade técnica das decisões, bem como a segurança do sistema não é tarefa que se execute sem considerar fatores externos e internos que possam elevar o número de processos tombados ou a taxa de recorribilidade.

A verdade é que o sistema dos juizados especiais já contou com 71.8% da confiança da população⁶ e que, no ano de 2014, representou 53% de toda a demanda distribuída no Estado do Rio de Janeiro, ao custo total da atividade de 10,89%⁷ de todo o gasto com a 1ª instância, ou seja, R\$ 404.681.577,69 (quatrocentos e quatro milhões, seiscentos e oitenta e um mil, quinhentos e setenta e sete reais e sessenta e nove centavos) enquanto que a Justiça comum (1ª instância) custou R\$ 2.790.246.418,90 (dois bilhões, setecentos e noventa milhões, duzentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e dezoito reais e noventa centavos) e a 2ª instância R\$ 519.506.243,45 (quinhentos e dezenove milhões, quinhentos e seis mil, duzentos e quarenta e três reais e quarenta e cinco centavos) de um total de R\$ 3.714.434.240,04 (três

O sistema dos juizados é o mais importante instrumento de exercício da cidadania e inclusão social disponível em nossa estrutura jurídica

bilhões, setecentos e quatorze milhões, quatrocentos e trinta e quatro mil, duzentos e quarenta reais e quatro centavos), referentes a toda atividade judiciária do Estado.

Os dados estatísticos demonstram que o sistema dos juizados se revela como a forma economicamente mais viável de efetivação da tutela jurisdicional, se levarmos em conta o relatório de despesa do Poder Judiciário por atividade e categoria de 2014 – da Diretoria Geral de Planejamento, Acompanhamento e Finanças.

Por certo não é possível gerenciar este sistema sem organização, conhecimento (treinamento contínuo das pessoas envolvidas) e sem a adoção de métodos que imponham um conceito de controle de qualidade e padronização em todas as etapas da operação. Devemos buscar a eficiência na prestação dos serviços com o incentivo à conciliação, flexibilização procedimental⁸ e com a implantação de um sistema de processamento eletrônico que torne mais segura e ágil a atividade cartorária.

Devemos buscar, também, a implantação de um modelo de gestão que contextualize um fluxograma de trabalho, readequando procedimentos que adotem controle de qualidade total, sobretudo para que estejamos preparados para enfrentar os fatores internos e externos que venham a interferir de forma negativa em toda a estrutura administrativa.

As demandas de massa, como, por exemplo, conflitos individuais de natureza multitudinárias, podem comprometer toda a estrutura dos juizados especiais cíveis, inviabilizando a prestação jurisdicional.

Exemplos recentes de conflitos individuais que se transformaram em processos de massa, de um dia para o outro, foram as questões relativas ao intitulado “Cartão Megabônus”⁹, e as demandas relativas à cobrança de tarifa de esgoto¹⁰, quando a concessionária não realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos sanitários.

Explicando melhor: o “Cartão Megabônus” era uma modalidade de cartão pré-pago, oferecido geralmente a pessoas sem condições de obter créditos. O fato é que o referido cartão deu ensejo à propositura de grande número de ações, por propaganda enganosa, postulando os consumidores o cancelamento de seus cartões, a devolução das mensalidades pagas e indenização por danos morais, estes últimos

sob o fundamento da frustração experimentada pelos autores, ao verificar que o cartão por eles contratado não lhes dava direito a nenhum crédito.

A onda de demandas só terminou quando foi editada a Súmula 147 do TJRJ nos seguintes termos:

Nas ações indenizatórias decorrentes da contratação do 'Cartão Megabônus', os danos morais não podem ser considerados *in re ipsa*, cumprindo ao consumidor demonstrar a ofensa à honra, vergonha ou humilhação, decorrentes da frustração da expectativa de sua utilização como cartão de crédito.

Do mesmo modo, uma quantidade avassaladora de demandas foi proposta em busca da devolução da tarifa de esgotamento e de indenização por danos morais, ao argumento de que a cobrança da tarifa de esgoto pressupõe a prestação integral do serviço de esgotamento sanitário, e não apenas a realização da coleta, do transporte e do escoamento dos dejetos.

Contudo, apesar de algumas turmas recursais terem revisto seu entendimento inicial, a verdade é que este tipo de demanda de massa só terminou quando o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.339.313/RJ¹¹, que reconheceu a legalidade da cobrança de tarifa de esgotamento sanitário.

A provocação que se faz é justamente a seguinte: ambas as demandas foram propostas inicialmente nos juizados, seja porque o sistema dos juizados é vocacionado à inclusão social e à democratização do Poder Judiciário, seja porque, no sistema dos juizados, as partes não necessitam ser representadas por advogados (art. 9º da Lei 9.099/95)¹² nas causas de até vinte salários mínimos, salvo para ofertar qualquer tipo de recurso, ou porque a sentença de primeiro grau não condenará o vencido nas custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé (art. 55).

Apesar de tudo, e isto é relevante, nenhuma das hipóteses citadas foi objeto de uniformização pelas turmas recursais, o que gerou decisões divergentes entre os colegiados, possibilitando que os juizados adotassem várias posições a respeito do mesmo tema.

Esta experiência nos leva a concluir que é fundamental para o sistema dos juizados que as turmas recursais tenham uma jurisprudência consolidada na forma regimental, Resolução 14/2012 alterada pela Resolução 05/2013, valendo destacar o art. 41, *verbis*:

A Turma de Uniformização, destinada a dirimir divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais, será presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das Turmas Recursais da competência onde se verifica a divergência de julgados e pelo Juiz Coordenador das Turmas Recursais.

As turmas recursais, diante da próxima onda de demandas de massa, devem se antecipar ao evento e uniformizar seus entendimentos, até mesmo de forma analógica, nos termos do art. 476 do CPC¹³, facultando ao julgador a possibilidade de obter o pronunciamento prévio da turma unificadora. O que não pode ocorrer é cada uma das cinco turmas julgar de forma diferente uma da outra, em prejuízo à segurança jurídica e à funcionalidade do próprio sistema.

A uniformização da jurisprudência possibilitará a cassação ou reforma liminar da sentença ou acórdão contrários à orientação firmada pela turma unificadora (parágrafo único do art. 48 do RITR), além de possibilitar o não recebimento do recurso inominado¹⁴.

Art. 48 – Julgado o mérito do pedido de uniformização, os demais pedidos sobrestados serão apreciados pelos Juízes dos Juizados ou integrantes das Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pela Turma de Uniformização.

Parágrafo Único. Mantida a decisão pelo Juiz do Juizado ou integrante da Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização, a requerimento do interessado, cassar ou reformar, liminarmente, a sentença ou o acórdão contrário à orientação firmada, proferindo a decisão que deverá ser observada no caso.

Ademais, se bem utilizado, o pedido de uniformização pode ser de grande valia para a racionalização dos trabalhos desenvolvidos

perante os juizados especiais, conforme se extrai da seguinte orientação:

Havendo foco expressivo de demandas em massa, os juizados especiais solicitarão às Turmas Recursais e de Uniformização Regional o julgamento prioritário da matéria repetitiva, a fim de uniformizar a jurisprudência a respeito e de possibilitar o planejamento do serviço judiciário (Enunciado 6 do FONAJEF).

Sobre o ponto, observa, ainda, o ministro Luiz Fux¹⁵:

A Jurisprudência assumiu o mesmo relevo característico dos sistemas de família da common law, vinculando juízes e tribunais, reclamando, por seu turno, a perfeita adequação da causa ao precedente (*distinguishing*), a possibilidade de sua modificação (*overruling*), bem como a modulação temporal da modificação jurisprudencial no afã de evitar a surpresa judicial, interdição que conspira em prol da prometida segurança jurídica eclipsada em cláusula pétreia constitucional. Essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados e preservando em níveis aceitáveis o denominado ‘risco Brasil’. É que a mudança abrupta da jurisprudência desorganiza a vida de pessoas e empresas e por via oblíqua afasta os investimentos no país, cuja *ratio essendi* se situa exatamente na previsibilidade da legalidade da atividade empreendida.

Atualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro conta com cinco turmas recursais cíveis, centralizadas na Capital, compostas por 25 magistrados. Cada um dos 25 juízes recebeu uma distribuição diária de novos processos que variou entre 22,11 em fevereiro/2015 e 18,8 em março/2015. No ano de 2014 eram vinte magistrados e a média diária de processos distribuídos foi de 26,6 processos para cada um dos integrantes do colegiado.

No ano de 2014, conforme relatório do tempo de permanência do processo no Conselho Recursal, extraído do sistema E-Jud, o tempo

médio entre a distribuição e o julgamento foi de 66,09 dias, sendo o tempo médio entre a distribuição e a baixa de 109.58 dias, tendo sido distribuídos 119.342 (cento e dezenove mil trezentos e quarenta e dois) novos processos e baixados 120.272 (cento e vinte mil duzentos e setenta e dois) processos.

Por sua vez, em 2014, a taxa de recorribilidade das decisões proferidas nos juizados foi de 13%. Contudo, essa taxa pode variar para mais ou para menos, dependendo da orientação jurisprudencial assim como de outros fatores.

Quais seriam estes outros fatores? Seriam, por exemplo¹⁶, as sucessivas inclusões de novos legitimados admitidos a propor ações perante os juizados (art. 8º da Lei 9.099/95), além das pessoas físicas (inciso I), as microempresas (inciso II), as pessoas jurídicas qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público (inciso III), as sociedades de crédito ao microempreendedor e, por fim, a recente modificação trazida pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, que alterou o art. 8º, § 1º, para incluir no inciso II as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais e as empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.

Confira a atual redação:

Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

~~§ 1º Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.~~

§ 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: (Redação dada pela Lei nº 12.126, de 2009)

I – as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)

~~II – as microempresas, assim definidas pela Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999; (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)~~

II – as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; (Redação

dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III – as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)

IV – as sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001. (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)

§ 2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação.

O texto do art. 8º na verdade autoriza um número indefinido de pessoas jurídicas legitimadas a proporem ações perante os juizados. Como exemplo, as alterações trazidas pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999, e a Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001.

Explicitando: a Lei 9.790, de 23 de março de 1999, que define as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, o fez de forma genérica, abrindo margem a várias possibilidades de enquadramento nesta condição.

Do mesmo modo a Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, que estabelece regras às sociedades de crédito ao microempreendedor e às empresas de pequeno porte, equiparadas às instituições financeiras para os efeitos da legislação, são, na verdade, companhias de capital fechado e empresas por cotas de participação.

Mas não é só. Ainda existe a possibilidade da competência dos juizados especiais cíveis ser fixada de forma absoluta para o conhecimento de ações civis cujo valor esteja compreendido na alçada estabelecida pela Lei 9.099/95.

Sobre esse quesito, vem à discussão Ricardo Augusto de Sales¹⁷, *in A Competência Absoluta dos Juizados Especiais Cíveis*, selecionando alguns eminentes juristas que têm a mesma opinião do referido autor. Nesse sentido, quero aqui enfatizar a necessidade de se debater o impacto que eventual alteração da competência poderia gerar no sistema dos juizados, valendo destacar:

Entretanto, não é somente devido à competência funcional, que é absoluta, a competência dos Juizados Especiais para as matérias

elencadas na lei que os concebeu, mas também em razão da competência material, haja vista ter a lei enumerado a espécie material de demanda que poderá ser apreciada nos Juizados Especiais, tendo excluído por definitivo a competência dos demais órgãos jurisdicionais, mesmo que concorrentemente. Sustentando que é absoluta a competência dos Juizados Especiais há inúmeros doutrinadores de escol. Veja-se:

‘A competência dos juizados especiais cíveis em face das normas constitucionais e infraconstitucionais’, por ANTONIO DE PÁDUA FERRAZ NOGUEIRA (RF 339/39); ‘A competência absoluta e a ausência do limite do valor da causa nos Juizados Especiais cíveis’, por J. S. FAGUNDES CUNHA (RJ 227/123); ‘Lei nº 9.099/95: a obrigatoriedade da competência e do rito’, por HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES (Ajuris 67/186); ‘Juizados Especiais cíveis: absoluta a sua Competência’, por LOURI GERALDO BARBIERO (Lex-JTA 162/6); ‘Inconstitucionalidade da opção ao autor para ingressar nos Juizados Especiais’, por LUIS FELIPE SALOMÃO (RT 746/73, RF 342/545, RJ 240/7), Nota ao art. 3º da Lei nº 9.099/95, por THEOTÔNIO NEGRÃO (Código de Processo Civil, p. 1412, Ed. Saraiva, 31ª edição). No mesmo sentido do que aqui se esposou, considerando obrigatória a competência do Juizado Especial, traz se à menção os seguintes arestos: Lex- JTA 157/13, 158/15, RF 337/295, RJ 226/88, Bol. AASP 1.969/299; RJTAMG 65/266, maioria’.

Por fim, ainda com relação ao alargamento da competência dos juizados, tramitam na Câmara dos Deputados os projetos de lei 5.696/2001 e 599/2003, que conferem aos juizados competência para processar e julgar as ações de família. Tais projetos encontram-se aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)¹⁸.

Concluindo: não podemos perder o foco, pois, embora não tenhamos o controle das variáveis, podemos uniformizar nossos entendimentos para que possamos dar mais um passo na consolidação dos juizados como vertente pacificadora. A atuação do magistrado deve estar alinhada com um programa de trabalho organizado, impessoal e contínuo, que estabeleça uma política responsável e integrada nos

juizados e turmas recursais, adotando um controle de qualidade total orientado por prioridades, com um processo produtivo alicerçado em dados estatísticos seguros.

Notas

- * Alexandre Chini. Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Titular do I Juizado Especial Cível da Comarca de Niterói, foi integrante da Comissão de Apoio à Qualidade dos Serviços Judiciais – COMAQ e da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES, tendo integrado as Turmas Recursais do Estado, em 2013, exercendo a função de Coordenador das Turmas Recursais Cíveis, Criminais e Fazendárias no respectivo período. Reconduzido para o biênio 2015/2017.
1. Resumo do Painel apresentado no dia 18 de maio de 2015, na EMERJ, aos juízes em vitaliciamento.
 2. Editora Âncora, 1a. ed. 2003, p. 13-15.
 3. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. 7. ed. Atlas, p. 5.
 4. BECKER, Laércio Alexandre. *Op. cit.* “O que podemos chamar genericamente de ‘tempo do processo’ em sentido amplo (TPSA) é um gráfico composto por, no mínimo, três linhas paralelas, sendo uma constante e duas variáveis – além de outros elementos que podem interferir diretamente no TPSA. A constante é a temporalidade ordinária: o tempo profano, do calendário – ver ‘A erosão do sagrado processual’, nesta coletânea. É o tempo marcado, para o Judiciário de todo o país, pelo relógio atômico de rubídio instalado no STF, com precisão de bilionésimos de segundo. (Um preciosismo de dar inveja à Fórmula 1). A primeira variável é, digamos, o ‘tempo do processo’ em sentido estrito (TPSE), medido pela extensão dos prazos processuais, bem como pelo número de fases processuais, de audiências e de recursos possíveis. Reduzir esses elementos é promover uma ‘sumarização formal’. A segunda variável é o, por assim dizer, tempo do meio técnico do processo (TMTP): tempo de encaminhamento das petições para juntada, dos autos para julgamento nos diversos graus de jurisdição, das comunicações dos atos processuais para ciência das partes etc. Ele é alterado com a alteração do próprio meio técnico utilizado pelo processo.”
 5. Cível, Criminal e Fazendária.
 6. Os dados retirados da pesquisa: A Imagem das Instituições Públicas Brasileiras – realizada pela AMB e disponível em www.amb.com.br
 7. Fonte: DW RAC – Sistema de Gestão de Custos; Nota: Rateio da Atividade Administrativa por categoria de despesa. Processos: DGJUR/DEIGE; elaboração: DGPCF/DEPLO/DIACC; emissão: maio/2015.
 8. Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte, *in* Flexibilização Procedimental nos Juizados Especiais Estaduais, editora JC, 2014.
 9. 501.876 (quinhentos e um mil oitocentos e setenta e seis) novos processos.
 10. 699.280 (seiscentos e noventa e nove mil duzentos e oitenta) novos processos.

11. Administrativo. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Serviço de esgotamento sanitário. Prestação de serviços de coleta e transporte dos dejetos. Inexistência de rede de tratamento. Tarifa. Legitimidade da cobrança. 1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem emprega fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia. 2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto Regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue. 3. Tal cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço, uma vez que a concessionária não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado. 4. O tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza sócio-ambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público. 5. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: REsp 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.02.2013; REsp 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29.06.2012; e REsp 431121/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 07/10/2002. 6. Diante do reconhecimento da legalidade da cobrança, não há o que se falar em devolução de valores pagos indevidamente, restando, portanto, prejudicada a questão atinente ao prazo prescricional aplicável as ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. 7. Recurso especial provido, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de esgotamento sanitário. Processo submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
12. “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistida por advogados, nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”
13. Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.
14. Nos termos do art. 518, § 1º, do CPC, na redação da Lei 11.276/06, regra absolutamente compatível com o sistema dos Juizados Especiais, o juiz não receberá o recurso inominado quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.
15. *Revista Jurídica In Verbis*, n. 43, 2014, p. 22.

16. Outro fator que poderia elevar da taxa de recorribilidade – devolução das custas ao recorrente vencedor – e.g., Lei 1.1404, de 19 de dezembro de 1996 – Pernambuco; Provimento 35/2008/CGJ – Mato Grosso, e, Resolução 01/2005 – CSJEs – Paraná.
17. *Revista dos Juizados Especiais Cíveis do TJDFT*, jul./dez., 2002. p. 24.
18. Consulta realizada no dia 19 de maio de 2015. Referência: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=109254>

Referências

- BECKER, Laércio Alexandre. *Qual é o jogo do processo*. Sergio Antonio Fabris Editor.
- CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC – Controle da Qualidade Total (no estilo japonês)*. 8. ed. Editora INDG, 2004.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. Julgados de Paz e Justiça. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Bonijuris, v. III, n. 10, junho 2013.
- GAULIA, Cristina Tereza. *Juizados Especiais Cíveis: O Espaço do Cidadão no Poder Judiciário*, Renovar, 2005.
- GALHARDO COELHO, João Miguel. *Julgados de paz e mediação de conflitos*. 1a. ed. Âncora, 2003.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígio*. 2. ed. Almedina, 2012.
- MELLO, Flávio Citro de. A Turma Recursal Como Elemento de Política e de Administração Judiciária Para Gestão do Contencioso de Massa. *Revista Direito em Movimento da EMERJ*, v. 16, p. 89, setembro 2012.
- BERG, Eduardo. *Os Juizados Especiais Cíveis e a Lei 9.099/95 (Doutrina e Jurisprudência do STF, STJ e dos Juizados Cíveis)*. 2. ed. Lumen Juris, 2009.
- ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. 7. ed. Atlas.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: federais e estaduais*, v. 15, tomo II, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção Sinopses Jurídicas.
- SALES, Ricardo Augusto de. “A Competência Absoluta dos Juizados Especiais Cíveis”, *Revista dos Juizados Especiais Cíveis do TJDFT*, jul./dez., 2002.

O PODER EXECUTIVO MUNICIPAL E O SEU DEVER DE CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MÁRCIO DE CAMILLIS*

Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

PAULO VALÉRIO DAL PAI MORAES**

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul – PUCRS

RESUMO

Para que se concretize a defesa do consumidor, o que a Constituição Federal de 1988 elevou à condição de direito fundamental, torna-se impositivo que o poder público esteja estruturado para que cumpra o seu dever de promover tal defesa. O presente trabalho se foca na necessidade de criação de órgãos municipais de defesa do consumidor, pois somente assim os municípios estarão minimamente estruturados para promover tão primordial exercício de cidadania e preparados para cumprir o seu papel dentro do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Tendo como base uma metodologia bibliográfica e a compreensão sistemática dos princípios constitucionais que informam o todo protetivo, concluímos que a criação de órgão municipal de defesa do consumidor é dever, e não ato discricionário, do Poder Executivo municipal, mas deve ser buscada a sua instituição por intermédio da negociação e ou da mediação, que são meio mais adequados de resolução de problemas.

ABSTRACT

In order to consolidate the consumer protection, which the Federal Constitution of 1988 promoted to the condition of fundamental right, the Public Power must be structured to accomplish its duty of promoting such protection. The present work focus on the need of creating Consumer Protection municipal agencies, as the only way for the municipal districts to be basically structured to promote such primordial exercise of citizenship and get prepared to accomplish its role inside the National System of the Consumer Protection. Having as basis a bibliographical methodology and the systematic understanding of the constitutional principles which inform the whole protective system, we conclude that the creation of a municipal agency of Consumer Protection is a duty, not a discretionary act, of the Municipal Executive Power, but its institution must be searched through negotiation or mediation, which are the most adequate means to solve problems.

1. Introdução

O tema que inspira este trabalho certamente divide opiniões no mundo jurídico, uma vez que a definição de ser ou não dever do município a criação e manutenção de órgão próprio de defesa do consumidor¹ passa por uma análise sistemática que envolve o direito constitucional, o direito do consumidor e o direito administrativo, sendo neste último onde talvez se situe o centro da principal controvérsia: trata-se de ato discricionário, de mera conveniência da gestão administrativa, ou é dever que vincula a administração pública municipal?

Ainda que a controvérsia se instale com mais força no âmbito do direito administrativo, é no direito do consumidor e, principalmente, com a preponderância dos direitos fundamentais que ela se resolve.

Mesmo nestes nossos tempos de globalização, as peculiaridades locais continuam merecendo toda a atenção do Estado (Estado na sua concepção mais ampla), cabendo a este acompanhar a evolução das relações jurídico-sociais, criando estruturas que satisfaçam os mais elementares anseios e necessidades da sociedade, mais ainda quando a ordem constitucional fixa expressamente os seus objetivos.

Infelizmente, no que diz respeito à defesa do consumidor, estamos longe de ver que as administrações municipais têm plena consciência da sua responsabilidade e importância enquanto entes integrantes do chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Grande prova disso está em que, segundo dados obtidos² junto ao Procon do Estado do Rio Grande do Sul³, dos 497 municípios gaúchos apenas 68 possuem alguma espécie de entidade local de defesa do consumidor.

O direito do consumidor está diretamente vinculado à questão da cidadania, pois, no âmbito consumerista, trata-se predominantemente do direito à saúde, à alimentação, à moradia etc. (o que é isto senão direito à vida digna?).

O que acontece na atualidade é um imenso número de lesões graves e de enorme repercussão que, dispersas no mercado de consumo, não recebem do poder público a devida atenção, exatamente porque ele não está organizado para este fim.

Como saber, por exemplo, se um determinado problema médico, advindo da ingestão de específico alimento, efetivamente possui uma dimensão coletiva ou não? Aí estão as manchetes jornalísticas diárias sobre casos que parecem fatos isolados, mas que se revelam comuns a muitas pessoas (e até mesmo indeterminadas) – não raras vezes, somente após a morte de mais de um consumidor é que se constata se tratar de um dano coletivo, e aí já é tarde. O que se vier a fazer a partir de um dano confirmado servirá, no máximo, para se tentar evitar maiores consequências. No caso de uma vida perdida, é mais fácil dimensionar a importância fundamental que uma atuação preventiva teria.

Se não se tem condições de definir se determinado fato danoso possui natureza individual ou coletiva, de que forma os entes legitimados à defesa coletiva⁴ poderão atuar (preventivamente até) e confirmar, judicial ou extrajudicialmente, a legitimidade tutelar outorgada?

Pois isso pode ser resolvido (ou, ao menos, amenizado) com a criação de Procons municipais, que, entre tantas outras imprescindíveis atribuições, funcionarão como mecanismos de captação de reclamações, fazendo com que, pela união e organização, aumente-se a força dos consumidores naturalmente vulneráveis e se identifique, com mais brevidade e rapidez, os casos que exigem pronta atuação coletiva.

Saliente-se que as questões consumeristas, no mundo massificado, assumiram repetidas vezes uma dimensão catastrófica, podendo ser dados alguns exemplos marcantes, tais como: **a)** a Talidomida Contergan, um sedativo muito utilizado entre 1958 e 1962, principalmente por gestantes, que causou deformidades em mais de oito mil pessoas pelo mundo inteiro; **b)** o MER-29, um medicamento anticolésterol usado nos Estados Unidos entre 1960 e 1962, que provocou graves defeitos visuais em mais de cinco mil pessoas, causando inclusive cegueira; **c)** a vacina Salk, contra a poliomielite, que, por um defeito de fabricação, provocou a doença em centenas de crianças na Califórnia; **d)** o Talco Morhange, que na França causou a intoxicação e a morte de centenas de crianças⁵; **e)** o caso das próteses de silicone que causaram enormes transtornos e deformidades em mulheres⁶; **f)** os vários casos de contaminação de pessoas com o vírus da Aids por terem recebido transfusões de sangue

não submetido ao devido controle; **g)** o caso do médico brasileiro que se dizia cirurgião plástico e mutilou centenas de mulheres; **h)** o caso das vítimas da hemodiálise defeituosamente realizada, ocorrido recentemente no Nordeste brasileiro; **i)** os inúmeros problemas de defeitos de fabricação de automóveis, que têm causado a morte de centenas de pessoas; **j)** os problemas com serviços públicos de água, energia elétrica, telefonia etc.; **l)** os casos de combustíveis adulterados, de lei e queijo adulterado no Estado do Rio Grande do Sul e muitos outros que, cotidianamente, causam danos patrimoniais, lesões à incolumidade física, psíquica e até a morte de pessoas.

Assim, o que motiva este trabalho é a necessidade urgente de modificação do atual quadro de inércia negativa de muitas administrações públicas municipais em matéria de efetiva defesa do consumidor, pois, na forma como está, acaba se configurando grave prejuízo ao exercício pleno da cidadania.

2. Evolução jurídico-constitucional

2.1 O contexto histórico e a evolução jurídico-constitucional – O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor

Quando se fala em relações intersociais massificadas, não há como não se abordar as relações jurídico-sociais de consumo, das quais subjaz, pela sua própria essência e característica natural, a desigualdade entre os seus polos aparentemente antagônicos, em que se situam, de um lado, o fornecedor, detentor do poder de controle produtivo e econômico, e, do outro, o consumidor, vulnerável por natureza e, via de regra, hipossuficiente.

Se a vulnerabilidade é característica indissociável da figura do consumidor, o mesmo não se pode dizer da hipossuficiência. Vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos que não se confundem. Podem até coexistir, não como sinônimos, mas como características autônomas que adjetivam⁷ determinado consumidor de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A professora Judith Martins Costa, em artigo sobre publicidade⁸, define o que seja a vulnerabilidade, ressaltando a sua distinção quanto à hipossuficiência:

Um e outro conceito denotam realidades jurídicas distintas, com consequências jurídicas também distintas. Nem todo o consumidor é hipossuficiente. O preenchimento valorativo da hipossuficiência – a qual se pode medir por graus – se há de fazer, nos casos concretos, pelo juiz, com base nas ‘regras ordinárias de experiência’ e em seu suporte fático encontra-se, comumente, elemento de natureza socioeconômica... Sua aplicação depende da discricionariedade judicial e a sua consequência jurídica imediata é a da inversão do *ônus probandi*, no processo civil, para a facilitação da defesa de seus direitos. Todo consumidor seja considerado hipossuficiente ou não é, ao contrário, vulnerável no mercado de consumo. Aqui não há valoração do ‘grau’ de vulnerabilidade individual porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista socioeconômico, é vulnerável tecnicamente: no seu suporte fático está o desequilíbrio técnico entre o consumidor e o fabricante no que diz com a informação veiculada sobre o produto ou serviço.

Complementarmente, tem-se a lição de José Reinaldo de Lima Lopes⁹, que apresenta relevante critério de diferenciação sobre o assunto:

Duas espécies de consumidores: os privilegiados e os desfavorecidos (ou hipossuficientes, como diz nosso CDC no art. 6º, VIII). Os primeiros têm acesso mais fácil a créditos e bens, embora sujeitos a práticas restritivas e ilícitas também. Constituem a chamada – vulgarmente – classe média ou classe alta. No Brasil, eles compõem os 10% mais ricos da população, que concentram 48,1% da riqueza nacional (números relativos a 1990...) [...] Mesmo sendo privilegiados, estes consumidores sofrem da vulnerabilidade dos consumidores em geral – técnica, jurídica, às vezes fática. Os segundos, os consumidores desfavorecidos, são os pobres... Pobreza, insuficiência de recursos disponíveis, precariedade de seu status social, subdesenvolvimento cultural, exclusão dos modos de vida dominante, ausência de poder no seio da sociedade são as características desse grupo. [...] Em outras palavras, metade da população brasileira é composta por consumidores desfavorecidos, para além de vulneráveis.

Com a massificação das relações de consumo, fica cada vez mais à mostra a subordinação econômica, técnica, fática, legislativa, ambiental e, até mesmo, psíquica do consumidor¹⁰, o que nada mais é do que a consubstanciação da sua vulnerabilidade, qualidade que lhe é absoluta e inexorável.

Para melhor esclarecer isso, precisamos nos valer do conceito de massa¹¹, que nos remete à realidade de um *grupo anônimo*, com pouca ou nenhuma interação, sem organização e, portanto, frágil, no sentido de vulnerável.

Diante dessa constatação, a proteção do consumidor passa a ser um desafio contemporâneo, exigindo a superação de paradigmas que já não conseguem mais subsistir, porquanto dissociados das aspirações da sociedade moderna, que tenta conciliar a sua necessidade de evolução com a sustentabilidade do desenvolvimento, sob pena de colocar em risco a sua sobrevivência futura¹².

A sociedade de consumo, caracterizada pela disseminação crescente dos mais variados tipos de produtos e serviços e pela supremacia do crédito e do marketing, estabeleceu uma nova maneira de convívio, onde o fornecedor assume a posição de força na relação, passando a *ditar as regras*, o que torna o consumidor *presa fácil*, muitas vezes tendo a sua escolha *cuidadosamente* monitorada, conforme os interesses do fornecedor.

O direito, por óbvio, não poderia ficar indiferente ao fenômeno do consumo, haja vista que o mercado totalmente livre não encontrou mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade do consumidor e manter o equilíbrio e, principalmente, a igualdade real nas relações que se estabelecessem.

Não é à toa que a vulnerabilidade é característica inerente à condição de consumidor; *consumidor* e *vulnerabilidade* são conceitos que se confundem, formando uma figura jurídica que se pode dizer única, haja vista que, por interpretação em sentido contrário da norma-objetivo do artigo 4º, inciso I, do CDC, em não sendo reconhecida a vulnerabilidade, desaparece a figura do consumidor.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou evidente a preocupação da ordem jurídica pátria em reconhecer a proeminência das relações de consumo para a sociedade moderna, aparecendo a

defesa do consumidor como um dos pilares para a efetiva construção e concretização do estado democrático de direito.

Surge o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, então, como instrumento fundamental para a concretização do princípio constitucional da igualdade. Logo, deixar de reconhecer a vulnerabilidade, além de ser um absurdo desrespeito ao que determina a lei protetiva, é uma conclusão fadada à inconstitucionalidade.

Consagrar a vulnerabilidade foi a forma encontrada pelo ordenamento jurídico para permitir que o polo mais fraco da relação de consumo tivesse suplantada, pela força interventiva do Estado, a sua incapacidade de se opor em igualdade real de condições ao fornecedor.

Enquanto princípio nuclear do microsistema¹³ jurídico (ou, *sobre-estrutura*¹⁴ jurídica) do direito do consumidor, o reconhecimento da vulnerabilidade se reveste de importância tal que, sem ele, dificilmente se conseguirá atingir a máxima efetivação dos preceitos de ordem pública e de interesse social que exsurgem da lei protetiva, impedindo então, por intransponibilidade hermenêutica, a concretização dos princípios constitucionais fundamentais que a orientam.

Renato Ferreira da Silva¹⁵ observa que a

principiologia que rege a política nacional das relações de consumo explica quais as motivações da lei e, de início, expõe qual o critério discriminador que, reconhecendo as desigualdades, tenta fazer prevalecer uma isonomia material. É que se tem como regra cimeira dos princípios da lei de consumo, a norma reconhecidora da “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, devendo a ação governamental ser estabelecida ‘no sentido de proteger efetivamente o consumidor’”.

Sobre o conceito de vulnerabilidade, já escrevemos¹⁶:

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua

incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

Por isso, a inexistência de um órgão de proteção e defesa do consumidor na esfera municipal torna os consumidores ainda *mais vulneráveis*¹⁷, exatamente por não haver um mecanismo público elementar que possa protegê-los (caráter preventivo) e defendê-los (caráter satisfativo e reparador)¹⁸.

Para bem demonstrar o que representa um Procon municipal e o quanto ele é imprescindível e básico, compara-se-o a um hospital e a uma escola: o hospital está para o atendimento à saúde, e a escola, para a educação, no mesmo nível de carência que um Procon está para a defesa do consumidor e da sociedade como um todo. Se não se pode imaginar o atendimento elementar à saúde e à educação da população local sem respectivamente um hospital ou uma escola, tampouco se pode vislumbrar a defesa do consumidor e das comunidades sem Procons.

Os motivos serão abaixo apontados.

3. Princípio da eficiência administrativa

3.1 A prevalência do princípio da eficiência administrativa e o poder-dever de agir da administração pública municipal – Observância da discricionariedade mínima

Quando se aborda, como aqui, a inércia negativa da municipalidade, obrigatoriamente se adentra na esfera de análise do poder-dever de administrar.

Os poderes e deveres do administrador público são, concomitantemente, os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelos interesses da coletividade. Ou seja: o poder administrativo é outorgado à autoridade mandatária para que esta *sempre* afaste os interesses particulares que se opõem ao interesse público, como forma de garantir que o coletivo não sucumba ao individual. Verificamos, então, quando o poder de agir do poder público se converte no *dever de agir*, passando da conveniência subjetiva, para a *obrigação objetiva*.

Assim, se no direito privado o poder de agir é ordinariamente uma faculdade, no direito público ele é uma imposição constante, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exijam a sua atenção, mais ainda quando a lei expressamente prevê a forma como o administrador deve conduzir-se, fixando-lhe o que precisa ser feito.

Daí porque, aliás, a administração pública responde civilmente pelas omissões lesivas provocadas por seus agentes.

Sobre o tema, o professor Hely Lopes Meirelles¹⁹ já ensinava:

Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade. É que o direito público ajunta ao poder do administrador o dever de administrar.

A propósito, já proclamou o Colendo TFR que 'o vocábulo poder significa dever quando se trata de atribuições de autoridades administrativas'. Idêntica é a doutrina exposta por Carlos Maximiliano, ao sustentar que, para a autoridade, que tem a prerrogativa de se utilizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o poder se resolve em dever.

Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor e autoriza a obtenção do ato omitido, por via judicial.

Ao poder-dever de administrar se agrega o *dever de eficiência*, que impõe a todo agente público realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com aparente legalidade (ou legalidade meramente formal), exigindo resultados positivos para o serviço público e, principalmente, satisfatórios no atendimento das necessidades da comunidade e dos que a compõem.

O princípio da eficiência, que deve regular e orientar a atuação de todo administrador público e de todos aqueles que se encontrem a serviço de ente público, está expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988²⁰.

A administração pública direta ou indireta, de qualquer das entidades estatais, além do dever de se pautar pela ética, pela impessoalidade, pela transparência e pela sujeição ao ordenamento jurídico, tem de se ater à eficiência, cabendo ao administrador voltar as suas atenções sempre para o atendimento do interesse público de forma mais adequada, razoável e eficaz.

A respeito do princípio (constitucional) da eficiência, comentam Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior²¹:

Assim, o administrador público, no exercício de ações administrativas, tem o dever jurídico de, ao cuidar de uma ação concreta, escolher e aplicar, dentre as soluções previstas ou autorizadas em abstrato pela lei, a medida eficiente para obter o resultado desejado pelo corpo social.

Significa dizer que o agente público tem o dever jurídico de agir com eficácia real ou concreta. A sua conduta administrativa deve se modelar pelo dever da boa administração, o que não significa apenas a obediência à lei e à honestidade, mas, também, produtividade, profissionalismo e adequação técnica do exercício funcional à satisfação do bem comum.

E salienta Alexandre Moraes²²:

Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública Direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo

contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais passíveis para a satisfação do bem comum.

A inserção na Constituição Federal da eficiência como princípio constitucional da administração pública, fundamental e expreso, não deixa margem a qualquer dúvida: de um lado, que é legítima, e mesmo necessária, a investigação ampla da eficiência das ações administrativas pelo Poder Judiciário e, de outro, que a atuação denominada discricionária do administrador é sempre relativa e especialmente limitada por este princípio.

A atuação ineficiente do agente público, portanto, é ilegítima e *pode, inclusive, configurar ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92.* (grifo nosso)

A ressalva feita ao final do texto supratranscrito é de grande relevância, ao advertir que a omissão da administração, em se configurando ofensa aos princípios que regem a administração pública e, principalmente, aos mais elementares princípios da ordem jurídica constitucional, pode ser classificada como ato de improbidade administrativa, o que implicaria até a penalização criminal do agente público omissor, independentemente das demais sanções que fossem aplicáveis, conforme dispõe a Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), mais precisamente nos seus artigos 11 e 12.

Quer dizer: as normas constitucionais relativas à ordem social impuseram aos poderes Legislativo e Executivo a criação de mecanismos de proteção e efetivo exercício dos direitos sociais e econômicos, garantindo à sociedade o direito a prestações positivas por parte do Estado, que se efetivam por intermédio de políticas públicas classificadas como políticas públicas constitucionais.

Dentro do contexto constitucional, o administrador está vinculado às políticas públicas que deverão ser implantadas e postas a funcionar para a consecução dos objetivos preestabelecidos como de interesse social, ficando a omissão administrativa passível de responsabilização, já que a sua margem de discricionariedade se reduz ao mínimo, não havendo espaço para a contemplação do não fazer.

Conclui-se, assim, que hoje impera o princípio da discricionariedade mínima da administração na implementação das políticas públicas constitucionais, inserindo-se no devido processo legal, devendo este ser entendido como postulado de caráter substantivo capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e a generalidade das ações e omissões do poder público.

Conforme precisa lição da procuradora regional da república Luíza Cristina Fonseca Frischeisen²³, a possibilidade de responsabilizar a administração pela não implementação das políticas públicas de natureza constitucional social decorre dos seguintes pontos:

- 1) as normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais são eficazes e vinculam a administração para sua implementação;
- 2) por serem os direitos sociais dotados de eficácia, e para alguns constituindo mesmo direitos fundamentais, que não seriam passíveis de abolição por emenda constitucional, o seu não reconhecimento possibilita aos interessados/legitimados demandarem judicialmente por sua implementação;
- 3) a ausência de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais constituem atos omissivos da administração e são passíveis de controle pelo judiciário, pois existe o juízo de inconstitucionalidade e ilegalidade na omissão da administração;
- 4) o não cumprimento das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição atenta contra o devido processo legal que deve ser observado pela administração, bem como contra a finalidade da administração, que é atender o interesse público e
- 5) determinadas políticas públicas dependem da atuação de entes e instituições prévias (com a adaptação de prédios e transportes coletivos às necessidades de pessoas portadoras de deficiência); nessa hipótese, a administração poderá ser responsabilizada por ausência de fiscalização, em conjunto com o particular.

E, então, surge a grande questão no âmbito do controle dos atos da administração, relativamente à implantação da ordem social

constitucional: a discricionariedade e a posição do Judiciário na análise da mesma.

As leis que integraram as normas constitucionais da ordem social regulam a própria discricionariedade do administrador, apontando-lhe a melhor solução para atender a finalidade constitucional. A administração está também adstrita ao princípio da razoabilidade, pois o efetivo exercício dos direitos sociais não pode ser postergado por sua inação ou ação que contrarie os ditames constitucionais legais.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e a conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

A discricionariedade na implantação das políticas públicas constitucionais da ordem social só poderá ser exercida nos espaços eventualmente não preenchidos pela Constituição ou pela lei, não podendo valer-se, tampouco, de conceitos normativos tidos como fluidos ou permeáveis a várias interpretações, pois esses deverão ser preenchidos por interpretação de acordo com os fundamentos e objetivos da República, estabelecidos na Constituição.

E completa²⁴:

O administrador está vinculado ao cumprimento das normas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, não havendo discricionariedade na oportunidade e conveniência, estando essa vinculada à escolha, diante do caso concreto, da melhor forma de cumprimento da finalidade constitucional e legal, não sendo a omissão uma escolha possível.

Portanto o não agir (a omissão) ou a ação de forma não razoável para atingir a finalidade constitucional (desvio de finalidade), que contraria o devido processo legal que rege as obrigações da Administração em contrapartida aos direitos dos cidadãos às prestações positivas do estado, são passíveis de responsabilização e controle judicial através da ação civil pública.

A função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitam os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas publicadas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição de 1988.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵,

Neste caso se diz que o poder da Administração é *vinculado*, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um *direito subjetivo* de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. [...] A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. [...] No que diz respeito à *finalidade*, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo. [...] No segundo sentido, *a finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada.* (grifo nosso)

Em relação à discricionariedade, a professora Di Pietro acrescenta que

esta não existirá se houver elementos objetivos, *extraídos da experiência*, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma *única solução válida diante do direito.* Neste caso, *haverá apenas interpretação do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade.* (grifo meu)

Como consequência, a alegada discricionariedade administrativa que sustenta a negativa de administradores públicos relutantes em criar os Procons, em realidade, inexistente, conforme se verá no item a seguir.

4. Princípio da discricionariedade

4.1 A relativização do princípio da discricionariedade para a concretização de um direito fundamental – A vinculação do ato administrativo à teleologia constitucional. Uma análise sistemática

Ao dispor sobre os *direitos e garantias fundamentais*, o legislador constituinte, expressa e inequivocamente, determinou²⁶, no *inciso XXXII do artigo 5º, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*, e elevou a defesa do consumidor ao patamar de *princípio da ordem econômica*, nos termos do artigo 170, inciso V, sendo ratificada a urgência e a relevância da regulação da matéria no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*).

A elaboração do Código de Defesa do Consumidor, portanto, deveu-se a mandamento constitucional expresse, e isto está muito claro já no seu artigo 1º²⁷.

Como direito fundamental que é, a defesa do consumidor emana do superprincípio da *dignidade da pessoa humana*, este que é a essência da máxima cidadania, constitucionalmente garantida no artigo 1º, inciso III, combinado com o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, sendo forçoso concluir, então, que a proteção e a defesa do consumidor são pressupostos primordiais incondicionais para a plenitude da dignidade humana, face à realidade na qual está inserido o homem, que se vê obrigado a viver cada vez mais à margem das suas necessidades básicas, que acabam sendo supridas à revelia das suas próprias convicções, sendo flagrante a tendência para que a dignidade se transforme numa espécie de privilégio de alguns, o que representará, em se confirmando tal prenúncio, odiosa subversão de preceito fundamental.

Sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais, Luiz Fernando Calil de Freitas²⁸ assim escreve:

Dessa forma, os próprios direitos fundamentais outra significação não teriam senão a de serem formas específicas de concretização das variadas dimensões em que se pode apresentar a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o que qualifica o ser humano como animal racional e sociável, diferenciando-o dos demais animais, é justamente a capacidade de, pelo intermédio do Direito, ordenar sua convivência. Essa convivência somente se qualifica como digna se e quando observados acima de tudo os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade – não sem motivo contemplados no *caput* do artigo 5º, porta de entrada, no sistema constitucional, para o sistema específico dos direitos fundamentais. O que dá sentido à existência do Estado e faz aceitável a observância às normas jurídicas, que sempre importa abrir mão de parcela de liberdade individual, é, sem qualquer resquício de dúvida, a promessa de que tanto um quanto o outro existe em função da realização da dignidade da pessoa humana.

Por se tratar de direito constitucional fundamental e princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor é, pois, um dever de todos, entes públicos ou privados, pessoas físicas ou jurídicas, cabendo a cada um fazer a sua parte.

Além disso, não se pode perder de vista que a lei protetiva estabelece normas de ordem pública e de interesse social (art. 1º), o que significa muito, sob o ponto de vista da correta aplicação da ciência do direito. Isso porque tais enunciados traduzem um enfoque conteudístico, para alguns, que tem como elemento de convergência a relevância do preceito para a coletividade, como organismo social organizado.

Como muito bem salientam Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins²⁹:

Tais normas de ordem pública, em função de sua inerente cogência, portanto, incidirão até mesmo e apesar da vontade contrária dos interessados. O *ius cogens* é forma de proteção do interesse social, porque tutela instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e

protegem os direitos personalíssimos e *situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz e pelas partes por deverem ter certa duração.* (grifo nosso)

No mesmo sentido é a lição de Nelson Nery Junior³⁰:

O art. 1º do CDC diz que suas disposições são de ordem pública e de interesse social. Isto quer dizer, em primeiro lugar, que *toda matéria constante do CDC deve ser examinada pelo Juiz ex officio*, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o Tribunal, inclusive, decidir com *reformatio in pejus* permitida, já que *se trata de questão de ordem pública.* (grifo nosso)

José Luiz Bayeux Filho³¹ comenta com muita propriedade sobre tão relevante aspecto, dizendo que o critério do *jus cogens* e *jus dispositivum*, ou seja, da norma cogente e dispositiva, não é suficiente para estabelecer o conceito de norma de ordem pública, uma vez que ele está vinculado não a aspectos formais, mas sim ao *conteúdo mesmo da norma.*

Para Bayeux Filho, *lei de ordem pública é aquela onde está presente mais interesse social*, admitindo-se graus de intensidade, reconhecido que, *lato sensu*, todas as normas seriam relevantes para a sociedade como um todo. Ainda especificamente tratando do Código de Defesa do Consumidor, afirma ele que

no caso dos direitos emergentes das relações de consumo, a intensidade do interesse social envolvido é tão crucial, que o legislador constituinte erigiu a defesa do consumidor também a cânnon constitucional, ombro a ombro com o respeito aos direitos adquiridos: no mesmo art. 5º, onde estão as garantias individuais constitucionais. [...]. No seu conteúdo, as normas do Código do Consumidor possuem mesmo um interesse social evidente.

De forma específica, podemos ter uma visualização mais objetiva do conceito de interesse social no artigo 82, § 1º, do CDC:

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto *interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.* (grifos nossos)

Assim, não é compatível com tal proteção aos interesses coletivos e, portanto, com relevância social a alegação, por alguns feita, no sentido de que as normas constitucionais de defesa do consumidor teriam conteúdo meramente programático.

Discorrendo sobre *As normas programáticas e a disciplina das relações econômico-sociais – Os conceitos jurídicos indeterminados*, e citando o Eros Roberto Grau, comenta Regina Maria Macedo Nery Ferrari³²:

Outro não é o entendimento de Eros GRAU, ao afirmar que as constituições programáticas no campo econômico, não se conformam a ser mero instrumento de governo mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins da política econômica a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. (GRAU, 1990. p. 79).

Quanto à natureza das normas programáticas, têm-se novamente os ensinamentos da professora Luíza Cristina Fonseca Frischeisen³³:

Uma das características das normas programáticas é o fato de que participam da mesma natureza de todas as outras que integram um diploma constitucional rígido, isto é, são dotadas de imperatividade suprema frente ao ordenamento jurídico por ele fundado; são normas jurídicas que compartilham da mesma hierarquia, pois que todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, de tal modo que as normas infraconstitucionais que com ela conflitem, quando posteriores, padecem de invalidade ou inconstitucionalidade, quando anteriores, são automaticamente revogadas, e isso em virtude da necessária harmonia que deve reger um sistema jurídico. *Isso impede que normas consideradas como programáticas, mas tidas por incômodas para a realização de*

políticas públicas, venham a não ser observadas, sob a alegação de que pela densidade de seu conteúdo possam vir a ser descartadas. Crisafulli sustentou essa especialidade, ao afirmar que as normas programáticas são tão preceptivas como todas as outras normas constitucionais, sendo vinculantes em consequência de sua fonte formal que é a Constituição.

[...] À Constituição, como Lei Máxima, todos devem obediência, o Legislativo, o Executivo, o Judiciário, por intermédio de seus órgãos e agentes, bem como todos os membros da sociedade. Como conjunto de normas que impõem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos, constitui imperativamente o Estado, bem como o seu dever jurídico de realizá-la. O Estado, assim constituído, está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse coletivo, necessitando, para tanto, utilizar de poderes para supri-las. ‘Tais poderes são instrumentais ao alcance de sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo’, pela Constituição. Dessa forma, considera-se o *dever-poder de ação*, isto é, o *dever de cumprir o disposto na Lei Fundamental* exige um poder correlato que lhe é instrumental, posto que este é que propiciará realizá-lo. (grifos nossos)

Então, considerando-se a vocação constitucional da defesa do consumidor, deve-se, por imposição hermenêutica, proceder a uma interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor em conjunto com a Constituição Federal de 1988 e com as demais normas pertinentes³⁴, para que, no caso concreto, atinja-se o que o constitucionalista J.J. Gomes Canotilho³⁵ chama de *princípio da maior eficácia aos direitos fundamentais*. Ensina ele:

Realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente ‘eficaz’ (pretensão de eficácia) através de sua realização. Esta realização é uma ‘tarefa’ de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos

os cidadãos ('pluralismo de intérpretes') que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres.
[...]

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no 'processo de densificação' de regras e princípios constitucionais.
[...]

Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.
[...]

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.

[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê...

No caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça *maior eficácia aos direitos fundamentais*. (grifo nosso)

Juarez Freitas³⁶ elenca o que classifica de *relevantíssimas contribuições para a inteligência do processo de interpretação sistemática*, destacando o seguinte:

(a) o fundamental para o intérprete sistemático, ao lidar com as antinomias e até mesmo com as lacunas, é saber hierarquizar axiologicamente;

(b) num sistema de mínima razoabilidade, em termos, sempre é viável hierarquizar de modo bem-sucedido, buscando a solução para eventuais litígios em planos cada vez mais altos do ordenamento jurídico, com o intuito de afugentar, o mais possível, nos limites da própria razoabilidade, as respostas arbitrárias, tidas como antiéticas à coerência sistemática, porquanto suscitam autocontradições e podem destruir o sistema;

(c) nenhum tema do Direito deve ser vislumbrado ou compreendido de maneira isolada, mas invariavelmente de

modo sistemático, de sorte a, em espiral, vislumbrar-se e aplicar-se o Direito na sua unidade teleológica dinâmica, indo além da tópica individualizadora ou particularista e se desenvolvendo a capacidade de vencer as antinomias numa hierarquização generalizadora;

(d) para o jurista importa, sobretudo, compreender os fins do Direito e descobrir, na atualidade, quais devem ser os princípios animadores e gerais, hierarquizados pelo metaprincípio como superiores. De fato, a desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico e inclusivo mandamento, senão que a todo o sistema de comandos;

(e) a existência de uma zona indeterminada entre o regulamentado e o não-regulamentado não configura, diversamente do sustentado por Bobbio, uma ausência de condições jurídicas para decidir, já que o princípio da hierarquização axiológica reveste-se também de cunho eminentemente jurídico;

(f) o fato de se ter um metacritério jurídico para decidir entre a norma geral inclusiva e a norma geral exclusiva, quando em situação antinômica, não significa que o sistema seja completo, em face da pacífica constatação da ocorrência de lacunas: este tipo particular de situação antinômica converte em tons claros a perspectiva assumida de que o metacritério é basicamente formal, haurindo o seu conteúdo existencial e empírico na exigência de racionalidade (interna ao sistema) e realizando escolhas (que transcendem ao sistema dado, mas não devem infirmá-lo);

(g) infere-se, outrossim, que há, em face de antinomia em análise, uma exuberância de soluções, em vez de deficiências do sistema; entretanto, esta variedade de opções, que está na gênese de todas as antinomias, mesmo entre as normas que visam a superar as lacunas, não significa falta de critério válido para decidir qual norma deva ser aplicada, no caso concreto, buscando-se topicamente o tratamento destas erupções tidas como não-sistemáticas.

Recapitulando e em síntese, o princípio da hierarquização axiológica desempenha relevantíssimo papel unificador e sistematizante, um indispensável metacritério que ordena – em face também de antinomias no plano dos critérios – a prevalência,

no caso concreto, do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que se mostre capaz de evitar a autocontradição do sistema e de resguardar a unidade sintética dos seus múltiplos comandos. Destarte e neste diapasão, é que se pode entender em profundidade o Direito na sua dimensão principiológica, que há de ser a tônica de uma hermenêutica revigorada, racional e, numa palavra, consciente.

Focando-se mais especificamente no tema em questão, nota-se que uma análise sistemática da ordem jurídica vigente, com ponto de partida na principiologia e na teleologia-axiológica da Constituição Federal vigente, nos conduzirá à legislação infraconstitucional, onde, se dispensada atenção mínima, encontrar-se-á, no Código de Defesa do Consumidor (mais precisamente no seu artigo 4º), os objetivos da chamada Política Nacional das Relações de Consumo.

Após a constatação da importância do artigo 4º da lei protetiva³⁷, impõe-se que se conheçam os direitos básicos do consumidor, dispostos nos incisos do artigo 6º, e estará formada a convicção quanto à dimensão da proteção e da defesa do consumidor, cujos mecanismos operacionais e de concretização são representados pelas disposições atinentes às sanções administrativas (capítulo VII do título I – artigos 55 a 60) e as que tratam da defesa do consumidor em juízo (título III – artigos 81 a 104).

Seguindo adiante, e tendo-se sempre presentes os princípios constitucionais juntamente com os preceitos consumeristas informados por estes, chega-se no Decreto 2.181/97, que *dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto n. 861, de 9 de julho de 1993, e dá outras providências*. Nesse decreto, o que parecia ser no começo da caminhada uma referência jurídica indeterminada, sem mandamento específico (“promover a defesa do consumidor”), agora se concretiza, e exatamente como advertia o legislador constituinte: *na forma da lei*.

A promoção da defesa do consumidor por parte do Estado (*lato sensu*) deverá, precipuamente, ser feita pelo respectivo órgão de

proteção e de defesa, conforme conclusão inafastável que se extrai do artigo 4º do decreto regulamentar³⁸ combinado – sistematicamente, insiste-se – com os demais dispositivos do próprio decreto, juntamente com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor.

Diz o artigo 4º regulamentar:

Art. 4º. No âmbito de sua *jurisdição e competência*, caberá ao órgão estadual, do Distrito Federal e *municipal de proteção e defesa do consumidor, criado, na forma da lei, especificamente para este fim*, exercer as atividades contidas nos incisos II a XII do art. 3º deste Decreto, e ainda: [...]. (grifo nosso)

O verbo *caber*, segundo o Novo Dicionário Aurélio³⁹, significa: 5. *Competir, pertencer...* *Competir*, por sua vez (mesma obra, p. 440), significa: 3. *Pertencer por direito, caber, tocar...* 4. *Ser da competência; cumprir, caber, impender: Aos cidadãos compete observar a lei...*

O sentido do verbo *caber* é, pois, decorrência de dever, de obrigatoriedade vinculada à relevância do bem jurídico protegido. Tudo isso porque um dos alicerces da proteção consumerista é o princípio da intervenção do Estado, como forma de que seja concretizado o princípio da solidariedade que também fundamenta a proteção do consumidor.

Com efeito, o princípio da solidariedade é um dos objetivos fundamentais da República incluso no art. 3º, I, CF: I – construir uma sociedade livre, justa e *solidária*.

Discorrendo sobre o princípio da solidariedade, em específico no campo da responsabilidade civil, Teresa Ancona Lopez⁴⁰ assim leciona:

Solidarismo é a tese oposta à filosofia ‘rousseauiana’ do contrato social. Ao contrário dessa, parte-se da ideia de que a sociedade já está construída e os indivíduos se agregam a ela por um contrato de adesão. A partir dessa adesão, o indivíduo é devedor dos outros membros que a compõem. A ideia de ‘dívida social’, tirada da filosofia de Augusto Comte é nuclear.

O princípio da solidariedade vem embasar a teoria do risco e, como consequência, a ‘socialização dos riscos’, que é consequência dos *Welfare States*.

A doutrina da ‘socialização dos riscos’ tem fundamento ético na solidariedade social como necessidade de reparação integral de todos os danos. Há de se proteger as vítimas. Os riscos criados não se consideram mais simples riscos individuais. São riscos sociais e não é justo que os homens respondam por eles individualmente... O que importa é que se repartam as consequências danosas entre todos os membros da sociedade. O risco se coletiviza. Socializa-se a responsabilidade, no dizer de Savatier.

Concretiza-se o princípio da solidariedade pela responsabilidade objetiva inclusa no CDC e no Código Civil brasileiro (art. 927, parágrafo único). Também pelo reconhecimento da função social dos relacionamentos de consumo, pois não ficam eles restritos aos contratantes, estendendo-se a terceiros.

Judith Martins-Costa⁴¹ é bem enfática nesse ponto:

Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social [...] desde Weimar-, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à *função social e à boa-fé* [...] instrumentaliza o Código [...] a diretriz constitucional da *solidariedade social*.

Entretanto, para que tais mandamentos possam ser efetivamente implementados, apresenta-se como fundamental a utilização do princípio operacional da intervenção estatal, tendo em vista as novas características da sociedade atual.

Luís Renato Ferreira da Silva, citando Émile Durkheim (O Novo Código Civil e a Constituição, Livraria do Advogado, 2003, p. 130), ensina:

À medida em que a sociedade se sofisticava e vai ganhando em especialização, perde-se a primariedade e quase inconsciência da dependência recíproca. Cada um assume um papel próprio e especializado, de modo que a solidariedade que se estabelece não é mais natural e automática (solidariedade mecânica), mas estabelece-se pela dependência funcional. Cada indivíduo desempenha a sua função, porém, esta assume tal nível de

individualização (como decorrência da necessidade de divisão do trabalho) que a sociedade só consegue alcançar o seu estado ótimo se houver uma colaboração entre os indivíduos. Isto já não se alcança mais espontaneamente dada a evolução social.

Essa exigência de solidariedade, então, só se promove pela *intervenção do Estado* na vida comunitária, objetivando a proteção ao bem comum.

Logo, a política municipal de resistência à criação de um Procon municipal vai contra a chamada Política Nacional das Relações de Consumo, numa atitude não condizente com quem *é parte integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, nos termos do artigo 4º, *caput*, e seus incisos I a VI, combinados com o disposto no artigo 105⁴², todos do Código de Defesa do Consumidor, e, ainda, com o que prevê o artigo 4º do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997⁴³.

No caso específico dos municípios, tem-se, como se vê, no âmbito da sua esfera de participação e conseqüente responsabilidade dentro do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a *obrigação* de criação, instalação e manutenção de órgão municipal de defesa do consumidor, na forma da lei elaborada (por iniciativa do Poder Executivo⁴⁴), especificamente para este fim.

Tal obrigação é, indiscutivelmente, pressuposto legal mínimo a ser observado pela municipalidade para a concretização de mandamento constitucional (promover a defesa do consumidor), estabelecendo-se-lhe, assim, um poder-dever de agir, e não ato discricionário que se oriente pela conveniência administrativa. E isso porque a discricionariedade desaparece quando ao poder público não há opção, senão agir como lhe manda a ordem jurídica.

Ora, o Decreto 2.181/97 afasta qualquer tentativa de alegação de que é discricionário o ato de, por lei, criar, instalar e manter o Procon municipal, uma vez que são elencadas as atribuições que recaem sobre esse órgão, exatamente para a plena execução dos objetivos consumeristas, consagrados e positivados a partir da principiologia constitucional fundamental.

Se não for através do respectivo órgão de proteção e de defesa do consumidor, não existe outra forma, com base no que prevê o

sistema jurídico, de o município cumprir com o seu papel dentro do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, exercendo as atividades e atribuições que lhe são expressamente ordenadas pelo decreto regulamentar⁴⁵.

O município, na busca pela promoção da defesa do consumidor no âmbito da sua competência, poderá, evidentemente, adotar outras medidas complementares de promoção da defesa do consumidor. Todavia, essas eventuais outras medidas não têm (se elas já existirem) ou terão (se ou quando criadas) o condão de eximir o município do seu dever de dispor de um Procon municipal, porque as atribuições e atividades deste estão expressamente previstas em lei.

Para que alguém cumpra com as suas atribuições e exerça efetivamente as atividades que lhe são impostas, faz-se necessário que este alguém exista! Esta é uma conclusão óbvia; porém, mesmo uma obviedade tão clamorosa não tem sido suficiente para que muitos municípios cumpram a lei.

A propósito: ainda que haja no município uma ou mais das estruturas previstas nos incisos do artigo 5º do CDC (juizado especial, por exemplo), isto não é suficiente para que a municipalidade não crie o seu Procon, porque nenhum dos instrumentos exemplificativamente referidos no artigo 5º supramencionado será capaz de suprir a falta de um órgão específico de proteção aos consumidores.

Não fosse assim e o fato de haver em determinado município uma promotoria de justiça especializada tornaria desnecessária a existência do juizado especial, só para demonstrar o absurdo de eventual argumento de que um exclui ou supre o outro, porque a clara intenção do sistema protetivo é justamente a de que o consumidor tenha ao seu dispor a maior estrutura pública possível, observadas as atribuições e competências de cada poder, instituição ou órgão públicos.

Por representar exegese sistemática, com a sua base construída sobre princípios constitucionais fundamentais, conclui-se que *a omissão do Poder Executivo municipal em relação à criação de um órgão de defesa do consumidor é inconstitucional*, o que só faz aumentar a gravidade da conduta administrativa, que não pode querer se valer da prerrogativa da discricionariedade e da conveniência para tangenciar a estrita observância da ordem constitucional.

A defesa do consumidor não pode ser uma mera abstração, subdimensionada à condição de irrelevância na hierarquia política do Poder Executivo municipal, porque os fatos da vida são concretos e reais, e os danos sofridos pelos consumidores, seja por vício, seja por acidente de consumo, têm dimensões e consequências que vão muito além do interesse ou direito⁴⁶ individual *puro*⁴⁷, estendendo-se inclusive a toda e qualquer pessoa vítima do evento⁴⁸ ou exposta à prática comercial lesiva⁴⁹.

Segundo o professor Paulo Jorge Scartezzini Guimarães⁵⁰:

Quando surgem novas normas jurídicas, o intérprete, quanto às suas funções, pode analisá-las por dois prismas diferentes, sendo que cada um trará resultado distinto. Assim, as normas podem propor simplesmente conservar situações preexistentes na sociedade, adaptando as próprias regras e dessa maneira conservando as situações de fato existentes; podem, ao contrário, mudar a realidade, criando outras regras, transformando as estruturas, ideias e práticas existentes, tendo em vista as novas necessidades da sociedade.

A escolha, sem dúvida, cabe ao hermeneuta, e aí está a necessidade de este conhecer profundamente o texto constitucional e, sobretudo, os princípios nele existentes. Nas palavras de Carlos Sunfeld, ‘é o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, o que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais.

Conforme salienta com muita propriedade Carlos Alberto Bittar⁵¹, “a interpretação deve perfazer-se não pela letra do texto, mas pelo espírito da Carta”.

E o *espírito da carta*, sem dúvidas, é o de proteger o consumidor para proteger a própria dignidade da pessoa humana.

Pertinentes, de novo, são as lições de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães⁵²:

O homem e a sociedade evoluem a cada instante, e a ciência do direito precisa acompanhar essa realidade. Não se admite ser ela algo à margem desse fenômeno e por isso estática.

[...]

A ciência do direito precisa cada vez mais de abertura para poder captar as menores mudanças sociais. Para ser útil ao fim que se destina, necessita relacionar-se com outras áreas fora do campo jurídico, como, por exemplo, a economia, a política e a sociologia.

O jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti⁵³ assim ensina:

El derecho civil exhibe una progresiva referenciabilidad pública. Sus instituciones, otrora subjetivas, se vinculan progresivamente con el derecho público en un mundo económico y jurídico cada vez más interrelacionado. La funcionalidad, y sobre todo la eficacia de las instituciones de derecho privado exigen que se correlacionen con el derecho público.

O mesmo se pode dizer do intérprete da lei que, a cada instante, é cobrado desse conhecimento genérico em todas as áreas. Vale aqui o ditado segundo o qual, ‘aquele que só sabe Direito, não sabe direito.

Consoante muito bem observa, ainda, Bruno Miragem⁵⁴:

A cultura jurídica de proteção dos direitos humanos, e do princípio da dignidade da pessoa humana, é assumida com tal intensidade, que sua proteção não vai restringir-se às fronteiras do direito público, província a que estavam adstritos os direitos do homem desde sua origem conceitual, na segunda metade do século XVIII. Em direito interno, ao mesmo tempo, todos os sistemas normativos passam a se articular em só sentido, a partir do eixo valorativo da Constituição, cujo objeto principal de tutela se traduz, justamente, na dignidade da pessoa humana como valor objetivo a ser protegido e, mais ainda, promovido pelo Direito e pelo Estado.

Para a operacionalização desse valor ético-jurídico, então, desenvolveu-se a disciplina dos direitos fundamentais, cuja tradução em direito privado têm-se os direitos da personalidade – mais uma distinção terminológica do que teleológica – como

elementos constitutivos da proteção integral da pessoa humana. O direito brasileiro, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, e da incorporação em seu texto de valores essenciais de proteção da pessoa humana, experimentou evolução das mais significativas nesta matéria, sobretudo em razão da sólida reflexão e aplicação de suas normas pelo Poder Judiciário, o qual vem desenvolvendo novas soluções para os problemas decorrentes da vida de relações.

5. Garantia de cumprimento da ordem constitucional

5.1 A judicialização da questão e a possibilidade de intervenção provocada do Poder Judiciário – Garantia de cumprimento da ordem constitucional. Precedentes

Se o Poder Executivo municipal não faz o que deve fazer, isto é, orientar a sua política e os seus atos de gestão no sentido da estrita observância da ordem constitucional, ao Poder Judiciário, mediante provocação da parte eventualmente legítima e interessada, caberá compelir a administração pública a cumprir com o seu dever (poder vinculado).

No caso da criação de Procon municipal, a atuação administrativa fica delimitada pelas fronteiras constitucionais da defesa do consumidor, o que é completamente diferente dos casos em que o administrador público tem livre espaço para decidir sobre as políticas públicas de gestão e atuação.

A intervenção provocada do Poder Judiciário, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, é instrumento próprio do estado democrático de direito, sedimentado na separação harmônica e independente dos poderes de estado (artigo 2º da carta da República), e primordial para a concretização dos seus objetivos fundamentais.

Defender-se que o Poder Judiciário não possa exercer o controle da administração representa negar ao Estado-juiz a sua soberania e até a sua vocação constitucional.

Uma interpretação ortodoxa e restrita principalmente do princípio da discricionariedade poderia ser a base de sustentação para negar a intervenção judicial com o fim de controle da administração pública,

mas tal entendimento se dá por vencido diante do todo jurídico e de uma análise sistemática.

Caso contrário, em prevalecendo a ideia de que o Poder Judiciário não pode interferir na administração pública, nenhum ato administrativo se submeteria ao controle judicial, e assim, absurdamente, restaria revogado sumariamente o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Ora, a prestação jurisdicional é uma garantia constitucional fundamental, sendo assegurado o acesso ao Judiciário como forma de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Aliás, é bom que se diga, se o Poder Executivo sempre orientasse a sua política informada pelos preceitos fundamentais do estado de direito, provavelmente jamais o Poder Judiciário precisaria ser provocado a intervir e controlar aquele outro poder.

Veja-se que, se não fosse a tripartição dos poderes e a independência destes entre si, estaria comprometido o regime democrático, pois ao Poder Executivo seria permitido o livre atuar, sem ter que se submeter ao controle de um poder diverso.

Voltando-se ao artigo 5º, inciso XXXII, da lei maior, lê-se o seguinte: *o Estado (grifo nosso) promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

Pois bem.

O Poder Judiciário também é *Estado*, obviamente. Se a Constituição Federal garante o acesso ao Judiciário como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXV), e ao Poder Judiciário se impõe, ainda, enquanto Estado, o dever inderrogável de promover a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), inadmitir a intervenção judicial (devidamente provocada) para impor ao Poder Executivo municipal a criação de órgão de defesa do consumidor significa barrar a atuação do próprio Poder Judiciário, impedindo-o de cumprir com o seu dever concorrente de promover a defesa do consumidor, além de se configurar grave ofensa à sua independência e à sua soberania.

O que é isso senão verdadeira tripla e consecutiva negativa de vigência de parte substancial da Constituição, uma vez que se ignoram, ao mesmo tempo, dois direitos fundamentais (incisos XXXII e XXXV do artigo 5º) e o princípio fundamental da independência e harmonia dos poderes (artigo 2º)?

Não é preciso muito esforço intelectual ou científico para se convencer de que a defesa pura e simples da discricionariedade administrativa (o que impediria o controle judicial quando pertinente) sucumbe à necessidade que se impõe de plena vigência da ordem constitucional.

Adroaldo Furtado Fabrício⁵⁵ provoca instigante reflexão do mundo jurídico ao defender:

Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação. As relações de troca intensificaram-se; [...] universalizou-se a demanda de consumo sob o estímulo irresistível da propaganda massiva; multiplicou-se a produção de bens e de serviços para corresponder a essa demanda incessantemente expandida; produtos de cuja existência sequer se poderia ter cogitado no limiar deste Século⁵⁶ tornaram-se imprescindíveis à vida do homem comum, pelo mecanismo conhecido das necessidades criadas; popularizou-se o crédito a fim de garantir-se a constante expansão da massa consumidora; [...]

[...]

A atribuição de poderes mais amplos ao juiz, portanto, não representa uma simples preferência teórica ou modismo intelectual. Ela responde a uma efetiva necessidade decorrente da transformação que o Direito experimentou como um todo nas últimas décadas, fenômeno ao qual dedicamos as primeiras palavras desta exposição.

[...]

É necessário armar-se o juiz de autoridade e de rito, para ver e tratar concretamente, segundo suas peculiaridades, o caso concreto.

[...]

Aliás – e aqui o próprio Judiciário não se isenta de censura – a verdade é que, por tibieza ou por falta de assimilação da mentalidade nova ora enfatizada, os juízes frequentemente se abstêm de utilizar por inteiro os poderes que o sistema legislativo já lhe põe à mão.

[...]

Nunca faltaram e não faltarão, por certo, críticas azedas e veementes a essa visualização da problemática jurisdicional. Muitas são as faces da neofobia; a visão do Direito como compartimento estanque da atividade humana, sem comunicação verdadeira entre o dever-ser e o ser, é uma das mais ardilosas e resistentes. Toda vez que se cogita de atribuir poderes mais extensos ao juiz – sobretudo ao de primeiro grau – ou até mesmo o uso efetivo dos poderes que ele já tem, aparece algum ultraliberal em causa própria a deblaterar contra a ‘socialização’ (como se o processo não fosse instrumento eminentemente social!) e a cassandar sobre a temível ‘ditadura do Judiciário’, em regra com a averbação suplementar de ser essa a pior das ditaduras. A esse argumento ad terrorem cabe responder, antes do mais, que ele é rigorosamente especulativo, pois não há exemplo histórico de uma ditadura de Juizes. Trata-se, assim, de fantasma facilmente exorcizável. E, sendo meramente hipotética tal modalidade suposta de tirania, só se pode qualificar de leviana a comparação que dela se faça com outras ditaduras – as reais e concretas, que tivemos a infeliz oportunidade de sofrer na carne e na alma.

O apontado perigo não existe no mundo real.

Adentrar no mérito administrativo é uma coisa; exercer o controle administrativo, na condição de poder de estado, para fazer valer a Constituição, é outra totalmente diversa.

No caso da criação de um Procon municipal, é preciso refletir, sempre sob a orientação de uma análise sistemática, e estabelecer os limites da discricionariedade, para somente após isso definir a legitimidade da intervenção judicial provocada. Dessa forma, concluir-se-á com tranquilidade que o Poder Executivo municipal tem o *dever* de criar um Procon, a fim de que promova a defesa do consumidor, como lhe impõe a carta da República, mas lhe é garantida discricionariedade para definir e decidir a necessidade estrutural do seu Procon de acordo com a realidade da demanda local (quantos servidores, salas, computadores etc.). Ou seja: quando devidamente provocado, o Poder Judiciário poderá (leia-se deverá!), sim, determinar ao Poder Executivo municipal que crie um Procon (dever de agir; obrigação objetiva).

Entretanto, não poderá tal decisão judicial fixar como será esse órgão protetivo, pois aí sim estará o Poder Judiciário invadindo o âmbito da discricionariedade administrativa.

Uma coisa é a determinação judicial, absolutamente legítima e legal (revestida, insiste-se, de inegável constitucionalidade), para que o Poder Executivo municipal crie o seu Procon (o Poder Judiciário diz o que deve ser feito), e outra, bem diferente, seria dizer *como isto deve ser feito* (se terá *esta* ou *aquela* estrutura, com *x* servidores etc.). Apenas nesta segunda hipótese é que se poderia afirmar haver ingerência do Poder Judiciário na esfera da discricionariedade administrativa; todavia, na primeira hipótese, de determinar a criação do Procon, não!

Com relação à intervenção provocada do Poder Judiciário para a garantia do cumprimento e da manutenção da ordem constitucional por parte do Poder Executivo, argumenta Diomar Ackel Filho⁵⁷:

A administração, na consecução dos objetivos do bem comum, tem deveres e obrigações, assim como se investe de faculdades e direitos. Ao implementar os atos que lhe competem, espelhados na condução dos serviços e obras públicas, sempre tem em mira determinados fatos, traduzidos como realidade social, em que devem ser sopesados como imperativos a executar ou carências a suprir. Nesse desiderato, o agente público necessita avaliar essas realidades, dando azo, então ao seu descrímen. Ao fazê-lo, por vezes, o administrador avalia equivocadamente o contexto, divorciando-se do bem comum, ou mantendo-se culposa ou deliberadamente na contemplação distorcida da verdade social, omite-se, negligencia, prevarica.

É, então, que surge a possibilidade de correção do desvio ou da omissão praticada por via dos mecanismos de controle da atividade administrativa, entre quais avulta em importância o Poder Judiciário, pela eficácia vinculativa plena de sua atuação.

A tutela jurisdicional da espécie não representa uma interferência indébita que contrarie a regra da divisão dos Poderes. É sabido que a harmonia dos Poderes exige uma interdependência recíproca. Sob tal prisma, 'os norte-americanos construíram a teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*) que permite a ingerência

de um poder na vida do outro de sorte a garantir o equilíbrio do Estado'. Em verdade, o que se verifica é a penetração material e formal dos poderes em determinadas áreas, completando-se e equilibrando-se. Por isso que Anderson de Menezes refere que 'ante a impossibilidade de exclusivismo e isolamento, não há negar a interdependência dos poderes, em virtude do que a teoria dos poderes pode e deve, técnica e cientificamente, ser caracterizada com a teoria da interdependência dos poderes'.

Dentro dessa consideração, verifica-se que o Judiciário, quando interfere na avaliação de determinados interesses públicos e sociais, o faz na sua condição legítima de órgão revisor da violação de direitos subjetivos e coletivos que deles derivam. Participa assim, como Poder, da persecução ao objetivo do bem comum, impedindo qualquer desvio administrativo nesse caminho. (grifo nosso)

No caso da criação e manutenção de órgão municipal de defesa do consumidor, ocorre a hipótese em que o Poder Judiciário deve exercer o controle da atividade administrativa do Poder Executivo, a fim de que este *torne efetivo um direito fundamental: a defesa do consumidor*. É o que se extrai de alguns precedentes jurisprudenciais, cujos argumentos de direito são plenamente aplicáveis ao assunto aqui discutido.

Por exemplo: no julgamento da Apelação Cível 70.003.979.648, relatada pelo desembargador João Carlos Branco Cardoso, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 11 de agosto de 2004, proferiu decisão unânime assim ementada:

Ação civil pública – corte do fornecimento de merenda escolar a entidades filantrópicas e comunitárias pelo município de Viamão – obrigação que se concretiza a partir do disposto no artigo 227 da constituição federal – dever constitucional que afasta a possibilidade do exercício do poder discricionário do administrador ou do estabelecimento de critérios de oportunidade, necessidade ou conveniência para outras prioridades administrativas – situação em que não há ingerência do poder judiciário na esfera de competência do poder executivo municipal (grifo nosso) – omissão do ente público na previsão orçamentária que não justifica a suspensão

do fornecimento da merenda escolar – alteração quanto ao marco inicial da pena de multa e majoração do seu valor. Desprovido o apelo do município. Provido o do Ministério Público.

Mais. Ao julgar precedente em que, através de ação civil pública, o Ministério Público buscava a condenação em obrigação de fazer do Poder Executivo estadual, consistente em criar, instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, devendo, para tanto, incluir futuramente a respectiva e suficiente verba no seu orçamento, a Sétima Câmara Cível também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu⁵⁸ como resume a ementa que segue:

Ação civil pública. Adolescente infrator. art. 227, caput, da Constituição Federal. Obrigação de o estado-membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores.

1. Descabimento de denúncia da lide à União e ao Município.
2. Obrigação de o Estado-Membro instalar (fazer as obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. *Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal.*
3. Provisão em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária. (grifo nosso)

De forma sucinta e objetiva, mas que diz tudo, o Superior Tribunal de Justiça confirma o acerto da decisão retromencionada e parcialmente transcrita, quando conclui que:

Em se tratando de dever, é possível ao Judiciário compelir o Município ao respectivo exercício (REsp. 292.846/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma do STJ, julgado em 15.04.2002). (grifo nosso)

Segue na mesma linha a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça, como são exemplo as decisões abaixo transcritas:

Processo civil. Administrativo. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Dano ambiental. Implementação de obra pública. Usina de reciclagem de resíduos sólidos. Ingerência do poder judiciário. Violação do princípio da separação dos poderes. Inexistência. Violação ao Art. 333, I, do CPC caracterizada.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente.

2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que *‘O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes’* (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012).

3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias.

4. Deve ser afastada a aplicação da Súmula 7/STJ e reconhecido a ofensa ao artigo 333, I, do CPC. Isto porque a Corte de origem faz referência a vários elementos probatórios que induzem – em

tese – a existência de dano ambiental, considerando, também, que durante a tramitação do processo ocorreu significativa melhora no sistema de destinação dos resíduos sólidos, em especial, com aprovação da lei municipal regulamentando o tema. No entanto, apesar disso, o pleito do Ministério Público Estadual foi indeferido em razão da ausência de provas.

5. Os autos devem ser devolvidos ao primeiro grau para que o juiz proceda à instrução levando-se em conta o art. 462 do CPC e a Lei n. 12.305/2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), sobretudo à luz do se art. 54.

Recurso especial parcialmente provido.

(Recurso Especial nº 1.367.549-MG. Segunda Turma – STJ. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 02/09/2014)

Administrativo. Processo civil. Ação civil pública. Rede de esgoto. Violação ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. Ocorrência. Discricionariedade da administração. Reserva do possível. Mínimo existencial.

1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.

2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta.

3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública – limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente.

4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade.

5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver

discricionariiedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado.

6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecuibilidade dos pedidos da ação civil pública.

7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressaltasse, no caso de o ente público provar a absoluta inexecuibilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa – o que não se verifica nos autos.

Recurso especial provido.

(Recurso Especial nº 1.366.331-RS. Segunda Turma – STJ. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 16/12/2014)

Administrativo. Agravo regimental. Ação civil pública. Atendimento de crianças em creches e pré-escolas. Garantia constitucional reproduzida no art. 54 da Lei 8.069/90. Discricionariiedade afastada.

1. Esta Corte tem manifestado entendimento no sentido de que é legítima a determinação de obrigação de fazer pelo Judiciário, com o objetivo de tutelar direito subjetivo de menor à assistência educacional, não havendo que se falar em discricionariiedade da Administração Pública.

2. Tanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, II e IV) quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, arts. 53, V, 54, IV), impõem que o Estado ofereça às crianças menores de até 6 (seis) anos de idade atendimento público educacional em creche e pré-escola. Estando o Estado subsumido ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que os serviços supramencionados sejam prestados.

3. ‘A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariiedade do administrador frente aos

direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia p etra' (REsp 575.280/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 25/10/2004)

4. Agravo regimental não provido.”

(Ag. Reg. no Agravo em Recurso Especial n  587.140-SP. Segunda Turma – STJ. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 09/12/2014)

Nas oportunas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁹:

Espera-se que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos. Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da aprecia o do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura   colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpreta o (aprecia o que leva a uma única soluço, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administra o Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Para Luíza Cristina Fonseca Frischeisen⁶⁰:

As d vidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto   norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretiza o da ordem social constitucional.

5.2 A não judicializa o para a garantia dos direitos fundamentais

Mesmo existindo apoio legal para uma eventual demanda que buscasse a cria o de Procon, este não   o melhor caminho.

De fato, o melhor caminho   a via consensual, por intermédio da qual, seja pela utiliza o de métodos de negocia o, seja pela media o,

quando eventualmente o Ministério Público esteja mediando alguma postulação da comunidade frente ao ente municipal, possa-se chegar a um resultado de *ganha-ganha*, no qual todos os envolvidos acabem satisfeitos com o acordo entabulado.

É preciso mostrar esses caminhos porque eles passam pela necessária conscientização das comunidades e dos agentes públicos locais a respeito da importância contextual do Procon, não somente para a saúde e segurança das pessoas, o que já é por si só suficiente para estimular a sua criação, mas inclusive para a própria economia do município.

Vamos abordar, então, algumas questões que evidenciam isso.

A primeira delas diz respeito à natural vulnerabilidade do consumidor decorrente da sua característica, muito bem representada pelo conceito de massa. Segundo Armando Sant'Anna⁶¹, a *massa* é identificada como um grupo disperso, sem organização, sem interação, anônimo, circunstâncias essas que mais ainda potencializam a vulnerabilidade dos seus integrantes, porque eles não conhecem uns aos outros, não tendo, portanto, a menor possibilidade de união.

A união, por sua vez, é fundamental, porque o agrupamento de indivíduos em torno de uma origem comum abusiva tem o condão de fortalecê-los, fato este que promove o surgimento de novas opções de resolução coletiva dos problemas, trazendo efetividade, compatibilidade repressiva com a origem da ilegalidade e, conseqüentemente, a pacificação social.

A natureza vulnerável da massa de consumidores lesados dispersos pelo mercado de consumo, em vista disso, encontra na criação dos Procons a única grande solução para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana ante a caótica situação em que se encontram os relacionamentos massificados de consumo, haja vista que a aglutinação das ocorrências de abuso nos órgãos de defesa do consumidor neutraliza os efeitos maléficos da vulnerabilidade decorrente da dispersão.

Os Procons captam essas individualidades e as evidenciam como coletivas, unas e organizadas, oportunizando a interação e eliminando a vulnerabilidade da apreciação atomizada. As lesões de pequena monta se mostram como vultosas. Basta considerar, por exemplo, que três reclamações sobre pessoas que perderam o dedo ao fecharem o porta-

malas de um carro já são suficientes para ressaltar a existência de um caso coletivo.

Revelada a realidade da questão, passa-se ao adequado tratamento do assunto, combatendo-se os malefícios da conduta ilegal de maneira compatível com a sua natureza. Se a natureza é coletiva que se dê tratamento coletivo para a coibição do abuso, seja pelo próprio Procon, seja por representação ao Ministério Público, à Polícia ou à Defensoria Pública, nas situações de serem pessoas necessitadas.

O que se diz neste momento será especialmente mais fácil de visualizar na prática quando se remete o leitor para situações fáticas graves atinentes a remédios e medicamentos.

Não bastasse a substancial melhoria em termos de proteção à saúde e à vida das pessoas, o que é o mais importante, a criação de Procons é especialmente benéfica para os municípios e para a comunidade que os integram.

Nesta segunda abordagem, não há como deixar de mencionar que os Procons protegem o mercado local também porque tem o potencial de identificar e coibir monopólios e oligopólios. Por exemplo, em caso no qual pequeno supermercado do interior teve expostos preços de seus produtos em loja de supermercado pertencente a uma rede nacional de varejo, valores esses que não eram verdadeiros, os consumidores reclamaram, e pôde ser identificado o abuso, protegendo-se não só a comunidade local, mas o pequeno mercado da localidade.

Os Procons, da mesma forma, oportunizam a identificação de criminosos que vendem produtos (casas pré-fabricada, consórcios, planos de saúde, móveis, cursos de informática etc.), arrecadando o dinheiro na localidade, mas levando embora o numerário da comunidade, prejudicando a circulação de riqueza e, assim, reduzindo ou impedindo a criação de empregos, trazendo, como resultado, muitas vezes, o infeliz aumento da criminalidade.

O mesmo se diga do *ralo econômico* ao município proporcionado pelos problemas telefônicos e outros serviços de transferência de dados.

Como é notório e sabido, as empresas de telefonia são organismos sem pátria, de âmbito global, e que, devido às suas conhecidas e numerosas atuações ilegais, acabam subtraindo o dinheiro das comunidades locais, valores esses que não mais retornam.

Por isso, importa ressaltar que, ao contrário do que pensam alguns, o Código de Defesa do Consumidor é bom para o bom fornecedor, e mau para o mau consumidor, sendo uma ferramenta fundamental de proteção da economia local.

Por fim, a criação de Procons reduz gastos com o Sistema Único de Saúde, pois tem a capacidade, com uma atuação efetiva, de prevenir doenças geradas por produtos ou serviços.

Isso é evidente, porque todas as doenças psíquicas levam à redução da imunidade das pessoas, o que potencializa a proliferação de múltiplas doenças oportunistas.

Tatiana Zambrano Filomensky⁶² (coordenadora do Grupo de Tratamento a Compradores Compulsivos do Ambulatório de Transtornos do Impulso do Instituto de Psiquiatria do Hospital de Clínicas de São Paulo) afirma que a desorganização financeira promove *dificuldades em se concentrar nas atividades, perda de apetite, transtornos do sono, ansiedade, irritação ou mesmo choro fácil [...], há quadros em que o consumidor inadimplente chega a ter ideias suicidas.*

O Código de Defesa do Consumidor é bom para o bom fornecedor, e mau para o mau consumidor

Segundo especialistas do Instituto de Psiquiatria do mesmo hospital acima referido, *dores de cabeça, de estômago, ansiedade, medo, depressão são apenas alguns sintomas, que podem ser vivenciados por parte dos 54 milhões de pessoas que começaram o ano inadimplentes, cerca de 40% da população brasileira* (grifo nosso).

Veja-se a grandiosidade do problema, e ninguém terá a menor dificuldade de reconhecer as implicações que traz para o gerenciamento do Sistema Único de Saúde, também integrado pelos municípios, os quais estão responsáveis por tal política, juntamente com estados e com a União.

Ainda existe grande número de eventos decorrentes do consumo de alimentos impróprios, podendo ser mencionadas as doenças infecciosas, que são as causadas pelo consumo de alimentos contaminados por agentes infecciosos, como vírus, fungos, bactérias, parasitas (*Salmonella typhi*, *streptococcus* do grupo A, vírus de

hepatite infecciosa, vírus entéricos humanos, toxoplasma gondii etc.)⁶³.

Da mesma forma, as doenças toxinogênicas, geradas naturalmente pela toxicidade do tecido de algumas plantas ou animais, ou produtos metabólicos de micro-organismos, ou, ainda, por substâncias químicas ou contaminantes físicos que se incorporam ao tecido de modo acidental ou intencional, desde sua origem, passando pela produção, até o consumo final. Como exemplos, temos a toxina botulínica, a estafilocócica que atua no centro vomitivo cerebral, o *bacillus cereus cepa emética*⁶⁴ etc.

Por fim, há as doenças tóxicas, que são síndromes cujo agente é uma toxina ou substância química, como pesticidas e contaminantes inorgânicos (mercúrio, chumbo, cádmio) usados na produção de vegetais e de animais. Tais doenças também são provocadas por resíduos de drogas veterinárias.

Existem, da mesma forma, grandes problemas com águas contaminadas e, incrivelmente, com leites adulterados, ocorrências essas que não param de acontecer, mesmo diante do grande número de responsáveis já presos e condenados.

Compreendemos a dificuldade de muitos em visualizar tais *cenários contextualizados*, nos quais, a partir da análise da criação de Procons, são apontados reflexos nos *empregos* de uma localidade, no mercado de consumo do lugar e mesmo para o Sistema Único de Saúde.

Ocorre que nós, operadores do direito, fomos *treinados* para o trabalho em *quadrados* específicos de conhecimento, seja o criminal, seja o ambiental, seja do consumidor, da infância e juventude etc., evidenciando-se como desconfortável, e até mesmo assustadora para alguns, a realização de uma atividade mental contextualizada para a resolução de problemas.

A verdade é que existem realidades inafastáveis unidas, conectadas a outras que estão diretamente a elas relacionadas. Ou seja, as pessoas *comem, bebem, adoecem*, precisam de *empregos*, necessitam *sobreviver com dignidade* e com *saúde*, e produtos ou serviços têm o potencial de trazer consequências funestas principalmente para estes dois últimos valores fundamentais.

Assim, somente pautados pelo *contexto de realidade* no qual estamos inseridos é que podemos ficar mais lúcidos sobre a profunda

função social que envolve a criação de Procons, sendo sua missão maior a *proteção da saúde e da vida das pessoas*.

Que possamos, então, tocar a mente e o coração das pessoas integrantes das comunidades, dos agentes públicos, dos órgãos de comunicação em geral, e por aí afora.

A criação de Procons é um assunto atinente à cidadania e diretamente relacionado à nossa sobrevivência como seres humanos.

Notas

- * Márcio de Camillis. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Assessor de Procuradoria de Justiça Cível do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.
 - ** Paulo Valério Dal Pai Moraes. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
1. A denominação que nos parece ser a mais correta para órgão de proteção ao consumidor é *Procon municipal*, porque a palavra *Procon*, junto à população em geral, é sinônimo de órgão de defesa do consumidor. A utilização de outra expressão que não seja *Procon municipal* servirá apenas para confundir a sociedade. O *Procon* é uma referência; é um nome consagrado no meio social.
 2. Em www.procon.rs.gov.br, acessado em 13.04.2015.
 3. Em outros Estados da Federação, a situação não deve ser muito diferente, salvo exceções.
 4. Vide artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.
 5. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 35, p. 104-5, jul./set. 2000.
 6. RUBIO, Maria Paz García. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 30, p. 83, abr./jun. 1999.
 7. A vulnerabilidade adjetiva sempre o consumidor; a hipossuficiência, por sua vez, nem sempre, dependendo obrigatoriamente das circunstâncias do caso concreto existente em nível processual.
 8. COSTA, Judith Martins. A Guerra do Vestibular e a Distinção entre Publicidade Enganosa e Clandestina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 6, abr./jun. 1993. p. 222.
 9. LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 17, abr./jun. 1996. p. 58-9.
 10. Sobre os tipos de vulnerabilidade ver em MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, 3. ed. ver., atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002, e com acréscimos relativos a internet, neuromarketing, conceitos

- psicanalíticos e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.
11. SANT'ANNA, Armando. *Propaganda, teoria, técnica, prática*. São Paulo: Pioneira Arte Comunicação, 1996. p. 3.
 12. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 20. “Declarado pela Resolução ONU n. 153/1995, o chamado consumo sustentável exsurge como nova preocupação da ciência consumerista. Com efeito, o próprio consumo de produtos e serviços, em grande parte, pode e deve ser considerado como atividade predatória dos recursos naturais. E, como se sabe, enquanto as necessidades do ser humano, sobretudo quando alimentado pelos meios de comunicação em massa e pelos processos de marketing, são infinitas, os recursos naturais são finitos, sobretudo quando não renováveis. A nova vertente, pois, do consumerismo, visa exatamente a buscar o necessário equilíbrio entre essas duas realidades, a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em consequência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta”.
 13. É a expressão utilizada por FILOMENO, José Geraldo Brito, *Código de defesa do consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 19. Ao se referir sobre a Lei Protetiva: trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microsistema jurídico. Ou seja: ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.
 14. FILHO, Sergio Cavalieri O Novo Código Civil e o Código do Consumidor – Convergências ou Antinomias? *Revista da EMERJ*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, nº 20, Rio de Janeiro, 2002, p. 102. Prefere a expressão “sobre-estrutura” “Costumo dizer que o que o Código de Defesa do Consumidor fez foi estabelecer uma sobre-estrutura jurídica aplicável em todos os casos decorrentes de relações de consumo. Alguns autores preferem falar em minissistema. Não deixa de ser um minissistema, mas prefiro falar em sobre-estrutura jurídica, porque ‘mini’ dá a ideia de pequeno, e que é excluído do grande. Atualmente, já se diz que é um minissistema que circula em torno do grande. Essa ideia já se aproxima daquela que me parece a mais correta, de que o Código do Consumidor estabeleceu uma sobre-estrutura jurídica, aquilo que o Direito Francês chama de normas de sobredireito, algo que pode ser aplicado sempre que ocorrerem relações de consumo quer no direito público, quer no direito privado, quer no direito material, quer no direito processual. Aproveitando a estrutura já existente em todas as áreas do Direito, a ela o CDC sobrepôs os seus princípios e cláusulas gerais destinados a proteger o consumidor.”
 15. MORAES Paulo Valério Dal Pai apud SILVA, Renato Ferreira da. *Código de defesa do consumidor – O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais – interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 98.
 16. Ob. cit., p. 96.

17. A expressão *mais vulnerável* é uma referência fictícia, apenas para reforçar a argumentação, haja vista que a vulnerabilidade é uma característica que prescinde de graduação qualitativa, seja para o mais, seja para o menos. A condição de vulnerabilidade já traz intrinsecamente força suficiente para que se dispense ao seu titular a máxima atenção, sendo-lhe absolutamente legítima a devida proteção. De qualquer forma, o consagrado professor Benjamin Antônio Herman de Vasconcellos. *Congresso internacional em comemoração aos 15 anos do código de defesa do consumidor*, realizado de 7 a 10 de setembro de 2005 em Gramado-RS, salientou que estamos entrando na era do que ele denomina “direito do consumidor de segunda geração”, em que se destaca, dentre outras novas realidades e paradigmas, o que chamou de *igualitarismo assimétrico*, decorrente da *hipervulnerabilidade*, fruto da diferença de classe social, raça, gênero, região etc.
18. O artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, prevê como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.
19. *Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 67-8.
20. No mesmo sentido é o artigo 19 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.
21. *Improbidade administrativa* – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 58-9.
22. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 294.
23. FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 92-3.
24. Ob. cit., p. 126 e 127.
25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 196-204.
26. A conjugação verbal “promoverá”, contida no inciso XXXII do artigo 5º da CF/88, evidencia a existência incontroversa de um comando; estabelece-se um dever, e não uma faculdade.
27. “Art. 1º. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”
28. FREITAS Luiz Fernando Calil de. Anotações Acerca da Necessária Intervenção do Ministério Público nos Processos de Indenização por Dano Moral – Uma Perspectiva Constitucional. *Revista do Ministério Público*, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 48, 2002. p. 59.
29. ALVIM, Arruda et all. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 16.
30. NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, abr./jun. 1992. p. 201.
31. In O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Intertemporal. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 5. São Paulo: RT, 1993, p. 58-60.

32. GRAU, Eros Roberto *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 199-200.
33. Ob. cit., p. 92-3.
34. O próprio Código do Consumidor, no seu artigo 7º, *caput*, preceitua: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”. É uma clara advertência de que a análise e a interpretação sistemáticas são regras obrigatórias de hermenêutica consumerista.
35. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Portugal: Livraria Almedina, 1998. p. 1.126-7 e 1.149.
36. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 88-9.
37. Tamanha é a sua importância para o sistema protetivo que o artigo 4º é classificado como “norma-objetivo”.
38. Com as alterações introduzidas pelo Decreto 7.738, de 28 de maio de 2012.
39. AURÉLIO, Buarque de Holanda Ferreira. *Dicionário eletrônico século XXI*. Lexicom informática. Nova Fronteira, 1999, p. 302.
40. LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartie Latin, 2010, p. 49-51.
41. MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.
42. “Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.”
43. “Art. 2º Integram o SNDC a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor” (Redação dada pelo Decreto n. 7.738, de 2012).
44. Por se tratar de interesse local e dispor sobre a organização administrativa e criação de órgão da administração pública, nos termos dos artigos 30, inciso I; 61, § 1º, inciso II, alíneas “b” e “c”; e 84, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, combinados com os artigos artigo 60, inciso II, alínea “d”, e 82, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 3 de outubro de 1989.
45. As atribuições que competem aos órgãos de defesa do consumidor são facilmente entendidas a partir de numa leitura combinada dos artigos 3, incisos II a XII; 4º, incisos I a VI; 5º; 6º; 9º; e 33, todos do Decreto 2.181/97, com as alterações do Decreto 7.738/2012.
46. WATANABE, Kazuo. In *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000. p. 718. “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de

- ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.”
47. É o disponível e divisível, e que não se enquadra nas hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 81 da Lei Protetiva.
 48. CDC, artigo 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.
 49. CDC, artigo 29: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.
 50. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade das celebridades*. São Paulo: RT, 2001. p. 27-8.
 51. BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na constituição de 1998*. São Paulo: RT, 1991. p. 22.
 52. Op. cit., p. 25-6.
 53. LORENZETTI, Ricardo Luis apud SCARTEZZINI. In *Análisis crítica de la autonomia privada contractual*. [s. cid], [s.ano]. RDC 14/5.
 54. MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22-3.
 55. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, jul./set. 1993. p. 30-6.
 56. O artigo foi publicado em 1993.
 57. FILHO Diomar Ackel. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 657, jul. 1990. p. 51-9.
 58. Apelação Cível 596.017.897, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, julgada em 12.03.1997.
 59. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 204.
 60. FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 93.
 61. SANT’ANNA, Armando. *Propaganda, teoria, técnica, prática*. 7. ed. São Paulo: Pioneira Arte Comunicação, atualizada e revisada, 1996.
 62. Em www.serasaconsumidor.com.br/serasa-experian-lanca-teste-para-avaliar-sofrimento. Acessado em 17.04.2015.
 63. Em www.portaleducacao.com.br acessado em 16.04.15.
 64. Em www.portaleducacao.com.br acessado em 16.04.15.

Referências

- ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 657, jul. 1990.
- ALVIM, Arruda et all. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- BAYEUX FILHO, José Luiz. O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Intertemporal. *Revista Direito do Consumidor*. v. 5. São Paulo: RT, 1993, p. 58-60.

- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1998*. São Paulo: RT, 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Portugal: Livraria Almedina, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. O novo Código Civil e o Código do Consumidor – Convergências ou antinomias? *Revista da EMERJ*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, Rio de Janeiro, 2002.
- _____. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 35, p. 104-105, jul./set. 2000.
- COSTA, Judith Martins. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. A Guerra do Vestibular e a Distinção entre Publicidade Enganosa e Clandestina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 6, abr./jun. 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, jul./set. 1993.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário eletrônico século XXI*. Lexicom informática. Nova Fronteira, 1999.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- FREITAS Luiz Fernando Calil de. Anotações Acerca da Necessária Intervenção do Ministério Público nos Processos de Indenização por Dano Moral – Uma Perspectiva Constitucional. *Revista do Ministério Público*. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, n. 48, 2002.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GRAU, Eros Roberto *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade das celebridades*. São Paulo: RT, 2001.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento: uma Problemática Geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 17, abr./jun. 1996.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartie Latin, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis *apud* SCARTEZZINI. *Análisis crítica de la autonomía privada contractual*. [s. cid], [s.ano]. RDC 14/5.
- MIRAGEM, Bruno *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. ver., atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002, e com acréscimos relativos a internet, Neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, abr./jun. 1992.
- ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- RUBIO, Maria Paz García. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 30, p. 83, abr./jun. 1999.
- SANT'ANNA, Armando. *Propaganda, teoria, técnica, prática*. São Paulo: Pioneira Arte Comunicação, 1996.
- SILVA, Renato Ferreira da. *Código de defesa do consumidor – O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais – interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

PRATICHE SLEALI, DILIGENZA PROFESSIONALE E REGOLA DE MINIMIS

AMARILLIDE GENOVESE*

Professore aggregato dell' Università degli Studi di Bari

EXCERTOS

“La normativa comunitaria intende arginare i comportamenti abusivi dell’impresa che nello svolgimento delle sue politiche commerciali giunga a ledere la libertà di scelta dei consumatori e quindi indirettamente anche i competitors più virtuosi, eludendo il confronto concorrenziale”

“Accanto alla clausola generale di slealtà e ai divieti generali delle pratiche ingannevoli e aggressive, la direttiva reca un allegato con un elenco tassativo di pratiche da considerarsi “in ogni caso” sleali”

“Il legislatore comunitario prevede il divieto delle pratiche sleali, ma “lascia in bianco” il profilo rimediabile, limitandosi a prescrivere ai legislatori nazionali misure adeguate ed efficaci, ovvero sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive per contrastare le pratiche sleali”

CORTE DI GIUSTIZIA UE, Sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13
 – Pres. Tizzano – Rel. Biltgen – UPC Magyarország kft c. Nemzeti
 Fogyasztóvédelmi Hatóság

La Dir. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno (...) deve essere interpretata nel senso che la comunicazione, da parte di un professionista ad un consumatore, di una informazione errata (...) deve essere qualificata come “pratica commerciale ingannevole”, ai sensi di tale direttiva, anche qualora tale comunicazione abbia riguardato un solo consumatore.

1. Il caso

La decisione della Corte di giustizia europea che si annota è destinata ad estendere in misura significativa la portata applicativa della direttiva sulle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno¹. Il legislatore europeo promuove scelte di consumo razionali in relazione ai “prodotti”², censurando comportamenti e iniziative sleali di imprese “spregiudicate” che condizionano l'agire di consumo dei consumatori ai quali si rivolgono. In particolare la direttiva pone un generale divieto teso a evitare pratiche commerciali contrarie alla diligenza professionale che possano falsare il comportamento economico dei consumatori, alterandone la capacità di prendere una decisione consapevole. Per tale via, la direttiva in questione introduce regole di *fair trading* destinate ad assumere una portata ed una valenza generali, nel quadro delle quali assume rilievo fondamentale l'immagine reputazionale che l'operatore professionale “trasmette”, essenzialmente attraverso la comunicazione commerciale³.

La casistica sulle pratiche commerciali sleali, a distanza di dieci anni dall'adozione della direttiva, esprime un dato certo: il concetto di “pratica” è essenzialmente riferito alle modalità dinamiche attraverso le quali il prodotto (bene di largo consumo, prodotto finanziario, pacchetto turistico *all inclusive*, servizio di telefonia, etc.) è portato alla

attenzione dei consumatori, tenendo conto essenzialmente di azioni ingannevoli, omissive e aggressive⁴.

La sentenza in esame marca la distanza da questo approccio interpretativo, estendendo la nozione di “pratica commerciale” anche ad occasionali ed episodici comportamenti dell’operatore economico professionale, rivolti ad un unico consumatore. A giudizio della Corte, “la direttiva non fissa alcuna soglia, in termini di frequenza oppure di numero dei consumatori “ cui si rivolge, per accedere alle misure di protezione.

I tratti di specialità del caso riguardano il fatto che l’informazione non veritiera e idonea a falsare il comportamento economico del consumatore non si iscrive in *a*) una prassi reiterata o abituale dell’impresa *b*) rivolta in generale al pubblico dei consumatori, ma è contenuta in una lettera indirizzata al singolo consumatore (nella specie, uno solo è il consumatore il cui processo decisionale è alterato dalla informazione scorretta, unico il comportamento contestato all’impresa). Peraltro la pratica commerciale di cui è asserita la slealtà si svolge in una fase particolare del rapporto di consumo, ovvero nell’ambito della prestazione dei servizi di assistenza alla clientela.

Secondo i giudici di Lussemburgo un’informazione (non veritiera?, incompleta?, trascritta erroneamente?...non rileva) fornita ad un unico consumatore è una pratica commerciale ingannevole.

È opportuno richiamare brevemente i fatti del procedimento principale che vede contrapposti dinanzi alla Corte suprema di Budapest l’Autorità amministrativa ungherese per la tutela dei consumatori e degli utenti ed una società che fornisce servizi di pay tv.

Nel caso di specie l’utente del servizio televisivo in abbonamento, che intendeva recedere dal contratto, aveva chiesto al fornitore informazioni sul periodo al quale si riferiva l’ultima fattura emessa (che non conteneva menzione precisa del periodo di fatturazione), in modo da far coincidere il termine dell’abbonamento con l’ultimo giorno di erogazione dei servizi già pagati. Tuttavia, a causa di una comunicazione errata sulla durata “residua” del rapporto, la società aveva poi chiesto il pagamento dei costi del servizio relativamente ad un periodo in cui lo stesso era già prestato da altro operatore.

È certo che nel quadro delle tutele degli utenti di un servizio ad accesso condizionato e continuativo quale l'abbonamento alla pay tv, risulta essenziale il *set* di informazioni che l'operatore professionale è obbligato a fornire per consentire all'utente di recedere dal contratto nei termini e secondo le modalità prescritte dal regolamento legale e/o convenzionale⁵. Nel caso di specie la comunicazione di una informazione errata da parte del fornitore che segnalava la data del 10 febbraio anziché del 10 gennaio comportava per l'utente una spesa aggiuntiva di circa € 18.

L'Autorità di vigilanza per la tutela dei consumatori aveva accolto le istanze dell'abbonato che lamentava la slealtà del prestatore del servizio, condannandolo ad una sanzione pecuniaria pari a 25.000 fiorini ungheresi per comportamenti sleali (circa € 85). La Corte di Budapest ha riformato la decisione dell'autorità amministrativa, annullando la sanzione inflitta, essenzialmente allegando che:

- non può ravvisarsi violazione della diligenza professionale qualora emerga la "assenza di intenzione" da parte del professionista di indurre in errore il consumatore o di condizionarne le scelte di consumo;
- non può essere qualificata "pratica commerciale" una condotta che non si iscrive in una prassi continuata ma di fatto si risolve in un errore isolato e relativo ad un solo cliente (secondo i giudici ungheresi "un mero refuso").

Avvertono i giudici del merito: una cosa è un'informazione ingannevole, altra cosa è una informazione *solo* errata comunicata ad un *solo* consumatore che, peraltro, non riguarda né il prezzo, né le modalità di calcolo dello stesso o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo (art. 6, par. 1, lett. d, Dir. 2005/29).

La Kúria ungherese (Corte Suprema), investita del ricorso per la cassazione della sentenza, decide di sospendere il giudizio nazionale e rimettere la questione ai giudici della Corte di giustizia *ex art.* 267 TFUE. La domanda pregiudiziale è volta a chiarire se la comunicazione di una informazione non veritiera rivolta ad un solo consumatore possa

Non può essere qualificata "pratica commerciale" una condotta che non si iscrive in una prassi continuata ma di fatto si risolve in un errore isolato e relativo ad un solo cliente

essere considerata una “pratica commerciale ingannevole” ai sensi della Dir. 2005/29/CE.

Per comprendere la portata della decisione e valutarne gli effetti è necessario soffermarsi sui punti chiave della direttiva e specialmente sulle finalità perseguite dal legislatore comunitario quali emergono dal complesso *iter* di elaborazione normativa del provvedimento.

2. Pratiche commerciali sleali e tutele legali

La Dir. 2005/29/CE, a differenza di altre precedenti direttive, quale ad esempio quella relativa alle clausole abusive o alle garanzie dei beni di consumo, non trova modelli di riferimento nelle singole esperienze nazionali e si pone come una direttiva-quadro destinata ad assumere una portata ed una valenza generale⁶. Il divieto di comportamenti sleali si inserisce, infatti, in un contesto di regole volte a conformare, nel segno della trasparenza, l'agire degli operatori economici nelle relazioni di mercato⁷.

La normativa comunitaria intende arginare i comportamenti abusivi dell'impresa che nello svolgimento delle sue politiche commerciali giunga a ledere la libertà di scelta dei consumatori e quindi indirettamente anche i *competitors* più virtuosi, eludendo il confronto concorrenziale⁸.

Le fattispecie individuate e disapprovate dalle norme sono le più varie e si dispiegano lungo tutto l'*iter* del rapporto di consumo o di utenza: esse precedono, accompagnano, seguono la formazione del vincolo negoziale, ma spesso ne prescindono del tutto.

Con la definizione di pratica commerciale sleale si disciplina infatti a) qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale (...) *direttamente connessa* alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori⁹ b) che sia contraria alla diligenza professionale e c) idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore, alterandone la capacità di decidere consapevolmente (art. 5 dir.).

Ciò può avvenire soprattutto in due modi: *i*) inducendo in errore l'utente (pratica ingannevole), *ii*) limitando la sua libertà di scelta attraverso molestie, condizionamenti, pressioni (pratica aggressiva)¹⁰.

In effetti il divieto di ordine generale si articola a sua volta attraverso specifiche disposizioni riguardanti pratiche che la prassi commerciale ha già evidenziato come sleali cioè azioni e omissioni ingannevoli (artt. 6 e 7) e pratiche aggressive (artt. 8 e 9). Per esempio: presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista è ingannevole; sfruttare una posizione di potere per esercitare una pressione sul consumatore, in modo da condizionarne la scelta di consumo, è aggressivo.

Accanto alla clausola generale di slealtà e ai divieti generali delle pratiche ingannevoli e aggressive, la direttiva reca un allegato con un elenco tassativo di pratiche da considerarsi “in ogni caso” sleali (c.d. *black list*)¹¹.

Come anticipato, la clausola generale dell'art. 5 dir. si fonda sulla contrarietà alla diligenza professionale e sulla idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore “medio”. Questi criteri sono a loro volta oggetto di ulteriori precisazioni normative.

In particolare la diligenza professionale è definita dall'art. 2, lett. h) dir. in base ai seguenti parametri:

- il “normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori”;

- ... “rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista”¹².

La diligenza professionale è dunque rapportata al grado di competenza e attenzione che i consumatori attendono dal professionista, secondo principi generali di correttezza e buona fede riferiti al settore di attività¹³. Nella prassi dell'Autorità amministrativa nazionale competente lo standard comportamentale “esigibile” è modellato sulle caratteristiche specifiche dell'attività esercitata dal professionista, sull'articolazione del mercato di riferimento e sulla posizione occupata nell'ambito dello stesso (frequente è il riferimento ai peculiari obblighi di diligenza gravanti sul professionista che vanti una posizione dominante nel mercato), dalle prescrizioni giuridiche proprie del settore economico o relative alle modalità di esercizio della attività (vendite a distanza, commercio elettronico).

Il riferimento alle specificità del settore interessato consente di “calibrare” i doveri di informazione e protezione gravanti sull'operatore

professionale, “...adeguandoli a quelle che possono essere le aspettative socialmente adeguate delle diverse categorie di consumatori tipici, nei diversi mercati e settori economici”¹⁴.

L'idoneità della pratica ad alterare il processo decisionale del consumatore è valutata con riferimento al consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto¹⁵, tenendo conto anche del tipo di prodotto o servizio offerto e delle modalità di attuazione della pratica (fattori culturali, sociali, linguistici, merceologici, etc.)¹⁶. La direttiva formalizza dunque la nozione di *consumatore medio* consolidata nella giurisprudenza comunitaria in materia di pubblicità ingannevole o confondibilità tra marchi¹⁷.

Il criterio della idoneità del comportamento dell'impresa a falsare il processo decisionale del consumatore è specificato dalla circostanza che l'alterazione della scelta di consumo sia “rilevante” (art. 5 dir.) o non “trascurabile” (considerando 6).

È dunque demandata alle autorità nazionali l'individuazione in concreto della soglia di minima rilevanza della pratica, anche alla luce del principio di proporzionalità che ammette esplicitamente che in alcuni casi “l'impatto sui consumatori può essere trascurabile”.

Il legislatore comunitario prevede il divieto delle pratiche sleali, ma “lascia in bianco” il profilo rimediabile, limitandosi a prescrivere ai legislatori nazionali misure adeguate ed efficaci, ovvero sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive per contrastare le pratiche sleali. In particolare l'art. 11, parr. 1 e 2 dir., delinea, in alternativa o in concorrenza, gli strumenti dell'azione giudiziaria o del ricorso al giudizio di una autorità amministrativa indipendente¹⁸. Ma soprattutto la direttiva sancisce il principio che la normativa “non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale sleale”, né pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto (art. 3, comma 2, Dir. 2005/29). Nel quadro disciplinare disegnato dal legislatore comunitario centrale è dunque la previsione di misure preventive di carattere inibitorio a presidio di interessi economici collettivi dei consumatori, mentre è trascurato il piano delle conseguenze individuali della slealtà¹⁹.

Il legislatore italiano ha assecondato il disegno complessivo della direttiva, assegnando la competenza generale ad applicare la disciplina all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cui riconosce, innovando disciplina e procedura in materia di pubblicità ingannevole, il potere di attivarsi *ex officio* e di chiudere il procedimento con una decisione negoziata senza giungere alla fase di accertamento della fondatezza dell'ipotesi istruttoria²⁰.

3. La decisione della Corte di giustizia europea: è pratica ingannevole la comunicazione di informazioni non veritiere indirizzata ad un solo consumatore

Individuate le coordinate concettuali per orientarsi nel complesso sistema di regole sulle pratiche commerciali sleali, torniamo alla decisione in esame.

Smentendo la netta presa di posizione dell'Avvocato Generale, la Corte di giustizia afferma che la Dir. 2005/29 non fissa alcuna soglia, in termini di frequenza oppure di numero dei consumatori, per accedere alle misure di protezione.

In particolare i giudici comunitari considerano “del tutto irrilevanti”:

- la circostanza che la condotta del professionista coinvolto sia stata tenuta una sola volta e abbia interessato un solo consumatore (punto 41);
- la natura asseritamente non intenzionale della condotta, la negligenza del professionista o il danno subito dal consumatore: è sufficiente che l'impresa abbia comunicato un'informazione oggettivamente errata, in grado di influenzare sfavorevolmente il consumatore, per applicare la direttiva (punto 47);
- il fatto che il costo aggiuntivo imposto al consumatore sia trascurabile (punto 50).

La soluzione interpretativa proposta sarebbe... “corroborata dal fatto che essa consente di dare pieno effetto alla direttiva..., garantendo che, conformemente all'esigenza di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, ...le pratiche commerciali sleali siano...efficacemente combattute nell'interesse dei consumatori”, “destinatari e vittime” dei comportamenti sleali²¹.

L'impianto argomentativo è centrato sulla considerazione che la direttiva non delimita *esplicitamente* il proprio ambito di applicazione alla tutela di interessi collettivi dei consumatori. Inoltre, a giudizio della Corte, le definizioni fornite dall'art. 2, lett. c) e d) e dall'art. 3, par. 1, nonché 6, par. 1 della direttiva non alludono al carattere *reiterato* della pratica o al fatto che la stessa debba riguardare più di un consumatore.

Le disposizioni citate si limiterebbero a prescrivere l'accertamento della "diretta connessione" della pratica con le attività di promozione, vendita o fornitura di un bene o di un servizio al consumatore (art. 2, lett. d). E la prestazione di servizi di assistenza alla clientela (nella specie: fornire informazioni relative al periodo di fatturazione della bolletta) certamente rientra nella nozione di "pratica commerciale".

L'art. 6 dir. considera ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o che, *in qualsiasi modo*, inganni o possa ingannare il consumatore medio per quanto riguarda, in particolare, le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, il prezzo o il modo in cui questo è calcolato, i servizi di assistenza alla clientela e il trattamento dei reclami, i diritti del consumatore.

La Corte considera che tutti gli elementi indicati nell'art. 6 ricorrono nel caso sottoposto alla sua attenzione. Alla richiesta formulata dal consumatore e volta ad acquisire informazioni per esercitare efficacemente il diritto di recesso dal contratto, ha fatto riscontro una comunicazione errata relativamente alla durata (residua) del rapporto, che ha precluso una scelta consapevole ed economicamente razionale (i.e. ha comportato spese aggiuntive per il consumatore, sia pure trascurabili, riconosce la sentenza).

La nozione ampia di "pratica" (*qualsiasi azione o omissione...*)²², la formulazione letterale delle disposizioni della direttiva che non si riferiscono al carattere reiterato o abituale del comportamento sleale dell'impresa, le istanze di tutela degli interessi dei consumatori peraltro perseguite nell'ambito di un provvedimento che propone una *full harmonization* delle regole di protezione, consentono alla Corte UE, senza ulteriori e decisive argomentazioni, di concludere che la comunicazione di un'informazione errata deve essere qualificata come "pratica commerciale ingannevole" anche qualora rivolta ad un solo consumatore.

4. Due questioni aperte: a) nozione di “pratica” e disciplina dell’attività, b) effetti della pratica e test di rilevanza

La decisione della Corte non coglie nel segno nella misura in cui trascura di considerare altri e decisivi “indizi” che sembrano indicare una strada diversa.

In primo luogo l’*iter* di elaborazione normativa della direttiva comunitaria che prende l’avvio con la pubblicazione di un Libro verde della Commissione sulla comunicazione commerciale nel mercato interno²³ e procede nel segno della progressiva costruzione di un sistema di regole volte a realizzare la libera circolazione della comunicazione commerciale transfrontaliera²⁴.

Tanto emerge chiaramente dai considerando 4 e 5 della direttiva in cui il legislatore comunitario sottolinea che le differenze tra le regolamentazioni nazionali applicabili in materia di pratiche sleali ... “rendono più oneroso per le imprese l’esercizio delle libertà del mercato interno, soprattutto ove tali imprese intendano effettuare *attività di marketing, campagne pubblicitarie e promozioni delle vendite transfrontaliere*. Tali ostacoli causano inoltre incertezze circa i diritti di cui godono i consumatori e compromettono la fiducia di questi ultimi nel mercato interno. (...). Tenuto conto delle finalità della Comunità, stabilite dalle disposizioni del trattato e dal diritto comunitario derivato in materia di libera circolazione, e conformemente alla politica della Commissione riguardante le comunicazioni commerciali come indicato nella comunicazione della Commissione ‘*Seguito dato al Libro verde sulla comunicazione commerciale nel mercato interno*’, tali ostacoli dovrebbero essere eliminati. Ciò è possibile solo introducendo a livello comunitario norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori e chiarendo alcuni concetti giuridici, nella misura necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno e per soddisfare il requisito della certezza del diritto” (corsivo aggiunto).

Se è vero che la nozione di pratica non si esaurisce necessariamente nelle iniziative commerciali volte alla collocazione sul mercato ed alla promozione dei prodotti o dei servizi offerti, è altrettanto vero che nella prassi i comportamenti disapprovati riguardano per lo più proprio le modalità in cui si atteggia la strategia comunicativa dell’impresa (“il

modo di stare nel mercato del soggetto professionale”²⁵), e il legislatore comunitario sembra esserne consapevole nella misura in cui prescrive agli Stati membri meccanismi di controllo *di vasta portata* per contrastare le pratiche commerciali sleali (“mezzi adeguati ed efficaci...al fine di garantire l’osservanza delle disposizioni della direttiva nell’interesse dei consumatori”)²⁶.

Secondo l’art. 11 dir. tali strumenti ... “includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali *le persone o le organizzazioni* che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono:

a) promuovere un’azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali,

e/o

b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un’autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un’adeguata azione giudiziaria.

Precisa ancora l’art. 11 che spetta a ciascuno Stato membro decidere:

a) se le azioni giudiziarie possano essere promosse singolarmente o congiuntamente contro *più* professionisti dello stesso settore economico, e

b) se possano essere promosse nei confronti del responsabile del codice allorché il codice in questione incoraggi a non rispettare i requisiti di legge.

Ai sensi del comma 2, dell’art. 11 gli Stati membri conferiscono all’organo giurisdizionale o amministrativo il potere, qualora ritengano necessari detti provvedimenti tenuto conto di tutti gli interessi in causa e, in particolare, dell’interesse generale:

a) di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione,

o

b) qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla,

anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all’intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista²⁷.

L'attenzione "puntata" sulla tutela generale e a carattere preventivo rivela un mutamento di prospettiva nell'azione comunitaria a tutela del consumatore che, in una prima fase, si è rivolta alla sicurezza dei prodotti delineando un sistema di tutele individuali e successive, quindi alle regole della contrattazione di massa (clausole abusive) in cui già si intravede chiaramente l'importanza delle tutele di tipo preventivo²⁸, per approdare alla disciplina orizzontale delle pratiche commerciali sleali che si propone di rendere concreti principi generali quali la "lealtà", la "diligenza professionale", valorizzando il profilo funzionale del comportamento e spostando dunque l'attenzione dall'atto e dalla struttura del contratto all'attività²⁹.

"Sotto i riflettori" è dunque la dinamica dell'attività e non specifici atti o comportamenti dell'impresa³⁰.

Un dato certamente significativo in tal senso è il nesso tra pratica commerciale e codici di condotta che è particolarmente indicativo proprio per la "vocazione" dei codici di autoregolamentazione a definire regole "ritagliate" sul complesso di attività effettivamente svolte in un determinato settore e indirizzate a rafforzare il legame fiduciario con la clientela³¹.

In particolare esiste una stretta relazione tra la violazione degli impegni contenuti nei codici di condotta e la slealtà di una pratica³², specialmente evidenziata dall'art. 6, par. 2, della direttiva ove si considera ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare. Ancora i punti 1) e 3) dell'Allegato I alla direttiva ("Pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali") considerano pratiche ingannevoli *per se* le dichiarazioni false relative alla adesione al codice ed alla natura del codice (approvata o meno da un organismo pubblico, etc.)³³.

In particolare
esiste una stretta
relazione tra la
violazione degli
impegni contenuti
nei codici
di condotta
e la slealtà
di una pratica

Altrettanto significativi la nozione di diligenza professionale, criterio di valutazione atto ad apprezzare ciò che “ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti” e il nesso tra pratica e “operazione commerciale relativa ad un prodotto”³⁴.

Tutti indici che rivelano le finalità proprie della disciplina ovvero il “ripristino delle condizioni che l’ambiente professionale apprezza come necessarie ad una sana competizione”³⁵.

Non trascurabile è pure la semantica del concetto di “pratica”³⁶ che allude al carattere non isolato ed episodico della stessa (dal dizionario della lingua italiana Treccani: “modo usuale di fare qualcosa”; il sostantivo inglese *practice* è definito nello Oxford English Dictionary “*the habitual doing or carrying out of something*”).

Se ciò è vero le regole della Dir. 2005/29 entrano in gioco se: i) la condotta si rivolge ad un gruppo indeterminato di destinatari; ii) la condotta si ripete nei confronti di più di un consumatore. L’esempio paradigmatico del caso *sub i*) è la comunicazione commerciale (on line, redazionale, sul cartello di un negozio) che illustra la politica dei resi (modalità e termini per restituire la merce, recesso dal contratto, etc.) rivolta a tutti i clienti (attuali o potenziali)³⁷.

Al contrario, ove la condotta contestata non sia diretta ad un gruppo indeterminato di consumatori ma, come nel caso di specie, ad un consumatore singolo, la stessa deve essere almeno “ripetibile”, cioè potenzialmente reiterabile dall’operatore professionale per integrare una “pratica commerciale”.

Si è già detto che il legislatore europeo ha prescritto agli Stati membri l’adozione di strumenti “adeguati ed efficaci” per contrastare i comportamenti sleali delle imprese nell’interesse *dei consumatori*. Uno sguardo alle esperienze nazionali della attuazione della direttiva rivelano uno strumentario di tutele assistito da sanzioni “profondamente radicate nella sfera del diritto pubblico”³⁸ ed essenzialmente dirette a proteggere l’interesse collettivo dei consumatori coinvolti nella pratica (rimedi inibitori).

È certo che la direttiva può avere un “effetto di ricaduta” sui rimedi individuali attivabili dal singolo consumatore. Se un certo tipo di condotta è disapprovato dalla direttiva, probabilmente ciò

avrà rilevanza nella controversia individuale tra operatore economico e consumatore (per valutare, ad esempio, la validità del contratto eventualmente stipulato o la correttezza e la lealtà del comportamento della controparte professionale nella fase precontrattuale o nella esecuzione del contratto)³⁹, ma il legislatore comunitario *sceglie* di non entrare nel merito delle pretese azionabili dal singolo consumatore, che restano presidiate dalle regole di governo dei rapporti individuali⁴⁰. Del resto, nonostante le immediate assonanze tra gli elementi concettuali propri della fattispecie delle pratiche sleali e quelli tipici dell'invalidità e dell'illecito, pare difficile l'omologazione della nozione di pratica sleale, che è fenomeno dei rapporti di mercato, nelle categorie concettuali "tradizionali" che ineriscono a rapporti individuali⁴¹.

L'art. 3, par. 2, esplicita questa scelta stabilendo specificamente che la direttiva "non pregiudica" l'applicazione del diritto contrattuale nazionale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto⁴². Dall'art. 3 deve desumersi che le pratiche commerciali sono attività connesse alla promozione, conclusione ed esecuzione dei contratti di consumo e anche quando si concretano in dichiarazioni o manifestazioni di volontà rilevanti per la conclusione di un contratto, rilevano non già ai fini della disciplina dei contratti ma solo come comportamenti sleali da prevenire e reprimere⁴³.

Anche negli ordinamenti che hanno previsto in sede di attuazione della Dir. 2005/29/CE rimedi civilistici (invalidatori, risarcitori) attivabili dal singolo consumatore "vittima" della pratica sleale⁴⁴, la premessa (il pre-requisito) è il comportamento scorretto della impresa che deve essere primariamente accertato, inibito ed eventualmente sanzionato in sede di tutela collettiva amministrativa e giurisdizionale⁴⁵, prescindendo dall'(dagli) eventuale(i) contratto(i) e dalle sue patologie.

Nonostante la profonda diversità delle soluzioni prospettate nel panorama europeo, quel che emerge chiaramente è la centralità assegnata al rimedio inibitorio, quale strumento preventivo e generale di tutela dell'ordine pubblico economico, circostanza che restituisce la chiave di lettura più adeguata a cogliere il senso complessivo della normativa europea sulle pratiche commerciali sleali⁴⁶.

5. La regola *de minimis*

Un altro dato sembra decisivo e riguarda la circostanza che l'applicazione della disciplina è limitata alle pratiche il cui impatto sia "rilevante" (art. 5, par. 2, lett. b dir.).

Il legislatore italiano ha tradotto il requisito in questione con una molteplicità di espressioni che alludono all'idoneità della pratica a "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori" e ad "alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole" (art. 18 c. cons.), nonché a "falsare in misura apprezzabile il comportamento economico" del consumatore medio (art. 20 c. cons.).

Nell'interpretazione della limitazione in esame, centrale è il richiamo al principio di proporzionalità di cui all'art. 5 del Trattato UE peraltro esplicitato dal *considerando* 6 che riferisce che il legislatore comunitario si propone di tutelare i consumatori dalle conseguenze *rilevanti* delle pratiche commerciali sleali e riconosce che in alcuni casi l'impatto sui consumatori può essere *trascurabile*.

Applicare la regola *de minimis*, individuare, cioè, il punto di equilibrio tra rilevanza e irrilevanza della pratica non è agevole atteso che non è affatto chiaro, tra le altre cose, se la "valutazione d'impatto" si riferisca alla sfera del consumatore "vittima" della pratica ed eventualmente agli altri potenziali "destinatari" della stessa oppure agli effetti complessivi della pratica nel mercato (diffusività della stessa, valore economico delle operazioni indotte, etc.).

La giurisprudenza comunitaria in materia di pubblicità ingannevole apprezzava la rilevanza della pratica con esclusivo riferimento al numero dei consumatori coinvolti⁴⁷. La casistica della materia delle pratiche commerciali sleali non ha sinora riguardato fenomeni marginali e ha sanzionato comportamenti sleali delle imprese operanti nella grande distribuzione (beni di consumo, informatica diffusa), nei settori delle energie e dei trasporti, nel macrosettore credito e assicurazioni, rispetto ai quali il test di rilevanza della pratica è per lo più superfluo.

Pure nella prassi nazionale della AGCM e della giurisprudenza amministrativa, se pure la regola *de minimis* non sembra avere un rilievo di immediata evidenza⁴⁸, è pure vero che considerazione

essenziale è riservata alla *potenziale diffusività* della pratica: “...rientra nella nozione di pratica commerciale scorretta ogni condotta posta in essere da un professionista (...) che si connoti per caratteristiche tali da poter essere astrattamente *replicata* nei confronti di una categoria generalizzata di consumatori a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista e un singolo utente”⁴⁹.

Il problema riguarda l’individuazione del *discrimen* tra atto singolo irrilevante (episodico, accidentale) per la trascurabilità degli effetti generati (o generabili) e atto singolo rilevante ai fini della repressione delle pratiche sleali perché astrattamente “ripetibile” e per la apprezzabilità degli effetti generati (o generabili)⁵⁰.

Ma qui entra allora in gioco il criterio della diligenza professionale: “(...) se una pratica, della quale si sia evidenziata l’essiguità d’impatto, ha, comunque, caratteristiche (non solo strutturali, ma anche di durata, di possibile continuità nel tempo) che la rendono propagabile e ripetibile su una rilevante platea di destinatari, di (regola) *de minimis* non si può parlare: le pratiche scorrette integrano, infatti, un illecito di pericolo e non di danno (...). Laddove, però, ciò non avvenga, dovrebbe prendersi atto che si è di fronte a fenomeni di scarsa rilevanza... Questo, infatti, dovrebbe essere lo spirito della regola”⁵¹.

In questa chiave di lettura le condotte dei professionisti qualificabili come “pratiche” sono solo quelle idonee a raggiungere un *livello socialmente apprezzabile* e deve essere, pertanto, esclusa la possibilità dell’intervento delle autorità in relazione a comportamenti di mercato del tutto occasionali o eccezionali e, come tali, inidonei ad alterare in modo *apprezzabile* il comportamento economico *dei consumatori*⁵².

In una vicenda relativa alle informazioni fornite da un istituto di credito a proposito della portabilità dei mutui il giudice amministrativo italiano ha annullato la delibera dell’AGCM proprio rilevando che “... la mancata dimostrazione circa l’effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, temporale) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati in singole filiali, esclude che essi possano *ex se* assurgere al rilievo di “pratica” ovvero di una condotta ripetutamente posta in essere dall’operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità”⁵³.

Decisivo l'apporto di altra recente decisione del Consiglio di Stato che esplicita: “non è soltanto il contenuto intrinseco dell'informazione (...) a dare corpo alla “pratica”, ma la complessiva condotta del professionista, formata da più atti, o prassi, o metodi commerciali volti *ad incertam personam* e convergenti ad uno stesso scopo”⁵⁴. Non rileva l'attività informativa per il singolo contratto, bensì i “... complessivi, standardizzati comportamenti comunicazionali...”⁵⁵.

Nel caso di specie è soltanto “il contenuto intrinseco dell'informazione” (di fatto non rispondente al vero) a fondare il giudizio di slealtà dell'impresa, senza che emerga in alcun modo una valutazione complessiva dei comportamenti comunicazionali generalmente tenuti.

Una applicazione accorta del cd. *materiality test* prescritto dal legislatore europeo avrebbe probabilmente potuto consentire una “ragionevole disapplicazione” del divieto dell'art. 5, la cui valenza sembra proprio quella di segnare un'area di irrilevanza per pratiche “formalmente” censurabili ma di fatto tollerabili.

Una specificazione del criterio generale della “apprezzabilità” della pratica sembra peraltro rinvenirsi nella parte del considerando 6 dir., non recepita nelle norme italiane di attuazione della direttiva, che fa salve pratiche pubblicitarie e di marketing quali il *product placement* “consentito” (i.e. regolamentato), l'offerta di incentivi, la *brand differentiation* (tutela dei valori suggestivi e reputazionali del marchio), in grado di incidere sulla percezione dei prodotti da parte del consumatore e di influenzarne il comportamento, senza però limitarne la capacità di scegliere consapevolmente⁵⁶. A parte che la previsione conferma che è il “modo di stare nel mercato” dell'impresa che risulta direttamente implicato nella “pratica commerciale”, l'inciso finale attribuisce alla disposizione “...un significato semplicemente confermativo del requisito generale della apprezzabilità...”⁵⁷, che deve essere apprezzato con riferimento agli effetti indotti sul “consumatore medio” e non sul singolo, determinato consumatore.

Non è soltanto il contenuto intrinseco dell'informazione (...) a dare corpo alla “pratica”, ma la complessiva condotta del professionista

6. Note conclusive

Nella vicenda proposta all'attenzione della Corte di giustizia non ricorre l'elemento della potenziale "reiterabilità" della condotta nei confronti di una rilevante platea di destinatari perché il ricorrente nella causa principale non ha in alcun modo allegato che il fornitore abbia in altre occasioni "errato" (intenzionalmente o meno) l'indicazione della data di scadenza del contratto per giovare del pagamento della fornitura supplementare del servizio di pay tv⁵⁸.

Nell'ambito della vicenda processuale si accenna ad un elemento che non sembra assumere rilevanza ma che invece avrebbe potuto essere decisivo per valutare il *modus operandi* dell'impresa ovvero la circostanza, appena riferita, che il periodo di fatturazione non era "chiaramente indicato" in bolletta. La "pratica" da contestare al fornitore era probabilmente quella di fornire informazioni incomplete o erronee o omettere del tutto indicazioni rilevanti per orientare il comportamento economico del consumatore-fruttore del servizio, perché si tratta evidentemente di azione o omissione ingannevole "moltiplicabile" per tutti gli abbonati fruitori del servizio che ricevono comunicazioni relative alla fatturazione del servizio "opache".

Generiche istanze di protezione degli interessi economici dei consumatori non possono e non devono consentire l'applicazione della direttiva a questioni per cui questa non è stata evidentemente "concepita"⁵⁹.

Nella specie pare francamente eccessivo sollecitare il giudizio di autorità amministrative e giurisdizionali nazionali e comunitarie a fronte di una vicenda che vede un consumatore puntiglioso chiamato a pagare € 18 in più del dovuto ed un'impresa (probabilmente non attenta ma forse non sleale) sanzionata con una ammenda di € 85 (!)⁶⁰.

La palla passa adesso ai giudici nazionali ungheresi cui spetta il test di "proporzionalità" della sanzione inflitta dall'Autorità garante e la *congruità* delle conseguenze derivanti, in applicazione del diritto nazionale che recepisce la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, dal divieto della pratica commerciale ingannevole utilizzata nella fattispecie dal professionista.

Quel che rimane è l'interpretazione fornita del concetto di "pratica" che si libera di ogni connotazione legata alla abitudine o alla reiterabilità

della condotta e si amplia a ricomprendere anche occasionali ed episodici comportamenti dell'impresa idonei a falsare le scelte economiche di un solo consumatore.

Notas

- * Amarillide Genovese. Professore aggregato dell' Università degli Studi di Bari.
1. Dir.2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la Dir.84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n.2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali") (G.U. L149, 22, e rettifica G.U. 2009, L253, 18).
In argomento la letteratura è vastissima. Si segnalano, tra gli altri, AA.VV., *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, a cura di G. Howells -H.W. Micklitz - Th. Wilhelmsson, Ashgate, 2006; J. Stuyck -E. Terryn -T. Van Dyck, *Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market L.R.*, 2006, 107 s.; F. Gomez, *The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective*, in *ERCL*, 2006, 4 s.; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini - L. Rossi Carleo, Milano, 2007; AA.VV., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007; AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, cur. S. Weatherill - U. Bernitz, Oxford, 2007; E. Battelli, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in questa *Rivista*, 2007, 1113 s.; E. Guerinoni, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in questa *Rivista*, 2007, 174; AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008; AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di An. Genovese, Padova, 2008; An. Genovese, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, 766; M. Maugeri, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *NGCC*, 2008, II, 477 s. nonché Id., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., 267 s.; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 408; A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 37 s.; L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 685; F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, ivi, 1117; Angelini, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. contr.*, 2011, 327 ss.; V. Meli, *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola*

di de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in V. Meli – P. Marano (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 1; C. Alvisi, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. e impr.*, 2008, 700 s.; M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 75 s.; Id., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 880 s.; G. De Cristofaro, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *NGCC*, 2009, 1061 s.; Id., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali nei paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 880 ss.; C. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, 775 s.; A. Gianola, *Pratiche negoziali sleali*, in *Dig. civ.*, Agg., 2009, 381 ss.; V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2012; A. Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; S. Tommasi, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012; G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 1; E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, 688 ss.

2. Art. 2, lett. d), Dir. 2005/29: “qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”.
3. L. Rossi Carleo, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in E. Minervini – L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 10.
4. Per esempio con riferimento all'offerta di beni e servizi bancari, An. Genovese, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2011, 200 ss.
5. Sulla tutela degli utenti nei contratti di abbonamento alla *pay tv*, nella prospettiva del diritto italiano, G. Capaldo, *Il contratto di abbonamento alla pay tv*, in *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, a cura di R. Bocchini -A.M. Gambino, nel Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno -E. Gabrielli, Torino, 2011, 429 ss.; A. Majello, *Il contratto di abbonamento alla pay tv*, in *I contratti di somministrazione di servizi*, a cura di R. Bocchini, Torino, 2006. In generale sulla tutela degli utenti di servizi di telecomunicazione, R. Catalano, *I contratti per la prestazione di servizi di telecomunicazioni e la tutela di consumatori ed utenti*, in *Dir. e giur.*, 2004, 388 ss.
6. L. Rossi Carleo, *op. loc. ult. cit.*
7. G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., 125, individua nella normativa sulle clausole vessatorie nei contratti di consumo ed in quella sulle pratiche sleali i “pilastri” del sistema comunitario delle regole alle quali devono attenersi i professionisti nelle modalità di svolgimento della propria attività. Gli obiettivi di protezione degli interessi economici dei consumatori sono perseguiti nell'ambito di discipline “dotate di valenza generale” che impongono agli operatori professionali di non inserire condizioni squilibrate o

- ingiustificatamente gravose nel regolamento contrattuale ovvero di non ricorrere a pratiche commerciali sleali nelle fasi di promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.
8. Cfr. considerando 6 dir. che valorizza l'interesse degli imprenditori concorrenti, in qualche misura emancipando la Dir.2005/29 dalla logica della contrapposizione tra interessi "confliggenti" degli imprenditori o professionisti (e più in generale l'interesse pubblico ad un ambiente di mercato sano e competitivo) e dei consumatori ("la presente direttiva ravvicina le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali, tra cui la pubblicità sleale, che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi").
 9. L'art. 2, lett. d) della direttiva si riferisce a "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale (...) *direttamente connessa* alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori". La formulazione della corrispondente norma del codice del consumo italiano ha una portata più ampia nella misura in cui prescrive la "relazione" della pratica con le attività di promozione, vendita o fornitura del prodotto o del servizio.
 10. A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., 39.
 11. Sulla questione della "funzione" della clausola generale dell'art. 5 dir. (disposizione di principio? regola residuale?) nel contesto delle regole sulle pratiche sleali, si rinvia a M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari...*, cit., 73 ss. Pare significativa la preoccupazione emersa nel corso dei lavori preparatori della direttiva legata alle eventuali applicazioni divergenti di una normativa basata *solo* su una clausola generale. A questo proposito v. P. Bartolomucci, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 268; R. Calvo, *Le pratiche commerciali sleali "ingannevoli"*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, cit., 206. Per altro verso alcuni dei requisiti propri della clausola generale, quali l'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore o lo *standard* del "consumatore medio", hanno evidentemente portata trasversale e "coprono" l'intera disciplina.
 12. Il riferimento alle "pratiche di mercato oneste" (*best practices*) è stato sostituito dal legislatore italiano con quello relativo al "rispetto dei principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista, scelta che pare comunque confermativa (con maggiore chiarezza) delle scelte del legislatore europeo. In questi termini, M. Libertini, *Clausola generale...*, cit., 96, spec. nt. 48.
 13. An. Genovese, *La normativa sulle pratiche commerciali*, cit., 766 ss.
 14. M. Libertini, *Clausola generale...*, cit., 93. A giudizio dell'A. il criterio della diligenza professionale rileva solo ai fini del giudizio di colpevolezza dell'agente e non anche del giudizio di anti giuridicità oggettiva della pratica che costituisce il fondamento delle tutele preventive. Il richiamo ai principi di correttezza e buona fede, in un contesto di regole di protezione della libertà di scelta del consumatore, si traduce in doveri di protezione e informazione funzionali ad una decisione consapevole e razionale. In questa condivisibile prospettiva, assume importanza centrale il secondo criterio individuato dalla clausola generale dell'art. 5 dir.,

ovvero la idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio.

15. Cfr. A. Saccomani, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit. 141; C. Poncibò, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 734 ss.; N. Zorzi, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, ivi, 2010, 549.
16. Per una specifica considerazione delle caratteristiche del prodotto pubblicizzato e della complessità dei servizi offerti nell'ambito del giudizio di scorrettezza della pratica operato dall'autorità amministrativa nazionale, AGCM, 16 novembre 2011, n. 22990, "PS7196 BNL – Conto Revolution".
17. Cfr., ad es., CorteGiust. CE 13 dicembre 1990, in causa c-238/89; 2 febbraio 1994, causa c-315/92; 26 ottobre 1995, causa c-220/98. Nella prassi più recente, tra le altre, CorteGiust., 27 novembre 2008, in causa c-252/07.
18. La normativa sulle pratiche commerciali sleali è stata introdotta in Italia con il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che ha novellato il Codice dei rapporti di consumo. L'applicazione della disciplina è stata affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), già competente ad applicare la disciplina della pubblicità ingannevole che si riferisce ora esclusivamente all'ambito delle relazioni *business to business* (D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145).
19. Sullo specifico profilo, A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., 37 ss.; M. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 235; E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., 688.
20. In questi termini, V. Meli, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto on line, Enc. giur.*, [www.treccani.it/.../pratiche-commerciali-scorrette_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/.../pratiche-commerciali-scorrette_(Diritto_on_line)/).
21. Cfr. sentenza *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, c-59/12, EU:C:2013:634, punto 35.
22. Sulla nozione "elastica" di pratica commerciale che si riferisce a qualsiasi condotta commissiva o omissiva che può inerire a qualsiasi fase del rapporto di consumo (messaggio promozionale, comunicazione commerciale, fase negoziale, esecutiva, rimediale, etc.), v. le decisioni rese dalla Corte di giustizia nelle cause riunite C-261/07 e C-299/07 (sentenza del 23 aprile 2009) e nel caso C-304/08 (sentenza 14 gennaio 2010), entrambe commentate da L. Minervini, *Tutela del consumatore e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazioni dell'armonizzazione massima in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1169.
23. COM (96) 192 def.
24. L. Rossi Carleo, *Dalla comunicazione commerciale ...*, cit., 1 ss.
25. G. Grisi, *Rapporto di consumo ...*, cit., 1 ss.
26. Cfr. D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1157 ss. che riferisce che l'esperienza della applicazione della normativa non ha riguardato fenomeni marginali o di microeconomia. Le decisioni dell'AGCM hanno essenzialmente interessato l'attività promozionale di prodotti o servizi posta in imprese da imprese operanti nella grande distribuzione commerciale, nel settore dell'informatica "diffusa", dai principali fornitori di energia elettrica e gas.

27. Argomentando *ex art.* 11, comma 2, dir. la negligenza non è un connotato essenziale della fattispecie della pratica commerciale sleale, ma solo della pratica commerciale sleale “colpevole”: in altre parole il giudizio di colpevolezza è necessario solo ai fini del risarcimento del danno e della irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Su questo specifico profilo la Corte di giustizia correttamente ritiene che “spetta agli Stati membri prevedere un regime adeguato di sanzioni (...). È in tale contesto che potranno essere presi in debita considerazione fattori quali la frequenza della pratica addebitata, la sua intenzionalità o meno e l’importanza del danno che ha cagionato al consumatore” (punto 58).
28. La centralità del rimedio inibitorio nel diritto di fonte comunitaria è evidenziata da S. Mazzamuto, *L’inattuazione dell’obbligazione e l’adempimento in natura*, in *Europa e dir. privato*, 2001, 515. In generale sul sistema rimediale proprio del diritto comunitario, G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009; S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, *passim*.
29. L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio...*, cit., 689. In argomento C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette...*, cit. 408, rileva che la Dir.2005/29 marca una distanza del diritto dei consumi ...”dal modello di un diritto privato dei consumatori, per avvicinarsi ad un modello sempre più di diritto delle imprese e del mercato”.
30. G. Grisi, *op. loc. ult. cit.*
31. S. Tommasi, *op. cit.*, 34, segnala la tendenza consolidata del legislatore comunitario ad assegnare particolare rilevanza ai codici di autodisciplina. Le iniziative normative più recenti propongono, in effetti, modelli di *self regulation* e *co-regulation* e promuovono la partecipazione attiva degli operatori interessati sia nel processo di produzione delle norme “private”, sia in quello del loro *enforcement*. In particolare sul ruolo dei codici di condotta nell’ambito delle disposizioni sulle pratiche commerciali sleali, F. Ghezzi, *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, 680; E. Bargelli, *I codici di condotta*, in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, cit., 261 ss.; Ph. Fabbio, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 706 ss.
32. V. A. Gentili, *Pratiche sleali...*, cit., 42, rileva che il concetto proposto dalla direttiva di pratica onesta e diligente presuppone il riferimento ad uno standard indeterminato, extra legale, che ... “esiste in via esplicita solo se siano specificamente approvati dei codici di condotta, non a caso richiamati dalla legge”.
33. Cfr. pure il *considerando* 20 della Dir.2005/29 che segnala l’opportunità di “... prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici. Nei settori in cui vi siano obblighi tassativi specifici che disciplinano il comportamento dei professionisti, è opportuno che questi forniscano altresì prove riguardo agli obblighi di diligenza professionale in tale settore. Il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per

l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato. Le organizzazioni dei consumatori potrebbero essere informate e coinvolte nella formulazione di codici di condotta, al fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori”.

34. G. Grisi, *Rapporto di consumo*, op. loc. ult. cit.
35. P. Spada, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. ind.*, 2011, 45.
36. G. Grisi, *Rapporto di consumo*., cit., segnala che, se pure l'espressione “pratica” non è familiare al nostro lessico giuridico, pare indicativo che la si trovi impiegata nell'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, cioè nella normativa a tutela della concorrenza e del mercato, per definire genericamente i comportamenti “concordati tra imprese” che puntano ad alterare le dinamiche del gioco concorrenziale. Del resto il sistema di tutele delineato dalla direttiva del 2005 (inibitoria e rimozione degli effetti) costituisce lo strumentario “tipico” di reazione agli atti di concorrenza sleale.
In questa prospettiva giova segnalare che anche la recente novella del codice del consumo in tema di azione di classe risarcitoria ex art. 140 bis “abbina” i danni da pratiche commerciali scorrette ai danni da comportamenti anticoncorrenziali.
37. Nel caso *CHS Tour Services* (EU:C:2013:574), la controversia riguardava informazioni erronee contenute in una brochure di vendita. Pure se la comunicazione di informazioni non veritiere si è verificata una sola volta, questa è diretta ad un gruppo indeterminato di potenziali consumatori ed è stata quindi considerata “pratica commerciale” ai sensi della Dir.29/2005.
38. Sullo specifico profilo cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl (spec. punto 30).
39. Invero nella recente Corte Giust., 15 marzo 2012, in causa C-453/10, i giudici comunitari sostengono che l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sul sindacato di abusività delle clausole del contratto ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Dir.93/13/CEE. La pratica sleale può cioè rappresentare uno degli elementi per fondare il giudizio di abusività della clausola di un contratto di consumo ma tra le discipline non vi è necessariamente un rapporto di interdipendenza.
40. Del resto pure la normativa di protezione dei consumatori nelle negoziazioni fuori dai locali commerciali, nel disporre le misure di reazione alla violazione degli obblighi di informazione prescritti dal legislatore comunitario, in considerazione della modalità aggressiva di contrattazione, distingue chiaramente il piano delle sanzioni a carico dell'impresa per la violazione degli obblighi suddetti rispetto a quello della “sorte” del contratto stipulato in condizioni di asimmetria informativa. Sul punto si rinvia a A. Iannarelli, *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di A. Iannarelli, Napoli, 1995, 30 ss. In particolare sugli effetti della violazione degli obblighi informativi gravanti sull'operatore economico professionale, anche alla luce delle indicazioni della giurisprudenza comunitaria,

- sia consentito il rinvio al nostro “Diritto di recesso e regole di informazione del consumatore”, in questa *Rivista*, 2004, 379 ss.
41. In questi termini, A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., 53.
 42. Considerando 9 direttiva.
 43. In questi termini, S. Tommasi, *op. cit.*, 22.
 44. E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 688 ss., per uno sguardo alle esperienze europee dell’attuazione della direttiva 2005/29, con specifico riguardo al profilo rimediabile.
 45. Sull’azione risarcitoria di classe di recente introduzione che tutela “i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante dagli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette” (art. 140 *bis*, c. cons.), si rinvia a M. Libertini, *L’azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 147 ss.
 46. G. Grisi, *op. ult. cit.*, 4; S. Tommasi, *op. cit.*, 48 ss.
 47. V. Meli, *L’applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel macrosettore credito e assicurazioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 334 ss.: “È in tali termini che si spiega il richiamo alle perizie e ai sondaggi di opinione quali strumenti a disposizione del giudice nazionale, in presenza di una espressione della quale si deve valutare l’ingannevolezza per determinare, conformemente al suo diritto nazionale, la percentuale di consumatori indotti in errore da detta indicazione che gli possa sembrare sufficientemente significativa per giustificarne, se del caso, il divieto”.
 48. V. Meli, *op. loc. ult. cit.*, riferisce di una sorta di “indifferenza” nei confronti delle dimensioni del possibile impatto della pratica sui consumatori, pure attenuata da alcune significative eccezioni che riferiscono la necessità del carattere reiterato della condotta che deve essere posta in essere dall’operatore commerciale con apprezzabile omogeneità. Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3692. Sulla questione, v. pure M. Libertini, *Clausola generale*, cit., 73 ss.
 49. AGCM, caso PS-19, Tele 2 Contratti a distanza, provv. n. 18995 del 16 ottobre 2008, in *Boll.* 39/2008.
 50. G. Scognamiglio, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell’atto o dell’attività?*, in *20 anni di Antitrust. Evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni - P. Barocci, Torino, 2010, 1223.
 51. V. Meli, *Diligenza professionale...*, cit., 37.
 52. V. T.A.R. Lazio, Sez. I, 3 marzo 2010, n. 3287, in *Foro Amm.*, 2010, 3.
 53. AGCM, Portabilità mutuo/Banca Sella, provv. 18734, 7 agosto 2008, in *Boll.* 31/2008. Per T.A.R. Lazio, Sez. I, 22 giugno 2010, n. 19893: “l’ampia nozione di pratica commerciale tra professionisti e consumatori di cui all’articolo 18, lett. d) del Codice del consumo prescinde da qualsiasi connotazione di carattere statistico o quantitativo, ricomprendendo qualsivoglia condotta posta in essere dal professionista prima, durante o dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio e tale da poter essere astrattamente replicata nei confronti di una categoria generalizzata di consumatori indipendentemente dal numero concreto di soggetti destinatari di tale condotta” (corsivo aggiunto).
 54. Cons.Stato, 22 giugno 2011, n. 3763, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2087.
 55. Cons. Stato, 22 giugno 2011, cit.

56. Si v. pure l'art. 5, par. 3, dir. che "salva" la c.d. pubblicità iperbolica ("dichiarazioni esagerate o dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera".
57. M. Libertini, *Clausola generale...*, cit., 111.
58. V. conclusioni dell'Avvocato generale che rileva che nulla sembra suggerire che la comunicazione di informazione erronee sia "usuale" da parte del professionista.
59. Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale, punto 35.
60. Nel sistema italiano il minimo edittale che la AGCM può irrogare è pari a € 5000. L'art. 27, comma 9, c. cons. attribuisce alla autorità il potere di irrogare, con il provvedimento che inibisce la pratica, una sanzione da € 5.000 a 500.000, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Sul piano soggettivo, le violazioni (non solo inibite ma anche) sanzionate necessitano della coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva ai sensi dell'art. 3, L. 24 novembre 1981, n. 689, richiamato dall'art. 27. Con riferimento alla imputabilità, la giurisprudenza ritiene che "...non occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questo l'onere di provare di avere agito senza colpa". Tra le altre, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 19 novembre 2008, n. 10419.

ASPECTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MIRELLA CALDEIRA*

Mestre e Doutora em Direito do Consumidor pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

EXCERTOS

“A garantia legal refere-se ao funcionamento adequado e seguro do produto ou serviço, o que significa dizer que todos os produtos e serviços devem funcionar de acordo com o fim ao qual foram destinados”

“O prazo da garantia legal reporta-se ao tempo que o consumidor tem para reclamar do vício, enquanto que o prazo da garantia contratual refere-se ao tempo que o produto ou serviço deve funcionar”

“Com o direito de ação, ou melhor, com a lesão do direito, começa a correr o prazo de Prescrição”

“O consumidor tem o direito de reclamar, porque os produtos e serviços colocados no mercado não podem apresentar vícios”

“O consumidor terá trinta dias para reclamar no caso de produtos ou serviços não duráveis e noventa dias se forem produtos ou serviços duráveis”

1. Introdução

A prescrição e a decadência no Código de Defesa do Consumidor estão diretamente ligadas ao tema da garantia do produto e do serviço, o que dificulta o entendimento sistemático dos assuntos, uma vez que a lei consumerista tratou-os de forma mesclada e desordenada.

Com efeito, o direito à garantia legal está concedido no artigo 24, enquanto que o direito à garantia contratual está previsto no artigo 50. Os prazos para exercer esses direitos estão elencados em outra seção, no artigo 26, sendo certo que os três artigos têm correlação com o artigo 18, § 1º (também de outra seção).

Já o artigo 27, que se encontra na mesma seção, não trata de garantia, mas sim do prazo relacionado ao direito conferido no art. 6º, VI (direito à indenização ampla e integral).

O presente trabalho tem, ainda que de forma concisa, o intuito de reorganizar e concatenar esses artigos, na tentativa de interpretar a forma inovadora com a qual o CDC tratou do tema prescrição e decadência.

2. Da garantia de adequação

No artigo 24 da Lei 8.078/90 está estabelecida a garantia legal de adequação do produto ou serviço nos seguintes termos:

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço, independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

A garantia legal refere-se ao funcionamento adequado e seguro do produto ou serviço, o que significa dizer que todos os produtos e serviços devem funcionar de acordo com o fim ao qual foram destinados. Assim, se o consumidor adquire uma geladeira e esta não funciona ou funciona mal, tem ele o direito de reclamar.

E note, essa garantia de funcionamento adequado está prevista sempre, para qualquer tipo de produtos e serviços, ainda que o fornecedor nada mencione a respeito.

Por outro lado, o artigo 50 do CDC dispõe sobre outro tipo de garantia: a garantia contratual, estabelecendo que esta é complementar à legal. Diz referido artigo:

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Por meio dessa garantia, o fornecedor atesta que seu produto ou serviço não só está em perfeitas condições de uso, como também que assim continuará por mais 'X' tempo. Porém, frise-se, essa garantia somente é concedida por vontade do fornecedor. Não existe imposição nem obrigação, apenas interesse do fornecedor em conferir ao seu produto ou serviço um prazo maior de garantia.

O problema, contudo, surge com a palavra 'complementar', levantando dúvidas acerca da somatória ou não dos prazos.

A nosso ver, tal expressão refere-se ao sentido de complemento, algo a mais, que pode existir por mera liberalidade do fornecedor. A legal existe por si só, por imposição da lei; a contratual, apenas se o fornecedor quiser.

Assim, se o fornecedor garante, por exemplo, que seu televisor funcionará até a próxima copa do mundo, este não poderá quebrar ou apresentar vícios. Caso surja um vício no último dia do prazo, o consumidor ainda terá noventa dias para reclamar deste vício (porque se trata de produto durável).

Caso não seja dada a garantia, o consumidor terá apenas o prazo fixado em lei, porque nesse caso não haverá garantia complementar de funcionamento, mas, ainda assim, os produtos e serviços colocados no mercado não poderão apresentar vícios nem acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor.

Resumindo, o prazo da garantia legal reporta-se ao tempo que o consumidor tem para reclamar do vício, enquanto que o prazo da garantia contratual refere-se ao tempo que o produto ou serviço deve funcionar, sem apresentar vícios, sendo certo que aquela está implícita em todo produto ou serviço, enquanto esta existe apenas quando o fornecedor a concede.

Os prazos para reclamar dos vícios e dos danos sofridos em razão de um acidente de consumo estão fixados nos artigos 26 e 27 da Lei

8.078/90, na seção intitulada “Da decadência e da prescrição”. É o que veremos a seguir.

3. Da prescrição e decadência no Código Civil

Antes de comentarmos os dispositivos legais atinentes à decadência e prescrição, faz-se mister lembrarmos tais institutos no sistema privatista do Código Civil, ainda que de forma singela, para uma melhor interpretação e compreensão do tema.

Com efeito, é cediço que não se pode permitir o exercício de um direito por tempo indeterminado, sob pena de criar-se uma grande instabilidade social. Pelo decurso do tempo, coloca-se uma pedra sobre a relação jurídica, impossibilitando o exercício do direito, garantindo, assim, a paz social e a segurança jurídica. É da tradição do direito que *dormientibus non succurit jus*.

O Código Civil de 1916, ao tratar do decurso de prazo, adotou o instituto da prescrição, no qual há o perecimento da ação e, conseqüentemente a perda do exercício do direito, muito embora este continue incorporado ao patrimônio do indivíduo. Dessa forma, a prescrição pressupõe a existência de uma ação a ser proposta pelo titular de um direito lesado.

O decurso do prazo atinge a ação e, por via oblíqua, o direito, posto que em nada adianta ter um direito se não existe mais a ação que o assegure; uma vez tornada a ação não exercitável, o direito torna-se inoperante. Direito material e direito processual caminham juntos; um depende do outro para existir.

Na clássica definição de Clóvis Beviláqua¹, “*prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo*”.

Uma vez violado o direito, surge a pretensão, o direito de ação, a qual prescreverá se o interessado não promovê-la. Com o direito de ação, ou melhor, com a lesão do direito, começa a correr o prazo de prescrição.

Vale lembrar, ainda, que o decurso do prazo prescricional pode cessar temporariamente, por meio das causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas, previstas nos artigos 168, 169 e 170

do antigo Código Civil (correspondentes, no Código Civil atual, aos artigos 197, 198 e 199).

É cediço, também, que o Código Civil de 1916, ao estabelecer o rol dos prazos previstos para o exercício do direito (art. 178), o faz como sendo todos prazos prescricionais, não existindo, para a lei, o instituto da decadência, embora a doutrina já estabelecesse a diferença entre os dois institutos, apontando, inclusive, a existência dos dois prazos no artigo 178.

Ressalte-se, porém, que o Código Civil atual inovou nessa matéria, tratando expressamente da decadência nos artigos 207 a 211, distinguindo-a da prescrição. E são várias as diferenças, como também o são as consequências jurídicas. Senão vejamos.

A decadência refere-se ao perecimento do direito pelo decurso de prazo fixado para o seu exercício. É a extinção do direito pela inação de seu titular, que deixa escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para o seu exercício.

A decadência atinge diretamente o direito e, por via oblíqua, a ação, porque, tal qual ocorre com a prescrição, é inútil a existência de uma ação se não há mais o direito a ser exercido. Na decadência, fala-se então em exercício do direito e não em lesão de um direito. Com isso, temos que o início do prazo decadencial difere do prescricional, vez que aquele nasce juntamente com o direito, e não no momento da lesão como ocorre com este.

A doutrina nos aponta algumas diferenças. Silvio Rodrigues, por exemplo, observa que *“na prescrição o que perece é a ação que garante o direito, enquanto na decadência é o próprio direito que fenece”*².

Washington de Barros Monteiro segue a mesma linha de raciocínio: *“A prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado, enquanto a decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação [...] Na decadência, o prazo não se interrompe, nem se suspende: corre indefectivelmente contra todos e é fatal, peremptório, termina sempre no dia preestabelecido”*³.

Resumidamente, eis as principais diferenças entre prescrição e decadência:

DECADÊNCIA	PRESCRIÇÃO
Extingue o direito e com ele a ação	Extingue a ação e com ela o direito
Começa a correr o tempo com o nascimento do direito	Começa a correr com a violação ao direito (nasce a ação)
Direito nascido, mas não efetivo	Direito nascido e efetivo, mas que pereceu por falta de proteção pela ação
Não se suspende nem se interrompe	Suspende e interrompe
Origem da ação é a mesma do direito	Origem da ação diversa da do direito
O prazo é fixado pela lei ou vontade unilateral ou bilateral	O prazo é fixado pela lei
Pode ser reconhecida de ofício e independe de arguição do interessado	Depende de alegação e não se decreta de ofício
Opera contra todos	Não opera para certas pessoas elencadas pela lei
Não pode ser renunciada	Pode ser renunciada

Pode-se, também, distinguir esses dois institutos por meio de duas categorias de direitos (e suas ações correspondentes), quais sejam, os direitos a uma prestação e os direitos potestativos.

Os primeiros são aqueles que têm por finalidade um bem de vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa. Compõem os chamados direitos pessoais e reais.

Os segundos compreendem aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras pessoas, sem o concurso de vontade destas. O que caracteriza esse tipo de direito é a sujeição da parte, a

qual, independentemente de sua vontade, sofre uma alteração na sua situação jurídica. É diferente do exercício de uma faculdade, quando a modificação da situação jurídica de terceiro depende da aquiescência deste. Como exemplo, cite-se o poder do mandante e do doador de revogar o mandato e a doação; o poder do cônjuge de promover o divórcio; o poder do herdeiro de aceitar ou renunciar a herança; o poder dos interessados de promover a invalidação dos atos nulos ou anuláveis; o

Com o exercício de um direito potestativo, não se visa uma prestação, mas sim a extinção, criação ou modificação de uma situação jurídica

poder do contratante de rescindir o contrato por inadimplemento. Percebe-se, então, que os direitos potestativos não sofrem violação e não há uma prestação correspondente.

Com o exercício de um direito potestativo, não se visa uma prestação, mas sim a extinção, criação ou modificação de uma situação jurídica. O sujeito passivo não é condenado a uma prestação. Ao contrário, ele terá que aceitar (sujeitar-se a) uma nova situação jurídica, mesmo contra a sua vontade, como ocorre, por exemplo, na anulação de casamento.

Diante dessa classificação dos direitos, pode-se dividir as ações em três grupos:

1. condenatória: quando se pretende obter do réu uma prestação, positiva ou negativa;
2. constitutiva: quando se procura a criação de um estado jurídico ou a modificação ou extinção de um estado já existente;
3. declaratória: têm por fim obter uma certeza jurídica, a existência de um direito.

Como conclusões, temos as seguintes:

a. No caso das ações condenatórias – que têm por fim reclamar uma prestação – o direito à ação nasce no momento em que o direito foi lesado.

b. A prescrição tem como escopo extinguir a ação, que é o que causa intranquilidade jurídica, ou seja, a possibilidade de ser proposta a qualquer momento. Ela extingue o direito processual utilizado para defender o direito material. Portanto, somente as ações condenatórias são suscetíveis de prescrição.

c. A decadência extingue o direito. Somente as ações constitutivas estão sujeitas a decadência.

4. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor

Visto isso, passemos à análise dos artigos do CDC referentes à prescrição e decadência. Iniciemos pela decadência, prevista no artigo 26:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II – 90 (noventa) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.

§ 1º – Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

Primeiramente, note-se que o Código usa a expressão ‘caduca’, o que nos leva a acreditar que o prazo é, de fato, decadencial.

O artigo refere-se ao direito de reclamar pelos vícios existentes no produto ou serviço, ou seja, quando o consumidor adquire um produto ou serviço adquire, também, a garantia de que eles vão funcionar adequadamente.

Não há direito lesado, mas sim direito conferido ao consumidor de reclamar caso o produto ou serviço não funcione de forma apropriada. O consumidor tem o direito de reclamar, porque os produtos e serviços colocados no mercado não podem apresentar vícios. Está-se, assim, falando-se em direito constitutivo.

No entanto, os prazos para constituir o direito de reclamação, previstos no art. 26, estão diretamente ligados ao art. 18, § 1º, que diz que o fornecedor tem trinta dias para sanar o vício. Ou seja, o consumidor tem o direito de reclamar e o fornecedor, o direito de sanar o vício. Daí tratar-se de um direito constitutivo, porque o consumidor não visa a condenação do fornecedor a uma prestação, quer ele apenas manifestar o seu direito de ter o produto ou serviço em perfeitas condições de uso.

Portanto, o consumidor terá trinta dias para reclamar no caso de produtos ou serviços não duráveis e noventa dias se forem produtos ou serviços duráveis.

E aqui surge uma questão fundamental para estabelecer-se o prazo decadencial: a identificação de um produto ou serviço como durável e não durável, a qual deve ser feita com base em conceitos contidos no Código Civil.

Com efeito, o produto durável deve ser equiparado ao produto inconsumível, sendo, então, aquele produto que não se extingue com o uso prolongado. Ainda que haja o desgaste natural pela sua utilização, sua essência permanece, mesmo não funcionando mais. Uma geladeira, por exemplo, fica velha com o tempo, podendo até mesmo perder as suas funções (não gela mais), mas a sua estrutura permanece, não se exaure. Nesses casos de desgaste natural, não se pode falar em vício do produto. Não há proteção legal contra o desgaste, a não ser que o próprio fabricante tenha assumido certo prazo de funcionamento.

O produto não durável, por sua vez, equipara-se ao produto consumível, sendo, pois, o produto que se acaba com o uso, não tendo, portanto, durabilidade. Usando-o ele se extingue, ainda que demande tempo para se exaurir. Um sabonete, por exemplo, leva certo tempo para acabar, e sua essência perece.

O início da contagem do prazo também é importante. O parágrafo primeiro do artigo 26 diz que o prazo inicia-se a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço. Por efetiva entende-se o dia que o consumidor recebeu a mercadoria; isso para evitar confusão entre o prazo da entrega e o dia da entrega. É que muitas lojas estabelecem um prazo máximo para a entrega do produto (trinta dias, por exemplo), podendo a entrega ocorrer antes. Assim, vale o dia em que for entregue e não o prazo prometido.

Além disso, há casos de produtos cuja entrega é desmembrada. O consumidor recebe uma peça num dia, outra no outro. Somente quando terminar a entrega, quando o produto estiver completo, é que se iniciará o prazo decadencial.

O mesmo vale para o término da execução do serviço. Ainda que leve muito mais de noventa dias para que o serviço seja concluído, o

prazo iniciará apenas quando o serviço inteiro terminar, pois somente no final se terá o resultado do serviço contratado.

Atente-se para os casos de serviços continuados, como ocorre com o plano de saúde, por exemplo. Contrato de forma contínua e sem prazo para acabar, pode o serviço ser solicitado diariamente, mensalmente ou, simplesmente, não ser solicitado durante vários meses. Nesse caso, a cada solicitação conta-se um serviço prestado, sendo certo que, havendo uma má prestação desse serviço, o prazo para reclamação inicia-se imediatamente.

Outra inovação é a contida no parágrafo segundo do art. 26: as causas que obstam a decadência. Já vimos que a decadência não possui fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo, mas, aqui, o prazo é obstado:

Artigo 26 [...]

§ 2º Obstat a decadência:

I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II – (vetado.);

III – a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

Convém dizer que a palavra ‘obstar’ já foi utilizada pelo Código Civil atual, no art. 1.244 (antigo 553), ao tratar da posse:

Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstat, suspendem ou interrompem a prescrição, também se aplicam à usucapião.

Vê-se, assim, que a lei utiliza a expressão ‘obstar’ como sinônimo de ‘impedir’ (art. 197 e 198), isto é, causas que, uma vez existindo, não deixam o prazo se iniciar.

A dúvida que se estabelece é em torno do efeito gerado pela palavra obstar. O ‘obstar’ nesses casos tem caráter suspensivo ou interruptivo?⁴ Sim, pois, em se tratando de efeito interruptivo, uma vez cessada a causa que deu origem à interrupção, o prazo recomeça a contar novamente, desde o início, desconsiderando-se o tempo já decorrido, mas, se se

tratar de efeito suspensivo, o prazo recomeça a contar de onde parou, levando-se em conta o tempo já decorrido.

Entretantes, acreditamos que, no CDC, a expressão obstar possui a conotação de ‘exercício do direito’, por dois motivos. Primeiro, porque em se tratando de prazo decadencial, ele é insuscetível à interrupção, suspensão ou extinção, devendo correr de forma contínua e ininterrupta. Segundo, porque o prazo decadencial refere-se ao exercício de um direito potestativo, isto é, no prazo previsto em lei, o consumidor tem que constituir o seu direito de reclamar por um vício existente no produto ou serviço, sob pena de perdê-lo.

A constituição do direito, como já visto, se dá com a reclamação e, por meio desta, inicia-se o prazo para o fornecedor sanar o vício, em até trinta dias (art. 18, § 1º).

E no caso do inciso I do art. 26, será a reclamação comprovadamente formulada que garantirá ao consumidor que seu direito fora exercido, ou seja, a reclamação feita de tal forma que o fornecedor tenha conhecimento do vício do produto ou serviço⁵.

Até aqui, fala-se em direito constitutivo. Exercido o direito de reclamação, começa o prazo para o fornecedor sanar o vício. Daí a ligação do art. 26 com o parágrafo primeiro do art. 18:

Art. 18 [...]

Parágrafo 1º – não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha.

I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso,

II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos,

III – o abatimento proporcional do preço.

É que, diante da resposta negativa do fornecedor – que pode ser tanto a resistência em não querer sanar o vício, como simplesmente a ausência de uma resposta –, nasce para o consumidor outro tipo de direito, qual seja, o direito a uma pretensão, ou seja, nasce um direito material: o de exigir uma prestação, na verdade, de exigir uma das três prestações previstas no art. 18, § 1º.

Começa, então, um prazo diferente, agora prescricional, por tratar-se de um direito condenatório.

Ora, seria no mínimo incoerente acreditar que o prazo de trinta ou noventa dias concedido pelo art. 26 estaria englobando o prazo para constituir um direito (de reclamar) mais o prazo para tutelar um direito lesado (direito condenatório).

Senão vejamos. Suponhamos que a palavra ‘obstar’ esteja no sentido de suspender o prazo, o que significa dizer que, ao retomar a contagem, conta-se o prazo já escoado. Pois bem. Um consumidor constitui seu direito (de reclamar) no 29º dia (o que é perfeitamente possível e plausível) e, depois de 28 dias ele recebeu do fornecedor uma resposta negativa. O prazo então recomeça a contar e tem o consumidor apenas um dia para exercer seu direito!

Não nos parece a interpretação mais adequada à luz do CDC.

E ainda que se acredite tratar-se de interrupção – o que faz com que o prazo recomece a contar desde o início novamente –, pensamos não ser possível utilizar o mesmo prazo decadencial para a prescrição, até porque seria um prazo muito exíguo para tanto.

Por essas razões, entendemos que não se pode falar em suspensão ou interrupção, porque após a constituição do direito, outro prazo se iniciará – de caráter prescricional – vez que agora visa-se à condenação do fornecedor a uma prestação.

Percebe-se com isso que a palavra obstar foi adotada pelo código no sentido de que o direito será exercido – constituído, portanto – com a reclamação fundamentada ou com a instauração do inquérito. Após isso, não há que se falar em sobre ou reinício de prazo, porque começa outro prazo, totalmente diverso do direito potestativo de reclamar.

Entendido dessa forma restaria apenas mais uma dúvida, a de saber qual seria esse prazo prescricional. Como o CDC nada menciona a respeito, pensamos então que o prazo seria de cinco anos, por analogia ao artigo 27 que fala em prescrição, conforme se verá adiante.

A palavra obstar foi adotada pelo código no sentido de que o direito será exercido com a reclamação fundamentada ou com a instauração do inquérito

5. Da prescrição

O artigo 27 refere-se ao direito que o consumidor tem de reparação, sempre que um fato do produto ou serviço (leia-se acidente de consumo) lhe causar um dano, quer de ordem moral, quer de ordem patrimonial.

Logo, tal artigo não trata de garantia legal nem contratual; ao contrário, o art. 27 tem, como já dito no início desse trabalho, estreita ligação com o art. 6º, VI, o qual confere ao consumidor, como um de seus direitos básicos, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

De fato, referido artigo trata do exercício de um direito condenatório, ou seja, o direito a uma prestação. Diz ele:

Artigo 27. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Dúvidas não há acerca do prazo prescricional tratado nesse artigo, uma vez que aqui se está falando em ação condenatória, condenação a uma prestação, qual seja, a reparação pelos danos causados por fato (acidente) do produto ou serviço. Não há direito a ser constituído, mas sim direito lesado a ser reparado.

O prazo será de cinco anos contados a partir do conhecimento do dano e autoria. Note-se que o prazo prescricional é bem menor dos que os previstos no CC. E assim deve ser, em razão da própria principiologia do CDC.

É que para garantir o equilíbrio nas relações de consumo, o código adotou medidas severas, incisivas, tais como a responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova, interpretação mais favorável dos contratos etc. Como já visto acima, a prescrição tem como escopo impedir que ação seja proposta por tempo indeterminado, gerando uma intranquilidade social. No caso das relações de consumo, essa intranquilidade seria maior ainda diante dos privilégios cedidos ao consumidor. Não seria sensato que o consumidor fizesse uso das benesses da responsabilidade sem culpa, por exemplo, pelo prazo de vinte anos.

Para facilitar a defesa do consumidor e equilibrar a relação, o CDC adotou medidas severas, sim, porém, permitir a sua incidência por um prazo longo seria prejudicar demasiadamente o fornecedor, desequilibrando o desenvolvimento econômico, intuito que a lei consumerista repele.

Pensamos então que se o consumidor perder o prazo prescricional para reclamar pelos danos causados em razão de um acidente de consumo, ele poderá valer-se dos prazos previstos no CC. Mas terá que abrir mão da responsabilidade objetiva e todas as outras facilitações adotadas pelo CDC e utilizar-se das regras previstas no sistema privatista (responsabilidade subjetiva; ônus da prova etc.). É a posição que se mais se coaduna à teleologia do CDC, que é a harmonização e equilíbrio das relações.

6. Conclusões

1. No que diz respeito à qualidade dos produtos e serviços, o CDC prevê a garantia legal de adequação, no seu artigo 24, garantindo que todos os serviços e produtos devem ser adequados para o consumo, quer o fornecedor garanta isso por meio de um termo expresso, quer não.

2. Caso o fornecedor deseje ampliar essa garantia, poderá fazê-lo por meio de um termo de garantia (expresso), conforme preconiza o artigo 50 da lei.

3. Em se tratando de vício do produto ou serviço, ou seja, estando estes inadequados ou impróprios para o consumo, não atendendo o fim ao qual foram destinados, o consumidor terá, a partir da entrega efetiva do bem ou do término da execução do serviço, o prazo de trinta dias para reclamar se for produto ou serviço não durável, ou noventa dias se for durável.

4. Esses prazos, estabelecidos no artigo 26, I e II, da Lei 8.078/90, referem-se ao direito potestativo de reclamar (daí tratar-se de decadência), obrigatórios e necessários para conferir ao fornecedor o direito de sanar tal vício.

5. Como ocorre na decadência, esses prazos são insuscetíveis de interrupção, suspensão ou extinção. A palavra 'obstar' tem, no CDC, o sentido de exercício de um direito (o de reclamar).

6. Não sendo o vício sanado no prazo estabelecido, nasce para o consumidor o direito de exigir uma das três alternativas contidas no § 1º do art. 18: substituição do produto, restituição da quantia paga ou abatimento proporcional do preço.

7. A prescrição tratada no artigo 27 contém estreita ligação com o artigo 6º, VI, que confere ao consumidor o direito a uma efetiva prevenção e reparação dos danos morais e materiais sofridos. Para tanto, tem o consumidor o prazo prescricional (pois se trata de direito condenatório) de cinco anos, a contar do conhecimento do dano e sua autoria.

Notas

- * Mirella Caldeira. Mestre e Doutora em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada e jurista. Professora universitária há mais de 17 anos. Vice-coordenadora do Curso de Especialização em Direito do Consumidor da OAB/SP (ESA). Autora de dois livros ligados ao direito do consumidor e de dezenas de artigos acadêmicos.
1. *Teoria geral do direito civil*, p. 28.
 2. *Direito civil*, v. 1.
 3. *Curso de direito civil*, parte geral, p. 201.
 4. A nosso ver, o sentido de impedir pode ser excluído, uma vez que não haveria sentido a reclamação impedir que o prazo comece, posto que o prazo para reclamar já se inicia no momento em que o consumidor adquire o produto ou termina a execução do serviço (cf. art. 26, par. 1).
 5. A reclamação comprovada e uma garantia do consumidor fax com comprovante de envio, e-mail, numero de protocolo, carta com AR, são alguns exemplos de procedimentos que o consumidor pode adotar, a fim de comprovar que a reclamação foi feita.

Referências

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.
- CALDEIRA, Mirella et alii. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. São Paulo. Manole, 2013.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1979
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, volume I. São Paulo: Max Limonad, 1964.

HACIA UNA CLASS ACTION EUROPEA

MARTINA CAVALIERE*

Doctoranda en Derecho de la Unión Europea
Università degli Studi Roma Tre (Italia)

RESUMO

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la Directiva 104/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

La Directiva en examen establece una serie de reglas dirigida a garantizar la interacción entre la aplicación de las reglas de competencia de las autoridades nacionales de competencia y la aplicación de dichas normas en las acciones de indemnización por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

ABSTRACT

This essay has the scope to analyze the Directive 104/2014 UE of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

The Directive in examination establishes a series of rules directed to guarantee the interaction between the application of the rules of competition from the national competition authorities and the application of such rules in the actions for damages in front of the national jurisdictional organs.

Directiva 104/2014/UE

1. Aspectos generales

El 26 de noviembre de 2014, con la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de la Directiva 104/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Unión Europea ha adoptado por la primera vez un corpus de normas comunes y vinculantes, de carácter sustancial y procesal, idoneas para regular las acciones de indemnización por daños y perjuicios propuestas en virtud del derecho nacional en consecuencia de la violación de las disposiciones que rigen el derecho de la competencia de los Estados miembros y la Unión Europea.

Algunos de los Estados miembros, nos referimos sobre todo a Alemania, Polonia y Eslovenia, se han mostrado no plenamente satisfechos hacia el texto aprobado subrayando que la presente Directiva no proporciona los medios oportunos para garantizar a las empresas de modesta dimensión una tutela indemnizatoria adecuada en el caso se manifiesta una violación de las normas antitrust. A pesar de eso, la Comisión Europea acogió con placer el voto favorable a la aprobación de la Directiva como surge, además, de las palabras de su Comisario Margrethe Vestager que, después de haber aprendido el resultado de la votación, ha declarado: “We need a more robust competition culture in Europe. So I am very glad that the Council has now also formally approved the Directive on antitrust damages actions. I am very pleased that it will be easier for European citizens and companies to receive effective compensation for harm caused by antitrust violations.”

La exigencia de garantizar un cuadro de mayor transparencia y certeza del derecho antitrust europeo se ha manifestado indudablemente en la rapidez del proceso de aprobación de la presente Directiva: en fecha 11 de junio de 2013, la Comisión Europea ha presentado una Propuesta de Directiva (COM (2013) 404 def.) relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios causados por infracciones del derecho de la competencia; el Parlamento Europeo, en fecha 1º de julio de 2013 y el Consejo, en fecha 8 de julio de 2013, han decidido, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 TFUE, de consultar el Comité Económico y Social Europeo (“CESE”), respecto

a la susodicha Propuesta de Directiva. En este sentido, la sección especializada Mercado único, producción y consumo, con la tarea de preparar los trabajos del Comité en materia, ha presentado su dictamen en fecha del 2 de octubre de 2013, y a la suya 493a sesión plenaria, de los días 16 y el 17 de octubre de 2013, el CESE ha formulado su dictamen con 133 votos favorables, 1 voto contrario y 4 abstenciones.

Con la Resolución legislativa del 17 de abril de 2014, se ha llegado a la aprobación en primera lectura, de parte del Parlamento Europeo, del texto de compromiso final de la Propuesta de Directiva elaborado por el Consejo en el marzo del 2014. El 10 de noviembre de 2014, el Consejo ha proporcionado a la aprobación definitiva del texto de la Directiva sobre las acciones de indemnización del daño antitrust, tal como enmendado por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (“ECON”) y aprobado por el Parlamento con voto favorable de 25 Estados miembros y la abstención de las mencionadas Alemania, Polonia y Eslovenia.

La Directiva ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 5 de diciembre de 2014, después de su aprobación oficial ocurrida en el curso de la sesión plenaria del Parlamento del 26 de noviembre de 2014, y entrará en vigencia transcurrida veinte días de su publicación. A partir de esa fecha, los Estados Miembros tendrán a disposición dos años para trasladar el texto definitivo de la Directiva en sus ordenamientos nacionales, con la obligación de comunicar a la Comisión, dentro del 27 de diciembre de 2016, las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas internas necesarias para conformarse a la misma.

Aunque el procedimiento de aprobación de la Directiva en examen haya sido particularmente rápido, siendo transcurridos menos que dos años por la fecha de presentación de la Propuesta a la Comisión Europea, también debe observarse que ya desde el 2001 la Corte de Justicia Europea, en el caso *Courage*, ha reconocido a “quienquiera” el derecho a reclamar la indemnización del daño causado por un contrato o de un comportamiento idóneo a restringir o a falsear el juego de la competencia, con el único límite de la subsistencia de un nexo de causalidad entre el daño subido y la violación del derecho de la competencia comunitaria. Sin embargo, ya desde el origen, las víctimas de tales violaciones han encontrado extremadamente difícil el ejercicio de sus derechos en la vida práctica, y eso sobre todo a causa de La presencia de obstáculos en las

legislaciones nacionales de los Estados miembros; de aquí la solicitud a la Unión de proveerse de una disciplina ad hoc en materia de private antitrust enforcement, con la doble finalidad de optimizar la interacción entre la aplicación a nivel público y a nivel privado del derecho de la competencia y de garantizar a quienquiera haya padecido un perjuicio a causa de la violación del artículo 101 o 102 TFUE de conseguir una indemnización completa por el daño sufrido.

En el 2005 la Comisión Europea ya había expresado esta necesidad a través de la predisposición del Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM (2005) 672 def.). El presente Libro, junto al Documento de trabajo de los servicios de la Comisión anejo al mismo, concierne sólo las acciones de compensación del daño: no se ocupa, en efecto, del tema de la tutela inhibitoria, ni de las consecuencias civiles de la declarativa de nulidad de los acuerdos, ni de los efectos de la violación del artículo 82 del Tratado CE. Esto indica las condiciones necesarias por la introducción de las preguntas de indemnización del daño por incumplimiento de las normas antitrust comunitarias, con el objetivo de garantizar a los consumidores y a las empresas, víctimas de ilícitos anticompetitivos, una mejor satisfacción de su pretensión de compensación (compensation) y, al mismo tiempo, asegurar la plena eficacia de las normas comunitarias sobre la competencia previstas por el Tratado con el fin de garantizar una competencia efectiva dentro de la Unión Europea (deterrence).

Después del Libro Verde, con la Resolución del 2007 (DOUE, n. C-74 E/653) del 20 de marzo de 2008, el Parlamento Europeo ha invitado la Comisión a elaborar un Libro Blanco conteniente un conjunto de reglas mínimas que garanticen un sistema eficaz de acciones de indemnización del daño antitrust con la finalidad de crear un cuadro jurídico que permita acciones más eficaces. El Libro Blanco del 2008

El Parlamento Europeo ha invitado la Comisión a elaborar un Libro Blanco conteniente un conjunto de reglas mínimas que garanticen un sistema eficaz de acciones de indemnización del daño antitruste

relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM (2008) 165 def.), contiene una serie de recomendaciones que se ocupan de temas variados: de temas de carácter procesal como la “capacidad de ser parte al proceso” (en particular, distinguiendo entre acciones representativas y acciones colectivas con modalidad opt-in), la “exhibición de las pruebas” (con el objetivo de mejorar y facilitar a las víctimas el acceso a las pruebas relevantes y, al mismo tiempo, superar el gran obstáculo de la asimetría informativa entre perjudicante y perjudicado), los “plazos de prescripción” de las acciones de compensación, hasta a aquellos temas más estrechamente civiles como el “elemento subjetivo” (¿culpa o responsabilidad objetiva?), la “cuantificación del daño” y, por fin, la “repercusión de sobrecostes” (passing on theory).

El 4 de febrero de 2011 la Comisión Europea ha encaminado una Consulta Pública titulada “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” (SEC (2011) 0173) con el fin de abrir un debate sobre el tema en vista de la previsión de una intervención normativa. En dicha sede, el enfoque ha sido el de privilegiar el desarrollo de un cuadro horizontal europeo por los remedios colectivos, dentro del que eventualmente establecer reglas ad hoc por las acciones por daños antitrust, con el objetivo de llevar beneficios bajo dos puntos de vista: aquel de la reducción de los costes y aquel de una mayor certeza del derecho.

El 2 de febrero de 2012 el Parlamento Europeo ha adoptado una Resolución denominada “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” (2011/2089(INI)), a la que siguió en el 2013 la Comunicación de la Comisión titulada “Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013: Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz” (COM(2007)0099), en los que se sugiere de adoptar un enfoque de tipo horizontal en la creación de un modelo europeo de recurso colectivo, dotado de normas comunes, para garantizar a los ciudadanos un acceso uniforme a la justicia dentro de la Unión Europea.

Vemos, entonces, que con la predisposición de los presentes Documentos de soft law la Comisión, en lugar de llegar a una armonización de los ordenamientos de los Estados miembros, ha expresado oficialmente la voluntad de solicitar a este últimos de instituir,

dentro del julio de 2015, sistemas nacionales de recurso colectivo, inhibidores y indemnizadores, en caso de violaciones de los derechos tutelados por el Derecho comunitario, como aquellos en materia de protección de los consumidores y de la competencia. La Recomendación del 2013 acaba, entonces, para constituir un instrumento de integración del texto de la Directiva sobre las acciones de reembolso del daño por la violación de las normas de la competencia, y no el contrario.

2. Normativa

Antes de proceder a un análisis del contenido del acto legislativo, es oportuno subrayar que la Directiva en examen, tomando como base jurídica los artículos 103 y 114 TFUE, se propone como finalidad aquella de perseguir la satisfacción de dos objetivos principales: la optimización de la interacción entre la aplicación a nivel público y a nivel privado del derecho de la competencia y la garantía a quienquiera haya padecido un daño a causa de la violación del artículo 101 o 102 TFUE de conseguir una indemnización completa por el daño, que tendrá que incluir la compensación por el perjuicio realmente sufrido (*damnum emergens*) y por la pérdida de ingresos (*lucrum cessans*) y el pago de los intereses madurados desde la fecha en que se puso la práctica ilícita. Por lo tanto, surge la voluntad de aumentar la protección, sea a nivel individual que colectiva, de todos aquellos sujetos perjudicados que no cuentan con su medios idóneos a garantizarles de ejercer de modo efectivo el derecho fundamental a una eficaz tutela jurisdiccional, reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Puestas las premisas del contexto en que la Directiva 104/2014/UE ha sido adoptada, es posible proceder ahora a un examen del contenido del mismo acto legislativo.

En primer lugar, en el Capítulo I, a los artículos 1-4 de la presente Directiva se establece el principio general del derecho a conseguir el pleno resarcimiento del daño de parte de los que han sido perjudicados por alguna infracción de las reglas de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas (comprendido del *damnum emergens*, del *lucrum cessans* y del pago de los intereses), “garantizando una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan

sufrido tal perjuicio”, y siempre en el respeto de los principios de efectividad y equivalencia.

En el Capítulo II, relativo a la “Exhibición de las pruebas”, contemplado en los artículos 5-8, se subraya como la prueba constituye un elemento de primaria importancia para promover una acción de resarcimiento del daño causado por la violación del derecho antitrust europeo o nacional. Sin embargo, ya que el contencioso en materia de derecho de la competencia se caracteriza por la presencia de una fuerte asimetría informativa entre las partes, resulta ser oportuno garantizar a las partes del juicio (incluidos los tercios, así como las públicas autoridades) el derecho a conseguir la divulgación de las pruebas relevantes por su solicitud, sin que sea necesario, de su parte, precisar de ello los elementos individuales. Donde los jueces nacionales provean a ordenar la exhibición de las pruebas de parte de la Comisión Europea, vendrá a ser aplicado el principio de leal cooperación entre la Unión Europea y los Estados miembros, en conformidad con el artículo 4, párrafo 3, TU y el artículo 15, párrafo 1, del Reglamento (CE) n. 1/2003 relativo a las solicitudes de informaciones; por otro lado, en caso de que los órganos jurisdiccionales nacionales ordenen dicha divulgación a las públicas autoridades, serán aplicados los principios de cooperación jurídica y administrativa según el derecho europeo o nacional.

Se especifica también que, después de la solicitud de parte, el juez nacional puede ordenar la exhibición de las pruebas o de categorías de pruebas, mediante el ejercicio de una evaluación rígida, especialmente em términos de pertinência y proporcionalidad de esta medida, y siempre respetando el derecho a una protección equitativa de las pruebas pertinentes que contienen informaciones comerciales secretas o confidenciales, pero sin interferir con el derecho a obtener una indemnización completa por los daños sufridos. En cualquier caso, la presente Directiva no afecta a la posibilidad prevista por las leyes de los Estados miembros para desafiar las órdenes de exhibición, ni sobre las condiciones para ejercer dichos recursos así como no incluye la divulgación de documentos internos de las autoridades de competencia y la correspondencia entre estas autoridades.

Donde la divulgación de las pruebas sea tal para contituir el riesgo de falsear la estrategia de investigación de una autoridad nacional de

la competencia mostrando cuáles son los documentos que hacen parte de un expediente o el peligro de producir un efecto negativo sobre las modalidades en que las empresas cooperan con las autoridades de la competencia, vendría meno el requisito de la proporcionalidad de tal medida y sería necesario poner frenos a la adquisición generalizada de informaciones de parte de los sujetos implicados en el juicio. Solicitudes de tal tipo, relativas a una exhibición bastante amplia, no resultarían estar conformes a la obligación de la parte solicitante de indicar de modo específico y circunscrito los elementos de prueba o categorías de pruebas.

En la presente Directiva se establece también que, cuando la concesión de la exhibición se ponga como un obstáculo en el ámbito de una investigación en curso conducta por una autoridad nacional de la competencia en orden a una violación de la normativa antitrust comunitaria o nacional, dichas informaciones deberían poder ser divulgadas, en las acciones de resarcimiento, sólo después del cierre del mismo procedimiento de parte de la autoridad competente, por ejemplo a través de la adopción de una decisión en consonancia con el artículo 5 o el Capítulo III del Reglamento CE n. 1/2003, a exclusión de las medidas con las que son dispuestas medidas cautelares. Además, es remachada la importancia de los programas de clemencia y de los procedimientos de transacción, considerados como medios idóneos a garantizar la aplicación a nivel publico de la normativa antitrust europea, en cuánto permiten localizar y sancionar de modo eficaz las infracciones de las reglas de competencia. Con el objetivo de incentivar las empresas a dirigir de misma iniciativa a las autoridades nacionales de la competencia con declaraciones y testimonios relacionados a un programa de clemencia o a una propuesta de transacción, es necesario que estas informaciones no sean incluidas en el orden de exhibición. En todo caso, a las autoridades judiciales nacionales competentes debería ser reconocida la facultad, en consecuencia de la demanda del actor, de poder examinar los mismos documentos para los cuales ha sido prevista la derogación con el único objetivo de evaluar rigurosamente si sus contenidos se refieran o menos a las declaraciones relativas programas de clemencia y propuestas de transacción, ya que, en este último caso, es admitida la exhibición de los mismos.

Por fin, es oportuno señalar que tanto la presentación de una demanda de resarcimiento por parte de las potenciales víctimas de la infracción antitrust cuanto el inicio de una investigación por parte de una autoridad nacional de la competencia, pueden determinar el riesgo que los sujetos implicados procedan a una ocultación y/o destrucción de elementos probatorios pertinentes comprometiendo, en consecuencia, la pregunta de indemnización del daño presentada por el solicitante. En estos casos, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las sentencias judiciales de divulgación, las autoridades judiciales nacionales son tenidas a irrogar sanciones particularmente disuasivas, así como en la hipótesis de empleo abusivo, en el ámbito de un una acción por daños y perjuicios, de documentos adquiridos a través del acceso al expediente de una autoridad nacional de la competencia.

En el Capítulo III, relativo a “efecto de las resoluciones nacionales, plazos de prescripción y responsabilidad conjunta y solidaria”, contemplado en los artículos 9-11, está establecido, con el objetivo de garantizar la eficaz aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE y la eficiencia de los procedimientos de indemnización del daño, que es necesario que las medidas definitivas emitidas por las autoridades nacionales de la competencia, relativos una violación de las reglas de competencia, sea adoptada sólo después de que la Comisión haya sido informada en orden a la decisión establecida o, en ausencia de la misma, de cualquier documento que exponga la línea de acción propuesta en virtud del artículo 11, párrafo 4, del Reglamento (CE) n. 1/2003 y en el caso en que la Comisión no haya privado la autoridad nacional por el inicio de un procedimiento, en conformidad al artículo 11, párrafo 6, de dicho Reglamento.

En el caso en que una acción de resarcimiento por daño sea promovida en un Estado miembro diferente por el de la autoridad nacional de la competencia o del Tribunal de apelación que han verificado la violación del artículo 101 o 102 TFUE a cuyos hace referencia la acción misma, sería oportuno que la medida definitiva de los mismos sea presentada delante de una autoridad judicial nacional al menos a título de prueba prima facie en razón de la contextual infracción de las reglas de competencia. En todo caso, las consecuencias de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales de la competencia y por el Tribunal de

apelación con las cuales se afirme la existencia de una violación del derecho antitrust no afectan “los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del artículo 267 TFUE”.

Con especial referencia a las disposiciones nacionales relativas al principio, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos de prescripción, ellas no deben ponerse de obstáculo al derecho de las víctimas antitrust de promover acciones por daño. En todo caso, el plazo de prescripción debería empezar a correr del momento en que la violación sea cesada y después de que el actor haya adquirido razonablemente conciencia de la conducta ilícita del autor que sea constitutiva de una infracción del derecho de la competencia.

Cuando una pluralidad de empresas hayan infringido una violación de las reglas de competencia, como en la hipótesis de un cartel, la presente Directiva establece que los coautores de la infracción tengan que ser considerados responsables conjuntamente y solidariamente por el importe total del daño causado por sus conductas ilícitas, en el caso en cuyo un coautor haya pagado un precio mayor de la parte que efectivamente le compitió, debería tener el derecho a exigir una contribución de parte de los otros coautores de la infracción. Con el fin de cuantificar la parte que corresponde a la responsabilidad del coautor individual, debe hacerse referencia a aquellos criterios previstos por el derecho nacional cuál la facturación, la cuota de mercado o la función del mismo en el cartel, siempre en el respeto de los principios de efectividad y equivalencia.

En el caso en que las empresas colaboren con las autoridades de la competencia en el ámbito de un programa de clemencia, en virtud de sus funciones fundamentales en la identificación de violaciones antitrust, resulta necesario introducir normas que protejan las empresas beneficiarias de la inmunidad levantando las mismas de la responsabilidad conjunta y solidaria por cuánto atañe el importe total del daño. También está dispuesto que cada cuota que tales empresas tienen que corresponder hacia los coautores de la infracción no tiene

El plazo de prescripción debería empezar a correr del momento en que la violación sea cesada y después de que el actor haya adquirido conciencia de la conducta ilícita del autor

que superar el importe del daño causado a los mismos compradores o proveedores, directos o indirectos, en la hipótesis de un cartel relativo las adquisiciones (en el específico caso en que un cartel ha causado daños a sujetos diferentes de los clientes o proveedores de los autores de la violación, la cuota del beneficiario de la inmunidad se calculará de acuerdo con las mismas disposiciones que se utilizan para identificar las partes individuales de los autores de la violación). Por fin, en caso de que los que resultan ser dañados de la violación no son compradores y/o proveedores, directos o indirectos, de la empresa beneficiaria de la inmunidad, ellos no tienen la posibilidad de acceder a una plena indemnización del daño de los autores de la violación y serán plenamente responsables respecto a los mismos.

El Capítulo IV trata de un tema bastante debatido, es decir la “Repercusión de sobrecostos” al cual la Directiva dedica los artículos 12-16. Se subraya que donde una víctima antitrust haya disminuido el daño emergente (que se determina sustrayendo del precio pagado lo que habría tenido que pagar en falta de la infracción), a través de la transferencia, total o parcial, sobre los mismos compradores, el daño trasladado no representa más un daño resarcible reconociendo, así, al autor de una conducta ilícita el derecho a invocar en su defensa lo ocurrido traslado del daño emergente a causa de una pretensión de resarcimiento.

En la hipótesis en que, en cambio, la transferencia ha causado una disminución de las ventas y, por tanto, del *lucrum cessans*, es necesario que sea siempre garantizado el derecho de los perjudicados a solicitar una indemnización del mismo. En caso de que, en el ámbito de una acción por daño antitrust, la subsistencia de una demanda de indemnización o el importe de los daños de corresponder deriven de la circunstancia que el sobreprecio pagado por un comprador directo del perjudicante haya sido o menos transferido sobre el comprador indirecto, es necesario que los individuales ordenamientos jurídicos nacionales establezcan, con adecuadas disposiciones, que la obligación de demostrar la existencia y el quantum de dicha transferencia incumba sobre el actor, que puede, además, preguntar la divulgación de los elementos de prueba pertinentes al demandado o a terceros.

En todo caso, el comprador indirecto será tenido a demostrar: en primer lugar, la violación de las reglas de competencia de parte del

demandado; en según lugar, que la semejante infracción tuvo como consecuencia un sobrecosto para el comprador directo del demandado; por fin, que “el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran”. Tal presunción relativa no se va a aplicar en la hipótesis en que el demandado no pueda probar de modo verosímil, y considerado idóneo del órgano jurisdiccional, que el *damnum emergens* no ha sido trasladado totalmente o parcialmente sobre el comprador indirecto.

En la presente Directiva está también especificado que la Comisión Europea sería tenida a formular orientaciones comprensibles y completas para los órganos jurisdiccionales nacionales sobre las modalidades de cuantificación de la cuota de los sobrecostos repercutidos al comprador indirecto.

El Capítulo V, que consiste solamente por el artículo 17, es dedicado al tema de la “Cuantificación del perjuicio”. Se establece que los individuales ordenamientos jurídicos nacionales son tenidos a garantizar que “ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios”. A tal fin, los Estados miembros tienen que atribuir a los órganos jurisdiccionales nacionales el poder, con arreglo a los procedimientos nacionales y eventualmente recurriendo a la asistencia de las autoridades nacionales de la competencia, para estimar el importe del daño si sea probado que el demandante haya sido víctima de un daño antitrust pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar exactamente el perjuicio sufrido sobre la base de los elementos probatorios disponibles.

Por fin, con el objetivo de reducir la asimetría informativa y derribar los obstáculos que se encuentran en el proceso de cuantificación del daño en los contenciosos en materia de competencia, es necesario suponer que de una infracción consiguiente de cárteles se determina un daño, sobre todo en términos de aumento de los precios. La presente presunción relativa, que podría ser en todo caso rebatida por el infractor, tiene que ser limitada a los solos cárteles, y eso en relación al hecho que, siendo los cárteles de los acuerdos ocultos, resulta ser particularmente elevado

el nivel de asimetría informativa entre las partes del juicio devolviendo, así, aún más dificultoso por el demandante de conseguir las pruebas relevantes para la comprobación del daño sufrido.

En el siguiente Capítulo VI, relativo a la “Solución extrajudicial de controversias”, contemplado en los artículos 18-19, está dispuesto que los Estados miembros tienen que introducir disposiciones nacionales que garanticen que el plazo de prescripción para promover una acción por daño y perjuicio debe ser suspendido temporalmente por todo el tiempo necesario por el proceso de solución consensual de las controversias (máximos dos años) que concierne la demanda de indemnización, sin perjuicio de la normativa nacional en materia de arbitraje. La susodicha suspensión del plazo de prescripción puede ser aplicada sólo a las partes que estén o estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia. Se precisa, además, que una autoridad nacional de la competencia puede valorar como circunstancia atenuante “el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial”.

Por último, el artículo 19, titulado “Efecto de los acuerdos extrajudiciales sobre las posteriores acciones por daños” (ex artículo 18 de la Propuesta de Directiva), introduce algunas novedades importantes: en primer lugar, en la primera parte del párrafo segundo, se añade la frase “cualquier reclamación restante de la parte perjudicada que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial solo podrá ejercitarse contra coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo”; por fin, se añaden los párrafos tercero y cuarto. En particular, en el párrafo tercero, se establece, en derogación al párrafo 2, que los Estados nacionales tienen que garantizar que, en el caso en que los coautores de la violación que no hayan alcanzado una transacción no puedan proceder al pago del daño antitrust que corresponde a la reclamación que resta de la víctima de la infracción que alcanzó el acuerdo, esta pueda exigir la demanda restante al coinfractor con quien se haya alcanzado el acuerdo extrajudicial.

La Directiva en examen termina con el Capítulo VII relativo a “Disposiciones finales”, contemplado a los artículos 20-24, en cuyo son disciplinados respectivamente la revisión, las modalidades de transposición y de aplicación en el tiempo, la fecha de la entrada en vigor y los destinatarios.

3. Conclusiones

Al final del presente análisis podemos, por lo tanto, concluir en el sentido que El objetivo de la Unión Europea de garantizar un tratamiento uniforme de situaciones iguales puede ser considerado digno de mérito. Sin embargo, sólo con el tiempo será posible comprobar si los esfuerzos del legislador comunitario estén procediendo o menos en la más correcta dirección, aunque, en la mayoría de los casos, será la praxis, junta a la jurisprudencia, nacional y europea, para dar a esta pregunta una respuesta satisfactoria. En todo caso, la presente Directiva dará ciertamente un nuevo impulso a las acciones antitrust por daño y perjuicio dentro de un cuadro de mayor transparencia y certeza del derecho que pone al centro de las políticas de competencia los consumidores y las empresas, y no más las autoridades públicas, tal como surgió en los actos legislativos anteriores aprobados a nivel europeo.

Nota

- * Martina Cavaliere. Doctoranda en Derecho de la Unión Europea. Università degli Studi Roma Tre (Italia).

Referências

- BARRIATTI S., PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissione e del Codice del Consumo*, in B.NASCIMBENE e F.ROSSI DAL POZZO, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 23 ss.
- BASTIANON S., *Diritto Antitrust dell’Unione europea*, Milano, 2010.
- BASTIANON S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2006, p. 321.
- BASTIANON S., *La tutela dei privati e l’accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in G.TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione Europea e ordinamento italiano*, 2013, p.111 ss.
- BENACCHIO G.A., *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F.PACE, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.
- BENACCHIO G.A., CARPAGNANO M., *L’azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, p.71 ss.
- CAIAZZO R., *Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e class action: una nuova era per il private enforcement in Italia?*, in *IX Antitrust between EU and*

- National Law. Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*. Atti del IX Convegno sul tema "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea", tenutosi Treviso 20 e 21 maggio 2010, a cura di E.A.RAFFAELI, Treviso, 2011.
- CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, p.127 ss.
- DENOZZA F., TOFFOLETTI L., *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del anno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, F.ROSSI DAL POZZO e B.NASCIMBENE, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p.105 ss.
- KOMNINOS A., *New prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage c. Crehan and the Community Right to Damages*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2002, p. 447 ss.
- MILUTINOVIC V., *The Right to Damages under EU competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond*, 2010, p.69 ss.
- MOLLERS T.M.J., *Private enforcement of competition law in Europe-The Directive Proposal for damages for infringements of competition law provisions*, in *Rivista Europa e Diritto privato*, vol.III, 2014, pp. 821-846.
- MUSCOLO G., *L'accesso alla prova nel processo antitrust*, in G.TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, 2013.
- MUSCOLO G., *Public e Private Enforcement (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P.BARUCCI e C.RABITTI BEDOGNI, Milano, 2010, tomo II, pp.1017-1019.
- NASCIMBENE B., CONDINANZI M., *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, 2007 OSTI C., *Una scaletta sull'attuazione giudiziale (e cenni sull'attuazione collettiva) del diritto della concorrenza*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P.BARUCCI e C.RABITTI BEDOGNI, Milano, 2010, tomo II, p. 982 ss.
- PESCE C., *Collaborazione e trasparenza nei procedimenti di clemenza dell'UE*, in G.TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, 2013, p. 175 ss.
- REICH N., *The "Courage" Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2005, p. 35 ss.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 659 ss.
- TIZZANO A., *Il contributo dei giudici dell'Unione europea allo sviluppo del diritto della concorrenza*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P.BARUCCI e C. RABITTI BEDOGNI, Milano, 2010, tomo II, p. 83 ss.
- VAN BAEL & BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza-Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009.

A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 (CISG) COMO ELEMENTO POTENCIADOR DO COMÉRCIO NO ESPAÇO DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA

BRUNO REYNAUD DE SOUSA*
Assistente Convidado na Faculdade de Economia
da Universidade do Porto

EXCERITOS

“A Convenção de Viena foi aprovada em 11 de abril de 1980 no quadro da conferência diplomática que teve lugar em Viena, sob a égide da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, tendo entrado em vigor a 1o de janeiro de 1988”

“A Convenção de Viena pode ser considerada um exemplo de sucesso nas iniciativas de unificação do direito privado internacional”

“É de salientar, ainda, a solução inovadora consagrada no art. 19º, n. 2, da CISG, na medida em que se reconhece o ‘valor declarativo do silêncio do proponente, entendido enquanto aceitação das modificações não substanciais dos termos da proposta”

“A certeza jurídica proporcionada pela Convenção de Viena poderá auxiliar a promover uma agilização das trocas comerciais internacionais, sobretudo no espaço lusófono, posto que da maior previsibilidade jurídica decorrerá uma redução dos custos de transação e uma acrescida lisura do tráfico jurídico”

1. Introdução

O presente artigo versa acerca da Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, que abreviadamente designaremos por Convenção de Viena (ou CISG, sigla em língua inglesa), procurando fornecer alguns elementos no sentido da promoção da sua adoção pelo conjunto dos Estados-membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP).

Subjaz, portanto, ao presente artigo a crença no potencial que reserva o comércio no espaço da CPLP, espaço este que Adriano Moreira já designou como “janela de liberdade” no contexto do mundo globalizado e de uma Europa em crise (Moreira, 2013).

Uma nota prévia que importa sublinhar é a de que Portugal não completou, até à data, o processo de adesão à Convenção de Viena. Não obstante, permanece a expectativa de que tal venha a ocorrer futuramente, tanto mais que a larga maioria dos Estados-membros da União Europeia (UE) completaram já o processo de adesão a esta convenção.

Aliás, muito embora estejam a ser desenvolvidos esforços de uniformização legal em matéria de direito da compra e venda no seio da UE¹, é fato que visam a facilitação das trocas comerciais transfronteiriças entre consumidores e o pequeno comércio, no espaço europeu (Magnus, 2012). Noutro sentido, a CISG pretende sobretudo fomentar a compra e venda comercial à escala global, excluindo em termos gerais as vendas ao consumo (Magnus, 2012), daqui decorrendo a continuidade da importância da adesão à convenção, em especial por Portugal (Castellani, 2013).

No âmbito do presente artigo procuraremos então avançar alguns elementos no sentido de defender a prossecução ao nível da CPLP de uma estratégia político-diplomática orientada à adesão dos restantes Estados-membros daquela organização internacional à Convenção de Viena, estratégia apoiada na recente entrada em vigor da CISG no Brasil.

Acima de tudo, estamos em crer que a adesão à Convenção de Viena pelo conjunto dos Estados-membros da CPLP, a concretizar-se, configuraria um marco assinalável suscetível de gerar ganhos político-diplomáticos no que concerne a dinamizar e aprofundar outras temáticas

em matéria comercial, relativamente às quais seja, porventura, menos fácil gerar a necessária vontade política e o indispensável consenso no seio da Comunidade.

Ao considerar o tema dos negócios no espaço da CPLP, há duas perspectivas diferentes sob as quais é possível abordar o tema. Se, por um lado, pode ser feita uma análise da perspectiva das relações comerciais de Portugal com os Países Africanos de Língua Portuguesa (PALOPs) e Timor-Leste, por outro lado, pode analisar-se o tema da perspectiva das relações de Portugal com os Estados-membros – e no quadro – da CPLP.

Pensar os negócios no mundo da lusofonia e, por conseguinte, da internacionalização da economia portuguesa implica, cada vez mais, pensar no quadro da CPLP (Torres e Ferreira, 2001). Recorde-se que no que respeita ao comércio internacional, Portugal tem de lidar com a circunstância da sua diminuída autonomia para o desempenho de uma política externa comercial, à semelhança dos agora 28 estados-membros da União Europeia, após a adesão da Croácia em 1º de julho de 2013.

No que concerne ao peso do comércio de Portugal com os PALOPs e Timor-Leste², pode dizer-se que é pouco significativo em termos percentuais no cômputo global do comércio português. Os dados relativos a 2013 revelam que o mercado constituído por este conjunto de países absorveu apenas 7,9% das exportações portuguesas totais, tendo originado apenas 4,9% das respectivas importações (Banco de Portugal, 2014).

Outro dado interessante refere-se ao investimento direto bruto de Portugal naquele conjunto de países. Correspondente a 1,8% do total após uma redução significativa da marca dos 7% em 2012, o investimento direto externo português nos PALOPs e Timor-Leste, num total de EUR 246 milhões (Banco de Portugal, 2014), é maioritariamente destinado a Angola (cerca de 53% do total), a Moçambique (cerca de 38% do total) e a Cabo-Verde (cerca de 7% do total) (Banco de Portugal, 2014).

Neste contexto adquire relevo o fato de o Programa do XIX Governo Constitucional de Portugal ter dado prioridade ao objetivo de reestruturar os serviços e organismos do Estado – aumentando a coordenação e articulação interministerial – que atuam, precisamente, na área da internacionalização da economia portuguesa. Como complemento a este objetivo, haverá, também, que encontrar formas de

tornar mais eficaz a articulação daqueles organismos com as estruturas do setor privado. Sem dúvida que o cumprimento deste objetivo poderia sair reforçado com a ratificação da Convenção de Viena de 1980.

No que respeita à internacionalização das empresas portuguesas e brasileiras, e, mais especificamente, quanto aos requisitos de entrada nos mercados dos PALOPs, subsistem, ainda, bloqueios significativos aos fluxos comerciais. Aspecto crucial desta questão é o de os bloqueios se situarem ao nível da mobilidade de pessoas, bens e serviços (por exemplo, vistos de entrada e permanência; transportes).

Ora, a CPLP é, sem dúvida, o fórum privilegiado para a procura de soluções para estes bloqueios. Disso exemplo são as iniciativas que visam facilitar a circulação de cidadãos no espaço da CPLP, tais como o projeto de “Estatuto de Cidadão da CPLP”, ou, a negociação de “acordos de facilitação” – estes com repercussões no âmbito diplomático. Ao nível do setor privado, o potencial da CPLP para acrescentar valor é, também, evidente. Marco histórico recente foi a transformação, em 2010, do “Conselho Empresarial da CPLP” em verdadeira confederação empresarial, agregadora de associações empresariais e de empresas oriundas de estados-membros da CPLP. Ainda de salientar é a realização em junho de 2015 do primeiro “Fórum da União de Exportadores da CPLP”, cuja declaração final realça a necessidade de “[a]pelar às autoridades competentes dos Estados-membros da CPLP à efetiva implementação da livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais nos países da CPLP” (CPLP, 2015).

Apesar de ser certo que o Brasil é o único Estado-membro da CPLP que completou o processo de adesão à Convenção de Viena de 1980³ – e muito recentemente –, estamos em crer que este fato pode ser potenciador do desenvolvimento no seio da própria CPLP de esforços político-diplomáticos orientados à promoção da ratificação da CISG pelo conjunto dos restantes Estados, resultando numa harmonização que, por certo, auxiliaria a solucionar outros bloqueios em matéria comercial.

A CPLP é, sem dúvida, o fórum privilegiado para a procura de soluções para bloqueios de mobilidade de pessoas, bens e serviços

2. Breves considerações acerca da Convenção de Viena

A Convenção de Viena foi aprovada em 11 de abril de 1980 no quadro da conferência diplomática que teve lugar em Viena, sob a égide da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, tendo entrado em vigor a 1º de janeiro de 1988.

Inicialmente em vigor em onze Estados, a Convenção de Viena conta atualmente com oitenta e três Estados que completaram o processo de adesão⁴. Estados das mais diversas regiões geográficas, com diferentes níveis de desenvolvimento económico e inclusivamente sistemas jurídicos de tradição diversa entre si. A exemplo desta realidade, os Estados que mais recentemente completaram o processo de adesão foram Madagáscar (em 24 de setembro de 2014), e, a Guiana (em 25 de setembro de 2015), sendo que a CISG entrará em vigor em ambos a 1º de outubro de 2015.

Em termos gerais, ao considerar os objetivos que assistiram à elaboração da Convenção de Viena, é de sublinhar que outros autores houve, de ambos os lados do Atlântico que nos une, que sobre eles já discorreram com maior propriedade⁵. Cumpre, no entanto, assinalar que um dos principais objetivos subjacentes à Convenção de Viena foi o de procurar criar um regime jurídico unificado e equilibrado destinado a regular o contrato de compra e venda internacional de mercadorias, figura que ocupa uma posição central no comércio internacional. Dito de outro modo, a CISG “abriu as portas à harmonização do direito dos contratos” (Lando, 2005).

Conforme pode ler-se no preâmbulo da Convenção de Viena, a adoção de regras uniformes aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, na medida em que aumenta a certeza nas trocas comerciais, ao passo que contribui para uma redução dos custos de transação, “contribuirá para a eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais e favorecerá o desenvolvimento do comércio internacional”.

Na prossecução deste objetivo de universalidade, mas procurando evitar as causas do sucesso limitado logrado pelas duas Convenções da Haia sobre a mesma matéria (a saber, a Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias,

ambas adotadas em 1964 e por um número muito reduzido de países), a Convenção de Viena surge como procurando encontrar um compromisso entre sistemas jurídicos diferentes, em especial sistemas de tradição romano-germânica e sistemas de tradição anglo-saxónica (Pinheiro, 2005; Vicente, 2004).

Acresce que, tendo em vista a adesão de países em vias de desenvolvimento e fruto dos objetivos de estratégia negocial prosseguidos por tais Estados no decurso das negociações, a Convenção de Viena apresenta, em alguns casos, um relativo favorecimento do comprador face ao vendedor (Pinheiro, 2005), podendo afirmar-se que é “globalmente mais favorável ao comprador do que certas legislações nacionais” (Vicente, 2004).

A título de exemplo, atenda-se ao caso do art. 36º da Convenção de Viena, que estatui que “o vendedor é responsável [...] por qualquer falta de conformidade [das mercadorias] que exista no momento da transferência do risco para o comprador”. Em benefício do exemplo tenha-se presente o estabelecido no art. 914º do Código Civil português, nos termos do qual o vendedor não tem a obrigação de reparar a coisa defeituosa ou de a substituir, se desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece. No entanto, pode dizer-se que este relativo benefício do comprador é de certo modo suscetível de ser contrariado, na prática comercial internacional, dada a possibilidade conferida às partes de excluírem, nos termos do art. 6º da Convenção em análise, a aplicação do regime jurídico da Convenção de Viena ou de derrogarem, em termos amplamente admitidos, as suas disposições ou modificarem os respectivos efeitos.

De fato, em termos mais amplos é de sublinhar a vasta possibilidade de introdução de reservas concedida aos Estados nos termos dos arts. 92º a 96º da Convenção de Viena, nomeadamente sendo certa a possibilidade dos estados poderem não se vincular à segunda ou à terceira partes da Convenção em apreço – respectivamente relativas à Formação do Contrato (parte II da Convenção de Viena) e aos Direitos e Obrigações do Vendedor e do Comprador e à Transferência do Risco (parte III da Convenção de Viena).

A conjugação da possibilidade de formulação de reservas pelos Estados contratantes, com a possibilidade de as partes excluírem a

aplicação das disposições da Convenção nos termos do já referido art. 6º e com a limitação das matérias a que a convenção se aplica, podem ser entendidas como configurando limitações ao objetivo central de uniformização a que a convenção se propõe. Não obstante, se é certo que não evita plenamente o recurso às normas de conflito e ao direito interno dos Estados, a Convenção de Viena pode ser considerada um exemplo de sucesso nas iniciativas de unificação do direito privado internacional. Desde já, tenha-se presente o contributo dado pela Convenção de Viena para a redução da insegurança associada ao desconhecimento da lei aplicável aos contratos internacionais (Vicente, 2004), podendo inclusivamente desempenhar um papel de referência no âmbito de processos de revisão de legislação nacional em matéria de compra e venda.

2.1 Âmbito material da Convenção de Viena

A Convenção de Viena encontra-se dividida em quatro partes. A primeira parte regula o âmbito de aplicação da convenção e as suas disposições gerais, ao passo que a quarta e última parte contém as disposições finais, regulando matérias como o âmbito de aplicação temporal da convenção ou reservas e outras declarações dos Estados. Por conseguinte, é nas partes segunda e terceira da Convenção de Viena que se concentra o cerne do regime jurídico uniforme cuja criação foi orientada a regular os contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

Ao considerar o âmbito material da CISG, importa atender ao estabelecido no respectivo art. 1º, quanto à aplicação da convenção aos contratos de compra e venda de mercadorias, isto é, à compra e venda de bens móveis corpóreos⁶, celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes – daqui decorrendo o carácter internacional do contrato, sendo a nacionalidade das partes (v. art. 1º, n. 3, da Convenção de Viena) irrelevante para este efeito (Vicente, 2004).

Consequentemente, a primeira característica que sobressai é da necessária natureza internacional da relação contratual, fruto do recurso ao critério de que as partes tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes para o preenchimento deste requisito. Tal fato terá de ressaltar do contrato, de transações que hajam tido lugar em momento anterior

entre as partes ou de informações prestadas por elas em momento anterior ou no momento da conclusão do contrato (v. art. 1º, n. 1 e n. 2, da Convenção de Viena citada) – ou seja, a “internacionalidade do contrato só é atendível se for *cognoscível* pelas partes” (Vicente, 2004).

Por força do art. 10º da Convenção de Viena, caso as partes possuam mais do que um estabelecimento, será tido em consideração aquele estabelecimento que tenha a relação mais estreita com o contrato em causa e a sua respectiva execução, tendo em atenção as circunstâncias conhecidas das partes ou por elas consideradas em momento anterior ou à data da conclusão do contrato. Note-se que na eventualidade de uma das partes não ter estabelecimento, relevará para o efeito o Estado onde a parte mantenha a sua residência habitual.

Contudo, atenda-se a que por força do respectivo art. 2º estão excluídos do âmbito material da CISG diferentes contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Com efeito, e tomando como critério o objetivo da compra, a convenção não regula as vendas de mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico – isto é, realizadas por comprador-consumidor⁷ –, a menos que o vendedor não soubesse nem devesse saber que as mercadorias eram compradas para tal uso. Acresce que, tendo como critério a natureza da venda, estão excluídas as vendas em leilão e em processo executivo; e, tomando como critério a natureza do bem, estão excluídas as vendas de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; as vendas de navios, barcos, *hovercraft* e aeronaves; e, por fim, a venda de eletricidade.

Noutro sentido, é fato que a Convenção de Viena inclui nos contratos de compra e venda por ela regulados os contratos de fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, a menos que o contraente que as encomendou tenha “de fornecer uma parte essencial dos elementos materiais necessários para o fabrico ou produção” (Vicente, 2004) – exceção feita, nos termos do art. 3º da CISG, aos contratos em que “a parte preponderante da obrigação do contraente que fornece as mercadorias consistir num fornecimento de mão de obra ou de outros serviços” (Vicente, 2004).

Um último aspecto que, quanto a nós, importa referir respeita à matéria regulada pela Convenção de Viena com referência aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias abrangidos. Com

efeito, apenas se encontra regulada a matéria da formação e dos direitos e obrigações do vendedor e comprador, não se achando estabelecida a disciplina jurídica de aspectos como a validade do contrato, os efeitos reais a ele associados⁸, ou a responsabilidade do vendedor pela morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias⁹.

Com o intuito de procurar demonstrar o valor acrescentado direto para os operadores de mercado, tendo também em consideração a sua disparidade face às soluções atualmente consagradas por exemplo pelo ordenamento jurídico português, focaremos três aspectos de regime. Nomeadamente, na impossibilidade de analisar no âmbito do presente artigo todo o regime jurídico referido, opta-se por destacar um enfoque relativo à formação do contrato e dois relativos aos direitos e obrigações das partes.

O primeiro aspecto que ora destacamos diz respeito ao problema da revogabilidade ou irrevogabilidade da proposta contratual. O art. 16º, n. 1, da Convenção de Viena dispõe que uma proposta contratual pode ser revogada até ao momento da conclusão do contrato, desde que a revogação chegue ao destinatário antes de este ter expedido a aceitação. Neste particular, é curioso notar que o critério escolhido não foi o da recepção da aceitação, mas sim o critério da expedição da aceitação.

Nos termos do n. 2 do art. 16º citado, a proposta só será irrevogável se tal for nela indicado por qualquer modo, aqui presumindo-se que a fixação de um prazo para a aceitação constitui indicação nesse sentido. Ou, em alternativa, caso fosse razoável, que o destinatário lhe atribuisse esse carácter e tenha agido em consequência dessa atribuição – por exemplo, iniciando a produção da mercadoria ou celebrando os contratos necessários à execução daquele contrato de compra e venda.

É de salientar, ainda, a solução inovadora consagrada no art. 19º, n. 2, da CISG, na medida em que se reconhece o “valor declarativo do silêncio do proponente, entendido enquanto aceitação das modificações não substanciais dos termos da proposta” (Costa, 2011).

Outro aspecto que importa sublinhar prende-se com a noção de violação fundamental do contrato (ou violação essencial ao contrato) que consta do art. 25º da Convenção de Viena. Muito embora o regime da CISG nesta matéria mereça sem dúvida uma análise assaz mais

completa (Zeller, 2009), cumprirá por ora referir que ele assenta em dois pressupostos.

Um primeiro pressuposto é o de que seja causado à outra parte “um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que teria direito de esperar do contrato”. Um segundo pressuposto é o de que a parte faltosa haja previsto a ocorrência de um prejuízo substancial ou de que a produção deste seria previsível por “pessoa razoável, com idêntica qualificação” e colocada “na mesma situação” – cumprindo à parte faltosa a prova de que o prejuízo não foi nem previsto, nem era previsível.

A este propósito é de salientar o recurso a um conceito indeterminado – “pessoa razoável” – enquanto critério de razoabilidade no âmbito da definição de direitos e obrigações das partes (Pinheiro, 2005). Com efeito, a Convenção de Viena “atribui ao intérprete uma margem de apreciação que lhe permite ter em conta o conjunto de circunstâncias do caso concreto [...] uma abertura à individualização de soluções” (Pinheiro, 2005) – algo de importância central ao pensar os contratos de compra e venda internacional de mercadorias no espaço lusófono no atual contexto da economia globalizada. A este propósito poder-se-á afirmar que “a Convenção consagra uma abertura a critérios de solução que não podem ser deduzidos das suas disposições, antes implicam o reconhecimento de um *poder modelador* aos tribunais incumbidos de aplicá-la” (Vicente, 2004, p. 278).

Em matéria de mercadorias não conformes objeto de contratos de compra e venda comercial internacional, a Convenção de Viena, para além de estabelecer no seu art. 35º, n. 2, als. a) a d), um elenco de situações em que se considera não serem as mercadorias objeto de contrato de compra e venda comercial internacional conformes ao contrato, consagra no art. 36º, n. 1, o princípio da responsabilidade do vendedor “por qualquer defeito de conformidade que exista no momento da transferência dos riscos ao comprador, ainda que este defeito apareça apenas em momento posterior”. Acresce que o n. 2 do citado art. 36º estabelece ainda que o vendedor é “igualmente responsável por qualquer defeito de conformidade que sobrevenha após o momento indicado” no n. 1 citado “e que seja imputável à inexecução de qualquer uma das suas obrigações, inclusive pela falta de garantia de que, durante certo período, as mercadorias continuarão apropriadas ao seu uso normal

ou a um uso especial ou conservação as qualidades ou características especificadas”. É de sublinhar ainda que, quanto ao prazo de que dispõe o comprador para se fazer valer de um defeito de conformidade das mercadorias, o n. 2 do art. 39º estabelece que “o comprador perde o direito de se prevalecer de um defeito de conformidade” caso não o denunciar, “no mais tardar, num prazo de dois anos a contar da data em que as mercadorias lhe foram efetivamente entregues”, salvo se este prazo se revelar “incompatível com a duração de uma garantia contratual”. Note-se, por fim, que o n. 1 do art. 39º citado configura outro exemplo do recurso a um conceito indeterminado – “prazo razoável” – para a definição de direitos e obrigações das partes (Pinheiro, 2005).

Nomeadamente, em matéria de venda de coisas defeituosas o Código Civil português consagra no seu art. 916º, n. 2, que a denúncia deverá ser feita “até trinta dias depois de conhecido o defeito e dentro de seis meses após a entrega da coisa”. Aliás, nos termos do Código Comercial português, nomeadamente do seu art. 471º, o comprador que não examinar as mercadorias no ato da entrega dispõe de um prazo de oito dias para reclamar contra a sua qualidade¹⁰. Ora, justapondo o regime da Convenção de Viena e o regime que resulta da legislação portuguesa, temos que a solução do art. 471º do Código Comercial português consagra um prazo para denúncia do defeito que em muitos casos poderá ser por demais curto (Pinheiro, 2005). Acresce que o prazo de seis meses citado (v. art. 916º, n. 2; art. 917º; e, art. 921º, n. 4, do Código Civil português) é apenas um exemplo que ilustra, neste particular, a existência na Convenção de Viena de um “certo *favorecimento do comprador*, a cuja consagração não terá sido alheio o intuito de conquistar a adesão de certos países em vias de desenvolvimento, predominantemente importadores de produtos manufaturados” (Vicente, 2004).

Sendo certo que no espaço lusófono temos que apenas o Brasil completou o processo de adesão à Convenção de Viena, importa considerar, muito resumidamente, o modo de determinação do direito aplicável com referência a diferendos emergentes de contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Nomeadamente, pense-se em situações de conflito entre as partes de um dado contrato de compra e venda internacional quanto à formação ou cumprimento do contrato, ou situações de incumprimento contratual.

Em matéria de determinação do direito aplicável a contratos internacionais, uma situação de ocorrência previsivelmente comum será a de ser internacionalmente competente para conhecer da questão mais do que um tribunal, podendo a ação ser proposta em qualquer um deles. Abordaremos então a questão do ponto de vista do direito português, sem prejuízo de reconhecermos a lacuna de uma análise cuidada ao nível do direito interno de outros Estados, que ultrapassa os limites do presente artigo.

Antes de mais, tenha-se presente que a circunstância de Portugal pertencer à UE determina a aplicação do direito da União Europeia nesta matéria. Nestes termos, quanto a determinar, em primeiro lugar, qual o tribunal internacionalmente competente – sem prejuízo da eventual aplicabilidade do direito interno – será aplicável o Regulamento (UE) 1.215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, sempre que se verifique algum dos seus elementos de conexão, nomeadamente o réu ou a ré ter domicílio num Estado-membro da UE independentemente da sua nacionalidade (v. art. 4º do Regulamento 1.215/2012 citado)¹¹.

Tenha-se presente que a circunstância de Portugal pertencer à UE determina a aplicação do direito da União Europeia nesta matéria

O citado Regulamento 1.215/2012 estabelece enquanto regra geral, no seu art. 4º, n. 1, que será competente o tribunal do Estado do domicílio do réu¹². No entanto, estando em causa matéria de responsabilidade contratual, o art. 7º do Regulamento (UE) 1.215/2012 estabelece competências especiais, concedendo a possibilidade ao autor da ação de optar entre a aplicação da regra geral do art. 4º, n. 1, citado, ou de colocar a ação perante o tribunal com jurisdição no lugar onde foi ou deveria ser cumprida a obrigação em questão. Aqui haverá que atender ao previsto no art. 7º, n. 1, al. b), primeira parte, que determina que se atenderá ao lugar que as partes hajam previsto para cumprimento da obrigação em questão nos termos do contrato de compra e venda; ou, se as partes nada previram, dever-se-á atender às conexões previstas no mesmo art. 7º, n. 1, al. b), nomeadamente: em matéria de compra

e venda de mercadorias ao lugar onde nos termos do contrato os bens foram ou devam ser entregues; em matéria de prestação de serviços, o lugar onde, no território de um Estado-membro da UE, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados.

Em segundo lugar, no que concerne à análise das normas de conflito, e centrando exclusivamente a atenção no caso de Portugal, haverá que atender ao Regulamento (CE) 593/2008, de 17 de junho, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, também designado por Regulamento Roma I.

Assim, temos que o Regulamento Roma I é aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial na eventualidade de conflitos de leis, ou seja, na eventualidade de se verificar uma pluralidade de jurisdições em contato com o mesmo contrato (cf. art. 1º do Regulamento Roma I). Note-se, em primeiro lugar que o Regulamento Roma I será aplicável na eventualidade da ação ser intentada legitimamente junto de um tribunal de um Estado-membro da UE vinculado ao regulamento (veja-se que a Dinamarca não o é, apesar da pertença à UE). Em seguida, note-se que o art. 3º, n. 1, do Regulamento Roma I consagra uma regra de liberdade de determinação do direito aplicável ao contrato pelos contraentes, também nos termos do n. 2 do mesmo art. 3º. Com efeito, na ausência de determinação pelas partes do direito aplicável ao contrato, estabelece o art. 4º o critério do país de residência do contraente obrigado à prestação característica do contrato, prestação esta que é determinada consoante o tipo de contrato em causa, nos termos das als. a) a h) do n. 1 do art. 4º citado. No que à compra e venda internacional de mercadorias concerne, estabelece o art. 4º, n. 1, al. a) que “[o] contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual”.

Temos, portanto, que apesar de Portugal não ter ainda ratificado a Convenção de Viena, pode dar-se o caso da aplicabilidade da convenção resultar como a solução na eventualidade das partes não terem escolhido qual a lei aplicável. Cumpre sublinhar ainda que está ao dispor das partes a possibilidade de escolha da Convenção de Viena enquanto critério de regulação do contrato¹³ (Vicente, 2004).

3. Breve resumo das vantagens da uniformização no espaço da CPLP

Consideremos brevemente algumas das vantagens da uniformização em matéria de compra e venda internacional de mercadorias, tendo em vista a promoção de esforços político-diplomáticos orientados ao objetivo de ratificação da Convenção de Viena pelo conjunto dos Estados-membros da CPLP.

Uma primeira vantagem é a da maior certeza jurídica, sendo certo que a Convenção de Viena resulta de décadas de trabalhos preparatórios e de um processo complexo de negociação internacional, do qual resultou a adoção de um texto final que equilibra os interesses, quer do vendedor, quer do comprador. Aliás, nomeadamente no art. 6º da Convenção de Viena, é sublinhada a centralidade do princípio da autonomia das partes ao estabelecer-se que as “partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sob reserva das disposições do artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhes os efeitos”.

A certeza jurídica proporcionada pela Convenção de Viena poderá auxiliar a promover uma agilização das trocas comerciais internacionais, sobretudo no espaço lusófono, posto que da maior previsibilidade jurídica decorrerá uma redução dos custos de transação e uma acrescida lisura do tráfico jurídico (Castellani, 2013), já que decrescerá a probabilidade de litígios decorrentes de contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Com efeito, a Convenção de Viena tem o mérito de conciliar sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e sistemas jurídicos de tradição anglo-saxónica consagrando soluções que surgem, apesar do fato, como equilibradas.

Acresce que, para as partes, serão menores os custos da opção pela via do contencioso para a resolução de qualquer diferendo que eventualmente possa resultar de um contrato de compra e venda internacional de mercadorias. De resto, a necessidade de “criar mecanismos de mediação e arbitragem de conflitos na CPLP” (CPLP, 2015) surge reconhecida na já citada declaração final do “1º Fórum da União de Exportadores da CPLP”, de junho de 2015.

Tendo em conta o conjunto dos Estados-membros da CPLP, recorde-se novamente que a Convenção de Viena tem o valor

acrescentado específico do “relativo favorecimento do comprador” que “não se traduz, em todo o caso, num sensível desequilíbrio da Convenção” (Pinheiro, 2005).

Não obstante, em bom rigor, há que sublinhar uma limitação central à uniformização que propugnamos no âmbito do presente artigo. É fato que a Convenção de Viena apenas regula um tipo contratual: a compra e venda internacional de mercadorias. Acresce que o âmbito material da convenção em apreço surge limitado, conforme vimos, apenas a alguns aspectos do tipo contratual citado, como sejam: a revogabilidade e irrevogabilidade da proposta; matéria de violação fundamental do contrato (incumprimento contratual); ou a falta de conformidade das mercadorias.

No entanto, entender as vantagens citadas tendo em vista o espaço lusófono levará a concluir que a harmonização legislativa potenciada pela CISG certamente contribuirá para a dinamização de outras iniciativas na área do comércio internacional no seio da CPLP.

4. Conclusões

A CPLP comemorará o seu vigésimo aniversário a 17 de julho de 2016. É uma comunidade assente na ideia do conhecimento mútuo a cuja criação assistiram valores morais e que congrega mais de 255 milhões de cidadãos, de nove países, quatro continentes e, mais especificamente, seis comunidades económicas regionais.

Nestes termos, resulta evidente a existência de um valor-acrescentado único fruto da interação dos Estados-membros da CPLP com outros Estados, nomeadamente, do Brasil (Mercosul – Mercado Comum do Sul), de Angola e de Moçambique (CDAA/SADC – Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral), de Cabo-Verde e da Guiné-Bissau (CEDEAO/ECOWAS – Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental), da Guiné-Equatorial (CEEAC/ECCAS – Comunidade Económica dos Estados da África Central), futuramente de Timor-Leste (Asean – Associação das Nações do Sudeste Asiático), e sem esquecer o papel de Portugal no seio da União Europeia.

Por conseguinte, a CPLP oferece um potencial acrescido para a criação de novas sinergias em matéria de comércio internacional.

Configurando, sobretudo, uma plataforma multipolar, a CPLP caracteriza-se pelo fato de entre os seus Estados-membros não existir contiguidade territorial. Esta característica singular da CPLP enquanto organização internacional conforma um elemento diferenciador com enorme potencial no mundo globalizado cotidiano, colocando o espaço lusófono em contato com diferentes outros espaços, na América Latina, na África, na Oceania e na Europa. Inclusivamente, há Estados em África onde são falados dialetos locais, comuns a uma região que abrange mais do que um Estado, pelo que aqueles Estados-membros da CPLP surgem atuando como facilitadores de expansão da base de mercado àqueles outros Estados.

Cruzando este potencial de acesso dos Estados do espaço lusófono a outros mercados não lusófonos com as vantagens de adesão à Convenção de Viena, surge de imediato a eliminação da necessidade de, em sede do contrato, escolher qual o direito aplicável, para além da redução de custos com a eventual aplicação de direito interno de outros Estados.

Note-se que na América Latina apenas a Bolívia, a Venezuela e o Suriname não completaram o processo de adesão à CISG. Por outro lado, no continente africano, apesar de serem poucos os Estados que completaram o processo de adesão à CISG, é fato que o Congo, o Gabão e a Zâmbia completaram já o processo de adesão, Estados vizinhos de Angola, bem como Madagáscar, vizinho de Moçambique.

Uma aposta bem-sucedida dos Estados-membros da CPLP no que concerne ao comércio no espaço lusófono será aquela que for capaz de dinamizar, aprofundar e agregar as mais-valias dos Estados-membros da CPLP, sob uma perspectiva que encare aqueles Estados, também, como plataformas de acesso privilegiado a outros mercados, não lusófonos, Africanos ou Sul-Americanos.

Na senda da conclusão pelo Brasil do respectivo processo de adesão à CISG, um passo na direção do cumprimento do desiderato enunciado poderá passar pelo desenvolvimento de uma estratégia orientada à promoção da adesão do conjunto dos Estados-membros da CPLP à Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral.

Nestes termos, o objetivo de dinamizar e aprofundar a cooperação económica e financeira no espaço da CPLP sairia reforçado por uma

adesão de Portugal à CISG, fato que abriria o caminho à prossecução de uma estratégia de promoção da adesão à Convenção de Viena liderada pelo Brasil e por Portugal no seio da própria CPLP.

Do presente artigo fica a convicção de que uma adesão à CISG pelo conjunto dos Estados-membros da CPLP poderia promover maior certeza, mais confiança e menores custos na prossecução da atividade económica no espaço da CPLP, assim se contribuindo para o fortalecimento dos laços da lusofonia que nos une.

Notas

- * Prof. Dr. Bruno Reynaud de Sousa Assistente Convidado na Faculdade de Economia da Universidade do Porto.
1. Cf. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, COM (2011) 635 final.
 2. Para uma análise das relações comerciais entre o Brasil e os PALOPs, remetemos para a obra de Zilda Mendes, cf. MENDES, Z. 2013. *Exportando para os Países Africanos de Língua Portuguesa*, Coimbra, Almedina.
 3. V. Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014, que promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.
 4. Cf. Obtido em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> a 16/07/2015.
 5. Cf. LANDO, O. 2005. CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law. *American Journal of Comparative Law*, 53, 379-401, ZELLER, B. 2009. *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford; New York, Oxford University Press, LAMAZEROLLES, E. 2003. *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, Paris, LGDJ, HONSELL, H. & BRUNNER, C. 2008. *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlim, Springer. DOLGANOVA, I. & LORENZEN, M. B. 2009. O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. *Revista Fórum CESA*, ano 4, pp. 46-61, FONSECA, P. G. D. 1998. O Brasil perante uma nova perspectiva de Direito Mercantil Internacional. *Revista Forense*, 341, 193-211, SOARES, M. Â. & RAMOS, R. M. 1982. Os meios à disposição do comprador, no caso de violação do contrato pelo vendedor, na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. *RDE*, 83-109, SOARES, M. Â. & RAMOS, R. M. 1981. Do contrato de compra e venda internacional. *DDC*, 73-290, PINHEIRO, L. D. L. 2005. *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Edições Almedina, SOARES, M. Â. & RAMOS, R. M. 1995. *Contratos Internacionais –*

- Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Coimbra, Almedina VICENTE, D. M. 2004. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: Características gerais e âmbito de aplicação. In: PINHEIRO, L. D. L. (ed.) *Estudos de Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Edições Almedina, CASTELLANI, L. G. 2013. The adoption of the CISG in Portugal: benefits and perspectives. *Revista Electrónica de Direito*, 1, 1-13.
6. No sentido de se admitir que “se insere no domínio de aplicação da Convenção a venda de programas informáticos estandardizados (*standard software*) incorporados em suportes materiais, v.g. disquetes ou discos compactos”, cf. Dário Moura Vicente, p. 274.
 7. Cf. Lei 24/96, de 31 de julho, estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Revoga a Lei 29/81, de 22 de agosto. Lei 47/2014, de 28 de julho, Proceda à quarta alteração à Lei 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, e à primeira alteração ao Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro, transpondo parcialmente a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011. Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril (transpõe Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e altera a Lei 24/96, de 31 de julho), alterado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio.
 8. V. art. 4º da Convenção de Viena.
 9. V. art. 5º da Convenção de Viena.
 10. Cf. ainda o art. 463º (compra e venda comercial), o art. 464º (compra e venda não comercial) e o art. 470º (relativo a coisas que não se tenham à vista).
 11. Cf. ainda o art. 6º; art. 18º, n. 1; art. 21º, n. 2; art. 24º; e art. 25º.
 12. Cumpre referir que o art. 24º do Regulamento (UE) 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, se refere a competências exclusivas (independentemente do domicílio das partes), e que o art. 25 do mesmo Regulamento 1215/2012 se pronuncia em matéria de validade dos pactos de jurisdição (salvo acordo das partes em contrário, o pacto de jurisdição dá origem a uma competência exclusiva; logo, um tribunal poderá conhecer oficiosamente do desrespeito de um tal pacto de jurisdição por uma das partes).
 13. Atenda-se no entanto às limitações impostas pelo art. 3º, n. 4, do Regulamento Roma I, se aplicável.

Referências

- BANCO DE PORTUGAL 2014. *Evolução das Economias dos PALOPs e de Timor-Leste – 2013-2014*. Lisboa: Banco de Portugal.
- CASTELLANI, L. G. 2013. The adoption of the CISG in Portugal: benefits and perspectives. *Revista Electrónica de Direito*, 1, 1-13.
- COSTA, M. F. D. 2011. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra, Coimbra Editora.

- CPLP 2015. Declaração Final – 1º Fórum da União de Exportadores da CPLP. Lisboa: CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.
- DOLGANOVA, I. & LORENZEN, M. B. 2009. O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. *Revista Fórum CESA*, ano 4, p. 46-61.
- FONSECA, P. G. D. 1998. O Brasil perante uma nova perspectiva de Direito Mercantil Internacional. *Revista Forense*, 341, 193-211.
- HONSELL, H. & BRUNNER, C. 2008. *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin, Springer.
- LAMAZEROLLES, E. 2003. *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, Paris, LGDJ.
- LANDO, O. 2005. CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law. *American Journal of Comparative Law*, 53, 379-401.
- MAGNUS, U. 2012. CISG and CESL. In: BONELL, M. J., HOLLE, M.-L. & NIELSEN, P. A. (eds.) *Liber Amicorum Ole Lando*. Hamburgo: Djøf Forlag.
- MENDES, Z. 2013. *Exportando para os Países Africanos de Língua Portuguesa*, Coimbra, Almedina.
- MOREIRA, A. 2013. *Memórias do outono ocidental: um século sem bússola*, Coimbra, Almedina.
- PINHEIRO, L. D. L. 2005. *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Edições Almedina.
- SOARES, M. Â. & RAMOS, R. M. 1981. Do contrato de compra e venda internacional. *DDC*, 73-290.
- SOARES, M. Â. & RAMOS, R. M. 1982. Os meios à disposição do comprador, no caso de violação do contrato pelo vendedor, na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. *RDE*, 83-109.
- SOARES, M. Â. & RAMOS, R. M. 1995. *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Coimbra, Almedina.
- TORRES, A. & FERREIRA, M. E. 2001. A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa no contexto da globalização: problemas e perspectivas. In: MOREIRA, A. (ed.) *Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. Coimbra Almedina.
- VICENTE, D. M. 2004. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: Características gerais e âmbito de aplicação. In: PINHEIRO, L. D. L. (ed.) *Estudos de Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Edições Almedina.
- ZELLER, B. 2009. *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford; New York, Oxford University Press.

DA INCIDÊNCIA DO REGIME JURÍDICO DE ACESSO E EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE COMÉRCIO, SERVIÇOS E RESTAURAÇÃO NOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

MARISA DINIS*

Doutora em Direito (Universidade de Salamanca)

EXCERTOS

“Não raras vezes, creem erradamente os consumidores que as vendas abaixo do preço de referência permitem ao comerciante descurar os seus direitos”

“Proíbe-se a venda com redução de preço de produtos adquiridos após a data de início da venda com redução”

“O comerciante, na época de redução de preços, tem de continuar a aceitar todos os meios de pagamento normalmente disponíveis, não podendo aplicar variações de preço do produto em função da modalidade de pagamento utilizada”

“Há que frisar que continua a incidir sobre os comerciantes, na época de redução de preços, a responsabilidade pela falta de conformidade do bem desde que esta se verifique no prazo legal previsto”

“A liberdade de escolha, no que respeita ao período para a realização dos saldos, permitirá ao comerciantes gerir melhor quando, atendendo ao estado do negócio, têm necessidade de efetuar vendas em saldos”

“A relevância das exigências legais a respeito da informação a prestar ao consumidor é óbvia: o direito à informação (completa e verdadeira) do consumidor é essencial para que este possa, de forma consciente e racional, eleger o produto ou serviço que melhor satisfaz as suas necessidades de entre, regra geral, a imensa panóplia de produtos e serviços oferecidos”

1. Considerações iniciais

Recentemente publicado, o Decreto-Lei 10/2015¹, de 16 de janeiro, visa, como decorre de forma expressa do respectivo preâmbulo, proceder a uma “sistematização coerente das regras que determinam o acesso e o exercício de diversas atividades de comércio, serviços e restauração”². Paralelamente com a regulação do exercício destas atividades, pretende ainda, o mesmo diploma, estabelecer o regime contraordenacional a aplicar àqueles que, neste âmbito, não cumprem. Saliente-se, no entanto, que não é objetivo singular do diploma proceder à mera sistematização de normas, nesta sede. Com efeito, nos dizeres do próprio legislador, pretende-se igualmente com este diploma “construir um instrumento facilitador do enquadramento legal ao acesso e exercício de determinadas atividades económicas, oferecendo uma maior segurança jurídica aos operadores económicos e potenciando um ambiente mais favorável ao acesso e exercício das atividades em causa” com o intuito de, além do mais, “potenciar a criação de emprego, aumentando a concorrência, a produtividade e a eficiência e adequar a oferta às novas necessidades dos consumidores”.

De entre as várias normas do diploma ora em análise, verificamos que algumas delas contendem diretamente com os consumidores. São precisamente estas que estarão, neste breve estudo, sob observação.

2. Das novas regras nas práticas comerciais com redução de preço nas vendas a retalho praticadas em estabelecimentos comerciais

As práticas promocionais e outras vendas com redução de preços vêm referidas no artigo 38º do decreto-lei em análise e, de acordo com este, devem obedecer ao estipulado no Decreto-Lei 70/2007, de 26 de março. Este último diploma foi, no entanto, alterado pelo primeiro que, no seu artigo 6º, altera³ nove artigos do Decreto-Lei 70/2007, de 26 de março, o qual, como se depreende, regula as práticas comerciais com redução de preço nas vendas a retalho praticadas em estabelecimentos comerciais, com vista ao escoamento das existências, ao aumento do

volume de vendas ou a promover o lançamento de um produto não comercializado anteriormente pelo agente económico.

Para iniciarmos a nossa análise, valerá a pena recordar o âmbito de aplicação do Decreto-Lei 70/2007 e, bem assim, algumas definições usadas para efeitos de aplicação do próprio diploma. Diga-se, todavia, que, mesmo nestes preceitos preliminares, foram introduzidas alterações legislativas em 2015.

De fato, decorria do artigo 2º do diploma de 2007 que ele se aplicava às vendas a retalho praticadas nos estabelecimentos comerciais e, ainda, com as necessárias adaptações, à oferta de serviços. Neste particular, veio o diploma de 2015 completar o âmbito de aplicação do de 2007, incluindo neste as vendas efetuadas à distância, ao domicílio, ou por outros métodos fora dos estabelecimentos. A inclusão destes tipos de vendas no âmbito de aplicação do diploma ora em análise era esperada, face, desde logo, à expressão económica que tem, nos últimos tempos, alcançado. Trata-se, a nosso ver, de uma medida que eleva o nível de proteção do consumidor que, como é sabido, nesta sede, nunca é demasiado.

É no artigo 3º do diploma que se contemplam as definições necessárias à sua aplicação. Aqui, veio o diploma de 2007 individualizar e definir as três modalidades de venda compreendidas no âmbito do conceito mais abrangente de “práticas comerciais com redução de preço”. Assim, entende-se, para efeitos de aplicação do diploma de 2007, que consubstanciam práticas comerciais com redução de preço os “saldos”, as “promoções” e a “liquidação”.

O primeiro conceito traduz a “venda de produtos praticada a um preço inferior ao anteriormente praticado no mesmo estabelecimento comercial, com o objetivo de promover o escoamento acelerado das existências”. Atendendo às alterações que de seguida indicaremos, a nova definição de “saldos”, imposta pelo Decreto-Lei 10/2015, não faz qualquer menção à época em que estes se realizam, eliminando-se, portanto, a regra que impunha que a venda em saldos ocorresse em fim de estação em períodos legalmente fixados.

“Promoções”, por sua vez, exprime a “venda promovida a um preço inferior ou com condições mais vantajosas que as habituais, com vista a potenciar a venda de determinados produtos ou o lançamento de um

produto não comercializado anteriormente pelo agente económico, bem como o desenvolvimento da atividade comercial, não realizadas em simultâneo com uma venda em saldos”.

Finalmente, o terceiro termo avançado, a saber, “liquidação”, assenta na “venda de produtos com um carácter excepcional que se destine ao escoamento acelerado com redução de preço da totalidade ou de parte das existências do estabelecimento, resultante da ocorrência de motivos que determinem a interrupção da venda ou da atividade no estabelecimento”.

A lei é clara ao afirmar que estas são as únicas modalidades que admitem o exercício de práticas comerciais com redução de preço.

Esta matéria é de elevada importância para o consumidor, que poderá, desta forma, adquirir produtos/serviços a um preço reduzido face ao preço de referência, isto é, ao preço anteriormente praticado para o produto em causa ou a praticar, após o período de redução, caso o produto não tenha sido comercializado anteriormente pelo comerciante. É vital, porém, consciencializar os consumidores e os comerciantes de que a redução de preço não implica ou, melhor dizendo, não pode implicar uma diminuição dos direitos e das garantias dos consumidores.

A redução de preço não pode implicar uma diminuição dos direitos e das garantias dos consumidores

Com efeito, não raras vezes, creem erradamente os consumidores que as vendas abaixo do preço de referência permitem ao comerciante descurar os seus direitos. Contribui para esta crença o fato de os comerciantes, por vezes, não resistirem à tentação de, por esta via, venderem produtos de qualidade inferior e apregoarem a aplicação, nesta fase, de regras menos favoráveis aos consumidores, sobretudo no que respeita às garantias que lhes são devidas.

Com o objetivo de garantir a seriedade exigida pela *ratio* subjacente ao exercício de práticas comerciais com redução de preço que, sublinhe-se, interessa sobejamente aos comerciantes, que, desta forma, podem escoar produtos antigos e obter rapidamente fundos indispensáveis para a aquisição de novos produtos, mais apelativos para venda⁴, estipula o

artigo 4º do diploma, sob epígrafe “informação para a concorrência leal na venda com redução de preço”, a obrigação de o comerciante indicar inequivocamente a modalidade de venda de redução de preço, “o tipo de produtos, a respectiva percentagem de redução, bem como a data de início e o período de duração”. Ainda com o intuito de proteger a boa concorrência, proíbe-se a venda com redução de preço de produtos adquiridos após a data de início da venda com redução.

O comerciante tem de garantir que o consumidor consiga, de forma acessível e simples, conhecer o preço anteriormente praticado e o novo preço. Para tanto, ambos devem estar expressamente indicados ou, em vez de se referir exatamente o novo valor, poderá o comerciante aludir à percentagem de desconto a aplicar.

Os artigos 7º, 8º e 9º do Decreto-Lei 70/2007 não sofreram quaisquer alterações, mas valerá a pena trazer à colação algumas das obrigações aqui elencadas, visto que pretendem garantir os interesses dos consumidores.

Assim, é preciso reiterar, desde logo, que o comerciante, na época de redução de preços, tem de continuar a aceitar todos os meios de pagamento normalmente disponíveis, não podendo aplicar variações de preço do produto em função da modalidade de pagamento utilizada.

No que respeita às trocas e às garantias a dar em época de redução de preço, há que atentar nos dizeres dos artigos 8º e 9º. Referimos já que a venda com redução de preço não pode implicar uma diminuição dos direitos dos consumidores. Na verdade, assim é, apesar de, por vezes, os comerciantes não o cumprirem e os consumidores não o exigirem. Entre os direitos que assistem aos consumidores, em qualquer altura e, por isso, também nesta, estão os importantes direitos à informação e à garantia dos bens adquiridos. Porque têm subsistido dúvidas a este respeito, apesar de a respectiva legislação ser clara, recapitulemos muito sucintamente as garantias a prestar ao consumidor⁵.

Primeiramente há que frisar que continua a incidir sobre os comerciantes, na época de redução de preços, a responsabilidade pela falta de conformidade do bem desde que esta se verifique no prazo legal previsto, tal como decorre do Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril. Saliente-se que, em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito, sem quaisquer encargos

(isto é, as despesas necessárias à reparação do defeito não podem ser imputadas ao consumidor, incluindo as inerentes ao transporte, à mão de obra e ao material a utilizar na reparação), à reparação do bem, à sua substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato (com a devolução integral do valor pago e não com a entrega de uma nota de crédito), nos termos do artigo 4º da Lei 67/2003. Optar por uma das quatro soluções apresentadas pela lei cabe ao consumidor e não ao comerciante, contrariamente ao que sucede na prática com alguma regularidade, desde que a opção selecionada não consubstancie abuso de direito.

O prazo legal previsto para o exercício do direito vindo de referir é de dois anos ou de cinco anos a contar da entrega do bem, consoante estejamos perante bens móveis ou bens imóveis, conforme artigo 5º da mesma lei. Tratam-se, estes, dos prazos máximos para o consumidor arguir a falta de conformidade do bem, sob pena de caducidade do respectivo direito, mas devem ainda ser respeitados os prazos constantes do n. 2 do artigo 5ºA da Lei 67/2003, a saber, de dois meses, no caso de bens móveis, ou de um ano, quando se trate de bens imóveis, a contar do conhecimento da falta de conformidade do bem com o contrato de compra e venda, para o consumidor denunciar, junto do vendedor, o defeito do bem.

Não quer isto dizer que os comerciantes fiquem impedidos de vender produtos com defeito. Podem, de fato, fazê-lo desde que, naturalmente, informem devida e adequadamente o consumidor, nos termos do disposto no artigo 9º do Decreto-Lei 70/2007. Da informação a prestar salienta-se a necessidade de o defeito estar claramente anunciado e identificado. Veja-se que, na eventualidade de esta informação não ser devidamente veiculada, ganha o consumidor o direito de trocar o produto por outro que concretize os mesmos fins ou a receber a totalidade do valor pago.

Poderá, se existir acordo entre o comerciante e o consumidor nesse sentido, o consumidor ter direito à substituição desmotivada do produto adquirido com redução de preço⁶. Falamos do prescrito no artigo 8º do Decreto-Lei 70/2007, que admite, como se infere, a possibilidade de o comerciante conceder ao consumidor o direito de trocar o bem sem que este apresente qualquer defeito. Porém, para tanto, torna-se necessário,

para além do falado acordo, que o estado de conservação do produto não tenha sofrido quaisquer deteriorações após o momento da compra, que seja apresentado o comprovativo da compra com indicação da possibilidade de troca e que esta ocorra nos primeiros cinco dias úteis a contar da data da aquisição a não ser que o comerciante defina prazo mais longo, nos termos do Decreto-Lei 67/2003.

Desmente-se, pois, o mito que apregoa a diminuição das garantias dos consumidores em épocas de vendas a preço reduzido.

Continuando a nossa análise, há que referir que uma das principais alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 10/2015 na legislação sobre as vendas com redução de preço respeita à venda em saldos e, neste particular, ao período em que os comerciantes podem realizar vendas em saldos.

Durante bastante tempo, o período para a venda em saldos esteve taxativamente definido na lei, obrigando os operadores comerciais a respeitar dois períodos: o compreendido entre o dia 28 de dezembro e 28 de fevereiro e o compreendido entre 15 de julho e 15 de setembro.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 10/2015, a 1º de março de 2015, mantêm-se os quatro meses como período máximo para a realização de vendas em saldos, mas cabe agora ao comerciante definir os períodos em que tais vendas ocorrem. Trata-se de uma medida que, em nossa opinião, beneficia operadores comerciais e consumidores. De fato, como frisamos anteriormente, as vendas em saldos representam para os comerciantes uma possibilidade de aumentarem o volume de vendas rapidamente e de escoarem os produtos de coleções anteriores com o intuito de renovar a gama de produtos a oferecer aos consumidores; por sua vez, representam para os consumidores a possibilidade de adquirirem produtos a um preço inferior ao normalmente praticado e assim satisfazer melhor as suas necessidades.

Ora, a liberdade de escolha, no que respeita ao período para a realização dos saldos, permitirá ao comerciantes gerir melhor quando, atendendo ao estado do negócio, têm necessidade de efetuar vendas em saldos. Por sua vez, representará para o consumidor a possibilidade de comprar produtos em saldos provavelmente durante vários meses ao longo do ano. Esta liberdade traduzir-se-á num estímulo ao jogo da concorrência que beneficiará, por certo, o consumidor.

Pese embora a liberdade supramencionada, o comerciante tem de informar a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) do período em que vai realizar vendas em saldo. Esta declaração, que deve conter a identificação e o domicílio do comerciante ou morada do estabelecimento, o número de identificação fiscal e a indicação da data de início e de fim do período de saldos em causa, deve ser dirigida à ASAE com a antecedência mínima de cinco dias úteis relativamente à data do início da venda em saldo⁷.

Para além das vendas em saldo, são ainda modalidades das vendas com redução de preço as denominadas promoções e a liquidação. Aquilataremos agora se também estas sofreram alterações em 2015.

Ora, as primeiras não sofreram alterações em 2015 face ao prescrito em 2007. As promoções, segundo o diploma legal, consistem na “venda promovida a um preço inferior ou com condições mais vantajosas que as habituais, com vista a potenciar a venda de determinados produtos ou o lançamento de um produto não comercializado anteriormente pelo agente económico, bem como o desenvolvimento da atividade comercial, não realizadas em simultâneo com uma venda em saldos” e, nos termos do artigo 9º do Decreto-Lei 70/2007, podem ocorrer em qualquer momento. Não se admite, nem se admitia anteriormente, a venda simultânea em promoções e em saldos.

Por sua vez, a venda de produtos em liquidação, ou seja, “a venda de produtos com um carácter excepcional que se destine ao escoamento acelerado com redução de preço da totalidade ou de parte das existências do estabelecimento”, só pode ocorrer numa das situações previstas na lei resultante que determinem a interrupção da venda ou da atividade no estabelecimento. As situações taxativamente elencadas no artigo 12º do Decreto-Lei 70/2007 não sofreram alterações em 2015 e são as seguintes: a) venda efetuada em cumprimento de uma decisão judicial; b) cessação total ou parcial da atividade comercial; c) mudança de ramo; d) trespasse ou cessão de exploração do estabelecimento

O comerciante tem de informar a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) do período em que vai realizar vendas em saldo

comercial; e) realização de obras que inviabilizem a prática comercial no estabelecimento durante o período de sua execução; f) danos provocados, no todo ou em parte, nas existências por motivo de força maior.

Também no caso de vendas em liquidação, deve o comerciante remeter à ASAE, até 15 dias antes da data prevista para o início da venda em liquidação, uma declaração que indique a identificação e o domicílio do comerciante ou a morada do estabelecimento, o número de identificação fiscal, os fatos que justificam a realização da liquidação e a indicação da data de início e de fim do período de liquidação, que não deve exceder 90 dias⁸. Sobre as vendas em liquidação há ainda a referir que caso a venda em liquidação, nos termos e pelos motivos declarados, não seja possível de concretizar, deve o comerciante comunicar à ASAE as razões subjacentes a tal impossibilidade.

O diploma de 2015 veio, ainda a propósito da venda em liquidação, revogar o artigo 14º do Decreto-Lei 70/2007, principal alteração introduzida nesta matéria, que impedia o mesmo comerciante de proceder a nova liquidação antes de decorridos, pelo menos, dois anos da anterior, exceção feita às vendas em liquidação efetuadas em cumprimento de uma decisão judicial e às efetuadas por ocasião de danos provocados, no todo ou em parte, nas existências por motivo de força maior.

3. Dos requisitos gerais para as atividades de comércio, serviços e restauração e dos direitos dos consumidores

É no título II do Decreto-Lei 10/2015 que se relatam os requisitos gerais para as atividades de comércio, serviços e restauração. Entre estes constam alguns que são diretamente dirigidos à proteção do consumidor.

Neste sentido, refere-se, desde logo, no artigo 25º, sob a égide da epígrafe “obrigações gerais nas relações com os consumidores”, que os operadores económicos devem observar, nas respectivas atividades, os direitos dos consumidores consagrados na Constituição e na lei. Sempre teria de ser assim, de qualquer forma, mas vem o legislador relembrar a importância da política de proteção do consumidor.

No artigo seguinte recorda o legislador que a informação sobre bens ou serviços comercializados no mercado nacional deve ser veiculada em língua portuguesa⁹. O preceito refere-se, em particular, às informações sobre a natureza, sobre as características e sobre as garantias de tais bens ou serviços que sejam facultadas diretamente nos locais de venda ou por qualquer meio publicitário ou ainda constar de quaisquer meios informativos, designadamente, rótulos¹⁰, embalagens, prospectos, catálogos ou livros de instruções. Estas informações devem ser precisas e esclarecidas. Trata-se, mais uma vez, de um lembrete do legislador e não de uma inovação.

Na verdade, o direito à informação é, desde há muito, um direito dos consumidores, consagrado inclusivamente na Constituição da República Portuguesa¹¹, e a obrigatoriedade de ser redigida em língua portuguesa vem consagrada no Decreto-Lei 238/86, de 16 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei 42/88, de 6 de fevereiro, para onde somos, no diploma de 2015, diretamente remetidos. Como direito basilar que é, vem igualmente consagrado na Lei 24/96, de 31 de julho, denominada Lei de Defesa do Consumidor (artigo 3º, alínea *d*). Nesta mesma lei, no n. 3 do artigo 7º, reforça-se precisamente que toda a informação deve ser prestada, ao consumidor, em língua portuguesa.

A relevância das exigências legais a respeito da informação a prestar ao consumidor é óbvia: o direito à informação (completa e verdadeira) do consumidor é essencial para que este possa, de forma consciente e racional, eleger o produto ou serviço que melhor satisfaz as suas necessidades de entre, regra geral, a imensa panóplia de produtos e serviços oferecidos.

O artigo 27º do Decreto-Lei 10/2015 faz referência ao livro de reclamações mencionando que este deve ser disponibilizado nos estabelecimentos de comércio e de prestação de serviços. Trata-se, novamente, de um reforço legislativo já que esta matéria, como, aliás, vem expressamente dito nesse mesmo artigo, está consagrada no Decreto-Lei 156/2005, de 15 de setembro, cujos anexos I (este alterado, pela última vez, em 2012) e II enumeram expressamente as entidades que têm obrigatoriamente de disponibilizar livro de reclamações. Não há, portanto, no diploma de 2015 nenhuma alteração a este elenco. O legislador pretendeu, apenas, lembrar a importância deste meio de

defesa ao serviço do consumidor. É, pois, o livro de reclamações, tal como decorre diretamente do preâmbulo do diploma que o regula, “um dos instrumentos que tornam mais acessível o exercício do direito de queixa, ao proporcionar ao consumidor a possibilidade de reclamar no local onde o conflito ocorreu”. A criação deste mecanismo teve como objetivo primeiro o de proporcionar a célere resolução de conflitos entre consumidores e agentes económicos.

Ainda no âmbito da resolução de conflitos, mais propriamente no que respeita aos meios alternativos de resolução de litígios, dispõe o Decreto-Lei 10/2015, no seu artigo 29º, que “os operadores económicos que, no âmbito da atividade de comércio a retalho ou de prestação de serviços, sejam aderentes de um ou mais centros de arbitragem de conflitos de consumo em funcionamento devem informar os consumidores sobre essa adesão” e, mais se informa no mesmo preceito, que esta informação “deve constar dos contratos celebrados com os consumidores, ser afixada no respectivo estabelecimento comercial e divulgada no sítio na internet, quando exista, através da colocação de sinal distintivo”. Esta indicação legal ilustra a hierarquia crescente que estes meios têm adquirido no âmbito do direito do consumo¹².

Os preceitos que se seguem visam alertar para as regras inerentes à afixação de preços (artigo 30º), para a proibição de práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores (artigo 32º), para as obrigações legais no âmbito das garantias (artigo 34º), para a substituição voluntária do produto (artigo 35º), para a responsabilidade por produtos defeituosos (artigo 36º) e para o orçamento (artigo 39º). Vejamos, para finalizar estas breves notas, cada um destes preceitos.

No artigo 30º do Decreto-Lei 10/2015 dispõe-se que “a afixação dos preços de venda ao consumidor e a indicação dos preços para prestação de serviços devem obedecer ao disposto no Decreto-Lei 138/90, de 26 de abril, alterado pelo Decreto-Lei 162/99, de 13 de maio”. Trata-se, uma vez mais, de uma norma remissiva.

Tendo o preço do produto ou serviço uma influência direta e, na maior parte das vezes, decisória, na resolução de contratar, há que garantir que este não está rodeado de manhas e artimanhas e, por isso, é dado a conhecer ao consumidor de forma clara. Manda, por isso, a lei, que todos os bens destinados à venda a retalho exibam o preço de

venda ao consumidor¹³. O n. 5 do artigo 1º do Decreto-Lei 138/90, na redação dada pelo Decreto-Lei 162/99, demanda que o preço indicado, expresso em moeda com curso legal em Portugal, seja o preço total e final, isto é, o preço a apresentar ao consumidor já tem de incluir todos os impostos, taxas e outros encargos que eventualmente incidam sobre o bem ou produto. O preço final, nos termos agora vistos, deve ser apresentado de modo visível, inequívoco, fácil e perfeitamente legível. O suporte onde o preço está indicado deve ser aquele que permita informar da melhor forma o consumidor.

A este respeito vale ainda a pena recordar que estas regras são igualmente aplicáveis à publicidade quando esta indica o preço dos produtos ou serviços publicitados¹⁴.

Este diploma faz igualmente alusão às regras previstas para os pedidos de orçamento. Com efeito, sempre que o preço não se encontre determinado ou não seja possível determiná-lo com precisão, “o prestador de serviços, nos termos do disposto na alínea a) do n. 3 do artigo 20º do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, e em função da concreta prestação de serviços solicitada, deve fornecer, quando solicitado pelo cliente, um orçamento detalhado”¹⁵. O orçamento pode ser oneroso desde que o valor em causa não exceda os custos efetivos da sua elaboração e que seja descontado do preço do serviço sempre que este venha a ser efetivamente prestado.

É sobejamente sabido que a relação entre os operadores económicos e os consumidores é manifestamente desequilibrada, exercendo os primeiros sobre os segundos uma posição de verdadeira superioridade no que respeita ao poder contratual. Tem o legislador intervindo no sentido de minimizar o recurso a práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. Este caminho, de todo inacabado, é de extrema importância para nivelar um pouco forças que jamais serão iguais. O artigo 32º do Decreto-Lei 10/2015 remete para a aplicação do disposto no Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, que regula as práticas comerciais desleais¹⁶. O aludido artigo 32º menciona que “no âmbito da atividade de comércio ou de prestação de serviços é proibido o exercício de práticas comerciais desleais, incluindo em matéria de publicidade, de práticas comerciais enganosas e de práticas comerciais agressivas, que prejudiquem diretamente os

interesses económicos dos consumidores e indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos” remetendo, *in fine*, para aplicação do diploma regulador das práticas comerciais desleais.

O diploma das práticas comerciais desleais determina uma proibição geral única dessas práticas considerando que elas “distorcem o comportamento económico dos consumidores”. De assinalar que as práticas comerciais desleais são proibidas em qualquer fase da relação contratual entre o profissional e o consumidor. Assim, aplicar-se-á tanto na fase pré-contratual como na fase contratual propriamente dita e bem ainda na fase pós-contratual¹⁷.

Paralelamente com a referida proibição geral de práticas comerciais desleais, o diploma individualiza e qualifica como desleais, no artigo que epigrafa de “práticas comerciais desleais em especial”, as seguintes: “a) as práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção; b) as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas nos artigos 7.º, 9.º e 11.º; c) as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas, respectivamente, nos artigos 8.º e 12.º, consideradas como tal em qualquer circunstância”.

O artigo 33º faz referência expressa às obrigações relativas a pessoas com deficiência e incapacidade visual. Os dizeres desta norma são, na verdade, recalcados da Lei 33/2008, de 22 de julho, que estabelecia medidas de promoção da acessibilidade à informação sobre determinados bens de venda ao público para pessoas com deficiências e incapacidades visuais e que foi agora, pela alínea *a*) do artigo 13º do Decreto-Lei 10/2015, revogada. Dispõe o n. 1 do artigo 33º do Decreto-Lei 10/2015 que “as empresas que detenham mais de cinco estabelecimentos de comércio misto, que funcionem sob uma insígnia comum, com área superior a 300 m² cada um, devem em pelo menos um dos seus estabelecimentos localizado em cada concelho, assegurar os seguintes serviços: a) acompanhamento personalizado para as pessoas com deficiências e incapacidades

visuais, no acesso aos produtos que se encontrem expostos; b) impressão em braille, no ato da compra e numa etiqueta por produto, da informação tida como necessária, nomeadamente a relativa a denominação e características principais e data de validade”. Com efeito, se compararmos o que agora se dispõe com o que se dispunha na mencionada Lei 33/2008, verificamos que o regime a aplicar e os requisitos que lhe subjazem são os mesmos.

Uma pequena nota de índole conceptual. A utilização do sentido subjetivo de “empresas” não nos parece a mais adequada. Em nosso entendimento, melhor ficaria se o legislador se referisse ao titular, pessoa singular ou coletiva, dos cinco estabelecimentos. A mesma crítica podemos aportar à revogada Lei 33/2008 que assumia que o titular dos cinco estabelecimentos era sempre uma sociedade não admitindo, portanto, talvez porque na prática não habitual, que fosse, por exemplo, um comerciante em nome individual. Aliás, desta forma, a letra do artigo 1º da lei revogada, referente ao respectivo âmbito de aplicação da lei, abarcaria apenas pessoas coletivas: “estão sujeitas ao regime estabelecido na presente lei as sociedades que detenham mais de cinco estabelecimentos de comércio misto, funcionando sob insígnia comum, com área superior a 300 m² cada um”. Neste aspecto, e pese embora a crítica conceptual anteriormente avançada, podemos dizer que o atual regime a aplicar, decorrente do artigo 33º do Decreto-Lei 10/2015, é, pelo menos pela letra da lei, mais abrangente do que o regime anterior.

As práticas comerciais desleais são proibidas em qualquer fase da relação contratual entre o profissional e o consumidor

Avancemos, agora, para o artigo 34º do Decreto-Lei 10/2015. Com carácter meramente informativo e remissivo, o artigo 34º vem referir-se às garantias e à assistência pós-venda. Diz a este propósito que, “no caso de desconformidade do bem com o contrato, deve ser observado o regime relativo a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, estabelecido no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio”. O regime para onde se remete, diga-se, sempre seria de aplicar mesmo

ante o silêncio da lei. Refere ainda o número seguinte do mesmo preceito que “os operadores económicos devem garantir a assistência pós-venda nos termos previstos na lei, designadamente no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio”. Finaliza a tríade do artigo estipulando que “o disposto nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, à prestação de serviços”.

A este respeito, é preciso salientar que, com alguma regularidade, tem sido diminuída a abrangência real do Decreto-Lei 67/2003. Efetivamente, as garantias aqui previstas dirigem-se, conforme decorre do n. 1 do artigo 1º A, à falta de conformidade dos produtos adquiridos no âmbito de um contrato de compra e venda celebrado entre profissionais e consumidores. Mas não se esgota aqui o âmbito de aplicação do diploma. Na verdade, como preceitua o número seguinte, o Decreto-Lei 67/2003 tem ainda aplicação no que respeita “aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo”. Ficarão, portanto, abrangidas por estas normas as atividades prestadas, por exemplo, pelas oficinas, pelas lavanderias, pelos salões de estética e de beleza, entre outros. Não se trata, pois, a nosso ver, de uma inovação de 2015, trazida pelo Decreto-Lei 10/2015, a aplicação da lei das garantias às prestações de serviços. Claro que esta aplicação, antes e agora, sempre terá de ser efetuada com as devidas adaptações face sobretudo à natureza do serviço prestado, que, raramente, se compadecerá com o prazo de dois anos. Seja como for, esta definição terá de ser efetuada casuisticamente sem se desvirtuar a *ratio* subjacente às garantias nem exigir o inexigível ao comerciante.

Sobre a forma e o prazo para exercer os direitos referidos no Decreto-Lei 67/2003, trazemos à colação o que, brevemente, referimos aquando da nossa análise às vendas com redução de preços.

Carreamos igualmente para este ponto o que dissemos a propósito da substituição voluntária dos produtos a que alude o artigo 35º do Decreto-Lei 10/2015 ao referir que “sem prejuízo dos direitos dos consumidores previstos no artigo anterior, o operador económico pode, mediante acordo com o consumidor, proceder à substituição do produto adquirido nos termos do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 70/2007,

de 26 de março, independentemente de a aquisição ter tido lugar no âmbito de prática comercial com redução de preço”.

No artigo 36º o diploma menciona a responsabilidade por produtos defeituosos dizendo, novamente, o óbvio e reencaminhando para os respectivos diplomas reguladores. Assim, recorda o diploma de 2015 que “os operadores económicos estão sujeitos ao regime da responsabilidade do produtor por danos causados por defeitos dos produtos que põem em circulação, previsto no Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril”.

4. Conclusões

Pretendeu-se, com este estudo, analisar, de forma breve e sintética, a incidência do Decreto-Lei 10/2015 nos direitos do consumidor. Verificamos, neste domínio, que o diploma sob análise pretende sobretudo sistematizar as regras aplicáveis ao acesso e ao exercício de diversas atividades de comércio, serviços e restauração. Estas atividades são, na verdade, aquelas que têm como principais destinatários os consumidores e, por assim, é natural que o diploma se refira aos direitos que a estes assistem.

O diploma acarreta alterações significativas às regras nas práticas comerciais com redução de preço nas vendas a retalhos praticadas em estabelecimentos comerciais. Entre estas regras, a de maior monta é, sem dúvida, a da admissibilidade de a venda em saldos ser realizada em qualquer período sem, portanto, ter de obedecer aos períodos legalmente estipulados no regime anterior.

Apesar da predita inovação legislativa, podemos concluir que, de forma frequente, a técnica legislativa utilizada na referência aos direitos dos consumidores é da remissão. Com efeito, verificamos que o legislador individualiza e especifica o direito em causa e dá conta do regime a aplicar indicando o diploma que o regula, não o revogando nem alterando, salvo raras exceções. Assim sucede, por exemplo, com as importantes matérias referentes ao direito à informação dos consumidores, às regras inerentes à afixação dos preços dos bens e às garantias dos bens e serviços adquiridos onde o diploma de 2015 não

intervenção. Diferentemente, revoga-se o diploma que regulava as medidas de promoção da acessibilidade à informação sobre determinados bens de venda ao público para pessoas com deficiências e incapacidades visuais, apesar de se manter o espírito, os requisitos e as exigências nele consagrados, o que, aliás, se revela nos dizeres do artigo 33º do diploma em referência.

Notas

- * Marisa Dinis. Doutora em Direito (Universidade de Salamanca). Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais e licenciada em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Professora-adjunta no Instituto Politécnico de Leiria. Presidente do Conselho Pedagógico da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.
1. O Decreto-Lei 10/2015, de 16 de janeiro, aprova o regime jurídico de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração e assegura o cumprimento na ordem jurídica interna do disposto no artigo 6º do Regulamento (CE) 852/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à higiene dos géneros alimentícios, do disposto no artigo 4º do Regulamento (CE) 853/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, que estabelece regras específicas de higiene aplicáveis aos géneros alimentícios de origem animal, bem como do disposto nos artigos 9º a 11º, 13º a 17º e 19º do Regulamento (CE) 183/2005, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de janeiro de 2005, que estabelece requisitos de higiene dos alimentos para animais, e implementa o Decreto-Lei 92/2010, de 26 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, e a Lei 9/2009, de 4 de março, alterada pelas Leis 41/2012, de 28 de agosto, e 25/2014, de 2 de maio, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2005/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais. Procede ainda à alteração dos seguintes diplomas: a) Decreto-Lei 48/96, de 15 de maio, alterado pelos Decretos-Leis 126/96, de 10 de agosto, 111/2010, de 15 de outubro, e 48/2011, de 1º de abril, que estabelece um novo regime dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais; b) Decreto-Lei 8/2007, de 17 de janeiro, alterado pelos Decretos-Leis 116/2008, de 4 de julho, 292/2009, de 13 de outubro, e 209/2012, de 19 de setembro, que cria a Informação Empresarial Simplificada; c) Decreto-Lei 70/2007, de 26 de março, que regula as práticas comerciais com redução de preço nas vendas a retalho praticadas em estabelecimentos comerciais, com vista ao escoamento das existências, ao aumento do volume de vendas ou a promover o lançamento de um produto não comercializado anteriormente pelo agente económico; d) Decreto-Lei 48/2011, de 1º de abril, alterado pelo Decreto-Lei 141/2012, de 11

- de julho, que simplifica o regime de acesso e de exercício de diversas atividades económicas no âmbito da iniciativa “Licenciamento zero”; e) Lei 13/2013, de 31 de janeiro, que estabelece o regime jurídico para a utilização de gases de petróleo liquefeito (GPL) e gás natural comprimido e liquefeito (GN) como combustível em veículos. Finalmente, aprova-se, em anexo ao diploma, o regime jurídico de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração (RJACSR).
2. O diploma entrou em vigor a 1º de março de 2015, salvo no que respeita às normas que constituam habilitação para a aprovação de regulamentos administrativos e no que respeita aos requisitos previstos no artigo 112º do RJACSR para o exercício da função de responsável técnico de atividade funerária, que entraram em vigor no dia 17 de janeiro de 2015.
 3. O Decreto-Lei 10/2015, para além de alterar alguns artigos do Decreto-Lei 70/2007, revoga os referidos no artigo 13º (norma revogatória), a saber, n.ºs 3 e 4 do artigo 4º, o n. 2 do artigo 5º, o n. 3 do artigo 10º, o artigo 14º, e a alínea c) do artigo 17º.
 4. Note-se que o objetivo central dos saldos não é o de permitir aos consumidores a aquisição de produtos a baixo custo, mas sim o de escoar as existências e, dessa forma, obter financiamento para adquirir novo *stock*. É precisamente por ser assim que se impede o comerciante de vender em saldo produtos adquiridos após a data de início da venda com redução, pois, poderiam simular saldos adquirindo, por exemplo, produtos de qualidade inferior.
 5. Sobre esta matéria vd. FROTA, Mário, “Garantia das Coisas Móveis Duradouras”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 53, 2008, pp. 28 a 42; GOMES, Manuel, “Ser ou não ser Conforme, Eis a Questão – em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo”, in *Cadernos de Direito Privado*, n. 21, 2008, pp. 3 a 20. FROTA, Mário, “Coisas móveis duradouras: o regime das garantias no ordenamento jurídico português”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, 4, dezembro 2011, pp. 137-166. CARVALHO, Morais de. *Manual de direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, 2. ed. (sobre as garantias ver, em particular, página 181 e seguintes).
 6. Recorde-se que, no que respeita aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento, tem o consumidor sempre, independentemente de motivo, direito de retratação. Para um estudo aprofundado sobre estes contratos vd. CARVALHO, Morais de. *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, 2. ed. (em particular, página 129 e seguintes). CARVALHO, Morais de; PINTO FERREIRA, João, *Contratos Celebrados à Distância e Fora de Estabelecimento Comercial – Anotação ao Decreto-Lei n. 24/2014*, de 14 de fevereiro, Almedina, Coimbra, 2014. DINIS, Marisa, “Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – da diretiva à transposição para o ordenamento jurídico português”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. IV, n. 15, setembro 2014, pp. 99-126. LOUREIRO, Francisco, “Do Direito de Desistência ou de Retratação no Contrato de Crédito ao Consumidor”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 18, junho 2015, pp. 121 a 146.

7. Esta declaração, aditada pelo diploma de 2015, vem prevista no n. 5 do artigo 10º do Decreto-Lei 70/2007, e pode ser efetuada “através do “Balcão do empreendedor”, previsto no artigo 3.º do Decreto-Lei 48/2011, de 1º de abril, alterado pelo Decreto-Lei 141/2012, de 11 de julho, ou por qualquer outro meio legalmente admissível”.
8. Esta declaração deve ser feita através de um dos meios referidos anteriormente a propósito da declaração a efetuar pelo comerciante no âmbito da venda em saldo.
9. Sempre que as informações escritas estão redigidas em língua estrangeira é obrigatória a tradução integral para a língua portuguesa e, bem assim, a aposição do texto de tradução nos rótulos ou embalagens. Note-se, ainda que, nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei 62/88, de 27 de fevereiro, “as informações ou inscrições respeitantes às características, instalação, serviço ou utilização, montagem, manutenção, armazenagem, transporte, e garantias relativos a máquinas, aparelhos, utensílios e ferramentas oferecidos no mercado nacional são obrigatoriamente escritas em língua portuguesa, salvo se não existirem nestas palavras ou expressões correspondentes, ou cujo uso se tenha tornado corrente em Portugal e sejam insusceptíveis de gerar equívocidade de significado”.
10. Sobre os rótulos há que ver o artigo 37º do Decreto-Lei 10/2015 que refere que “os produtos oferecidos para venda ao consumidor final devem observar o disposto na legislação específica do produto no que se refere à sua apresentação e rotulagem”.
11. “A Constituição da República Portuguesa acolheu, por sua vez, estes direitos, na revisão constitucional de 1982, concedendo-lhes, assim, a natureza de direitos fundamentais. Outrora no artigo 110.º da Constituição, atualmente no artigo 60.º, dita o legislador, no n.º 1 deste último, que ‘os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.’” Cfr. DINIS, Marisa. “O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. V, n. 16, dezembro de 2014, pp. 87-123.
12. Sobre esta matéria *vd.* CEBOLA, Cátia S. M, “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 6, 2012, pp.11 a 46.
13. Diz ainda, o mesmo preceito, que “os géneros alimentícios e os produtos não alimentares postos à disposição do consumidor devem conter também o preço por unidade de medida” e que “nos produtos vendidos a granel apenas deverá ser indicado o preço por unidade de medida” e ainda que, “sempre que as disposições comunitárias ou nacionais exijam a indicação do peso líquido e do peso líquido escorrido para determinados produtos pré-embalados, será suficiente indicar o preço por unidade de medida do peso líquido escorrido”. Ficam sujeitos a disposições especiais “os géneros alimentícios comercializados nos hotéis, estabelecimentos similares e cantinas, desde que sejam consumidos no local da venda”.

14. Sobre os requisitos especiais a aplicar à publicidade infanto-juvenil ver ALMEIDA, Susana, “A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 14, janeiro 2014, pp. 149 a 175.
15. O orçamento deve conter os seguintes elementos: a) nome, morada do estabelecimento, número de telefone e endereço eletrónico, caso exista; b) identificação fiscal e número de registo que consta na Conservatória do Registo Comercial do prestador de serviços; c) nome, domicílio e identificação fiscal do consumidor; d) descrição sumária dos serviços a prestar; e) preço dos serviços a prestar, que deve incluir: i) valor da mão de obra a utilizar; ii) valor dos materiais e equipamentos a utilizar, incorporar ou a substituir; f) datas de início e fim da prestação do serviço; g) forma e condições de pagamento; h) validade do orçamento.
16. O Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, “estabelece o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transacção comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n. 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, e que altera as Directivas n.ºs 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de Setembro, 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, e 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, e o Regulamento (CE) n. 2006/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro” (artigo 1º).

Referências

- ALMEIDA, Susana. “A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 14, janeiro 2014, pp. 149 a 175.
- CARVALHO, Morais de; PINTO FERREIRA, João. *Contratos celebrados à distância e fora de estabelecimento comercial – Anotação ao Decreto-Lei 24/2014*, de 14 de fevereiro, Almedina, Coimbra, 2014.
- CARVALHO, Morais de. *Manual de direito do consumo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- CEBOLA, Cátia S. M. “Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 6, 2012, pp. 11 a 46.
- DINIS, Marisa. “Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – da diretiva à transposição para o ordenamento jurídico português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. IV, n. 15, setembro 2014, pp. 99-126.
- _____. “O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. V, n. 16, dezembro de 2014, pp. 87-123.
- FROTA, Mário. “Garantia das Coisas Móveis Duradouras”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 53, 2008, pp. 28 a 42.

- _____. “Coisas móveis duradouras: o regime das garantias no ordenamento jurídico português”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 4, dezembro 2011, pp. 137-166. (sobre as garantias ver, em particular, página 181 e seguintes).
- GOMES, Manuel. “Ser ou não ser Conforme, Eis a Questão – em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo”, in *Cadernos de Direito Privado*, n. 21, 2008, pp. 3 a 20.
- LOUREIRO, Francisco. “Do Direito de Desistência ou de Retratação no Contrato de Crédito ao Consumidor”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 18, junho 2015, pp. 121 a 146.

APRESENTAÇÃO
DO PARECER DE
INICIATIVA INT/754
SOBRE A AUTO E A
CORREGULAÇÃO
NA PLENÁRIA DE
22/04/2015

J. PEGADO LIZ*

Membro do Cese (Comité Economico e Social Europeu)
em representação dos consumidores

EXCERTOS

“Ponto de partida fundamental – o de que a auto e a corregulação – mecanismos, espontâneos ou induzidos, de regulação de interesses económicos e sociais ou de relações e de práticas comerciais dos vários agentes económicos – não são, não podem e não devem ser um substituto ou uma alternativa ao objecto próprio da legislação e de que apenas no seu quadro e não contra ela, se devem desenvolver”

“A oportunidade desta reflexão é tanto maior quanto é certo que a Comissão, no seu recente Programa de Trabalho, já anunciou publicamente a sua intenção de proceder à revisão do IIA”

“E permite-me afirmar aqui hoje convictamente que o teor deste Parecer merece ser adaptado e transmitido à Comissão, ao PE, ao Conselho e aos Estados-Membros para que deem prioridade à revisão do IIA nos termos aqui propostos e que este Comité seja consultado para emitir o seu parecer aquando da proposta dessa revisão”

Pus, neste Parecer em que tive de trabalhar como Relator único, sem o apoio e o conforto de um grupo de Estudo, todo o meu empenho e o melhor do meu saber, com o objectivo de conseguir uma posição tão consensual e tão abrangente quanto possível.

Não me poupei a esforços na consulta desde autores clássicos, ao estudo de pareceres de especialistas e à análise de artigos e de textos actuais de diversas origens.

Mas também me esforcei por estabelecer contactos pessoais com peritos e stakeholders interessados de várias nacionalidades e proveniências, deles recolhendo sugestões, opiniões e conselhos avisados de grande utilidade.

Trabalhei em estreita ligação com o meu perito Prof. Cafaggi, a quem quero agradecer não só a sua constante disponibilidade, mas também o valioso contributo dos seus conhecimentos e da sua imensa sabedoria em matéria que domina como nenhum outro.

Quero testemunhar o meu agradecimento às inúmeras pessoas que, ao longo da sua elaboração, em conversas bilaterais ou nas audições levadas a cabo quiseram contribuir com a sua valiosa experiência.

Particularmente importantes foram as reuniões com representantes da DG Connect que, conjuntamente com o OMU, desenvolvem uma interessante reflexão sobre o tema, num domínio particular e gostaria de salientar em especial as oportunidades de diálogo e de colaboração com a Sra. Dewandre.

Mas uma referência muito especial merece o convite recebido para, por indigitação do nosso Presidente, participar em importante reunião dos Geómetras Europeus, realizada em Chipre, no início deste mês e onde pude testar a valia e o interesse das propostas feitas neste parecer que concitaram o maior interesse e a sua aprovação.

Finalmente um agradecimento especial aos Colegas que mais se interessaram por este Parecer para o qual contribuíram em alguns casos de forma muito aprofundada e meticulosa e ainda a possibilidade de consulta e de acesso à Base de dados que sobre esta matéria é gerida pelo OMU em colaboração com a Comissão e que foram sumariados em documento de trabalho de grande valia de estagiaria que a ele se dedicou com afinco.

O objectivo deste Parecer cumpre um propósito há longo tempo iniciado com um Relatório de informação do nosso ex-Colega VEVER e

seguido por muitos outros ao longo dos anos, de que dá conta o anexo a este parecer, na definição de um conjunto de princípios e de requisitos capazes de tornar a auto e a correção um instrumento útil de complementar e de complementar a legislação dita “dura” ou heterorregulação, de forma mais próxima dos interessados, cidadãos e empresas, mais acessível e mais flexível, num quadro geral de “melhor regulação” a nível comunitário.

Ponto de partida fundamental – o de que a auto e a correção – mecanismos, espontâneos ou induzidos, de regulação de interesses económicos e sociais ou de relações e de práticas comerciais dos vários

A auto e a correção não devem ser um substituto ou uma alternativa ao objecto próprio da legislação

agentes económicos – não são, não podem e não devem ser um substituto ou uma alternativa ao objecto próprio da legislação e de que apenas no seu quadro e não contra ela, se devem desenvolver.

E daqui decorre a exigência fundamental de que, quer a nível da EU, quer dos estados-membros, se eles assim o entenderem, é necessário que seja delineado, com transparência, o quadro legal em que estes mecanismos se devem exercitar, com a definição clara da sua natureza, dos seus requisitos e dos seus limites.

Só com esta definição será possível garantir que a auto e a correção desempenham um papel relevante na regulação das relações entre empresas e consumidores e entre empresas, grandes, médias e pequenas, em diversos domínios da actividade económica.

A oportunidade desta reflexão é tanto maior quanto é certo que a Comissão, no seu recente Programa de Trabalho, já anunciou publicamente a sua intenção de proceder à revisão do IIA.

Porque é efectivamente no âmbito deste Acordo, desde que estruturado e reforçado nos termos do art. 295º do Tratado, que importa deixar consagrados os princípios de carácter geral pelos quais se deve pautar a auto e a correção e os requisitos mínimos que garantam a sua conformidade com os objectivos que se proponham.

Sempre sem prejuízo de, em legislação secundária, se estabelecerem requisitos específicos para domínios especiais.

Porque, para serem instrumento válido e reconhecido de regulação em qualquer ordem jurídica, a sua conformação e o seu âmbito devem ser

definidos por preceitos expressos e explícitos de lei cogente e judicialmente aplicáveis, quer a nível nacional quer comunitário, respeitando em simultâneo a natureza destes instrumentos, em particular o acordo voluntário dos participantes.

E sempre no pressuposto, fundamental, de que estes instrumentos, gerados pelo acordo dos interessados devam ser considerados e aprovados a nível da EU para completar e suprir os espaços que a legislação deixa para os interessados preencherem, com vantagem, em relação a uma heterorregulação mais distante, num espírito de uma correcta aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Razão para que a sua regulamentação deva dispor com clareza sobre os parâmetros do seu reconhecimento, os princípios por que se devem reger e os seus limites enquanto instrumento acessório de regulação na ordem jurídica em causa.

No detalhe do Parecer que agora me apraz submeter ao juízo dos meus Colegas Conselheiros encontram uma análise necessariamente pormenorizada e circunstanciada de todos estes aspectos a que, obviamente, não irei agora fazer menção detalhada.

Ela inspira-se da melhor doutrina sobre este tema, mas também da experiência transmitida por vários stakeholders de diferentes sectores de actividade, como o da publicidade em certos estados-membros e a nível da UE e da minha própria experiência, em que, durante vários anos da minha actividade profissional, estive envolvido no terreno na negociação de acordos de correção no domínio dos media e também a nível do Conselho da Europa, como Presidente que fui do Grupo de Peritos sobre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais.

E permite-me afirmar aqui hoje convictamente que o teor deste Parecer merece ser adoptado e transmitido à Comissão, ao PE, ao Conselho e aos Estados-Membros para que deem prioridade à revisão do IIA nos termos aqui propostos e que este Comité seja consultado para emitir o seu parecer aquando da proposta dessa revisão.

Bruxelas, 22 de Abril de 2015.

Nota

- * J. Pegado Liz. Advogado. Membro do Cese (Comité Economico e Social Europeu) em representação dos consumidores. Juiz árbitro do Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem (CIMPAS).

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

INT/754
AUTORREGULAÇÃO
E CORREGULAÇÃO
BRUXELAS, 22 DE ABRIL DE 2015

PARECER
DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU
SOBRE

AUTORREGULAÇÃO
E CORREGULAÇÃO NO QUADRO
LEGISLATIVO COMUNITÁRIO
(PARECER DE INICIATIVA)

RELATOR ÚNICO: JORGE PEGADO LIZ

EXCERTOS

“A autorregulação e a correção são mecanismos, espontâneos ou induzidos, de regulação de interesses económicos e sociais ou de relações e de práticas comerciais dos vários agentes económicos”

“A auto e a correção são, de há muito, considerados, em diversos domínios e em várias instâncias nacionais e internacionais, como instrumentos complementares e suplementares da heterorreção, imprescindíveis para assegurar uma adequada regulamentação de atividades económicas e sociais diversas”

“Salvo o já referido “Acordo Interinstitucional Legislar melhor”, forçoso é reconhecer que a questão da auto e da correção esteve relativamente ausente das iniciativas e das preocupações da Comissão antes enunciadas”

“A “autorregulação” tem de estar em conformidade com a lei e ser por esta apoiada; tem de poder ser executada, verificada e controlada; tem igualmente de ser eficaz e proporcionar vias de recurso explícitas, particularmente a nível transfronteiras”

“A correção combina os elementos da legislação, muito em especial no que toca à sua natureza previsível e vinculativa, com o regime mais flexível da autorregulação”

“A correção e a autorregulação apresentam múltiplas vantagens: abolição de obstáculos ao mercado único, simplificação das normas, flexibilidade e rapidez de aplicação, descongestionamento dos circuitos legislativos e corresponsabilidade dos participantes”

Em 10 de julho de 2014, o Comité Económico e Social Europeu decidiu, nos termos do nº 2 do artigo 29º do Regimento, emitir parecer sobre:

Autorregulação e correção no quadro legislativo comunitário (parecer de iniciativa).

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada do Mercado Interno, Produção e Consumo, que emitiu parecer em 31 de março de 2015.

Na 507ª reunião plenária de 22 e 23 abril de 2015 (sessão de 22 de abril), o Comité Económico e Social Europeu adotou, por 117 votos a favor, 46 votos contra e 9 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1 A autorregulação e a correção são mecanismos, espontâneos ou induzidos, de regulação de interesses económicos e sociais ou de relações e de práticas comerciais dos vários agentes económicos (*stakeholders*).

1.2 Devem ser considerados como importantes instrumentos complementares ou suplementares, mas nunca como alternativa, da heterorregulação (*hard law*), salvo se existir em “normas fundamentais” base habilitante adequada.

1.3 Tal base habilitante falta tanto nos Tratados da UE como nas constituições dos Estados-Membros.

1.4 Para serem instrumento válido e reconhecido de regulação em qualquer ordem jurídica, a sua conformação e o seu âmbito devem ser definidos por preceitos expressos e explícitos de lei cogente e judicialmente aplicáveis, quer a nível nacional quer comunitário, respeitando em simultâneo a natureza destes instrumentos, em particular o acordo voluntário dos participantes.

1.5 Essa regulamentação deve dispor com clareza sobre os parâmetros do seu reconhecimento, os princípios por que se devem reger e os seus limites enquanto instrumento acessório de regulação na ordem jurídica em causa.

1.6 Entre tais princípios de carácter geral aplicáveis tanto à auto como à correção, independentemente dos setores em que se desenvolvam, e sem prejuízo do estabelecimento de requisitos específicos adequados a casos especiais, devem ser considerados designadamente:

- a) Conformidade com o direito da UE e o direito internacional, incluindo os acordos comerciais internacionais,
 - b) Transparência e publicidade,
 - c) Representatividade das partes envolvidas,
 - d) Consulta antecipada às partes diretamente interessadas,
 - e) Valor acrescentado para o interesse geral,
 - f) Inaplicabilidade
- quando esteja em jogo a definição de direitos fundamentais

– ou nas situações em que as regras devem ser aplicadas uniformemente em todos os Estados-Membros,

g) Sujeitas ao controlo dos órgãos jurisdicionais comunitários e nacionais,

h) Monitorização do grau e do êxito de realização segundo critérios objetivos e indicadores fiáveis previamente definidos e especificados segundo os setores e os objetivos,

i) Controlo e acompanhamento da sua aplicação através de medidas de natureza preventiva ou repressiva, como garantia da sua eficácia,

j) Previsão de um sistema de sanções de natureza pecuniária (multas) ou outras, como a expulsão ou desacreditação dos participantes,

k) Possibilidade de serem periodicamente revistos à luz da evolução das situações, legislações e aspirações dos seus signatários,

l) Identificação clara das fontes de financiamento.

1.7 A nível comunitário, o Acordo Interinstitucional (IIA) representa um passo importante na definição do espaço próprio da auto e da correção a nível comunitário.

1.8 A sua revisão deverá

a) Identificar uma base legal vinculativa,

b) Estruturar o IIA como instrumento específico nos termos do artigo 295º do TFUE,

c) Redefinir os conceitos fundamentais de acordo com as mais recentes orientações doutrinárias que distinguem a auto da correção e reconhecem formas intermédias como as promovidas por recomendações e comunicações da UE,

d) Dispor claramente que os litígios emergentes devem poder ser submetidos a sistemas extrajudiciais alternativos de resolução de conflitos.

1.9 O CESE entende ainda que este Acordo poderia ser com vantagem completado por uma recomendação dirigida aos Estados-Membros que os incitasse a adotar ao nível nacional os mesmos princípios e parâmetros.

1.10 O CESE apela à Comissão, ao PE, ao Conselho e aos Estados-Membros para que deem prioridade à revisão do IIA nos termos propostos no presente parecer e que seja consultado para parecer aquando dessa revisão.

2. Introdução: um propósito

2.1 A auto e a correção são, de há muito, considerados, em diversos domínios e em várias instâncias nacionais e internacionais, como instrumentos complementares e suplementares da heterorreção, imprescindíveis para assegurar uma adequada regulamentação de atividades económicas e sociais diversas.

2.2 A nível da UE tem sido o CESE, principalmente através do seu Observatório do Mercado Único, o mais empenhado em definir e valorizar

o papel da autorregulação e da corregulação, a ele se referindo em inúmeros pareceres, em especial originários da Secção INT¹. Para suporte da sua atividade, importa referir a criação a partir de março de 2008, no âmbito do OMU, da Base de Dados sobre a autorregulação e a corregulação, que o CESE tem mantido atualizada com as diversas experiências nacionais e comunitárias nessa matéria.

2.3 O tema tem entretanto sido tratado de forma aprofundada a nível académico, por eminentes professores, nomeadamente no domínio do direito dos contratos, da governança das empresas, da responsabilidade social, da Internet, do e-comércio, da segurança dos produtos, dos serviços profissionais, do ambiente, da publicidade e do audiovisual, no mercado interno.

2.4 Entretanto o que manifestamente falta é uma reflexão de natureza político-legislativa que defina com clareza o quadro jurídico em que devem operar estes instrumentos, a nível da UE, precise a sua natureza jurídica, estabeleça as condições da sua validade, delimite os domínios de aplicação, clarifique as relações com a heterorregulação e enuncie os seus limites, num quadro consistente, coerente e harmonizado.

3. Conceitos e definições essenciais

3.1 A heterorregulação, ou “*straight regulation*”, é genericamente entendida como o corpo de normas criadas pelos Estados, portanto de base estatal e governamental, produzido pelos sistemas tradicionais de democracia dos Estados-nação e suas correspondentes nas instituições supranacionais de base de eleição democrática, como as leis do Congresso na América e os regulamentos e as diretivas da União Europeia. É o que comumente designa o conjunto das leis em sentido amplo, ditadas pelo poder legislativo, ou executivo quando para isso autorizado, por delegação, cujas previsões são acompanhadas de meios de coerção destinadas a fazê-las cumprir, se necessário pela força, e de medidas de natureza civil ou penal que sancionam o seu incumprimento (“*hard law*”).

3.2 Por autorregulação, cujo conceito tem origem na área da psicologia do comportamento, quando aplicado ao domínio da economia, designa-se genericamente a assunção, pelos próprios agentes económicos, de certas regras de comportamento entre si ou em relação a terceiros no mercado e na sociedade, cujo cumprimento é acordado entre eles, sem mecanismos de coerção externos.

3.3 A doutrina tem desenvolvido um largo inventário de tipos de autorregulação segundo diversos critérios de classificação, mais ou menos científicos, de que se destacam:

a) Autorregulação originária ou delegada, consoante a elaboração das normas ocorre por simples autovinculação dos interessados (também chamada

“autorregulação privada”) ou existe uma entidade de supraordenação (Estado, órgãos reguladores e setoriais, União Europeia), que fixa determinados parâmetros de observância obrigatória (também denominada “autorregulação pública”);

b) Autorregulação legal, costumeira ou jurisprudencial, consoante a sua “fonte” é a lei, nomeadamente constitucional ou supranacional (p. ex. direito comunitário), os tradicionais “usos e costumes mercantis”, hoje designados como “boas práticas”, ou a compilação das decisões judiciais;

c) A autorregulação nacional ou transnacional (também designada “regulação privada transnacional”), consoante o seu domínio é meramente nacional ou resulta de acordos firmados por atores privados, empresas, ONG, peritos independentes criadores de *standards* técnicos, interagindo com organizações internacionais ou intergovernamentais.

3.4 Por último, a correção é entendida geralmente como uma forma de regulação dos interessados (*stakeholders*) promovida, orientada, dirigida ou controlada por uma entidade terceira, seja um organismo oficial ou uma entidade reguladora independente, normalmente com poderes de fiscalização, de controlo e em alguns casos de sancionamento.

3.5 Embora muitas vezes tomados como sinónimos, os códigos de ética e os códigos de boas práticas exprimem duas noções diferentes que importa distinguir.

3.6 Ambas as noções exprimem a ideia de uma compilação de normas ou de regras, oriundas de processos de autorregulação ou de correção, representando a forma mais elaborada de traduzir o acordo entre os interessados relativamente a essas normas, e têm como objetivo tornar transparentes e acessíveis a todos os interessados o conjunto dessas normas e a forma da sua aplicação.

3.7 No entanto, os códigos de ética respeitam a normas deontológicas no exercício de certas profissões, cujos profissionais detêm o poder legal de se autorregularem, no quadro que lhes é facultado pelas leis nacionais ou normas internacionais que regem o exercício das suas profissões liberais (médicos, advogados, jornalistas, etc.).

3.8 Os códigos de boas práticas designam antes a compilação das normas de auto ou de correção no sentido que se adota no presente parecer.

4. O atual quadro legal europeu para a autorregulação e a correção

a) Os conceitos de “melhor legislação”, de “regulamentação inteligente” e de “simplificação”

4.1 A nível da UE foi apenas a partir do Conselho Europeu de Lisboa de março de 2002 que a Comissão Europeia tomou a iniciativa conhecida

genericamente sob a designação de “*Better Regulation*”, a partir do plano de ação para legislar melhor a nível europeu, de junho de 2002², seguido do importante acordo interinstitucional “Legislar Melhor” entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão³.

4.2 Legislar melhor e, se possível, menos foi sempre um dos objetivos da política do mercado único⁴ sempre apoiado pelo CESE em vários pareceres⁵, com vista a encontrar as melhores formas de tornar o ambiente legislativo mais convivial e mais facilmente compreendido pelas empresas, pelos trabalhadores, pelos consumidores e pelas organizações da sociedade civil.

4.3 O CESE teve oportunidade de se pronunciar detalhada e circunstanciadamente sobre estes temas, não só respondendo às propostas da Comissão, mas propondo iniciativas próprias e inovadoras como, por exemplo, “Uma abordagem proativa do Direito: um passo para legislar melhor a nível da UE”⁶.

b) O lugar da auto e da correção no atual quadro legal comunitário

4.4 Salvo o já referido “Acordo Interinstitucional Legislar melhor”, forçoso é reconhecer que a questão da auto e da correção esteve relativamente ausente das iniciativas e das preocupações da Comissão antes enunciadas⁷.

4.5 Alguns aspetos importantes convém salientar deste texto, designadamente:

a) A reabertura da questão da interpretação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade previstos hoje no artigo 5º do TUE e no seu Protocolo nº 2, e à luz dos quais se deve equacionar a utilização de mecanismos de auto e de correção;

b) O enquadramento destes mecanismos no âmbito dos programas “Legislar melhor” tendentes a “legislar menos para legislar melhor”;

c) A clara distinção de qualquer destes mecanismos do “método aberto de coordenação” (OMC), cujos domínios estão especificados no artigo 6º do TFUE;

d) Identicamente, a clara distinção destes mecanismos relativamente ao que usualmente se apelida de “*soft law*”⁸ tais como os atos preparatórios ou informativos (por exemplo, os Livros Brancos e Livros Verdes, os planos de ação e os programas), os atos interpretativos, como por exemplo a Comunicação *De Minimis* no âmbito do direito da concorrência⁹, as conclusões, as declarações, as resoluções e, por fim, as recomendações e os pareceres, previstos no artigo 288º do TFUE¹⁰.

4.6 No entanto, como decorre da sua natureza, este “acordo” apenas se traduz num “compromisso” interinstitucional e não constitui em si qualquer obrigação legal para com terceiros¹¹. Por outro lado, em especial no que se refere à autorregulação, a Comissão entende que as instituições comunitárias se

devem manter alheias a tais iniciativas voluntárias¹², limitando-se a examinar se as práticas aí consagradas são conformes com as disposições do Tratado.

4.7 No que à correção diz respeito, a que o IIA parece dar clara preferência, as instituições assumem a intenção de promover acordos entre os interessados, definindo os seus contornos em atos legislativos, avaliando a sua conformidade com os textos legislativos fundamentais e com as normas que permitem a sua elaboração e controlando a sua aplicação. Não excedem, no entanto, a dezena os casos em que este desiderato se concretizou¹³.

4.8 Em qualquer dos casos, porém, **o IIA não define verdadeiramente um quadro legal para a utilização destes mecanismos a nível da UE**, a não ser no que se refere:

- a) à garantia da sua transparência,
- b) à sua não aplicação quando estejam em jogo direitos fundamentais ou opções políticas importantes,
- c) ou a situações em que as regras devam ser aplicadas uniformemente em todos os Estados-Membros.

4.9 **No Parlamento Europeu**, a questão mereceu destaque em algumas resoluções, para além do já citado Relatório da Comissão dos Assuntos Constitucionais referente à celebração do Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor” entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão¹⁴.

4.10 **O CESE**, em variadíssimos pareceres, tem insistido nas vantagens mas também nas limitações e nos objetivos precisos e bem delimitados do recurso à autorregulação e à correção¹⁵, cuja doutrina se pode sintetizar como segue:

a) A “autorregulação” tem de estar em conformidade com a lei e ser por esta apoiada; tem de poder ser executada, verificada e controlada; tem igualmente de ser eficaz e proporcionar vias de recurso explícitas, particularmente a nível transfronteiras.

b) A correção combina os elementos da legislação, muito em especial no que toca à sua natureza previsível e vinculativa, com o regime mais flexível da autorregulação. O desafio a enfrentar pela correção consiste em definir, manter e preservar objetivos políticos, permitindo ao mesmo tempo uma maior flexibilidade no quadro regulamentar.

c) Num quadro político democrático, a regulação privada deve geralmente representar um desenvolvimento ou uma aplicação da regulação pública, eventualmente supri-la em determinados domínios, incluindo tratar-se de regras não escritas de origem consuetudinária ou de regulamentos internos que o legislador e a autoridade pública entendem, explícita ou implicitamente, fazer respeitar: códigos de deontologia de certas profissões, por exemplo.

d) O êxito da correção e da autorregulação depende de vários fatores: a perceção do interesse geral, a transparência do sistema, a representatividade

e a capacidade dos seus agentes, a existência de mecanismos de avaliação e supervisão, a eficácia do acompanhamento, comportando, se necessário, sanções, e um espírito mútuo de colaboração entre os agentes interessados e os poderes públicos e a sociedade em geral.

e) A correção e a autorregulação apresentam múltiplas vantagens: abolição de obstáculos ao mercado único, simplificação das normas, flexibilidade e rapidez de aplicação, descongestionamento dos circuitos legislativos e corresponsabilidade dos participantes.

f) Também tem limitações, que dependem, sobretudo, da eficácia do acompanhamento e das sanções, da incerteza da adesão de todas as partes aos códigos acordados, bem como das condições de plena compatibilidade com o corpo das normas vigentes e das exigências de um enquadramento legislativo adequado no domínio da saúde, da segurança e dos serviços de interesse geral.

5. O papel da regulação, da autorregulação e da correção: definição e base legal

a) A necessidade de uma base jurídica

5.1 A União Europeia define-se, no seu texto constitutivo, como uma comunidade de direito, à semelhança da noção bem conhecida de Estado de direito. Numa comunidade de direito, a validade de qualquer norma depende de uma norma habilitante que se há de encontrar desde logo no texto fundamental e sucessivamente nos vários atos legislativos da pirâmide de normas.

5.2 O texto constitutivo da UE é hoje composto pelos Tratados TUE e TFUE com o mesmo valor jurídico (artigo 1º, terceiro parágrafo, do TUE) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, que dele faz agora parte integrante, também com idêntico valor (artigo 6º do TUE). Qualquer norma do corpo jurídico da UE tem de encontrar fundamento ou base jurídica nalgum preceito deste texto constitutivo, quer se trate da atribuição de uma competência direta para legislar, quer se trate de uma delegação dessa competência (atos delegados e atos de execução regulados nos artigos 290º e 291º do TFUE).

5.3 As competências que à UE são reconhecidas no Tratado são exclusivamente aquelas que lhe são atribuídas pelos Estados-Membros, segundo o princípio da atribuição (artigos 4º, nº 1, e 5º, nº 2, do TUE) e de acordo com a sua natureza exclusiva ou partilhada (artigo 2º, n.ºs 1 e 2, do TFUE), e ainda limitadas, na sua interpretação e aplicação, pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo 5º, n.ºs 3 e 4, do TUE).

5.4 A UE apenas pode delegar o exercício das suas competências legislativas na medida em que seja expressamente autorizada para tanto e só pode delegar competências que lhe tenham sido atribuídas (artigo 13º, nº 2, do TUE).

5.5 Sendo que o reconhecimento pelas instituições comunitárias da UE (Conselho, PE e Comissão) de um espaço “alternativo” à sua competência legislativa não pode deixar de ser entendido como uma “delegação” das competências atribuídas, parece fundamental, para a sua validade, enquanto “normativo comunitário”, que tal possibilidade de delegação esteja claramente prevista nos textos constitutivos, ainda que a forma do seu exercício, as suas modalidades de aplicação e os seus requisitos possam ser deixados para a legislação secundária.

5.6 Ora o que acontece é que em parte alguma dos textos constitutivos, incluindo a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, é possível encontrar, de forma explícita ou sequer implícita, uma tal base jurídica, nem mesmo numa interpretação muito larga do artigo 11º do TUE.

5.7 Finalmente, o IIA também não constitui, só por si, fonte de direito comunitário, nem autoriza, com força obrigatória para terceiros, uma qualquer forma de delegação de competência em que sempre se traduz a definição que o mesmo consagra de “utilização de mecanismos de regulação **alternativos**, sempre que o Tratado não imponha especificamente a utilização de um instrumento jurídico” (ponto 16).

5.8 Independentemente da “legitimação” procurada em diversos instrumentos legais de legislação derivada e da definição mais ou menos detalhada dos princípios e das condições a que tais mecanismos devam obedecer para o efeito de serem reconhecidos a nível da UE pelas instituições com poder legislativo, **o que falta é uma norma habilitante que autorize essas instituições a abdicar do seu poder legislativo e a delegá-lo nesses mecanismos, como alternativa legítima aos instrumentos de regulação comunitária definidos nos Tratados.**

b) Instrumento específico de definição para a autorregulação e a correção

5.9 Questão totalmente diversa será a de, em vez de se considerar que tais mecanismos correspondem uma alternativa à competência legislativa da UE, eles se traduzirem antes numa forma de **completar ou de suplementar tal legislação, num quadro legal previamente estabelecido e definido com inteira transparência.**

5.10 Julga-se, desde logo, que tal quadro deverá ser definido com caráter de generalidade, com base nos Tratados e na Carta dos Direitos Fundamentais, e não deixado a uma discricionariedade casuística, a propósito de cada ato legislativo secundário ou derivado.

5.11 Tal definição deve constar de **um acordo interinstitucional específico com caráter vinculativo nos termos do artigo 295º do TFUE**, sujeito a possível escrutínio na sua aplicação pelo Tribunal de Justiça.

5.12 Acessoriamente, e a entender-se que cabe nas competências da UE “aconselhar” os Estados-Membros no sentido de seguirem o modelo a instituir a nível europeu nos seus ordenamentos jurídicos nacionais para as formas de auto e de correção de âmbito nacional, regional ou local, julga-se que o instrumento adequado seria uma **recomendação** que replicasse os princípios e os requisitos definidos no novo IIA e aconselhasse os Estados-Membros a adotá-los e a implementá-los aos referidos níveis no seu ordenamento jurídico interno.

5.13 Finalmente, o CESE entende que os termos deste novo acordo deverão ser submetidos ao seu parecer prévio, enquanto organismo representativo da sociedade civil organizada (artigo 304º do TFUE).

c) Uma redefinição de conceitos fundamentais

5.14 O novo IIA deverá redefinir de forma mais adequada à realidade os conceitos e os tipos e modalidades da auto e da correção.

5.15 Na realidade, os conceitos de correção e de autorregulação constantes do atual IIA não correspondem a nenhuma das noções doutrinárias conhecidas, nem distinguem corretamente as duas modalidades em função das diferenças dos regimes jurídicos a que estão submetidas.

5.16 Por outro lado, a realidade não se esgota nos dois tipos definidos pelo IIA, sendo antes que, por exemplo, as situações em que certos regimes resultam da combinação de “*soft law*” (p. ex. recomendações) ou de acordos privados (p. ex. “*round tables*”) não se acham contempladas, como identicamente no que se refere aos acordos de regulação privada transnacionais.

5.17 Finalmente, o IIA omite o papel que devem ter os organismos reguladores comunitários como “terceira parte” independente e isenta na formulação e negociação de acordos de correção, à semelhança do que se passa com vários reguladores a nível nacional em diversos setores.

d) Princípios fundamentais e requisitos essenciais

5.18 Uma parte mais importante do futuro IIA será a definição clara e precisa, com caráter de generalidade, do conjunto de princípios fundamentais e de requisitos essenciais a que devem obedecer os mecanismos de auto e de correção para poderem ser reconhecidos e/ou aconselhados pela UE.

5.19 Importa evidenciar que formas de autorregulação a nível europeu podem ser criadas fora do quadro do IIA, com base na liberdade de contratação e de associação, as quais são inteiramente legítimas se se conformarem com os princípios gerais do direito da UE, mas que só poderão ser reconhecidas no quadro do IIA se obedecerem aos requisitos nele estabelecidos.

5.20 O atual IIA identifica já alguns deles, a que se fez referência antes, que deverão ser mantidos, ainda que eventualmente mais bem definidos, em

especial nos casos identificados como de não aplicabilidade quando estejam em jogo direitos fundamentais, no caso de opções políticas importantes ou nas situações em que as regras devem ser aplicadas uniformemente em todos os Estados-Membros.

5.21 Mas a doutrina e a experiência de vários agentes económicos tem identificado toda uma série de outros princípios e requisitos, que se enunciam sumariamente:

a) A auto e correção devem inscrever-se num quadro de interesse geral e não apenas em benefício das entidades reguladas.

b) Devem observar sempre todas as prescrições legislativas e jurídicas vigentes na Europa, a começar pelos objetivos e preceitos do Tratado da UE e da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Também devem ser compatíveis com o direito internacional e os acordos comerciais internacionais, em particular as disposições da OMC.

c) Devem estar sujeitas ao controlo dos órgãos jurisdicionais da UE e nacionais.

d) A transparência deve proporcionar informação prática e acessível a todos, sem dificuldades nem custos dissuasivos, e os seus objetivos devem ser enunciados clara e inequivocamente.

e) O grau de realização deve poder ser monitorizado segundo critérios objetivos e indicadores fiáveis previamente definidos pela Comissão, mediante estudos de impacto *ex ante* ou *ex post*, a realizar diretamente ou eventualmente confiados a avaliadores independentes, públicos ou privados, devidamente certificados.

f) A representatividade dos seus parceiros deve ser garante da aplicação efetiva das normas acordadas e da credibilidade e eficácia dos dispositivos. A representatividade deve ser proporcional ao ramo profissional em causa, interprofissional ou setorial, bem como à amplitude das disposições acordadas a ser apreciada, se necessário, a nível quantitativo (número e proporção de filiados na organização) e, sobretudo, a nível qualitativo (capacidade para intervir no terreno, para legitimar as disposições adotadas e para impor o seu cumprimento).

g) Consultar antecipadamente as partes diretamente interessadas é também um elemento importante para justificar o valor e a qualidade das prescrições, bem como a sua eficácia.

h) A supervisão, a avaliação e o acompanhamento dos dispositivos de auto e correção devem comportar medidas de natureza preventiva ou repressiva (sanções), como garantia da sua eficácia, destacando-se:

1. Mecanismos de autocontrolo e autodisciplina, incluindo estudos de impacto *ex ante*¹⁶,

2. Bases de dados que assegurem um acompanhamento mais eficaz¹⁷,

3. Adoção de uma certificação por rótulo ou “marca” de referência¹⁸,

4. Celebração de códigos nacionais em aplicação de código de conduta europeu¹⁹,

5. Estabelecimento de especificações técnicas, paralelamente às normas²⁰,

6. Elaboração de guias operacionais de aplicação²¹,

7. Previsão de um sistema de sanções de natureza pecuniária (multas) ou outras, como a expulsão ou desacreditação.

i) Por último, os dispositivos de auto e correção devem poder ser periodicamente revistos e alterados à luz da evolução das situações, legislações e aspirações dos seus signatários.

5.22 Como deverá ainda a Comissão decidir da conveniência, em termos ponderados de segurança jurídica e de flexibilidade, de fazer constar estes elementos estruturantes dos mecanismos em causa, do próprio texto do IIA ou de um anexo, com o mesmo valor jurídico, mas eventualmente suscetível de atualização mais fácil, sem prejuízo das garantias de consulta de todas as entidades interessadas.

5.23 Esta definição de caráter geral não deve prejudicar a possibilidade, que deverá constar expressamente do IIA, de, para cada instrumento legislativo que preveja o recurso a estes mecanismos, se estabelecerem condições e requisitos próprios, especificamente adequados ao setor em causa, como aliás já sucede em vários regulamentos e diretivas onde a eles se faz referência.

e) Principais domínios prioritários de aplicação

5.24 Não se julga, em princípio, que existam áreas setoriais que devam ser excluídas em bloco.

5.25 Reconhece-se que há, no entanto, setores que, por razões conjunturais, devem merecer uma maior reserva ou uma maior precisão dos termos e condições para o uso da auto e correção. Referem-se, em especial, os serviços financeiros, os serviços públicos ou os serviços de interesse geral e certos domínios que, não respeitando diretamente a definição do conteúdo de direitos fundamentais, implicam a forma do seu exercício, como, por exemplo, os direitos dos consumidores, conforme referido em vários pareceres do CESE.

5.26 Os domínios de eleição são, em especial os que se referem a áreas da governança e da responsabilidade social das empresas e das relações económicas.

5.27 São assim de aplaudir certas iniciativas recentes da Comissão como a relativa à Plataforma CoP (*Pilot Community of Practice for better self and co-regulation*), baseada na Comunicação da Comissão sobre a Responsabilidade Social das Empresas²² ou o apoio ao Acordo entre as principais empresas da Web para uma Internet Mais Segura, mas também a título de mero exemplo, as que resultam da Diretiva sobre o comércio eletrónico²³ e aquelas para que apontam vários instrumentos comunitários.

f) Vantagens e inconvenientes

5.28 A identificação das vantagens da utilização de mecanismos de auto e correção foi feita pelo CESE em pareceres anteriores. Sumarizam-se as mais importantes, segundo pareceres anteriores do CESE: “abolição de obstáculos ao mercado único, simplificação das normas, flexibilidade e rapidez de aplicação, descongestionamento dos circuitos legislativos e corresponsabilidade dos participantes”.

5.29 Mas também se recordam as suas limitações “que dependem, sobretudo, da eficácia do acompanhamento e das sanções, bem como das condições de plena compatibilidade com o corpo das normas vigentes e das exigências de um enquadramento legislativo adequado no domínio da saúde, da segurança e dos serviços de interesse geral”, como referido nesses pareceres²⁴.

g) Formas alternativas de resolução de litígios

5.30 Os dispositivos de resolução extrajudicial de litígios têm já hoje, após uma longa e conturbada gestação, uma regulamentação comunitária conferida pelo Regulamento ODR e pela Diretiva ADR²⁵, que aguardam a sua implementação nos diversos Estados-Membros.

5.31 Embora não sendo essencial, do ponto de vista puramente teórico, para o estabelecimento de mecanismos de auto e de correção, o CESE entende aconselhar que o futuro IIA claramente estabeleça, como requisito de conformidade dos referidos mecanismos, serem eles sempre acompanhados pela referência à possível submissão a sistemas extrajudiciais alternativos de resolução de litígios de acordo com os referidos instrumentos comunitários.

h) Papel das instituições comunitárias, dos Estados-Membros e da sociedade civil

5.32 Na implementação destes instrumentos todos os intervenientes no processo legislativo têm responsabilidades específicas que importa que assumam.

5.33 Desde logo à Comissão compete tomar a iniciativa de lançar as negociações com o PE e o Conselho no sentido da revisão do atual IIA, de acordo com os parâmetros aqui definidos.

5.34 A sociedade civil, e em especial o CESE, deve ser consultada sobre os termos desta negociação e o texto final do acordo deve ser submetido a parecer do CESE antes da sua adoção formal.

5.35 Os Estados-Membros, através dos seus parlamentos e no uso dos poderes conferidos pelos Tratados no âmbito da avaliação da subsidiariedade e da proporcionalidade, devem igualmente pronunciar-se e os respetivos

governos devem comprometer-se a aplicar nas ordens jurídicas nacionais os mesmos princípios.

5.33 Por fim, ao Tribunal de Justiça e aos tribunais nacionais devem ser conferidos os poderes e os meios necessários para o controle da legalidade das medidas adotadas.

Bruxelas, 22 de abril de 2015

O Presidente do Comité Económico e Social Europeu

Henri Malosse

N.B.: Segue-se anexo.

ANEXO ao PARECER **do Comité Económico e Social Europeu**

O ponto seguinte do parecer da secção, que foi substituído por uma alteração adotada pela Assembleia, recolheu pelo menos um quarto dos sufrágios expressos (artigo 54º, nº 4, do Regimento):

Ponto 5.21 h)

O controlo e o acompanhamento dos dispositivos de auto e correção devem comportar medidas de natureza preventiva ou repressiva (sanções), como garantia da sua eficácia, destacando-se:

1. Mecanismos de autocontrolo e autodisciplina, incluindo estudos de impacto *ex ante*,
2. Bases de dados que assegurem um acompanhamento mais eficaz,
3. Adoção de uma certificação por rótulo ou “marca” de referência,
4. Celebração de códigos nacionais em aplicação de código de conduta europeu,
5. Estabelecimento de especificações técnicas, paralelamente às normas,
6. Elaboração de guias operacionais de aplicação,
7. Previsão de um sistema de sanções de natureza pecuniária (multas) ou outras, como a expulsão ou descreditação.

Resultado da votação

Votos a favor: 91
Votos contra: 41
Abstenções: 28

Notas

1. Ver: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.int-opinions&itemCode=32858>.
2. Livro Branco sobre a Governança Europeia, COM(2001) 428 final, in JO C 287 de 12.10.2001, e comunicações relativas ao tema “Legislar Melhor”, COM(2002) 275, 276, 277 e 278 final, de 5.6.2002.
3. Sobre esta questão ver com vantagem os artigos de Linda A. J. Senden, “Soft Law, Self Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they meet” (in *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9. 1 de janeiro de 2005) e “Soft Law and its implications for institutional balance in the EC” (in *Utrecht Law Review*, IGITUR, Vol. 1, nº 2, dezembro de 2005, p. 79).
4. Recorde-se o projeto SLIM – Simplificação da Legislação do Mercado Interno (COM (96) 559 final e COM (2000) 104).
5. Ver: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.int-opinions&itemCode=32858>.
6. JO C 175 de 28.7.2009, p. 26.
7. É o caso, designadamente, dos sucessivos relatórios anuais sobre o controlo da aplicação do direito comunitário, dos vários relatórios sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, das frequentes análises estratégicas do programa “Legislar Melhor” na UE. Exceção a merecer uma referência são as menções feitas no documento de trabalho da Comissão – Primeiro relatório intercalar sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, Bruxelas, COM(2006) 690 final, de 14.11.2006.
8. Ver definição em Linda Senden, “Soft Law and its implications for institutional balance in the EC” (in *Utrecht Law Review*, IGITUR, Vol. 1, nº 2, dezembro de 2005, p. 79).
9. Doc. C(2014) 4136 final de 25.6.2014.
10. É a estes tipos de instrumentos e não à autorregulação ou à correção que a Comissão se refere, por exemplo, na sua comunicação – A política fiscal da União Europeia: prioridades para os próximos anos (COM (2001) 260 final, in JO C 284/6 de 10.10.2001), em especial no ponto 4.3.
11. Como bem explica Linda Senden in “Soft Law, Self Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they meet”, já citado, onde se lê: “As regards the Interinstitutional Agreement on better law-making, its having at least binding force inter partes can be defended on the basis of two arguments. Firstly, it contains a number of rather compelling terms (‘agree’, ‘will’), which can be said to express the intention of the institutions to enter into a binding commitment. A confirmation of this intention can also be seen in its points 37 and 38 on the implementation and monitoring of the Agreement, providing, inter alia: ‘The three Institutions will take the necessary steps to ensure that their staff have the means and resources required for the proper implementation of the provisions of this Agreement’ (point 38). Secondly, where ‘agreed acts’ are specifically intended to reinforce interinstitutional cooperation such as the Interinstitutional Agreement at issue here, it can be argued that there is a specific duty of cooperation which in conjunction with the duty of sincere cooperation laid down in Article 10 EC may actually lead to the conclusion that such an agreed act must be considered binding upon the concluding parties”.

12. Como claramente se afirma no plano de ação da Comissão para 2002, “ao contrário da correção, a autorregulação não envolve um ato legislativo”, (COM (2002) 278 final, p. 11).
13. Cumprindo salientar:
 - a) A Resolução do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-Membros reunidos no Conselho de 1 de dezembro de 1997, relativamente a um Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas.
 - b) O Regulamento (CE) nº 80/2009 relativo a um código de conduta para os sistemas informatizados de reservas, JO L 35 de 4.2.2009, p. 47. Ver mais exemplos: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.int-opinions.32859>.
14. Relatora: Monica Frassoni (A5- 0313/2003 de 25 de setembro de 2003).
15. Merecem uma especial referência as posições defendidas pelo CESE a partir, designadamente, dos seguintes pareceres:
 - JO C 14 de 16.1.2001, p. 1, sobre a “Simplificação da Legislação do Mercado Único (OMU)”, relator: Bruno Vever;
 - JO C 48 de 21.2.2002, p. 130, sobre a “Simplificação” (Aditamento a parecer), relator: Kenneth Walker;
 - JO C 112 de 30.4.2004, p. 4, relator: Daniel Retureau;
 - JO C 255 de 14.10.2005, p. 22, sobre “As prioridades do mercado único no período de 2005 a 2010”, relator: Bryan Cassidy;
 - JO C 24 de 31.1.2006, p. 52, sobre “Melhorar a execução e o cumprimento da legislação comunitária”, relator: Joost Van Iersel;
 - e, em especial, no relatório de informação de que foi relator Bruno Vever, de 24 de janeiro de 2005.
16. Cabe citar: um mecanismo de autocontrolo estabelecido pela EFCA para garantir a aplicação do código de conduta de 1992 das sociedades de engenharia e consultoria; as disposições vinculativas de um código deontológico dos advogados da União Europeia, aprovado em 1988 pelo CCBE; a câmara de disciplina criada por um código de conduta dos administradores de bens para garantir a sua aplicação e, se necessário, impor sanções – cf. observação, admoestação e proposta de exclusão; a Aliança Europeia para a Ética na Publicidade (EASA), criada em 1992 para promover e coordenar a autorregulação da indústria publicitária; o controlo exercido pelo BDI (*Bundesverband der Deutschen Industrie*) da correta aplicação do acordo celebrado em 1995 em Berlim entre o governo e as empresas sobre as condições e o controlo do efeito de estufa através da redução das emissões de CO₂ na Alemanha, em aplicação do Acordo de Quioto.
17. Tal é o caso, por exemplo, da base de dados dos estabelecimentos de formação de engenheiros criada em 1987 pela Federação Europeia das Associações Nacionais de Engenheiros (FEANI), em aplicação de um código deontológico europeu que garanta o reconhecimento mútuo das formações e qualificações, que conta com trinta mil filiados.
18. É o caso do rótulo criado pelos membros do Comité Europeu de Seguros para justificar a aplicação de um código europeu de boas práticas na Internet, ou dos rótulos de segurança do comércio eletrónico adotados na sequência do código de conduta para a venda à distância.

19. Assim ocorreu com a aplicação de um código de conduta europeu adotado em 1995 e alterado em 2004 pela Federação Europeia de Associações de Venda Direta.
20. Como, por exemplo, as prescrições quantificadas de redução de consumo de energia das máquinas de lavar roupa, acordadas em 1999 pelo Conselho Europeu dos Construtores de Eletrodomésticos (CECED), em colaboração com a Comissão Europeia.
21. É o que ocorre com:
 - as normas de formação estabelecidas, mediante um guia, em aplicação de um código de regras profissionais para os conservadores/restauradores europeus;
 - um manual de utilização para os fornecedores de serviços via Internet elaborado em 2001 pela Câmara de Comércio de Milão para promover as boas práticas neste âmbito.
22. COM (2011) 681 final.
23. Diretiva 2000/31/CE *in* JO L 178 de 17.7.2000, p.1.
24. Relatório de informação INT/204 de 24.1.2005 sobre “O estado atual da correção e da autorregulação no mercado único”. Relator Bruno Vever.
25. Regulamento (UE) 524/2013 e Diretiva 2013/11/UE *in* JO L 165 de 18.6.2013, p. 1 e p. 63.

DIRETIVA 2014/104/UE DO
PARLAMENTO EUROPEU E DO
CONSELHO

DE 26 DE NOVEMBRO DE 2014

RELATIVA A
CERTAS REGRAS QUE
REGEM AS AÇÕES
DE INDEMNIZAÇÃO
NO ÂMBITO DO
DIREITO NACIONAL
POR INFRAÇÃO
ÀS DISPOSIÇÕES
DO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA DOS
ESTADOS-MEMBROS E DA
UNIÃO EUROPEIA

(TEXTO RELEVANTE PARA EFEITOS DO EEE)

EXCERTOS

“O direito, garantido pelo direito da União, à reparação de danos causados por infração ao direito da concorrência da União e ao direito da concorrência nacional requer que cada Estado-Membro tenha regras processuais para assegurar o exercício efetivo desse direito”

“Na falta de norma de direito da União, as ações de indemnização são regidas pelas regras e pelos processos nacionais dos Estados-Membros”

“O direito à reparação é reconhecido a qualquer pessoa singular ou coletiva – consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção –, independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência”

“A presente diretiva não afeta o direito dos tribunais de considerarem, no âmbito do direito da União ou nacional, os interesses da aplicação pública efetiva do direito da concorrência quando ordenam a divulgação de qualquer tipo de elementos de prova, com exceção das declarações de clemência e de propostas de transação”

“A divulgação de elementos de prova só deverá ser ordenada a uma autoridade da concorrência quando esses elementos de prova não puderem ser obtidos de forma razoável de outra parte ou de um terceiro”

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente os artigos 103º e 114º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,

Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu (1),

Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário (2),

Considerando o seguinte:

(1) Os artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) relevam da ordem pública e deverão ser aplicados de forma eficaz em toda a União, a fim de assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado interno.

(2) A aplicação pública dos artigos 101º e 102º do TFUE é assegurada pela Comissão, mediante o exercício das competências previstas no Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho (3). Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de dezembro de 2009, os artigos 81º e 82º do Tratado que institui a Comunidade Europeia passaram a ser os artigos 101º e 102º do TFUE, com conteúdo idêntico. A aplicação pública também incumbe às autoridades nacionais da concorrência, que podem tomar as decisões referidas no artigo 5º do Regulamento (CE) nº 1/2003. Segundo esse regulamento, os Estados-Membros deverão poder designar as autoridades administrativas e judiciais para aplicar os artigos 101º e 102º do Tratado como instâncias de aplicação da lei e executar as diversas funções que são atribuídas pelo referido regulamento às autoridades responsáveis em matéria de concorrência.

(3) Os artigos 101º e 102º do TFUE produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Os tribunais nacionais têm, assim, um papel igualmente essencial na aplicação das regras da concorrência (aplicação privada). Ao decidirem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito da União, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas de infrações. A plena eficácia dos artigos 101º e 102º do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas, ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições. O direito à reparação garantido pelo direito da União aplica-se igualmente às infrações aos artigos 101º e 102º do TFUE por empresas públicas e empresas às quais os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 106º do TFUE.

(4) O direito, garantido pelo direito da União, à reparação de danos causados por infração ao direito da concorrência da União e ao direito da concorrência nacional requer que cada Estado-Membro tenha regras processuais para assegurar o exercício efetivo desse direito. A necessidade de mecanismos de impugnação judicial efetivos decorre igualmente do direito a uma proteção judicial efetiva estabelecido no artigo 19º, nº 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia (TUE) e no artigo 47º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Os Estados-Membros deverão assegurar proteção judicial efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

(5) As ações de indemnização são apenas um elemento de um sistema efetivo de aplicação privada em caso de infração ao direito da concorrência, sendo complementadas por vias de recurso alternativas, como a resolução amigável de litígios e decisões de aplicação pública que incentivem as partes a prestar indemnização.

(6) Para assegurar a efetiva aplicação privada no âmbito do direito civil e a efetiva aplicação pública pelas autoridades da concorrência, ambos os instrumentos são necessários para interagir de forma a assegurar a máxima eficácia das regras da concorrência. Importa regular com coerência a articulação entre as duas formas de aplicação, por exemplo, em relação aos acordos em matéria de acesso aos documentos detidos pelas autoridades da concorrência. Essa articulação a nível da União permitirá também evitar divergências em matéria de regras aplicáveis, que poderiam comprometer o bom funcionamento do mercado interno.

(7) Segundo o artigo 26º, nº 2, do TFUE, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual é assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Há acentuadas diferenças entre as regras que, nos Estados-Membros, regulam as ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da União ou nacional. Essas diferenças dão azo a incerteza quanto às condições em que os lesados podem exercer o direito de indemnização que lhes advém por força do TFUE, e afetam a eficácia substantiva desse direito. Uma vez que os lesados escolhem frequentemente o seu Estado-Membro de estabelecimento como foro para intentar a ação de indemnização, as discrepâncias entre as regras nacionais conduzem a uma desigualdade de condições em matéria de ações de indemnização e podem afetar a concorrência nos mercados em que operam tanto os lesados como as empresas infratoras.

(8) As empresas estabelecidas e que operam em vários Estados-Membros estão sujeitas a diferentes regras processuais que afetam significativamente a medida em que podem ser responsabilizadas pela infração ao direito da concorrência. Esta aplicação desigual do direito à reparação garantido pelo

direito da União pode resultar não apenas numa vantagem competitiva para as empresas que violam o artigo 101º ou 102º do TFUE, mas também num desincentivo ao exercício dos direitos de estabelecimento e de fornecimento de bens e serviços nos Estados-Membros onde o direito à reparação é aplicado com mais eficácia. Como as diferenças entre os regimes de responsabilidade aplicáveis nos Estados-Membros podem afetar negativamente tanto a concorrência como o correto funcionamento do mercado interno, é apropriado fundamentar a presente diretiva numa base jurídica dupla, ou seja, nos artigos 103º e 114º do TFUE.

(9) Tendo presente que as infrações ao direito da concorrência de maior escala têm muitas vezes uma dimensão transfronteiriça, é necessário assegurar condições de concorrência mais equitativas para as empresas que operam no mercado interno e melhorar as condições em que os consumidores exercem os direitos que lhes advêm do mercado interno. Convém reforçar a segurança jurídica e reduzir as diferenças entre os Estados-Membros em matéria de regras nacionais que regem as ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da União e ao direito da concorrência nacional, quando aplicadas em paralelo com o direito da concorrência da União. Uma aproximação dessas regras ajudará a evitar que se tornem mais acentuadas as diferenças entre as regras dos Estados-Membros que regem as ações de indemnização nos processos de concorrência.

(10) Segundo o artigo 3º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 1/2003, “sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem o direito nacional da concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na aceção do artigo 101º, nº 1, do TFUE, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 101º do TFUE a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem o direito nacional da concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 102º do TFUE, devem aplicar igualmente o artigo 102º do TFUE.” No interesse do bom funcionamento do mercado interno e com vista a uma maior segurança jurídica e a condições mais equitativas para as empresas e os consumidores, convém que o âmbito de aplicação da presente diretiva seja alargado às ações de indemnização com base na infração ao direito nacional da concorrência, quando este for aplicado nos termos do artigo 3º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 1/2003. De outro modo, a aplicação de diferentes regras de responsabilidade civil por infração aos artigos 101º ou 102º do TFUE e por infração às regras do direito da concorrência nacional, que devam ser aplicadas nos mesmos processos e em paralelo com o direito de concorrência da União, afetaria negativamente a posição dos demandantes no mesmo processo e

o âmbito dos seus pedidos, e constituiria um obstáculo ao funcionamento adequado do mercado interno. A presente diretiva não deve afetar as ações de indemnização por infração ao direito nacional da concorrência que não afetam o comércio entre os Estados-Membros na aceção dos artigos 101º ou 102º do TFUE.

(11) Na falta de norma de direito da União, as ações de indemnização são regidas pelas regras e pelos processos nacionais dos Estados-Membros. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal de Justiça), qualquer pessoa tem o direito de pedir reparação pelos danos sofridos quando exista um nexo de causalidade entre esses danos e uma infração às regras de concorrência. Todas as regras nacionais que regem o exercício do direito à reparação por danos causados por infração aos artigos 101º ou 102º do TFUE, inclusive as relativas a aspetos não abrangidos pela presente diretiva, como a noção de nexo de causalidade entre a infração e o dano, devem observar os princípios da efetividade e da equivalência. Tal significa que não deverão ser formuladas ou aplicadas de forma que torne excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício do direito à reparação garantido pelo TFUE ou aplicadas de forma menos favorável do que as regras aplicáveis às ações nacionais análogas. Caso os Estados-Membros estabeleçam outras condições de reparação no âmbito do direito nacional, como a imputabilidade, a adequação ou a culpabilidade, deverão poder mantê-las, desde que respeitem a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os princípios da efetividade e da equivalência e a presente diretiva.

(12) A presente diretiva reafirma o acervo comunitário relativo ao direito à reparação por danos causados por infração ao direito da concorrência, garantido pelo direito da União, especialmente no que respeita à legitimidade e à definição de dano, como declarado na jurisprudência do Tribunal de Justiça, e não obsta a qualquer evolução ulterior do dito acervo. Qualquer pessoa que tenha sofrido um dano causado por tal infração pode pedir reparação por dano emergente (*damnum emergens*) e por lucros cessantes (*lucrum cessans*) por si sofridos, bem como o pagamento de juros, independentemente de as regras nacionais definirem essas categorias separadamente ou em conjunto. O pagamento de juros é uma componente essencial da reparação para compensar os danos sofridos, tendo em conta o decorrer do tempo, e deverá ser devido desde o momento em que ocorreu o dano até ao momento do pagamento da reparação, sem prejuízo da sua qualificação como juros compensatórios ou juros de mora no âmbito do direito nacional e da questão de saber se o decorrer do tempo é tido em conta como uma categoria separada (juros) ou como uma parte constitutiva dos danos emergentes ou dos lucros cessantes. Cabe aos Estados-Membros estabelecer as regras a aplicar para o efeito.

(13) O direito à reparação é reconhecido a qualquer pessoa singular ou coletiva – consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção –, independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência. A presente diretiva não deverá obrigar os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de tutela coletiva para efeitos da aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE. Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras.

(14) As ações de indemnização por infração ao direito da concorrência da União ou nacional requerem normalmente uma análise factual e económica complexa. Os elementos de prova necessários para fundamentar um pedido de indemnização estão frequentemente na posse exclusiva da parte contrária ou de terceiros e o demandante não tem suficiente conhecimento de tais elementos ou acesso aos mesmos. Nessas circunstâncias, a existência de requisitos legais estritos que exijam aos demandantes a especificação pormenorizada de todos os elementos factuais relativos às suas alegações no início de uma ação e a produção precisa de elementos de prova específicos pode impedir indevidamente o exercício efetivo do direito a reparação garantido pelo TFUE.

(15) Os elementos de prova são importantes para intentar uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência da União ou nacional. No entanto, uma vez que a litigância no domínio do direito da concorrência da União se caracteriza por uma assimetria da informação, convém assegurar que os demandantes tenham o direito de obter a divulgação dos elementos de prova relevantes para o seu pedido, sem necessidade de especificarem elementos de prova individuais. A fim de assegurar a igualdade de condições, esses meios também deverão estar disponíveis aos demandados em ações de indemnização, de modo a que estes possam requerer a divulgação dos elementos de prova por esses demandantes. Os tribunais nacionais deverão poder ordenar a divulgação de elementos de prova por terceiros, incluindo autoridades públicas. No caso de o tribunal nacional pretender ordenar a divulgação de elementos de prova pela Comissão, aplica-se o princípio da cooperação leal entre a União e os Estados-Membros, consagrado no artigo 4º, nº 3, do TUE, e o artigo 15º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 1/2003 no que respeita aos pedidos de informação. Caso os tribunais nacionais ordenem às autoridades públicas que divulguem elementos de prova, aplicam-se os princípios da cooperação judiciária e administrativa nos termos do direito da União ou nacional.

(16) Os tribunais nacionais deverão poder, sob o seu controlo rigoroso, ordenar a divulgação de elementos de prova determinados ou de categorias de elementos de prova determinadas, em especial no que respeita à necessidade e à

proporcionalidade das medidas de divulgação, a pedido de uma parte. Decorre do requisito de proporcionalidade que a divulgação só possa ser ordenada quando um demandante tiver alegado de forma plausível, com base em factos razoavelmente à sua disposição, que sofreu danos causados pelo demandado. Caso o objetivo de um pedido de divulgação consista em obter uma categoria de elementos de prova, essa categoria deverá ser identificada pelas características comuns dos elementos que a constituem, como sejam a natureza, o objeto ou o conteúdo dos documentos cuja divulgação se solicita, o momento em que foram elaborados, ou outros critérios, desde que os elementos de prova incluídos nessa categoria sejam relevantes na aceção da presente diretiva. Tais categorias deverão ser definidas da forma mais precisa e estrita possível com base em factos razoavelmente disponíveis.

(17) Se um tribunal de um Estado-Membro requerer a um tribunal competente de outro Estado-Membro que obtenha provas ou requerer a obtenção de provas diretamente noutra Estado-Membro, é aplicável o disposto no Regulamento (CE) nº 1206/2001 do Conselho (4).

(18) Embora os elementos de prova relevantes que contenham segredos comerciais ou outras informações confidenciais devam, em princípio, ser acessíveis em ações de indemnização, essas informações devem ser protegidas de forma apropriada. Os tribunais nacionais deverão, por conseguinte, dispor de um conjunto de medidas para proteger essas informações contra divulgação durante o processo. Tais medidas poderão incluir a possibilidade de ocultar excertos sensíveis de documentos, conduzir audições à porta fechada, restringir o número de pessoas autorizadas a ver os elementos de prova, e instruir os peritos no sentido de apresentarem resumos das informações de forma agregada ou de outra forma não confidencial. Porém, as medidas de proteção dos segredos comerciais e de outras informações confidenciais não deverão impedir o exercício do direito a reparação.

(19) A presente diretiva não afeta a possibilidade de, nos termos do direito dos Estados-Membros, recorrer de ordens de divulgação nem as condições de interposição de tais recursos.

(20) O Regulamento (CE) nº 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho (5) rege o acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão e destina-se a conferir ao público o acesso mais amplo possível aos documentos dessas instituições. Contudo, esse direito está sujeito a certas restrições por motivos de interesse público ou privado. Daí decorre que o conjunto de exceções estabelecido no artigo 4º do referido regulamento se baseie no equilíbrio de interesses opostos numa dada situação, isto é, os interesses favorecidos pela divulgação dos documentos em questão e os interesses prejudicados por tal divulgação. A presente diretiva não deverá prejudicar as regras e práticas ao abrigo do Regulamento (CE) nº 1049/2001.

(21) A eficácia e a coerência da aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência exigem uma abordagem comum a nível da União no que respeita à divulgação dos elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência. A divulgação dos elementos de prova não deverá restringir indevidamente a efetividade da aplicação do direito da concorrência por uma autoridade da concorrência. A presente diretiva não abrange a divulgação de documentos internos de autoridades da concorrência nem a correspondência entre tais autoridades.

(22) A fim de assegurar a proteção efetiva do direito à reparação, não é necessário que todos os documentos relacionados com um processo ao abrigo do artigo 101º ou 102º do TFUE sejam divulgados a um demandante, meramente com fundamento na sua intenção de intentar uma ação de indemnização, já que é altamente improvável que a ação de indemnização tenha de ser baseada em todos os elementos de prova incluídos no processo relativo a tal investigação.

(23) O requisito de proporcionalidade deverá ser apreciado cuidadosamente quando a divulgação implique o risco de desvendar a estratégia de investigação de uma autoridade da concorrência, revelando que documentos integram o processo, ou o risco de ter um impacto negativo na forma como as empresas cooperam com as autoridades da concorrência. Haverá que ter especial atenção de forma a impedir “investigações prospetivas”, isto é, a pesquisa não específica ou excessivamente vasta de informações de improvável relevância para as partes na ação. Os pedidos de divulgação não deverão, pois, ser considerados proporcionados quando se referem à divulgação genérica de documentos no processo de uma autoridade da concorrência relativos a um determinado caso, ou à divulgação genérica de documentos apresentados por uma parte no contexto de um determinado caso. Tais pedidos de divulgação genérica não seriam compatíveis com o dever da parte demandante de especificar os elementos de prova ou as categorias de elementos de prova de forma tão precisa e estrita quanto possível.

(24) A presente diretiva não afeta o direito dos tribunais de considerarem, no âmbito do direito da União ou nacional, os interesses da aplicação pública efetiva do direito da concorrência quando ordenam a divulgação de qualquer tipo de elementos de prova, com exceção das declarações de clemência e de propostas de transação.

(25) Deverá aplicar-se uma isenção relativamente à divulgação que, se for concedida, seja suscetível de interferir indevidamente com uma investigação em curso, por parte de uma autoridade da concorrência, relativa a uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional. A informação preparada por uma autoridade da concorrência no decurso do seu processo para aplicação do direito da concorrência da União ou nacional e enviada às partes no âmbito

desse processo (como uma nota de ilicitude), ou preparada por uma parte nesse processo (como as respostas aos pedidos de informação da autoridade da concorrência ou os depoimentos de testemunhas), só deverá, por conseguinte, poder ser divulgada em ações de indemnização depois de a autoridade da concorrência ter concluído o seu processo, adotando, por exemplo, uma decisão nos termos do artigo 5º ou do capítulo III do Regulamento (CE) nº 1/2003, exceto decisões relativas a medidas provisórias.

(26) Os programas de clemência e os procedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a deteção e investigação eficiente das infrações mais graves ao direito da concorrência, e para a imposição de sanções contra tais infrações. Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência em processos de cartéis se baseiam numa declaração de clemência e as ações de indemnização nos processos de cartéis decorrem, de um modo geral dessas decisões, os programas de clemência são igualmente importantes para a efetividade de ações de indemnização em processos de cartéis. As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Tal isenção deverá aplicar-se também às citações literais de uma declaração de clemência ou de uma proposta de transação incluídas noutros documentos. Essas limitações em matéria de divulgação de elementos de prova não deverão impedir as autoridades da concorrência de publicarem as suas decisões em conformidade com o direito da União ou nacional aplicável. A fim de assegurar que esta isenção relativamente à divulgação não afete indevidamente o direito dos lesados à reparação, esta deverá limitar-se a tais declarações de clemência e propostas de transação voluntárias e autoincriminatórias.

(27) As regras da presente diretiva em matéria de divulgação de documentos, que não sejam as declarações de clemência e as propostas de transação, asseguram que os lesados continuem a dispor de alternativas suficientes para obter acesso aos elementos de prova relevantes de que necessitem para instruir as suas ações de indemnização. Os próprios tribunais deverão poder, a pedido do demandante, aceder a documentos para os quais

seja invocada a derrogação, a fim de determinar se o respetivo conteúdo é ou não abrangido pelas definições de declarações de clemência e propostas de transação estabelecidas na presente diretiva. Qualquer conteúdo não abrangido por essas definições deverá poder ser divulgado nas condições relevantes.

(28) Os tribunais nacionais deverão poder ordenar, a qualquer momento, no âmbito das ações de indemnização, a divulgação dos elementos de prova que existem independentemente do processo de uma autoridade da concorrência (“informação preexistente”).

(29) A divulgação de elementos de prova só deverá ser ordenada a uma autoridade da concorrência quando esses elementos de prova não puderem ser obtidos de forma razoável de outra parte ou de um terceiro.

(30) Nos termos do artigo 15º, nº 3, do Regulamento (CE) nº 1/2003, as autoridades da concorrência podem, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais nacionais sobre questões relacionadas com a aplicação do artigo 101º ou 102º do TFUE. A fim de preservar o contributo da aplicação pública para o cumprimento desses artigos, as autoridades da concorrência deverão igualmente poder apresentar, por sua própria iniciativa, as suas observações aos tribunais nacionais para efeitos de avaliar a proporcionalidade da divulgação dos elementos de prova incluídos nos seus processos, à luz do impacto que tal divulgação possa ter na efetividade da aplicação pública do direito da concorrência. Os Estados-Membros deverão poder instituir um sistema pelo qual a autoridade da concorrência seja informada dos pedidos de divulgação de informações, quando a pessoa que solicita essa divulgação ou a pessoa a quem esta é solicitada estiver envolvida na investigação efetuada pela autoridade da concorrência à alegada infração, sem prejuízo dos direitos nacionais que prevejam o processo não contraditório.

(31) Qualquer pessoa singular ou coletiva que obtenha elementos de prova através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência deverá poder utilizar esses elementos de prova para efeitos de uma ação de indemnização em que seja parte. Essa utilização também deverá ser permitida à pessoa singular ou coletiva que lhe suceda nos seus direitos e obrigações, nomeadamente através da aquisição do seu direito a pedir uma indemnização. Caso os elementos de prova tenham sido obtidos por uma pessoa coletiva que faça parte de um grupo empresarial que constitui uma empresa para efeitos da aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE, outras pessoas coletivas pertencentes à mesma empresa também deverão poder utilizá-los.

(32) No entanto, a utilização de elementos de prova através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência não deverá restringir indevidamente a aplicação efetiva do direito da concorrência por uma autoridade da concorrência. A fim de assegurar que as limitações à divulgação estabelecidas na presente diretiva não sejam comprometidas, a utilização de

elementos de prova dos tipos a que se referem os considerandos 24 e 25, obtidos unicamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, deverá ser limitada nas mesmas circunstâncias. A limitação deverá consistir na inadmissibilidade de apresentação em ações de indemnização ou em qualquer outra forma de proteção admitida ao abrigo das regras nacionais aplicáveis que possam assegurar o pleno efeito das limitações da divulgação desses tipos de elementos de prova. Além disso, os elementos de prova obtidos de uma autoridade da concorrência não deverão tornar-se um objeto de comércio. A possibilidade de utilizar elementos de prova obtidos unicamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência deverá, por conseguinte, ser limitada à pessoa singular ou coletiva a quem foi originariamente concedido o acesso e aos seus sucessores legais. Essa limitação a transações comerciais de elementos de prova não impede, porém, os tribunais nacionais de ordenarem a divulgação desses elementos de prova, nas condições previstas na presente diretiva.

(33) A apresentação de um pedido de indemnização ou o início de uma investigação pelas autoridades da concorrência acarreta o risco de que os envolvidos destruam ou ocultem elementos de prova que seriam úteis para fundamentar as ações de indemnização dos lesados. A fim de evitar a destruição de provas relevantes e garantir o cumprimento de ordens judiciais de divulgação, os tribunais nacionais deverão poder impor sanções suficientemente dissuasoras. No que se refere às partes no processo, o risco de que sejam tiradas conclusões desfavoráveis no âmbito da ação de indemnização pode ser uma sanção particularmente eficaz e evitar perdas de tempo. Deverão ser igualmente previstas sanções pelo não cumprimento de obrigações de proteção de informações confidenciais e pela utilização abusiva de informações obtidas através da divulgação. Do mesmo modo, deverão ser previstas sanções para o caso de a informação obtida através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência ser abusivamente utilizada em ações de indemnização.

(34) Assegurar a aplicação efetiva e coerente dos artigos 101º e 102º do TFUE pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência requer uma abordagem comum em toda a União sobre o efeito que as decisões definitivas das autoridades da concorrência nacionais em matéria de infração terão nas subsequentes ações de indemnização. Tais decisões apenas são adotadas depois de a Comissão ter sido informada da decisão prevista ou, na sua ausência, de qualquer documento que indique a linha de ação proposta por força do artigo 11º, nº 4, do Regulamento (CE) nº 1/2003, e se a Comissão não tiver privado a autoridade nacional da concorrência da sua competência dando início à tramitação nos termos do artigo 11º, nº 6, desse regulamento. A Comissão deverá assegurar a aplicação coerente do direito da concorrência da União, facultando orientações às autoridades nacionais da concorrência tanto

a nível bilateral como no âmbito da Rede Europeia da Concorrência. A fim de reforçar a segurança jurídica, evitar incoerências na aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE, aumentar a efetividade e a eficácia processual das ações de indemnização e promover o funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, a declaração de uma infração ao artigo 101º ou ao artigo 102º do TFUE numa decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou de um tribunal de recurso não deverá ser novamente pleiteada nas ações de indemnização subsequentes. Por isso, a referida infração declarada deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida nas ações de indemnização intentadas no Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou no tribunal de recurso relativas a essa infração. No entanto, o efeito da declaração só deverá abranger a natureza da infração e o seu âmbito material, pessoal, temporal e territorial, tal como determinado pela autoridade da concorrência ou pelo tribunal de recurso no exercício da sua competência. Caso, por decisão, se tenha declarado uma infração às disposições do direito nacional da concorrência em casos em que sejam aplicados no mesmo processo e em paralelo o direito da concorrência nacional e da União, a infração também deverá considerar-se irrefutavelmente estabelecida.

(35) Caso uma ação de indemnização seja intentada num Estado-Membro diferente do Estado-Membro da autoridade nacional da concorrência ou do tribunal de recurso que declarou a infração aos artigos 101º ou 102º do TFUE a que a ação se refere, essa declaração contida numa decisão definitiva proferida pela autoridade nacional da concorrência ou pelo tribunal de recurso deverá poder ser apresentada junto de um tribunal nacional pelo menos como elemento de prova *prima facie* da verificação de uma infração ao direito da concorrência. A declaração pode ser avaliada, conforme apropriado, juntamente com quaisquer outros elementos de prova produzidos pelas partes. O efeito de decisões tomadas por autoridades nacionais da concorrência e tribunais de recurso que declaram uma infração às regras de concorrência não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais ao abrigo do artigo 267º do TFUE.

(36) As regras nacionais em matéria de início, duração, suspensão ou interrupção dos prazos de prescrição não deverão impedir indevidamente a propositura de uma ação de indemnização. Isso é especialmente importante para as ações que se baseiem na declaração de uma infração por uma autoridade da concorrência ou um tribunal de recurso. Para esse efeito, deverá ser possível intentar uma ação de indemnização depois do processo conduzido pela autoridade da concorrência para aplicação do direito da concorrência nacional e da União. O prazo de prescrição não deverá começar a correr antes de cessar a infração e antes de o demandante ter conhecimento, ou de se poder razoavelmente esperar que tenha conhecimento, do comportamento que constitui a infração, do facto de que esta lhe causou danos e da identidade do

infrator. Os Estados-Membros deverão poder manter ou introduzir os prazos de prescrição absoluta de aplicação geral, desde que a duração de tais prazos de prescrição absoluta não torne praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral.

(37) Se várias empresas infringirem conjuntamente as regras da concorrência, como no caso de um cartel, convém prever que esses co-infratores sejam solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos causados pela infração. Um co-infrator deverá ter direito de regresso sobre os restantes co-infratores se pagar uma indemnização superior à sua parte. Compete à lei nacional aplicável, no respeito dos princípios de efetividade e equivalência, determinar essa parte em função da responsabilidade relativa de um dado infrator, bem como definir os critérios relevantes, como volume de negócios, a quota de mercado ou o papel desempenhado no cartel.

(38) As empresas que cooperam com as autoridades da concorrência no âmbito de um programa de clemência desempenham um papel essencial na exposição de infrações secretas cometidas por cartéis e na cessação das mesmas, atenuando frequentemente, desse modo, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse. Convém, por consequência, prever que as empresas beneficiárias de dispensa de coima concedida por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência sejam protegidas contra uma exposição indevida a ações de indemnização, tendo em conta que a decisão da autoridade da concorrência que declara a infração se pode tornar definitiva para o beneficiário de dispensa de coima antes de se tornar definitiva para as outras empresas que não beneficiam de dispensa de coima, tornando assim o beneficiário o alvo preferencial da litigância. Convém, por conseguinte, que o beneficiário de dispensa de coima seja, em princípio, exonerado da responsabilidade solidária pela totalidade dos danos e que a sua comparticipação relativamente aos coinfratores não exceda o montante dos danos causados aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Na medida em que um cartel tenha causado danos a outros que não os clientes ou os fornecedores das empresas infratoras, a comparticipação do beneficiário de dispensa de coima não deverá exceder a sua responsabilidade relativa pelos danos causados pelo cartel. Essa parte deverá ser determinada em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar a comparticipação dos infratores. O beneficiário de dispensa de coima deverá permanecer totalmente responsável em relação aos lesados que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos apenas se eles não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores.

(39) Os danos na forma de danos emergentes decorrem da diferença de preço entre o que efetivamente foi pago e o que teria sido pago na ausência da

infração. Quando um lesado tiver reduzido os seus danos emergentes através da sua repercussão, total ou parcial, nos seus próprios adquirentes, a perda repercutida deixa de constituir um dano que deva ser indemnizado à parte que a repercutiu. Consequentemente, em princípio, o infrator deverá ser autorizado a invocar a repercussão dos danos emergentes como meio de defesa numa ação de indemnização. Convém prever que o infrator, na medida em que invoque a repercussão dos custos adicionais como meio de defesa, tenha de provar a existência e o grau de repercussão desses custos. Esse ónus da prova não deverá afetar a possibilidade de o infrator utilizar outros elementos de prova além dos que tem em seu poder, tais como elementos de prova já adquiridos no processo ou elementos de prova detidos por outras partes ou por terceiros.

(40) Nas situações em que a repercussão dos custos adicionais resulte na diminuição das vendas e, por conseguinte, em danos sob a forma de lucros cessantes, o direito de pedir reparação por esses lucros cessantes não deverá ser afetado.

(41) A repercussão dos aumentos de preço a jusante da cadeia de abastecimento poderá constituir uma prática comercial, em função das condições em que operam as empresas. Os consumidores ou as empresas nos quais tenham sido assim repercutidos os danos emergentes sofreram um dano causado por uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional. Embora esses danos devam ser objeto de uma reparação pelo infrator, pode ser particularmente difícil para os consumidores ou para as empresas que não tenham adquirido nada diretamente ao infrator provar a medida desses danos. Por conseguinte, convém prever que, quando a existência de um pedido de indemnização ou o montante da indemnização a conceder dependerem de saber se, e em que grau, um custo adicional pago pelo adquirente direto do infrator foi repercutido no adquirente indireto, se considere que este último provou que foi repercutido ao seu nível um custo adicional pago pelo adquirente direto, caso possa demonstrar, *prima facie*, essa repercussão. Esta presunção ilidível é aplicável, salvo se o infrator puder demonstrar de maneira credível ao tribunal que o dano emergente não foi repercutido, ou não foi integralmente repercutido, no adquirente indireto. Convém, além disso, definir em que condições se deve considerar que o adquirente indireto fez tal prova *prima facie*. No que respeita à quantificação da repercussão, o tribunal nacional deverá ter competência para calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos, em litígios nele pendentes.

(42) A Comissão deverá dar aos tribunais nacionais orientações claras, simples e circunstanciadas sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos.

(43) As infrações ao direito da concorrência dizem frequentemente respeito às condições e ao preço a que os bens ou serviços são vendidos e

originam um custo adicional e outros danos aos clientes dos infratores. A infração pode também referir-se a fornecimentos ao infrator (por exemplo, no caso de um cartel de compradores). Nesses casos, os danos emergentes poderão resultar do preço inferior pago pelos infratores aos seus fornecedores. A presente diretiva e, em especial, as regras sobre a repercussão deverão ser aplicadas em conformidade com esses casos.

(44) As ações de indemnização podem ser intentadas tanto por quem adquiriu bens ou serviços ao infrator como por adquirentes a jusante na cadeia de abastecimento. No interesse da coerência entre decisões judiciais proferidas em processos conexos e para, dessa forma, evitar os danos causados por falta de reparação integral de uma infração ao direito da concorrência da União ou nacional ou pelo facto de o infrator ser obrigado a pagar indemnização por danos não verificados, os tribunais nacionais deverão ser competentes para calcular a parte dos custos adicionais incorrida pelos adquirentes diretos ou indiretos em litígios neles pendentes. Neste contexto, os tribunais nacionais deverão poder ter em devida conta, pelos meios processuais ou substantivos disponíveis no direito da União e no direito nacional, quaisquer ações conexas e respetivas decisões, em especial quando conclua que foi provada a repercussão dos custos adicionais. Os tribunais nacionais deverão dispor dos meios processuais adequados, como a cumulação de pedidos, a fim de assegurar que a indemnização por danos emergentes paga a qualquer nível da cadeia de abastecimento não exceda o custo adicional causado a esse nível. Esses meios também deverão estar disponíveis em processos transfronteiriços. Tal possibilidade de ter em devida conta as decisões judiciais não deverá prejudicar os direitos fundamentais de defesa, e os direitos a um recurso efetivo e a um processo equitativo daqueles que não são partes em tais processos judiciais, nem prejudicar as regras sobre o valor probatório das decisões judiciais proferidas nesse contexto. É possível que ações pendentes nos tribunais de diferentes Estados-Membros possam ser consideradas conexas na aceção do artigo 30º do Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho (6). Nos termos desse artigo, os tribunais nacionais nos quais a ação tenha sido intentada, exceto aqueles em que tenha sido intentada em primeiro lugar, podem suspender a instância ou, em certas circunstâncias, declarar-se incompetentes. A presente diretiva não deverá prejudicar os direitos nem as obrigações dos tribunais nacionais no âmbito desse regulamento.

(45) O lesado que tenha provado que sofreu danos em resultado de uma infração ao direito da concorrência também deverá provar a extensão dos danos sofridos para obter uma indemnização. A quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência é uma operação que exige um intenso apuramento dos factos e pode requerer a aplicação de modelos económicos complexos. Isso é frequentemente muito oneroso, sendo difícil

para os demandantes obter os dados necessários para fundamentar os seus pedidos. Assim, a quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência pode constituir um obstáculo significativo que impede o pedido efetivo de reparação.

(46) Na falta de regras da União sobre a quantificação dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência, compete ao ordenamento jurídico nacional de cada Estado-Membro determinar as suas próprias regras sobre a quantificação dos danos e aos Estados-Membros e tribunais nacionais determinar os requisitos que o demandante tem de cumprir para provar o montante dos danos sofridos, os métodos que podem ser utilizados para quantificar o montante e as consequências da impossibilidade do cumprimento pleno desses requisitos. No entanto, esses requisitos do direito nacional sobre a quantificação dos danos causados no domínio do direito da concorrência não deverão ser menos favoráveis do que aqueles que regem ações nacionais análogas (princípio da equivalência) nem deverão tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização garantido pelo direito da União (princípio da efetividade). Deverá atender-se a quaisquer assimetrias de informação entre as partes e ao facto de a quantificação dos danos implicar a apreciação da forma como o mercado em questão teria evoluído na ausência da infração. Esta apreciação implica uma comparação com uma situação que, por definição, é hipotética, pelo que nunca poderá ser feita com toda a exatidão. Convém, portanto, assegurar que os tribunais nacionais sejam dotados da competência para calcular o montante dos danos causados pela infração ao direito da concorrência. Os Estados-Membros deverão assegurar, quando lhes for pedido, que as autoridades nacionais da concorrência facultem orientação relativamente à quantificação. A fim de assegurar a coerência e a previsibilidade, a Comissão deverá facultar orientação geral a nível da União.

(47) Para corrigir a assimetria de informação e algumas das dificuldades associadas à quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência da União e para assegurar a efetividade dos pedidos de indemnização, convém presumir que as infrações cometidas por cartéis dão origem a danos, em especial através de um efeito sobre os preços. Em função das circunstâncias específicas de cada caso, os cartéis dão origem ao aumento de preços ou impedem a descida de preços que, de outro modo, ocorreriam na sua ausência. Essa presunção não deverá abranger o montante concreto dos danos. Os infratores deverão poder ilidir tal presunção. Convém limitar esta presunção ilidível a cartéis, tendo em conta a sua natureza secreta, que acentua a referida assimetria de informação e agrava a dificuldade, para os demandantes, de obterem os elementos de prova necessários para provar os danos.

(48) É desejável alcançar uma resolução definitiva para os demandantes, a fim de reduzir a insegurança jurídica para os infratores e os lesados. Por

consequente, os infratores e os lesados deverão ser incentivados a acordar numa reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a resolução extrajudicial de litígios (incluindo aqueles em que um juiz pode declarar uma resolução vinculativa), a arbitragem, a mediação ou a conciliação. A resolução amigável de litígios deverá cobrir o maior número legalmente possível de lesados e infratores. As disposições da presente diretiva sobre a resolução amigável de litígios visam, por conseguinte, facilitar a utilização de tais mecanismos e aumentar a sua eficácia.

(49) Os prazos de prescrição para intentar uma ação de indemnização poderão ser de molde a impedir que os lesados e os infratores tenham tempo suficiente para chegar a acordo sobre a indemnização a pagar. A fim de proporcionar a ambos uma genuína oportunidade de chegar a uma resolução amigável do litígio antes de intentar ação nos tribunais nacionais, os prazos de prescrição devem, portanto, ser suspensos enquanto decorrer o processo de resolução amigável do litígio.

(50) Além disso, quando as partes decidem iniciar uma resolução amigável do litígio depois de uma ação de indemnização relativa ao mesmo pedido ter sido proposta num tribunal nacional, esse tribunal deverá poder suspender a instância enquanto durar o processo de resolução amigável do litígio. Ao estudar a possibilidade de suspender a instância, o tribunal nacional deverá ter em conta as vantagens de garantir a celeridade do processo.

(51) Para encorajar as resoluções amigáveis, o infrator que paga indemnização através da resolução amigável do litígio não deverá ficar, face aos seus coinfratores, numa situação mais desfavorável do que ficaria sem a resolução amigável. Tal pode acontecer se um infrator que participa numa resolução amigável continuar, mesmo depois da resolução amigável, a ser solidariamente responsável na íntegra pela indemnização dos danos causados pela infração. Por conseguinte, um infrator que participa numa resolução amigável não deverá em princípio ficar sujeito à obrigação de regresso em relação aos seus coinfratores que não participam na resolução amigável quando estes últimos paguem uma indemnização ao lesado com o qual o primeiro infrator tenha anteriormente chegado a uma resolução amigável. O corolário desta regra de não comparticipação é o facto de o pedido de indemnização do lesado dever ser deduzido da parte dos danos que lhe foram causados imputável ao infrator que participa na resolução amigável, independentemente de o montante da resolução ser igual ou diferente da parte relativa dos danos que o coinfrator que participa na resolução amigável tenha causado ao lesado que participa na resolução amigável. Essa parte relativa deverá ser determinada em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar a comparticipação dos infratores. Sem essa

dedução, os infratores que não participam na resolução amigável seriam indevidamente afetados pela resolução amigável de que não foram parte. Todavia, a fim de assegurar o direito à reparação integral, os coinfratores que participam na resolução amigável deverão ainda pagar uma indemnização, se tal for a única possibilidade de o lesado obter uma reparação no que respeita ao remanescente do pedido de indemnização. O remanescente do pedido de indemnização refere-se à indemnização pedida pelo lesado que participa na resolução amigável deduzida da parte dos danos que lhe tenham sido causados pela infração imputável ao coinfrator que participa na resolução amigável. É possível reclamar o pagamento da indemnização ao coinfrator que participa na resolução amigável, salvo exclusão expressa nos termos da resolução amigável.

(52) Deverá evitar-se que os coinfratores que participam na resolução amigável paguem um montante total de reparação superior à sua responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração, mediante o pagamento aos coinfratores que não participam na resolução amigável da comparticipação na indemnização por estes paga aos lesados que não participam na resolução amigável. Por conseguinte, quando os co-infratores que participam numa resolução amigável forem chamados a comparticipar numa indemnização subsequentemente paga pelos coinfratores que não participam na resolução amigável a lesados que não participam na mesma, o tribunal nacional deverá ter em conta a indemnização já paga através da resolução amigável, tendo em mente que nem todos os coinfratores participam necessariamente da mesma forma em todo o âmbito substantivo, temporal e geográfico da infração.

(53) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

(54) Atendendo a que o objetivo da presente diretiva, a saber, o estabelecimento de regras relativas a ações de indemnização por infração direito da concorrência da União, a fim de assegurar o pleno efeito dos artigos 101º e 102º do TFUE e o correto funcionamento do mercado interno tanto para as empresas como para os consumidores, não pode ser suficientemente alcançado pelos Estados-Membros mas pode, em virtude da exigência de efetividade e coerência na aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE, ser mais bem alcançado a nível da União, a União pode adotar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 5º do TUE. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade, consagrado no mesmo artigo, a presente diretiva não excede o necessário para atingir esse objetivo.

(55) De acordo com a Declaração Política Conjunta, de 28 de setembro de 2011, dos Estados-Membros e da Comissão sobre os documentos explicativos (7), os Estados-Membros comprometeram-se a fazer acompanhar a

notificação das suas medidas de transposição, nos casos em que tal se justifique, de um ou mais documentos explicativos da relação entre as componentes da diretiva e as partes correspondentes dos instrumentos de transposição nacional. No que respeita à presente diretiva, o legislador considera justificada a transmissão de tais documentos.

(56) É apropriado prever regras para a aplicação no tempo da presente diretiva,

ADOTARAM A PRESENTE DIRETIVA:

CAPÍTULO I

OBJETO, ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Artigo 1º

Objeto e âmbito de aplicação

1. A presente diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação. A presente diretiva estabelece regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento, assegurando uma proteção equivalente em toda a União para as pessoas que sofram tais danos.

2. A presente diretiva estabelece regras para a articulação entre a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades da concorrência e a aplicação dessas regras em ações de indemnização perante os tribunais nacionais.

Artigo 2º

Definições

Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

1) “Infração ao direito da concorrência”, uma violação dos artigos 101º ou 102º do TFUE ou do direito nacional da concorrência;

2) “Infrator”, a empresa ou a associação de empresas que cometeu uma infração ao direito da concorrência;

3) “Direito nacional da concorrência”, as disposições do direito nacional que visam predominantemente o mesmo objetivo que os artigos 101º e 102º do TFUE e que são aplicadas no mesmo processo e em paralelo com o direito da concorrência da União, nos termos do artigo 3º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 1/2003, excluindo as disposições do direito nacional que impõem sanções penais a pessoas singulares, exceto na medida em que tais sanções penais constituam os meios para aplicar as regras de concorrência às empresas;

4) “Ação de indemnização”, uma ação intentada ao abrigo do direito nacional através da qual é apresentado um pedido de indemnização junto de um tribunal nacional por uma parte alegadamente lesada ou por uma pessoa que age em nome de uma ou mais partes alegadamente lesadas, caso o direito da União ou o direito nacional o preveja, ou por uma pessoa singular ou coletiva que tenha sucedido no direito da parte alegadamente lesada, incluindo a pessoa que adquiriu o seu pedido;

5) “Pedido de indemnização”, um pedido de reparação dos danos causados por uma infração ao direito da concorrência;

6) “Lesado”, uma pessoa que sofreu danos causados por uma infração ao direito da concorrência;

7) “Autoridade nacional da concorrência”, uma autoridade designada por um Estado-Membro nos termos do artigo 35º do Regulamento (CE) nº 1/2003, como responsável pela aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE;

8) “Autoridade da concorrência”, a Comissão ou uma autoridade nacional da concorrência, ou ambas, conforme o contexto o exija;

9) “Tribunal nacional”, um tribunal de um Estado-Membro na aceção do artigo 267º do TFUE;

10) “Tribunal de recurso”, um tribunal nacional competente para, através de recurso ordinário, apreciar decisões de uma autoridade nacional da concorrência ou decisões judiciais proferidas sobre essas decisões, independentemente da competência desse tribunal para declarar a existência de uma infração ao direito da concorrência;

11) “Decisão em matéria de infração”, uma decisão de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal de recurso que declara uma infração ao direito da concorrência;

12) “Decisão definitiva em matéria de infração”, uma decisão em matéria de infração que não pode ou já não pode ser objeto de recurso ordinário;

13 “Elementos de prova”, todos os tipos de provas admissíveis perante o tribunal nacional da causa, em especial os documentos e todos os outros objetos que contêm informações, independentemente do suporte em que essas informações são armazenadas;

14) “Cartel”, um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes;

15) “Programa de clemência”, um programa relativo à aplicação do artigo 101º do TFUE ou de uma disposição correspondente do direito nacional, com base no qual um participante num cartel secreto, independentemente das outras empresas participantes no cartel, coopera numa investigação da autoridade da concorrência, facultando voluntariamente informações do seu conhecimento sobre o cartel e o papel que nele desempenha, recebendo, em contrapartida, mediante decisão ou suspensão do processo, dispensa ou redução de coima aplicável pela sua participação no cartel;

16) “Declaração de clemência”, qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma empresa ou uma pessoa singular, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa empresa ou pessoa singular tem conhecimento sobre um cartel e o papel que a mesma nele desempenha, elaborada especificamente para apresentação à autoridade da concorrência a fim de obter dispensa ou redução da coima ao abrigo de um programa de clemência, excluindo as informações preexistentes;

17) “Informações preexistentes”, os elementos de prova que existem independentemente de uma investigação de uma autoridade da concorrência, quer constem ou não do processo da autoridade da concorrência;

18) “Proposta de transação”, qualquer comunicação voluntária apresentada por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência na qual a empresa reconheça ou renuncie a contestar a sua participação numa infração ao direito da concorrência e a sua responsabilidade por essa infração ao direito da concorrência, e elaborada especificamente para que a autoridade da concorrência possa aplicar um procedimento simplificado ou acelerado;

19) “Beneficiário de dispensa de coima”, uma empresa ou uma pessoa singular à qual a autoridade da concorrência concedeu dispensa de coimas no âmbito de um programa de clemência;

20) “Custo adicional”, a diferença entre o preço efetivamente pago e o preço que seria praticado na ausência de infração ao direito da concorrência;

21) “Resolução amigável de litígios”, qualquer mecanismo que permita às partes chegarem a uma resolução extrajudicial do litígio respeitante ao pedido de indemnização;

22) “Transação amigável”, um acordo alcançado através da resolução amigável de litígios;

23) “Adquirente direto”, uma pessoa singular ou coletiva que adquiriu, diretamente a um infrator, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência;

24) “Adquirente indireto”, uma pessoa singular ou coletiva que adquiriu, não diretamente a um infrator mas através de um adquirente direto ou subsequente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência ou bens ou serviços que os contêm ou que deles derivam.

Artigo 3º

Direito à reparação integral

1. Os Estados-Membros asseguram que as pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos.

2. A reparação integral coloca a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida. Por conseguinte, abrange o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes acrescido do pagamento de juros.

3. A reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo.

Artigo 4º

Princípios da efetividade e da equivalência

Em conformidade com o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência. Em conformidade com o princípio da equivalência, as regras e os processos nacionais relativos a ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101º ou 102º do TFUE não podem ser menos favoráveis para as partes alegadamente lesadas do que aqueles que regem ações de indemnização análogas resultantes de infrações ao direito nacional.

CAPÍTULO II

DIVULGAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA

Artigo 5º

Divulgação de elementos de prova

1. Os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indemnização na União e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova relevantes que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam, a pedido do demandado, ordenar ao demandante ou a terceiros a divulgação de elementos de prova relevantes.

O presente número não prejudica os direitos e as obrigações dos tribunais nacionais nos termos do Regulamento (CE) nº 1206/2001.

2. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam ordenar a divulgação de determinados elementos de prova ou de categorias relevantes de elementos de prova, caracterizados de forma tão precisa e estrita quanto possível com base em factos razoavelmente disponíveis indicados na justificação fundamentada.

3. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais limitem a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional. Ao determinar se a divulgação requerida por uma parte é proporcional, os tribunais nacionais ponderam os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados. Têm, nomeadamente, em consideração:

a) A medida em que o pedido de indemnização ou a defesa são fundamentados em factos e elementos de prova disponíveis que justificam o pedido de divulgação dos elementos de prova;

b) O âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados, inclusive para evitar pesquisas não específicas de informação de relevância improvável para as partes no processo;

c) Se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais.

4. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais tenham competência para ordenar a divulgação dos elementos de prova que contêm informações confidenciais quando a considerarem relevante para a ação de indemnização. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais disponham de medidas eficazes para proteger tais informações quando ordenam a sua divulgação.

5. O interesse das empresas em evitar ações de indemnização na sequência de uma infração ao direito da concorrência não constitui interesse que justifique proteção.

6. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais confirmem pleno efeito ao sigilo profissional de advogado aplicável nos termos do direito da União ou do direito nacional, quando ordenam a divulgação de elementos de prova.

7. Os Estados-Membros asseguram que as pessoas de quem se requer a divulgação tenham oportunidade de ser ouvidas antes de o tribunal nacional ordenar a divulgação nos termos do presente artigo.

8. Sem prejuízo dos nºs 4 e 7, e do artigo 6º, o presente artigo não impede que os Estados-Membros mantenham ou introduzam regras que conduzam a uma divulgação mais alargada dos elementos de prova.

Artigo 6º

Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência

1. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, caso os tribunais nacionais ordenem a divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência, seja aplicado o presente artigo, para além do artigo 5º.

2. O presente artigo não prejudica as regras nem as práticas ao abrigo do Regulamento (CE) nº 1049/2001 em matéria de acesso do público aos documentos.

3. O presente artigo não prejudica as regras nem as práticas ao abrigo do direito da União ou do direito nacional em matéria de proteção de documentos internos das autoridades da concorrência e da correspondência entre estas autoridades.

4. Ao avaliar, de acordo com o artigo 5º, nº 3, a proporcionalidade de uma decisão de divulgação de informações, os tribunais nacionais ponderam também o seguinte:

a) Se o pedido foi formulado especificamente no que respeita à natureza, ao objeto ou ao conteúdo dos documentos apresentados à autoridade da concorrência ou incluídos no processo dessa autoridade, ou se é um pedido não específico relativo a documentos apresentados a uma autoridade da concorrência;

b) Se a parte que requer a divulgação o faz no âmbito de uma ação de indemnização perante um tribunal nacional; e

c) Relativamente aos nºs 5 e 10, ou a pedido da autoridade da concorrência nos termos do nº 11, se é necessário salvaguardar a efetividade da aplicação do direito da concorrência pelas entidades públicas.

5. Os tribunais nacionais só podem ordenar a divulgação das seguintes categorias de elementos de prova depois de a autoridade da concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo:

a) A informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência;

b) A informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo; e

c) As propostas de transação revogadas.

6. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação:

a) As declarações de clemência, e

b) As propostas de transação.

7. O demandante pode apresentar um pedido fundamentado de acesso do tribunal nacional aos elementos de prova referidos no nº 6, alínea a) ou b), para o efeito exclusivo de assegurar que o conteúdo de tais elementos é conforme com as definições estabelecidas no artigo 2º, pontos 16 e 18. Nessa avaliação, os tribunais nacionais só podem pedir assistência à autoridade da concorrência competente. Os autores dos elementos de prova em causa também podem ser ouvidos. O tribunal nacional não pode em nenhuma circunstância permitir o acesso de outras partes ou de terceiros a esses elementos de prova.

8. Se o elemento de prova requerido apenas for parcialmente abrangido pelo âmbito do nº 6, as restantes partes são divulgadas nos termos das disposições aplicáveis do presente artigo, conforme a categoria a que pertençam.

9. A divulgação de elementos de prova incluídos no processo da autoridade da concorrência e não abrangidos por nenhuma das categorias mencionadas no presente artigo pode ser ordenada a qualquer momento em ações de indemnização, sem prejuízo do presente artigo.

10. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais só requeiram à autoridade da concorrência a divulgação de elementos de prova incluídos no seu processo, caso nenhuma parte ou nenhum terceiro os possa fornecer de modo razoável.

11. Na medida em que pretenda pronunciar-se sobre a proporcionalidade dos pedidos de divulgação, uma autoridade da concorrência pode, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas ao tribunal nacional junto do qual se pede que seja ordenada a divulgação.

Artigo 7º

Limites à utilização de elementos de prova obtidos exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência

1. Os Estados-Membros asseguram que os elementos de prova das categorias referidas no artigo 6º, nº 6, obtidos por uma pessoa singular ou coletiva, exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, sejam considerados inadmissíveis em ações de indemnização ou de outro modo protegidos ao abrigo das regras nacionais aplicáveis, a fim de assegurar o pleno efeito dos limites à divulgação dos elementos de prova estabelecidos no artigo 6º.

2. Os Estados-Membros asseguram que, até a autoridade da concorrência concluir o seu processo mediante decisão ou outro meio, os elementos de prova das categorias referidas no artigo 6º, nº 5, obtidos por uma pessoa singular ou coletiva, exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência, sejam considerados inadmissíveis em ações de indemnização ou de outro modo protegidos ao abrigo das regras nacionais aplicáveis, a fim de assegurar o pleno efeito dos limites à divulgação dos elementos de prova estabelecidos no artigo 6º.

3. Os Estados-Membros asseguram que os elementos de prova obtidos por uma pessoa singular ou coletiva, exclusivamente através do acesso ao processo de uma autoridade da concorrência e não abrangidos pelos n.ºs 1 ou 2, só possam ser utilizados numa ação de indemnização por essa pessoa ou por uma pessoa singular ou coletiva que seja sucessora nos seus direitos, incluindo a pessoa que adquiriu o seu direito à indemnização.

Artigo 8º **Sanções**

1. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam impor de forma efetiva sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais em qualquer dos seguintes casos:

- a) Incumprimento de uma ordem de divulgação de um tribunal nacional ou recusa de a cumprir;
- b) Destruição de elementos de prova relevantes;
- c) Incumprimento das obrigações impostas por decisão do tribunal nacional destinadas a proteger informações confidenciais ou recusa de as cumprir;
- d) Violação dos limites à utilização dos elementos de prova, previstos no presente capítulo.

2. Os Estados-Membros asseguram que as sanções que podem ser impostas pelos tribunais nacionais sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas. As sanções ao dispor dos tribunais nacionais incluem, no que respeita ao comportamento de uma parte na ação de indemnização, a possibilidade de tirar conclusões desfavoráveis, tais como presumir que os factos controvertidos ficaram provados ou julgar, total ou parcialmente, improcedentes os pedidos e meios de defesa, bem como condenar no pagamento das custas.

CAPÍTULO III **EFEITO DAS DECISÕES NACIONAIS, PRAZOS DE PRESCRIÇÃO, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**

Artigo 9º

Efeito das decisões nacionais

1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101º ou do artigo 102º do TFUE ou do direito nacional da concorrência.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.º 1 sejam proferidas noutra Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova prima facie de uma infração ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes.

3. O presente artigo não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais nos termos do artigo 267.º do TFUE.

Artigo 10.º

Prazos de prescrição

1. Os Estados-Membros estabelecem, nos termos do presente artigo, as regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização. Essas regras determinam quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do mesmo e as circunstâncias em que este é interrompido ou suspenso.

2. O prazo de prescrição não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento:

a) Do comportamento em causa e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;

b) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado dano; e

c) Da identidade do infrator.

3. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de cinco anos.

4. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído.

Artigo 11.º

Responsabilidade solidária

1. Os Estados-Membros asseguram que as empresas que infringem o direito da concorrência por meio de um comportamento conjunto sejam solidariamente responsáveis pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência; cada uma dessas empresas fica obrigada a reparar integralmente

os danos, e o lesado tem o direito de exigir reparação integral de qualquer uma delas até ser indenizado na íntegra.

2. Em derrogação ao nº 1 e sem prejuízo do direito à reparação integral estabelecido no artigo 3º, os Estados-Membros asseguram, caso o infrator seja uma pequena ou média empresa (PME) de acordo com a definição constante da Recomendação 2003/361/CE da Comissão (8), que o infrator só seja responsável perante os seus próprios adquirentes diretos e indiretos se:

a) A sua quota de mercado no mercado relevante for inferior a 5% em qualquer momento durante o período de infração ao direito da concorrência; e

b) A aplicação das regras normais de responsabilidade solidária prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente os seus ativos.

3. A derrogação estabelecida no nº 2 não se aplica se:

a) A PME tiver liderado a infração ao direito da concorrência ou coagido outras empresas a participarem na infração; ou

b) A PME tiver sido anteriormente condenada por infração ao direito da concorrência.

4. Em derrogação ao nº 1, os Estados-Membros asseguram que o beneficiário da dispensa de coima seja solidariamente responsável:

a) Perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos; e

b) Perante os outros lesados, apenas se não puder ser obtida reparação integral das outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência.

Os Estados-Membros asseguram que qualquer prazo de prescrição aplicável aos casos abrangidos pelo presente número seja razoável e suficiente para permitir aos lesados intentarem tais ações.

5. Os Estados-Membros asseguram que um infrator possa recuperar, de qualquer outro infrator, uma participação num montante determinado em função da responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. O montante da participação de um infrator ao qual foi concedida dispensa de coima no âmbito de um programa de clemência não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos.

6. Os Estados-Membros asseguram que, na medida em que a infração ao direito da concorrência tenha causado danos a outros lesados além dos adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos dos infratores, o montante de qualquer participação do beneficiário de dispensa de coima a outro infrator seja determinado em função da sua responsabilidade relativa por esses danos.

CAPÍTULO IV

A REPERCUSSÃO DOS CUSTOS ADICIONAIS

Artigo 12º

Repercussão dos custos adicionais e direito à reparação integral

1. A fim de garantir a plena efetividade do direito à reparação integral estabelecido no artigo 3º, os Estados-Membros asseguram, de acordo com as regras estabelecidas no presente capítulo, que a reparação do dano possa ser reclamada por quem o sofreu, independentemente de ser adquirente direto ou indireto do infrator, e que sejam evitadas a reparação excessiva do dano causado ao demandante pela infração ao direito da concorrência, e a ausência de responsabilidade do infrator.

2. A fim de evitar a reparação excessiva, os Estados-Membros estabelecem as regras processuais apropriadas que assegurem que a reparação por danos efetivos a qualquer nível da cadeia de abastecimento não exceda o dano de custo adicional sofrido a esse nível.

3. O presente capítulo não prejudica o direito do lesado de reclamar e obter reparação por lucros cessantes, devidos à repercussão total ou parcial dos custos adicionais.

4. Os Estados-Membros asseguram que as regras do presente capítulo sejam aplicáveis com as devidas adaptações quando a infração ao direito da concorrência estiver relacionada com um fornecimento ao infrator.

5. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais tenham competência, de acordo com os processos nacionais, para calcular a parte dos custos adicionais que foi repercutida.

Artigo 13º

Defesa baseada na repercussão dos custos adicionais

Os Estados-Membros asseguram que o demandado numa ação de indemnização possa invocar como meio de defesa contra um pedido de indemnização o facto de o demandante ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao direito da concorrência. O ónus da prova de que os custos adicionais foram repercutidos recai sobre o demandado, que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandante ou por terceiros.

Artigo 14º

Adquirentes indiretos

1. Os Estados-Membros asseguram que, em ações de indemnização nas quais a existência de um pedido de indemnização ou o montante da reparação a atribuir dependam de terem sido repercutidos custos adicionais no demandante ou do grau

de tal repercussão, tendo em conta a prática comercial de repercutir os aumentos de preço a jusante da cadeia de abastecimento, o ónus da prova da existência e do âmbito dessa repercussão recaia sobre o demandante, que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandado ou por terceiros.

2. Na situação referida no n.º 1, considera-se que o adquirente indireto provou que os custos adicionais foram nele repercutidos, se o adquirente indireto tiver demonstrado que:

- a) O demandado cometeu uma infração ao direito da concorrência;
- b) A infração ao direito da concorrência teve como consequência um custo adicional para o adquirente direto do demandado; e
- c) O adquirente indireto adquiriu os bens ou serviços que são objeto da infração ao direito da concorrência, ou adquiriu bens ou serviços derivados dos bens ou serviços que são objeto dessa infração ou que os contém.

O presente número não se aplica quando o demandado possa demonstrar de maneira credível ao tribunal que o custo adicional não foi repercutido, ou não o foi na íntegra, no adquirente indireto.

Artigo 15º

Ações de indemnização intentadas por demandantes situados em diferentes níveis da cadeia de abastecimento

1. Para evitar que as ações de indemnização intentadas por demandantes situados em diferentes níveis da cadeia de abastecimento conduzam à responsabilidade múltipla ou à ausência de responsabilidade do infrator, os Estados-Membros asseguram que, ao apreciar se o ónus da prova resultante da aplicação dos artigos 13º e 14º foi cumprido, os tribunais nacionais junto dos quais foi intentada uma ação de indemnização possam ter devidamente em conta, pelos meios disponíveis ao abrigo do direito da União ou do direito nacional:

- a) As ações de indemnização relacionadas com a mesma infração ao direito da concorrência, mas intentadas por demandantes situados noutros níveis da cadeia de abastecimento; ou
- b) As decisões judiciais proferidas no âmbito de ações de indemnização, como referidas na alínea a); ou
- c) As informações relevantes de domínio público decorrentes de casos de aplicação do direito da concorrência por entidades públicas.

2. O presente artigo não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais decorrentes do artigo 30º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012.

Artigo 16º

Orientações destinadas aos tribunais nacionais

A Comissão emite orientações claras, simples e circunstanciadas destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos.

CAPÍTULO V

QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

Artigo 17º

Quantificação dos danos

1. Os Estados-Membros asseguram que nem o ónus da prova nem o grau de convicção do julgador exigidos para a quantificação dos danos tornem o exercício do direito à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais sejam competentes, de acordo com os processos nacionais, para calcular o montante dos danos, se for estabelecido que o demandante sofreu danos mas seja praticamente impossível ou excessivamente difícil quantificar com precisão os danos sofridos, com base nos elementos de prova disponíveis.

2. Presume-se que as infrações de cartel causam danos. O infrator tem o direito de ilidir essa presunção.

3. Os Estados-Membros asseguram que, nas ações de indemnização, a autoridade nacional da concorrência possa, a pedido do tribunal nacional, prestar-lhe assistência na quantificação dos danos, caso a autoridade nacional da concorrência considerar adequada a prestação dessa assistência.

CAPÍTULO VI

RESOLUÇÃO AMIGÁVEL DE LITÍGIOS

Artigo 18º

Efeito suspensivo e outros efeitos da resolução amigável de litígios

1. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização seja suspenso durante qualquer processo de resolução amigável de litígios. A suspensão do prazo de prescrição aplica-se apenas no que respeita às partes que participam ou participaram ou estão ou estiveram representadas na resolução amigável de litígios.

2. Sem prejuízo das disposições do direito nacional em matéria de arbitragem, os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais junto dos quais tenha sido proposta uma ação de indemnização possam suspender a instância, até dois anos, caso as partes nesse processo participem numa resolução amigável de litígios relativamente ao pedido apresentado nessa ação de indemnização.

3. A autoridade da concorrência pode considerar que a indemnização paga em resultado de transação amigável e anterior à sua decisão de impor uma coima constitui uma circunstância atenuante.

Artigo 19º

Efeito das transações amigáveis em ações de indemnização subsequentes

1. Os Estados-Membros asseguram que, na sequência de uma transação amigável, seja deduzida do pedido de indemnização do lesado que participa na resolução amigável a parte do coinfrator que participa na transação amigável nos danos que tenham sido causados pela infração ao direito da concorrência.

2. Qualquer pedido remanescente de indemnização do lesado que participa na transação amigável só pode ser reclamado a coinfratores que não participam na transação amigável. Estes não podem exercer, no que respeita ao pedido remanescente, direito de regresso contra o coinfrator que participa na transação amigável.

3. Em derrogação ao nº 2, os Estados-Membros asseguram que, caso os coinfratores que não participam na transação amigável não possam pagar a indemnização correspondente ao pedido de indemnização remanescente do lesado que participa na transação amigável, este último possa reclamar o remanescente ao co-infrator que participa na transação amigável.

A derrogação referida no primeiro parágrafo pode ser expressamente excluída nos termos da transação amigável.

4. Ao determinar o montante da comparticipação que um coinfrator pode exigir a qualquer outro coinfrator de acordo com a responsabilidade relativa de cada um pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência, os tribunais nacionais têm na devida conta quaisquer indemnizações pagas em virtude de uma transação amigável anterior em que o coinfrator em causa participe.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 20º

Análise

1. A Comissão analisa a presente diretiva e apresenta um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até 27 de dezembro de 2020.

2. O relatório a que se refere o nº 1 inclui nomeadamente informação sobre o seguinte:

a) O eventual impacto de restrições financeiras decorrentes do pagamento das coimas impostas pela autoridade da concorrência por infração ao direito da concorrência na possibilidade de os lesados obterem a reparação integral dos danos causados por essa infração ao direito da concorrência;

b) A medida em que os demandantes de indemnização por infração ao direito da concorrência, declarada por decisão em matéria de infração por uma autoridade da concorrência de um Estado-Membro, são capazes de provar

tal infração ao direito da concorrência perante o tribunal de outro Estado-Membro; e

c) A medida em que a reparação por danos emergentes excede o dano do custo adicional causado pela infração ao direito da concorrência, ou sofrido a qualquer nível da cadeia de abastecimento.

3. Se for apropriado, o relatório a que se refere o nº 1, é acompanhado de uma proposta legislativa.

Artigo 21º **Transposição**

1. Os Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 27 de dezembro de 2016. Os Estados-Membros comunicam imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.

Quando os Estados-Membros adotarem essas medidas, estas incluem uma referência à presente diretiva ou são acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência são estabelecidas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros comunicam à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adotarem nas matérias reguladas pela presente diretiva.

Artigo 22º **Aplicação no tempo**

1. Os Estados-Membros asseguram que as disposições nacionais adotadas por força do artigo 21º a fim de dar cumprimento às disposições substantivas da presente diretiva não se aplicam retroativamente.

2. Os Estados-Membros asseguram que quaisquer disposições nacionais adotadas por força do artigo 21º, que não as referidas no nº 1, não se aplicam às ações de indemnização intentadas nos tribunais nacionais antes de 26 de dezembro de 2014.

Artigo 23º **Entrada em vigor**

A presente diretiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

Artigo 24º **Destinatários**

Os destinatários da presente diretiva são os Estados-Membros.

Feito em Estrasburgo, em 26 de novembro de 2014.

Pelo Parlamento Europeu

O Presidente

M. SCHULZ

Pelo Conselho

O Presidente

S. GOZI

1. JO C 67 de 6.3.2014, p. 83.
2. Posição do Parlamento Europeu de 17 de abril de 2014 (ainda não publicada no Jornal Oficial) e decisão do Conselho de 10 de novembro de 2014.
3. Regulamento (CE) n° 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81° e 82° do Tratado (JO L 1 de 4.1.2003, p. 1).
4. Regulamento (CE) n° 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial (JO L 174 de 27.6.2001, p. 1).
5. Regulamento (CE) n° 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145 de 31.5.2001, p. 43).
6. Regulamento (UE) n° 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 351 de 20.12.2012, p. 1).
7. JO C 369 de 17.12.2011, p. 14.
8. Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (JO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Relator: Eugênio Facchini Neto

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça
Relator: Moura Ribeiro

Ementário
Julgados do TJ/PR, do TJ/GO e do TJ/RS

EXCERITOS

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (27.05.2015)

“Para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no art. 43, § 2º, do CDC, basta que comprovem a postagem, ao consumidor, da correspondência notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento”

“A norma consumerista que impõe a prévia comunicação ao consumidor é cogente”

Do Superior Tribunal de Justiça (12.05.2015)

“A cláusula que estabelece o aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária, se mostra abusiva somente após o segurado complementar 60 anos de idade e ter mais de 10 anos de vínculo contratual”

“A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei 9.656/98, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS”

ACÓRDÃO 1**CONSUMIDOR NÃO RECEBE
INDENIZAÇÃO POR INSCRIÇÃO
EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO
AO CRÉDITO QUANDO PROVADA
A NOTIFICAÇÃO SOBRE DÍVIDA
EXISTENTE E NÃO PAGA**Tribunal: **TJ/RS**Órgão Julgador: **9a. Câ. Cív.**Relator: **Eugênio Facchini Neto**

APELAÇÃO CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROVA SUFICIENTE DA NOTIFICAÇÃO BEM COMO DA EXISTÊNCIA DA DÍVIDA. NEGATIVAÇÃO REGULAR. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Comprovado o envio de notificação ao consumidor acerca da inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, incabível o cancelamento do registro e a indenização por danos morais. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO: 70064254550

DATA DO JULGAMENTO:

27/05/2015

DATA DA PUBLICAÇÃO:

29/05/2015

ÓRGÃO JULGADOR: 9a. Câ. Cív.

Cív.

RELATOR: Eugênio Facchini Neto
TRIBUNAL: TJ/RS**EMENTA**

APELAÇÃO CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROVA SUFICIENTE DA NOTIFICAÇÃO BEM COMO DA EXISTÊNCIA DA DÍVIDA. NEGATIVAÇÃO REGULAR. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Comprovado o envio de notificação ao consumidor acerca da inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, incabível o cancelamento do registro e a indenização por danos morais. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des.^a Iris Helena Medeiros Nogueira (Presidente) e Des. Miguel Ângelo da Silva.

Porto Alegre, 27 de maio de 2015.

DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO,
Relator.

RELATÓRIO

Des. Eugênio Facchini Neto (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto por MARGARETHE DA ROSA contra a sentença que julgou IMPROCEDENTE os pedidos ajuizados na ação denominada de “ação de indenização por danos morais cumulada com pedido de cancelamento de inscrição em cadastro restritivo de crédito” contra SERASA – CENTRALIZAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS S.A, constando dos seguintes termos a parte dispositiva da decisão:

(...)

PELO EXPOSTO, com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado por MARGARETHE DA ROSA contra SERASA – CENTRALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DOS BANCOS S.A.

Porque sucumbente, condeno a requerente ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios em favor do procurador da requerida, verba que fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais), observado o tempo de tramitação, a ausência de instrução e o grau de zelo profissional, na forma do artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Tais encargos restam suspensos, já que litiga sob o manto da gratuidade de justiça, nos termos da Lei 1.060/50.

(...)

Em razões de apelo (fls. 123/126), a autora sustenta que não foi notificada sobre sua inscrição em cadastro de devedores, tendo a apelante, por esse motivo, infringido as disposições do art. 43, § 2 do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, alega que desconhece a dívida referente à empresa Itapeva Multicarteira Fundo de Investimento em Direitos Creditórios, sendo prova da inexistência de débito o processo judicial nº 033/1.09.0008450-5, cujos pedidos foram julgados procedentes. Dessa forma, requer a reforma da sentença proferida.

Em contrarrazões (fls.129/141), a ré pugna pela manutenção da sentença.

Registro terem sido cumpridas as formalidades dos artigos 549, 551 e 552 do CPC, considerando a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

Des. Eugênio Facchini Neto (RELATOR)

Eminentes Colegas.

Postulou a autora o cancelamento da inscrição de seu nome no banco de dados da demandada, porquanto não cumprida à formalidade legal prevista no artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Razão não lhe assiste.

Com efeito, a norma consumerista que impõe a prévia comunicação ao consumidor é cogente, e, nos termos do § 3º da aludida regra legal, a finalidade desse comunicado prévio é a de permitir que a pessoa sob o risco

de inscrição possa exigir a correção de eventual inexatidão nos dados apontados.

Como bem apreendeu o Colega da primeira instância, evidencia-se o cumprimento do dever legal de notificação, mediante juntada da documentação às fls. 64/75, referentes ao comunicado encaminhado à autora em cumprimento do disposto no código do consumidor.

E, compilando os autos, resta comprovado que a data do envio da correspondência é anterior à data de disponibilização dos referidos registros no cadastro da SERASA, razão pela qual não há falar em violação da legislação consumerista na espécie.

No tocante à alegação de que os documentos apresentados pela parte demandada não servem como objeto de prova válida no sentido de evidenciar a postagem de comunicação, não assiste razão à parte autora. As cópias das correspondências encaminhadas e a reprodução do certificado de protocolo de comunicações de débito remetidas pela EBCT são documentos que gozam de presunção de regularidade, mostrando-se apto a comprovar que a ré cumpriu com o disposto no § 2º do art. 43 do CDC.

De se salientar, ainda, que há presunção, a favor do arquivista, de que tenha enviado a correspondência para o endereço correto, o qual, normalmente, é aquele fornecido pelas empresas credoras. Nesse contexto, à autora cabia comprovar que o endereço para o qual foi remetida a notificação não era o correto, ônus do qual não se desin-

cumbiu. Nesse sentido a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO ENVIO DE CORRESPONDÊNCIA AO ENDEREÇO CONSTANTE DO CADASTRO FEITO PELO CONSUMIDOR. SUFICIÊNCIA.

“– Para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no art. 43, §2º, do CDC, basta que comprovem a postagem, ao consumidor, da correspondência notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento.

– A postagem deverá ser dirigida ao endereço fornecido pelo credor.” (REsp 1083291/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 20/10/2009). Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no Ag 1100223/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4T, j. em 26/10/2010, DJe 04/11/2010).

Por fim, quanto à insurgência da apelante referente à inclusão/disponibilização dos dados, é cediço que a hermenêutica legislativa permite transcender a literalidade de um dispositivo legal, autorizando o julgador a aplicar ao caso concreto o sentido da norma. E no caso dos autos, evidente que a intenção do legislador, assim como do STJ, é a de garantir que nenhuma informação negativa do consumidor seja divulgada antes que ele possa defender-se no pra-

zo legal, isto é, impugnar o registro, o que – friso – foi devidamente cumprido pela demandada.

Nesse mesmo sentido se orienta a jurisprudência da 9ª Câmara Cível (v. g.: Apelações Cíveis 70052381829 e 70052970209).

Por ter sido regularmente efetuada a inscrição, não procede também o pleito indenizatório.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

Des. Miguel Ângelo da Silva (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

Des.^a Iris Helena Medeiros Nogueira (PRESIDENTE) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA – Presidente – Apelação Cível nº 70064254550, Comarca de São Leopoldo: “**NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME**”

Julgador(a) de 1º Grau: DANIELA AZEVEDO HAMPE

ACÓRDÃO 2

REAJUSTE DE SEGURO DE VIDA POR FAIXA ETÁRIA SÓ É ABUSIVO SE ATINGIR MAIORES DE 60 ANOS

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **3a. T.**

Relator: **Moura Ribeiro**

RECURSO ESPECIAL. REVISIONAL DE CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. REAJUSTE DO VALOR DO PRÊMIO. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. ABUSIVIDADE RECONHECIDA LIMITADA ÀS FAIXAS ETÁRIAS SUPERIORES A 60 ANOS E DESDE QUE CONTE O SEGURADO COM MAIS DE 10 ANOS DE VÍNCULO. ANALOGIA COM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. SUCUMBÊNCIA MANTIDA. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. Não há violação do disposto no art. 535 do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados.

2. A cláusula que estabelece o aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária, se mostra abusiva somente após o segurado complementar 60 anos de idade e ter mais de 10 anos de vínculo contratual. Precedente.

3. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO: 1.376.550 – RS

DATA DO JULGAMENTO:

28/04/2015

DATA DA PUBLICAÇÃO:

12/05/2015

ÓRGÃO JULGADOR: 3a. T.

RELATOR: Moura Ribeiro

TRIBUNAL: STJ

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. REAJUSTE DO VALOR DO PRÊMIO. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ELECADOS NO ART. 535 DO CPC. ABUSIVIDADE RECONHECIDA LIMITADA ÀS FAIXAS ETÁRIAS SUPERIORES A 60 ANOS E DESDE QUE CONTE O SEGURADO COM MAIS DE 10 ANOS DE VÍNCULO. ANALOGIA COM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. SUCUMBÊNCIA MANTIDA. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. Não há violação do disposto no art. 535 do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados.

2. A cláusula que estabelece o aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária, se mostra abusiva somente após o segurado complementar 60 anos de idade e ter mais de 10 anos de vínculo contratual. Precedente.

3. Recurso especial parcialmente provido.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL Nº

1.376.550 – RS (2012/0256822-0)

RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO

RECORRENTE: COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL

ADVOGADOS: CANDIDO RANGEL DINAMARCO E OUTRO(S)

MAURO FITERMAN E

OUTRO(S)

JOÃO CARLOS DE CARVALHO

ARANHA VIEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: (...) E OUTROS

ADVOGADOS: MARCELO

MARCHIORO STUMPF E

OUTRO(S)

LAERSON ENDRIGO ELY

SÉRGIO HENRIQUE LOPES

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. REAJUSTE DO VALOR DO PRÊMIO. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ELECADOS NO ART. 535 DO CPC. ABUSIVIDADE RECONHECIDA LIMITADA ÀS FAIXAS ETÁRIAS SUPERIORES A 60 ANOS E DESDE QUE CONTE O SEGURADO COM MAIS DE 10 ANOS DE VÍNCULO. ANALOGIA COM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. SUCUMBÊNCIA MANTIDA. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. Não há violação do disposto no art. 535 do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados.

2. A cláusula que estabelece o aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária, se mostra abusiva somente após o segurado complementar 60 anos de idade e ter mais de 10 anos de vínculo contratual. Precedente.

3. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 28 de abril de 2015
(Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº
1.376.550 – RS (2012/0256822-0)
RELATOR: MINISTRO MOURA
RIBEIRO
RECORRENTE: COMPANHIA
DE SEGUROS ALIANÇA DO
BRASIL
ADVOGADOS: CANDIDO
RANGEL DINAMARCO E
OUTRO(S)
MAURO FITERMAN E
OUTRO(S)
JOÃO CARLOS DE CARVALHO
ARANHA VIEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO: (...) E OUTROS
ADVOGADOS: MARCELO
MARCHIORO STUMPF E
OUTRO(S)
LAERSON ENDRIGO ELY
SÉRGIO HENRIQUE LOPES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que negou provimento ao recurso de apelação, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. SEGURO DE VIDA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. PRESCRIÇÃO. REAJUSTE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

PRESCRIÇÃO

O contrato de seguro constitui pacto de trato sucessivo, motivo pelo qual considero como relação jurídica única.

Encontrando-se vigente o contrato, os demandantes podem ingressar em juízo para discutir a abusividade das cláusulas contratuais.

No que tange a devolução dos valores indevidamente cobrados, aplica-se o disposto no art. 206, § 1º, II, do CC, por se tratar de contrato de seguro.

DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO.

Descabe o reajuste demasiado do valor do prêmio, em razão do implemento de idade do contratante/beneficiário, pois tal cláusula contratual está em desacordo com as disposições do Código do Consumidor, notadamente nos artigos 47 e 51. Precedentes da Corte.

Afastada a aplicação de cláusula abusiva, imprescindível se faz a devolução dos valores cobrados a maior pela parte demandada.

APELO DESPROVIDO.

Nas razões do seu inconformismo a recorrente-seguradora, além de divergência jurisprudencial, alega violação ao disposto no arts. 535 do CPC; 51, IV, X e XV, do CDC; 422 e 423, ambos do CC/02 e art. 1.442 do CC/16, ao sustentar a validade da cláusula que prevê o reajuste em função da mudança da faixa etária porque (1) os segurados foram disso previamente cientificados e ainda lhes foi concedida a carência de 1 ano para implementação do novo valor; (2) a cláusula questionada não é abusiva; (3) os reajustes foram aplicados de forma suave e escalonada; e, subsidiariamente, (4) a necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que lá seja analisada a tese levantada nos embargos de declaração que opôs sobre a possibilidade da livre fixação das cláusulas contratuais.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº
1.376.550 – RS (2012/0256822-0)
RELATOR: MINISTRO
MOURA RIBEIRO
RECORRENTE: COMPANHIA
DE SEGUROS ALIANÇA DO
BRASIL
ADVOGADOS: CANDIDO
RANGEL DINAMARCO E
OUTRO(S)
MAURO FITERMAN E
OUTRO(S)
JOÃO CARLOS DE

CARVALHO ARANHA VIEIRA
E OUTRO(S)
RECORRIDO: (...) E OUTROS
ADVOGADOS: MARCELO
MARCHIORO STUMPF E
OUTRO(S)
LAERSON ENDRIGO ELY
SÉRGIO HENRIQUE LOPES

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. REVISIONAL DE CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. REAJUSTE DO VALOR DO PRÊMIO. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. ABUSIVIDADE RECONHECIDA LIMITADA ÀS FAIXAS ETÁRIAS SUPERIORES A 60 ANOS E DESDE QUE CONTE O SEGURADO COM MAIS DE 10 ANOS DE VÍNCULO. ANALOGIA COM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. SUCUMBÊNCIA MANTIDA. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. Não há violação do disposto no art. 535 do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados.

2. A cláusula que estabelece o aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária, se mostra abusiva somente após o segurado complementar 60 anos de idade e ter mais de 10 anos de vínculo contratual. Precedente.

3. Recurso especial parcialmente provido.

RECURSO ESPECIAL Nº
1.376.550 – RS (2012/0256822-0)
RELATOR: MINISTRO
MOURA RIBEIRO
RECORRENTE: COMPANHIA
DE SEGUROS ALIANÇA DO
BRASIL
ADVOGADOS: CANDIDO
RANGEL DINAMARCO E
OUTRO(S)
MAURO FITERMAN E
OUTRO(S)
JOÃO CARLOS DE
CARVALHO ARANHA VIEIRA
E OUTRO(S)
RECORRIDO: (...) E OUTROS
ADVOGADOS: MARCELO
MARCHIORO STUMPF E
OUTRO(S)
LAERSON ENDRIGO ELY
SÉRGIO HENRIQUE LOPES

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

O caso dos autos cuida de ação revisional de contrato de seguro de vida firmado entre os autores e a ré ALIANÇA (Seguro Ouro Vida Grupo Especial – OVGE), pela qual aqueles buscam (1) além da declaração de abusividade da cláusula contratual que estipulou o reajuste do valor do prêmio mensal de acordo com a mudança da faixa etária deles; e, (2) a restituição dos valores cobrados de maneira indevida.

Antes de mais nada, se faz necessário explicar como se chegou à apólice questionada.

Conforme narrou a ré ALIANÇA, aqui recorrente, em sua contestação,

no final da década de 80, os autores-segurados aderiram a uma apólice de seguro de vida anual emitida por um pool de seguradoras, cuja liderança, outrora, era da Sul América Seguros (VG 5901) e que durou até 31/03/97, ocasião em que foi substituída por uma nova apólice emitida pela BRASILSEG (Apólice 40), que absorveu todo o universo de aderentes da apólice substituída.

Esta apólice 40 passou aos seus cuidados e administração a partir de 1º/01/98, encerrando-se a sua comercialização aos 30/06/98. Sua extinção se efetivou aos 31/03/02 uma vez verificado, em conjunto com a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a total inviabilidade de manutenção do contrato da forma como se encontrava, diante da alteração dos elementos que compunham o seu cálculo atuarial.

Em razão desses fatos é que ela, ALIANÇA notificou todos os segurados sobre a decisão de não mais renovar o contrato em questão, oferecendo-lhes a possibilidade de aderirem a um outro, no caso, o questionado Seguro Ouro Vida Grupo Especial – OVGE, com cálculos atuariais atualizados e preços inferiores aos praticados pelo mercado à época.

Os autores da presente ação, recorridos-segurados, cientes dos termos da nova apólice, aderiram ao novo plano que lhes foi oferecido (e-STJ, fls. 374, 376, 378, 379 e 380).

Em primeira instância, a ação foi julgada parcialmente procedente porque foi declarada a abusividade da

cláusula questionada e determinada a devolução dos valores pagos a maior, observada a prescrição anual (e-STJ, fls. 580-586).

Ao recurso de apelação que manejou, não logrou sucesso, experimentando a seguradora a manutenção da sentença mencionada (e-STJ, fls. 630-641).

Em seguida, opôs embargos de declaração que foram rejeitados (e-STJ, fls. 649-654).

De início, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando a controvérsia posta nos presentes autos.

Assim, embora não do gosto da seguradora, porque rejeitados os declaratórios que opôs, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pela Corte de origem, que emitiu pronunciamento de forma coesa e clara.

No mais, merece prosperar, em parte, o inconformismo aqui manejado.

Com efeito, embora se mostre abusiva a cláusula que prevê fatores de aumento diferenciados por faixa etária uma vez que oneram de forma desproporcional os segurados na velhice e possuem, como objetivo precípuo, compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, afrontando, dessa maneira, a boa-fé que deve perdurar durante toda a relação contratual, há que se ressaltar que, em relação aos contratos de seguro de vida, a jurisprudência desta Corte segue no sentido de se declarar abusivos somente aqueles reajustes di-

ferenciados do prêmio incidentes após o implemento da idade de 60 anos do segurado e desde que já conte ele com mais de 10 anos de vínculo contratual.

A saber:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. SEGURO DE VIDA. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. LIMITAÇÃO ÀS FAIXAS ETÁRIAS SUPERIORES A 60 ANOS.

1. Abusividade da cláusula que estabelece fatores de aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária, após o segurado implementar 60 anos de idade e mais de 10 anos de vínculo contratual.

2. Analogia com os contratos de plano de saúde (art. 15 da Lei 9.656/98).

3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

(EDcl no AgRg no REsp 1.453.941/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 4/12/2014)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA INDIVIDUAL. ALTERAÇÃO DE MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em relação a contratos de seguro de vida, esta Corte tem jurisprudência firmada no sentido da “abusivi-

dade da cláusula que estabelece fatores de aumento do prêmio do seguro de acordo com a faixa etária, após o segurado implementar 60 anos de idade e mais de 10 anos de vínculo contratual” (EDcl no AgRg no REsp n. 1.453.941/RS, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 4/12/2014).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 586.995/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira turma, julgado em 24/3/2015, DJe 7/4/2015)

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 202.013/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 26/03/2013; e, AgRg no AREsp 370.646/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 16/06/2014.

Essa, inclusive, é a disposição contida no art. 15, parágrafo único, da Lei 9.656/98 que estabelece que

A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o “caput” para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do

art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.

Dessa forma, o presente recurso merece parcial provimento somente para limitar a declaração de abusividade da cláusula que prevê o reajuste do prêmio do seguro em relação ao segurados que tenham ultrapassado os 60 anos, desde que eles conte com mais de 10 anos de vínculo, contados desde o primeiro contrato de seguro de vida firmado (VG 5901).

Apesar do parcial provimento do recurso, mantenho a sucumbência porque já fixada de forma recíproca pela instância de origem.

Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial interposto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro:

2012/0256822-0

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.376.550 / RS

Números Origem:

01011000206742

02067413720108210010

11000206742

2067413720108210010

2310320128217000

2578950820128217000

3475984720128217000

70046936415 70049513047

70050410067 70051735694

PAUTA: 28/04/2015 JULGADO:

28/04/2015

Relator Exmo. Sr. Ministro

MOURA RIBEIRO

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro: JOÃO
OTÁVIO DE NORONHA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO
VILLAS BÔAS CUEVA
Subprocurador-Geral da

República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS
BERNARDES FILHO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA
RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: COMPANHIA
DE SEGUROS ALIANÇA DO
BRASIL

ADVOGADOS: CANDIDO
RANGEL DINAMARCO E
OUTRO(S)

MAURO FITERMAN E

OUTRO(S)

JOÃO CARLOS DE

CARVALHO ARANHA VIEIRA
E OUTRO(S)

RECORRIDO: (...) E OUTROS
ADVOGADOS: MARCELO
MARCHIORO STUMPF E
OUTRO(S)
LAERSON ENDRIGO ELY
SÉRGIO HENRIQUE LOPES

ASSUNTO: DIREITO CIVIL –
Obrigações – Espécies de Contratos
– Seguro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEI-
RA TURMA, ao apreciar o processo
em epígrafe na sessão realizada nesta
data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu
parcial provimento ao recurso espe-
cial, nos termos do voto do(a) Sr(a).
Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso
Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cue-
va (Presidente) e Marco Aurélio Belli-
zze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João
Otávio de Noronha.

EMENTÁRIO

**1) Possível à aplicação do Código de
Defesa do Consumidor na relação
entre locador e imobiliária para gerir
contrato de locação**

Tribunal: TJ/PR

Órgão Julgador: 11a. Câm. Cív.

Relator: Gamaliel Seme Scaff

Apelação cível - ação de rescisão
contratual c/c despejo e reparação de

danos materiais - locação - apelação
1 - aplicação do Código de Defesa do
Consumidor em relação travada pela
locadora com a imobiliária para gerir
contrato de locação - efeitos dessa
relação que não ensejam a responsa-
bilidade solidária da imobiliária - tão
só responsabilidade subsidiária - su-
pressão da remuneração da imobiliá-
ria - impossibilidade - ausência de ra-
zoabilidade - sucumbência recíproca
- manutenção - apelação 2 - rescisão

contratual - data apurada por meio da prova testemunhal e documental acostada nos autos - cobrança atinente à dívida decorrente de água e IPTU respaldada nos termos do contrato - encargos e taxas apurados em razão da mora contratual, assim como juros de mora e correção monetária. Apelação 1 não provida. Apelação 2 não provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1027350-0 - 11a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Gamaliel Seme Scaff - j. em 27.11.2013 - Fonte: DJ, 09.12.2013).

2) Seguradora precisa provar má-fé de segurado em caso que envolve desaparecimento do bem sinistrado

Tribunal: TJ/GO

Órgão Julgador: 3a. Câ. Cív.

Relator: **Walter Carlos Lemes**

Apelação cível. Cobrança. Seguro automóvel facultativo. Má-fé do segurado. Não comprovação. Endereço diverso. CDC. Inversão do ônus da prova. Aplicação do CDC. Desaparecimento do bem sinistrado. Responsabilidade da seguradora. Diárias. Comportabilidade. I - É cediço que a boa-fé é presumida e a má-fé, ao contrário, necessita de prova escorreita de sua existência, prova esta que não foi produzida nestes autos, o que torna ainda mais sem justificativa a negativa da seguradora em cumprir com sua obrigação, sob a alegação de que, o autor teve intenção de fornecer endereço diverso de seu domicílio com o intuito de tirar vantagens disso. II - Tendo em vista que não foi possível a realização do estudo técnico no veículo si-

nistrado, em virtude da seguradora não saber do seu paradeiro, deve ser aplicado o disposto no art. 359 do CPC, pois a recusa ilegítima e, além de ser dever da requerida indicar corretamente o paradeiro do bem, devem ser presumidos como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa a parte autora pretendia provar. III - Assinala-se que quando ocorre um sinistro e a seguradora é acionada fica sob sua guarda e responsabilidade o bem sinistrado, logo não há que se falar que o segurado tenha qualquer responsabilidade pelo desaparecimento do veículo. IV - No que tange às diárias de locação de carro, com base nos recibos trazidos aos autos no valor mensal de R\$ 1.200,00, e constando da apólice o período contratado é de 7 dias de carro reserva, é razoável e proporcional a diária fixada no valor de R\$ 280,00. Apelo conhecido e desprovido. (TJ/GO - Ap. Cível n. 201192440390 - 3a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Walter Carlos Lemes - j. em 26.11.2013 - Fonte: DJ, 03.12.2013).

3) Demora na emissão do boleto de quitação do financiamento acarreta dano material ao consumidor

Tribunal: TJ/PR

Órgão Julgador: 2a. T. Rec.

Relator: **Giani Maria Moreschi**

Recurso nominado. Indenizatória. Demora na emissão de boletos para quitação do financiamento. Conduta que implicou demora no recebimento de indenização securitária. Desvalorização do veículo. Dano que deve ser re-

parado. Baixa em gravame. Obrigação da financeira. Astreintes. Valor que se tornará exorbitante apenas em caso de inércia da própria recorrente. Ausência de demonstração de impossibilidade de cumprimento da ordem judicial. Sentença Mantida. 1. Em razão da demora na emissão do boleto para quitação do financiamento, o consumidor demorou para receber a indenização securitária, de modo que sofreu prejuízo material em razão da desvalorização do veículo. Tal dano deve ser suportado pela recorrente, que deu causa ao prejuízo. 2. A baixa do gravame do veículo é obrigação da financeira, não havendo prova nos autos acerca de eventual impossibilidade de tal baixa. 3. Da mesma forma, não há prova nos autos, acerca de eventual impossibilidade do cumprimento da determinação judicial, de modo que as astreintes devem ser mantidas. Recurso desprovido. (TJ/PR - Rec. Inominado n. 0015106-98.2012.8.16.0021/0 - 2a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Desa. Giani Maria Moreschi - Fonte: DJ, 19.11.2013).

4) Loja e administradora de cartão de crédito tem conduta defeituosa e devem pagar dano moral para cliente que teve seu cartão furtado por funcionário do estabelecimento

Tribunal: **TJ/RS**
 Órgão Julgador: **24a. Câm. Cív.**
 Relator: **Fernando Flores Cabral Junior**

Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Ação de indenização por da-

nos morais. Cartão de crédito furtado. Ação movida contra a administradora do cartão de crédito e contra o estabelecimento comercial. Falha na prestação do serviço configurada. Danos morais. Ocorrência no caso concreto. É defeituosa a conduta do funcionário do estabelecimento comercial que, valendo-se da confiança depositada pelo consumidor, apropria-se do cartão de crédito deste e passa a utilizá-lo como se seu fosse. Configurado o dano moral, impõe-se o dever de indenizar. Apelo desprovido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70056857246 - 24a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Fernando Flores Cabral Junior - j. em 27.11.2013 - Fonte: DJ, 29.11.2013).

5) Empresa que realizou cobrança vexatória de dívida por e-mail é condenada ao pagamento de indenização por dano moral

Tribunal: **TJ/PR**
 Órgão Julgador: **2a. T. Rec.**
 Relator: **Daniel Tempiski Ferreira da Costa**

Recurso inominado. Ação de indenização. Cobrança vexatória de dívida. Email da empresa em que o autor é empregado. Advertência trabalhista. Inteligência do *caput* do artigo 42 do CDC. Ônus probatório invertido. Hipossuficiência técnica e material do consumidor. Ausência de prova de que o próprio autor forneceu o endereço de email para contato. Dano moral configurado. *Quantum* arbitrado de forma prudente e adequada. Sentença mantida pelos próprios fundamentos.

Recursos desprovidos. Precedente: recurso inominado ação de indenização por danos morais cobrança vexatória e de forma constrangedora - indenização por danos morais devida (TJPR - 1ª Turma Recursal - 20120001701-4 - Foz do Iguaçu - Rel.: Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso - J. 17.05.2012). (TJ/PR - Rec. Inominado n. 0012156-19.2012.8.16.0021/0 - 2a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Des. Daniel Tempski Ferreira da Costa - Fonte: DJ, 19.11.2013).

6) Consumidor merece reparação por dano moral causado pelo atraso do voo em transporte aéreo

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **1a. T. Rec.**

Relator: **Leo Henrique Furtado Araújo**

Recurso inominado. Ação de reparação de danos. Transporte aéreo. Atraso de voo. Problemas elétricos na aeronave. Pouso de emergência. Ausência de informações. Frustração da legítima expectativa do consumidor. Falha na prestação dos serviços. Aplicação do enunciado 4.1 das turmas recursais do estado do Paraná. Dano moral configurado. Descaso e desrespeito com o consumidor que ultrapassam o mero aborrecimento. *Quantum* indenizatório fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto e que observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. (TJ/PR - Rec. Inominado n. 0014988-34.2012.8.16.0018/0 - 1a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Des. Leo Henrique Furtado Araújo - Fonte: DJ, 13.11.2013).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)
Relator: F. Biltgen

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Relator: Oliveira Vasconcelos

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (16.04.2015)

“É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio”

“Os Estados-Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra as práticas comerciais desleais, a fim de garantir o cumprimento das disposições da presente diretiva no interesse dos consumidores”

Do Supremo Tribunal de Justiça (04.06.2015)

“O princípio da boa-fé se impõe aqui de forma bem peculiar, orientando a conduta das partes segundo regras de lealdade, propícias ao estabelecimento de um clima de mútua confiança”

“É sabido que a atividade bancária se rege, de um modo especial, pela confiança entre os Bancos e os clientes. Deste modo, os deveres de lealdade e de probidade assumem muito peso, em virtude daquela atividade se basear em considerações de confiança pessoal”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

16 de abril de 2015 (*)

“Reenvio prejudicial – Diretiva 2005/29/CE – Práticas comerciais desleais – Informação errada, prestada por uma empresa de telecomunicações a um dos seus assinantes, que o fez incorrer em despesas adicionais – Qualificação de ‘prática comercial enganosa’”

No processo C388/13, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pela Kúria (Hungria), por decisão de 14 de maio de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 8 de julho de 2013, no processo

Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság

contra

UPC Magyarország Kft,

sendo interveniente:

László Imre Szabó,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano, presidente de secção, A. Borg Barthet, E. Levits, M. Berger e F. Biltgen (relator), juízes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: I. Illéssy, administrador, vistos os autos e após a audiência

de 11 de setembro de 2014,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da UPC Magyarország Kft, por A. Simon, ügyvéd,

– em representação do Governo húngaro, por M. Fehér e K. Szijjártó, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por M. van Beek e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 23 de outubro de 2014,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e o Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho (“diretiva relativa às práticas comerciais desleais”) (JO L 149, p. 22).

2 Este pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (Autoridade húngara de proteção dos consumidores) à UPC Magyarország Kft (a seguir “UPC”) a propósito de uma informação errada que a UPC forneceu a um dos seus assinantes e que o fez incorrer em despesas adicionais.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os considerandos 5 a 9, 11 a 14, 18 e 22 da diretiva relativa às práticas

comerciais desleais enunciam o seguinte:

“(5) [...] os obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras ou à liberdade de estabelecimento [...] devem ser eliminados. Tais obstáculos só podem ser eliminados através da introdução de regras uniformes ao nível comunitário que estabeleçam um nível elevado de proteção dos consumidores e da clarificação de determinados conceitos legais, também ao nível comunitário, na medida em que tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica.

(6) Assim, a presente diretiva aproxima as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos. [...]

(7) A presente diretiva refere-se a práticas comerciais relacionadas com o propósito de influenciar diretamente as decisões de transação dos consumidores em relação a produtos. [...]

(8) A presente diretiva protege diretamente os interesses económicos dos consumidores das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Consequentemente, protege também indiretamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes que não respeitam as regras da presente diretiva e garante as-

sim a concorrência leal no domínio por ela coordenado. [...]

(9) A presente diretiva não prejudica as ações individuais intentadas por quem tenha sofrido um prejuízo provocado por uma prática comercial desleal [...]. Também não prejudica as disposições comunitárias e nacionais relativas ao direito dos contratos [...].

[...]

(11) O elevado nível de convergência atingido pela aproximação das disposições nacionais através da presente diretiva cria um elevado nível comum de defesa dos consumidores. A presente diretiva estabelece uma proibição geral única das práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. [...]

(12) A harmonização aumentará de forma considerável a segurança jurídica tanto para os consumidores como para os [profissionais]. Tanto os consumidores como [os profissionais] passarão a poder contar com um quadro jurídico único baseado em conceitos legais claramente definidos regulando todos os aspetos das práticas comerciais desleais na União Europeia. [...]

(13) [...] [A] proibição geral comum e única estabelecida na presente diretiva [...] deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram [...] na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução. A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as prá-

ticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas.

(14) Seria desejável que as práticas comerciais enganosas abrangessem aquelas práticas, incluindo a publicidade enganosa, que, induzindo em erro o consumidor, o impedem de efetuar uma escolha esclarecida e, deste modo, eficiente. [...]

[...]

(18) [...] De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efetiva das proteções previstas na mesma, a presente diretiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça [...]

[...]

(22) É preciso que os Estados-Membros determinem as sanções aplicáveis à violação das disposições da presente diretiva e tomem todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções assim estabelecidas são eficazes, proporcionadas e dissuasivas.”

4 Nos termos do artigo 1º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais:

“A presente diretiva tem por objetivo contribuir para o funcionamento correto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais

desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores.”

5 O artigo 2º desta diretiva prevê:

“Para efeitos do disposto na presente diretiva, entendese por:

a) ‘Consumidor’: qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;

b) ‘Profissional’: qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional;

c) ‘Produto’: qualquer bem ou serviço [...];

d) ‘Práticas comerciais das empresas face aos consumidores’ (a seguir designadas também por ‘práticas comerciais’): qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores;

[...]

h) ‘Diligência profissional’: o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa-fé no âmbito da atividade do profissional;

[...]”

6 O artigo 3º da referida diretiva dispõe:

“1. A presente diretiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto.

2. A presente diretiva não prejudica o direito contratual e, em particular, as normas relativas [...] aos efeitos de um contrato.

[...]

7 O artigo 5º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, sob a epígrafe “Proibição de práticas comerciais desleais”, tem a seguinte redação:

“1. São proibidas as práticas comerciais desleais.

2 Uma prática comercial é desleal se:

a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional;

e

b) Distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

[...]

4. Em especial, são desleais as práticas comerciais:

a) Enganosas, tal como definido nos artigos 6º e 7º;

[...]

5. O anexo I inclui a lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

A lista é aplicável em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da presente diretiva.”

8 Como resulta da sua epígrafe, os artigos 6º e 7º dessa diretiva definem respetivamente “ações enganosas” e as “omissões enganosas”.

9 O artigo 6º, nº 1, da referida diretiva prevê:

“É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo:

a) A existência ou natureza do produto;

b) As características principais do produto, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados sobre o produto;

c) O alcance dos compromissos assumidos pelo profissional [...]

d) O preço ou a forma de cálculo do preço, ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; [...]

g) Os direitos do consumidor [...]"

10 Nos termos do artigo 11º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais:

"1. Os EstadosMembros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra as práticas comerciais desleais, a fim de garantir o cumprimento das disposições da presente diretiva no interesse dos consumidores.

Estes meios devem incluir disposições legais nos termos das quais as pessoas ou organizações que, de acordo com a legislação nacional, tenham um interesse legítimo em combater as práticas comerciais desleais, incluindo os concorrentes, possam:

a) Intentar uma ação judicial contra tais práticas comerciais desleais;

e/ou

b) Submetê-las a uma autoridade administrativa competente para decidir as queixas ou para mover os procedimentos legais adequados.

[...]

2. No âmbito das disposições legais referidas no nº 1, os Estados-Membros devem conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas as competências que os habilitem, no caso em que estes considerem que estas medidas são necessárias, tendo em conta todos os interesses em jogo e, em especial, o interesse geral:

a) A ordenar a cessação de uma prática comercial desleal ou a mover os procedimentos legais adequados para que seja ordenada a cessação dessa prática comercial desleal;

b) A proibir uma prática comercial desleal ou a mover os procedimentos legais adequados para que seja ordenada a sua proibição nos casos em que esta prática não tenha ainda sido aplicada, mas essa aplicação esteja iminente;

mesmo na ausência de prova de ter havido uma perda ou prejuízo real, ou de uma intenção ou negligência da parte do profissional.

[...]"

11 O artigo 13º desta diretiva dispõe:

"Os EstadosMembros devem determinar as sanções aplicáveis às violações das disposições nacionais aprovadas em aplicação da presente diretiva e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação das referidas disposições. Essas sanções devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas."

Direito húngaro

12 A diretiva sobre as práticas comerciais desleais foi transposta para o direito húngaro pela Lei nº XLVII de 2008, sobre a proibição de práticas comerciais desleais relativamente aos consumidores.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

13 Resulta da decisão de reenvio que, durante o mês de abril de 2010, um particular, L. Szabó, que era assinante

de longa data da UPC, uma empresa prestadora de serviços de televisão por cabo, e que pretendia resolver o contrato que o vinculava à referida sociedade, pediu a esta última que lhe indicasse o período exato a que se referia a fatura anual emitida em 2010, uma vez que essa fatura não continha nenhuma referência a esse período.

14 A UPC respondeu ao interessado que a última fatura anual se referia ao “período compreendido entre 11 de janeiro de 2010 e 10 de fevereiro de 2011 inclusive”.

15 L. Szabó, que queria fazer coincidir a rescisão do contrato que havia celebrado com a UPC com o último dia da prestação de serviços já paga, pediu a resolução do contrato com efeitos a partir de 10 de fevereiro de 2011.

16 A prestação de serviços só terminou em 14 de fevereiro de 2011 e, em 12 de março de 2011, o interessado recebeu um documento da UPC exigindo o pagamento do montante de 5 243 florins húngaros (HUF) a título de juros de mora vencidos até 14 de fevereiro de 2011.

17 L. Szabó apresentou uma reclamação no Budapest Fővárosi Kormányhivatala Fogyasztóvédelmi Felügyelőségénél (Inspeção da defesa do consumidor, que faz parte dos serviços governamentais desconcentrados de Budapeste), alegando que tinha recebido uma informação errada, em consequência da qual devia pagar um montante de 5 243 HUF, uma vez que era devedor de custos de assinatura face a duas operadoras diferentes para o mesmo período, quando a própria

prestação de serviços em causa era de natureza tal que não podia ser obtida junto de dois prestadores em simultâneo.

18 Por decisão de 11 de julho de 2011, esse órgão jurisdicional condenou a UPC no pagamento de uma coima de 25 000 florins húngaros por prática comercial desleal, nos termos da Lei nº XLVII de 2008, sobre a proibição de práticas comerciais desleais relativamente aos consumidores. Essa decisão foi confirmada, em 10 de outubro de 2011, pela Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, na sua qualidade de autoridade de segundo grau, que considerou que a comunicação de uma informação errónea consubstancia uma violação das exigências relativas à diligência profissional, não sendo necessário, no caso em apreço, um exame autónomo da questão da violação dessas exigências.

19 Chamado a pronunciarse pela UPC, a Fővárosi Törvényszék (tribunal de Budapeste) alterou a decisão da referida autoridade nacional em 10 de outubro de 2011 e anulou a coima aplicada a essa sociedade. Esse órgão jurisdicional considerou que a questão da violação das exigências relativas à diligência profissional devia ser objeto de um exame igualmente em caso de comunicação de uma informação errónea e que tal violação não podia ser dada como provada, uma vez que esse exame revelava que o profissional em causa não tinha a intenção de induzir o consumidor em erro.

20 Ora, no caso em apreço, a conduta ilícita imputada à UPC não

assumia caráter continuado e um erro administrativo isolado, relativo a um único cliente, não pode ser qualificado de “prática”. No caso em apreço, estaria em causa um simples erro redacional ocorrido no momento da redução a escrito de um número (“2” para designar o mês de fevereiro em vez de “1” para designar o de janeiro) e, além disso, o consumidor em causa podia procurar a informação exata junto de várias outras fontes.

21 Este órgão jurisdicional acrescentou que o litígio que lhe foi submetido não tinha ligação ao preço, nem ao modo de cálculo do preço, nem à existência de uma vantagem específica quanto ao preço, na aceção do artigo 6º, nº 1, alínea d), da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, de modo que a informação prestada pela UPC não era enganosa, mas apenas errada. Essa apreciação seria confirmada pela circunstância de a Nemzeti Média és Hírközlési Hatóság (Autoridade nacional dos media e das telecomunicações) teria indeferido a queixa que lhe tinha sido submetida no mesmo caso.

22 Em apoio do recurso que a Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság inter pôs para a Kúria (supremo tribunal), a referida autoridade nacional salienta, em primeiro lugar, que a UPC não contesta ter comunicado uma informação errónea, com base na qual o consumidor determinou a data em que rescindiu o seu contrato.

23 Alega, em seguida, que, em caso de comunicação de tal informação, não é necessário examinar autonomamente

a questão da violação das exigências relativas à diligência profissional.

24 Além disso, a Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contesta a conceção segundo a qual não há que admitir a existência de uma “prática comercial” se a conduta criticada só diz respeito a um único consumidor. Com efeito, os artigos 6º a 9º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais utilizam o termo “consumidor” sempre no singular e essa diretiva devia ser interpretada em conformidade com o objetivo que prossegue.

25 Por último, a informação errónea que está em causa prendese com o modo de cálculo do preço, na aceção do artigo 6º, nº 1, alínea d), da referida diretiva, ou, pelo menos, com a determinação do período abrangido pela prestação e está abrangida pelo artigo 6º, nº 1, da mesma diretiva, enquanto característica principal do serviço prestado.

26 Foi nestas circunstâncias que a Kúria decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

“1) Deve o artigo 5º da [diretiva relativa às práticas comerciais desleais] ser interpretado no sentido de que, no caso das práticas comerciais enganosas previstas no artigo 5º, nº 4, desta diretiva, não se pode efetuar um exame distinto dos critérios estabelecidos no artigo 5º, nº 2, alínea a), da [d]iretiva?

2) Pode considerarse que uma comunicação de informação enganosa a um único consumidor constitui uma prática comercial na aceção da referida [d]iretiva?”

Quanto às questões prejudiciais

27 A título liminar, importa constatar que a primeira questão submetida pressupõe que uma situação como a que está em causa no processo principal está abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

28 Ora, por um lado, apenas se uma comunicação de informação, como a que está em causa no processo principal, puder ser qualificada de “prática comercial”, na aceção do artigo 2º, alínea d), dessa diretiva, é que há que averiguar que requisitos deve essa prática preencher para ser considerada “enganosa”, na aceção dos artigos 6º e 7º da referida diretiva.

29 Por outro lado, é no quadro do exame da segunda questão que incumbe ao Tribunal de Justiça pronunciarse quanto à determinação do sentido e do alcance do conceito de “prática comercial” para os efeitos da aplicação da mesma diretiva.

30 Nestas circunstâncias, há que responder em primeiro lugar à segunda questão.

Quanto à segunda questão

31 A segunda questão visa, em substância, determinar se a diretiva relativa às práticas comerciais desleais deve ser interpretada no sentido de que a comunicação, por um profissional a um consumidor, de uma informação errónea, como a que está em causa no processo principal, pode ser qualificada de “prática comercial enganosa”, na aceção da referida diretiva, ainda que essa comunicação

só diga respeito a um único consumidor.

32 A este respeito, há que recordar que, por um lado, a diretiva relativa às práticas comerciais desleais visa garantir um elevado nível de proteção dos consumidores, procedendo a uma harmonização completa das regras relativas às práticas comerciais desleais (v., designadamente, acórdãos *Media-print Zeitungs und Zeitschriftenverlag*, C540/08, EU:C:2010:660, nº 27; *Citroën Belux*, C265/12, EU:C:2013:498, point 20; *CHS Tour Services*, C435/11, EU:C:2013:574, nº 47, e *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C59/12, EU:C:2013:634, nº 34).

33 Por outro lado, decorre das exigências tanto da aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito da União, que não contenha nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e o seu alcance, devem normalmente ser interpretados em toda a União de modo autónomo e uniforme (v., designadamente, acórdão *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C59/12, EU:C:2013:634, nº 25 e jurisprudência referida).

34 Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça já declarou que a diretiva relativa às práticas comerciais desleais se distingue por um âmbito de aplicação material particularmente amplo (acórdãos *Media-print Zeitungs und Zeitschriftenverlag*, C540/08, EU:C:2010:660, nº 21, e *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewer-*

bs, C59/12, EU:C:2013:634, nº 40), uma vez que o legislador da União adotou uma conceção muito lata do conceito de “prática comercial”, para efeitos da diretiva, já que o artigo 2º, alínea d), dessa diretiva a define como “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional”.

35 Assim, o único critério previsto na referida disposição é que a prática do profissional deve encontrar-se em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou de um serviço ao consumidor (v., designadamente, acórdãos *Plus Warenhandels-gesellschaft*, C304/08, EU:C:2010:12, nº 39, e *CHS Tour Services*, C435/11, EU:C:2013:574, nº 27).

36 Em segundo lugar, atento o artigo 3º, nº 1, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, em conjugação com o artigo 2º, alínea c), da mesma, o conceito de “prática comercial” referido nesta diretiva abrange as atividades do profissional subsequentes a uma transação comercial relativa a um bem ou um serviço. De igual modo, decorre do considerando 13 da referida diretiva que a mesma se aplica às práticas comerciais nas relações entre um profissional e um consumidor e subsequentes à celebração de um contrato ou durante a execução do mesmo.

37 Face ao exposto, a comunicação de uma informação feita, como no processo principal, por uma empresa no quadro do serviço pós-venda de

um contrato relativo a um serviço de difusão televisiva por cabo celebrado por um particular deve ser considerada abrangida pelo conceito de “prática comercial”, na aceção da diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

38 Além disso, em conformidade com o artigo 5º, nºs 1 e 4, dessa diretiva, são desleais e proibidas, em especial, as práticas comerciais enganosas.

39 Como resulta da própria redação do artigo 6º, nº 1, da referida diretiva, uma prática comercial é considerada enganosa se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, designadamente, no que diz respeito às características principais do bem ou do serviço, à assistência pós-venda, ao preço ou modo de cálculo do preço, bem como aos direitos do consumidor, e conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão comercial que este não teria tomado de outro modo.

40 Ora, importa considerar que, como resulta da decisão de reenvio, numa situação como a que está em causa no processo principal, estão reunidos todos os elementos enunciados nessa disposição. Com efeito, esta situação caracteriza-se pela circunstância de um consumidor ter recebido, por parte de um profissional e na sequência do seu pedido para efeitos de fazer uso do seu direito de rescisão de um contrato de serviços celebrado com este, uma informação errónea relativa à duração da relação que vincula ambas as partes e pelo facto de o erro cometido

pela empresa ter impedido o particular de fazer uma escolha com conhecimento de causa e de, além disso, o ter feito incorrer em despesas adicionais.

41 A este respeito, importa precisar que a circunstância de a ação do profissional em causa só ter sido praticada uma vez e só ter afetado um consumidor é completamente irrelevante neste contexto.

42 Com efeito, nem as definições enunciadas nos artigos 2º, alíneas c) e d), 3º, nº 1, e 6º, nº 1, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais nem esta última, globalmente considerada, inclui qualquer indício de que a ação ou omissão que emana do profissional deveria apresentar um caráter reiterado ou dizer respeito a mais de um consumidor.

43 Ora, tendo em conta a preocupação de proteção do consumidor que está na base da referida diretiva, essas disposições não podem ser interpretadas no sentido de que impõem condições desse tipo, ainda que não o enunciem de forma expressa (v., neste sentido, acórdão CHS Tour Services, C435/11, EU:C:2013:574, nº 41).

44 Por outro lado, a tese defendida pela UPC, segundo a qual um comportamento isolado por parte de um profissional, que só afetou um consumidor, não pode ser considerado constitutivo de uma “prática”, na aceção da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, poderia gerar graves inconvenientes.

45 Em primeiro lugar, essa diretiva não determina nenhum patamar, quer em termos de frequência quer de número de consumidores visados,

além do qual um ato ou uma omissão entra no âmbito de aplicação da mesma, de modo que a tese defendida pela UPC não é compatível com o princípio da segurança jurídica.

46 Em segundo lugar, essa tese implicaria que incumbe ao consumidor demonstrar que outros particulares foram lesados pelo mesmo operador, quando, na prática, essa prova é extremamente difícil de ser feita.

47 É igualmente irrelevante o caráter alegadamente não intencional de uma conduta ilícita como a que está em causa no processo principal.

48 Com efeito, o artigo 11º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais prevê expressamente que a aplicação das medidas tomadas pelos Estados-Membros para lutar contra tais práticas é independente da prova de uma intenção, ou seja de uma negligência por parte do profissional, como a de um dano real sofrido pelo consumidor.

49 Em todo o caso, como resulta da utilização do termo “susceptível”, o artigo 6º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais apresenta uma natureza essencialmente preventiva, pelo que, para efeitos da aplicação desse artigo, basta que o profissional tenha comunicado uma informação objetivamente errónea, que possa exercer uma influência desfavorável sobre a decisão comercial do consumidor.

50 Ora, no caso em apreço, parece claro que, se a UPC não tivesse cometido o erro sobre a data, o cocontratante desta última não teria procedido à resolução do seu contrato

com efeitos a partir de 10 de fevereiro de 2011 quando a data pertinente era 10 de janeiro de 2011, tendolhe sido imposto um custo adicional pelo lapso de tempo que se desenrolou entre ambas essas datas. Por outro lado, como já se referiu no nº 48 do presente acórdão, e por analogia com o que o Tribunal de Justiça declarou no acórdão *Purely Creative e o.* (C428/11, EU:C:2012:651, nº 57), é irrelevante o facto de o custo imposto ao consumidor ser insignificante.

51 A interpretação que precede é corroborada pelo facto de que permite assegurar o pleno efeito da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, garantindo que, em conformidade com a exigência de assegurar um nível elevado de proteção dos consumidores, enunciada designadamente no artigo 1º da referida diretiva, as práticas comerciais desleais sejam, nos termos do artigo 11º, nº 1, primeiro parágrafo, desta última, combatidas de forma eficaz “no interesse dos consumidores”. Como decorre designadamente dos seus considerandos 7, 8, 11, 13 e 14, a mesma diretiva estabelece, para esse efeito, uma proibição geral das práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores (v. acórdão *Trento Sviluppo e Centrale Adriatica*, C281/12, EU:C:2013:859, nº 32).

52 Igualmente, o Tribunal de Justiça já declarou que as disposições da diretiva relativa às práticas comerciais desleais são concebidas essencialmente na ótica do consumidor, enquanto destinatário e vítima de práticas comer-

ciais desleais (v. acórdão *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C59/12, EU:C:2013:634, nº 36 e jurisprudência referida).

53 O objetivo prosseguido pela diretiva relativa às práticas comerciais desleais, que consiste em proteger plenamente os consumidores contra as práticas desta natureza, assenta na circunstância de, em face de um profissional, o consumidor se encontrar numa posição de inferioridade, designadamente no que respeita ao nível de informação, na medida em que deve ser reputado economicamente mais fraco e juridicamente menos experiente que o seu cocontratante (v. acórdão *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C59/12, EU:C:2013:634, nº 35).

54 À luz das considerações anteriores, a alegação da UPC, segundo a qual o consumidor podia ter ele próprio pesquisado a informação correta, deve ser considerada irrelevante.

55 Nestas condições, há que concluir que uma conduta como a que é, no processo principal, criticada à UPC, integra o âmbito de aplicação da diretiva relativa às práticas comerciais desleais e, por conseguinte, está sujeita às regras estabelecidas por esta última.

56 Preciado este ponto, há que salientar que essa diretiva se limita a prever, no seu artigo 5º, nº 1, que as práticas comerciais desleais “são proibidas”.

57 Como o Tribunal de Justiça já declarou, a referida diretiva deixa aos EstadosMembros uma margem de apreciação relativamente à escolha das

medidas nacionais destinadas a lutar, em conformidade com os artigos 11º e 13º da mesma diretiva, contra as práticas comerciais desleais, na condição de essas medidas serem adequadas e eficazes e de as sanções assim previstas serem eficazes, proporcionadas e dissuasivas (acórdão Köck, C206/11, EU:C:2013:14, nº 44).

58 Daqui decorre que incumbe aos Estados-Membros prever um regime adequado de sanções relativamente aos profissionais que recorrem a práticas comerciais desleais, velando por que essas sanções sejam conformes, designadamente, ao princípio da proporcionalidade. É nesse contexto que poderão ser devidamente tidos em conta fatores como a frequência da prática censurada, o seu caráter intencional ou não e a importância do dano que causou ao consumidor.

59 No caso em apreço, compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, tomando em consideração as circunstâncias que caracterizam o processo que lhe foi submetido, se as consequências que decorrem, em aplicação do direito nacional que transpõe a diretiva relativa às práticas comerciais desleais, da proibição da prática comercial enganosa utilizada no caso em apreço pelo profissional estão em conformidade com as exigências dessa diretiva e, mais especialmente, com o princípio da proporcionalidade.

60 Face a todas as considerações anteriores, importa responder à segunda questão que a diretiva relativa às práticas comerciais desleais deve ser interpretada no sentido de que a co-

municação, por um profissional a um consumidor, de uma informação errada, como a que está em causa no processo principal, deve ser qualificada de “prática comercial enganosa”, na aceção desta diretiva, ainda que essa comunicação só diga respeito a um único consumidor.

Quanto à primeira questão

61 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a diretiva relativa às práticas comerciais desleais deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial cumprir todos os critérios enunciados no artigo 6º, nº 1, dessa diretiva para ser qualificada de prática enganosa relativamente ao consumidor, há ainda que verificar se tal prática é igualmente contrária às exigências relativas à diligência profissional, na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea a), da referida diretiva, para que possa ser validamente considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5º, nº 1, da mesma diretiva.

62 Ora, o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre essa questão no acórdão CHS Tour Services (C435/11, EU:C:2013:574) e a resposta que aí forneceu é perfeitamente transponível para o presente processo.

63 Nessas condições, por motivos idênticos aos enunciados nos n.ºs 31 a 47 do acórdão CHS Tour Services (C435/11, EU:C:2013:574), há que responder à primeira questão que a diretiva relativa às práticas comerciais desleais deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial

cumprir todos os critérios enunciados no artigo 6º, nº 1, dessa diretiva para ser qualificada de prática enganosa relativamente ao consumidor, não é necessário verificar se tal prática é igualmente contrária às exigências relativas à diligência profissional na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea a), da referida diretiva, para que possa validamente ser considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5º, nº 1, da mesma diretiva.

Quanto às despesas

64 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, 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 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e

2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho (“diretiva relativa às práticas comerciais desleais”), deve ser interpretada no sentido de que a comunicação, por um profissional a um consumidor, de uma informação errada, como a que está em causa no processo principal, deve ser qualificada de “prática comercial enganosa”, na aceção desta diretiva, ainda que essa comunicação só diga respeito a um único consumidor.

2) A Diretiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial cumprir todos os critérios enunciados no artigo 6º, nº 1, dessa diretiva para ser qualificada de prática enganosa relativamente ao consumidor, não é necessário verificar se tal prática é igualmente contrária às exigências relativas à diligência profissional, na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea a), da referida diretiva, para que possa ser validamente considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5º, nº 1, da mesma diretiva.

Assinaturas

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1429868246765&xuri=CELEX:62013CJ0388>

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator:

OLIVEIRA VASCONCELOS

Descritores:

RESPONSABILIDADE BANCÁRIA

PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

CHEQUE

ENDOSSO

DEVER DE LEALDADE

DEVER DE INFORMAÇÃO

BOA FÉ

CONSUMIDOR

JUROS DE MORA

Data do Acórdão: 04-06-2015

Decisão: NEGADA A REVISTA DO RÉU E CONCEDIDA EM PARTE A DA AUTORA

Área Temática:

DIREITO BANCÁRIO – ACTOS BANCÁRIOS EM ESPECIAL (ATOS BANCÁRIOS EM ESPECIAL) / CHEQUES.

DIREITO CIVIL – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / CUMPRIMENTO E NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES / MORA DO DEVEDOR.

Legislação Nacional:

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGO 805º, Nº 2, AL. B) E Nº 3.

LEI UNIFORME SOBRE CHEQUES (LUCh): – ARTIGOS 14º, 16º, 37º, 38º

Sumário:

I – A atividade bancária rege-se, de um modo especial, pela confiança pessoal entre os bancos e os seus

clientes, assumindo, desse modo, muito peso os deveres de lealdade e de probidade.

II – O princípio da boa fé impõe-se neste âmbito de forma peculiar, orientando a conduta das partes segundo as regras de lealdade, propícias ao estabelecimento de um clima de mútua confiança.

III – Um dos afloramentos destas regras, é o dever de informar, na medida em que haja algo para informar a contraparte, e que, segundo as regras do bom senso, esta deva conhecer, tendo sempre esse dever de informação de ser equacionado dentro do contexto da situação concreta

IV – Tal dever de prestar informações é cada vez mais intenso, dada a tendência atual de proteção do consumidor, sem que com tal tendência se tenha como reconhecido um direito à passividade por parte do consumidor.

V – Tenda a autora emitido diversos cheques cruzados à ordem do réu banco, não podia este, atento o disposto no art. 38º da LUCh, creditar diretamente esses cheques na conta de um outro réu quando este não se tratava de um banqueiro, nem constava dos cheques como seu beneficiário.

VI – Para um cheque ser transmissível por via de endosso, este deve ser escrito no cheque ou numa folha ligada a este e deve ser assinado pelo endossante, conforme dispõe os arts. 14º e 16º da LUCh.

VII – Não estando demonstrada a existência de qualquer declaração

deste tipo feita pelo beneficiário da ordem de pagamento, mas constando apenas no verso dos cheques uma assinatura de quem não era beneficiário dos mesmos, não se pode concluir pela existência de um endosso.

VIII – Face às repetidas transferências que o réu banco ia fazendo para a conta do co-réu, é razoável admitir que este devesse informar a autora dessa prática reiterada – da qual não tinha qualquer confirmação por parte desta – e se certificado que ela correspondia à vontade da mesma.

IX – Nos termos conjugados do art. 805º, nº 2, al. b) e nº 3, do CC, os juros de mora são devidos desde a data da citação no caso do crédito, porque controvertido, só se tornar líquido quando se apura o objecto da prestação, sendo esse apuramento feito com a citação no caso de haver responsabilidade por facto ilícito, a não ser que a falta de liquidez seja imputável ao devedor.

Decisão Texto Integral: **Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:**

Em 2006.01.06, Na então 16ª Vara Cível de Lisboa, AA instaurou contra os réus BB e CC, a presente ação declarativa de condenação com processo ordinário.

Pediu

a condenação solidária dos réus a pagar-lhe a quantia de EUR 1.106.749,98, acrescida dos juros de mora vencidos desde a data da instauração da ação e até efetivo pagamento, bem como todos os montantes que a autora venha a suportar ou

que lhe venham a ser imputados, na sequência da falta de pagamento das suas dívidas, quantitativo a ser liquidado posteriormente.

Alegou

em resumo, que

– em finais de 1992, o 1º réu (responsável pela contabilidade e gestão financeira da autora) sugeriu à autora que o pagamento das suas obrigações fiscais e também da segurança social fosse feito através de cheques emitidos à ordem da 2ª ré, sacados sobre a sua conta junto deste Banco, o qual, por sua vez, procederia ao pagamento daquelas dívidas, em nome da autora;

– esta aceitou o esquema de pagamento proposto pelo 1º réu;

– desta forma, desde Janeiro de 1993 a Abril de 2004 a autora entregou ao 1º réu 266 cheques “cruzados”, isto é, com a aposição de duas linhas paralelas na sua frente, sacados sobre o banco réu e emitidos diretamente à ordem deste banco, no montante global de EUR 1.364.586,23 (cf. doc. nº 7, junto com a p.i.).

– durante o mesmo período, a A. emitiu também cheques à ordem das entidades tributárias e à ordem do 1º réu;

– em Abril de 2004, tomou conhecimento de que todos os cheques emitidos à ordem e sobre o banco réu foram depositados diretamente na conta bancária que o 1º réu tinha aberta no mesmo banco;

– os referidos cheques têm aposta no verso a assinatura do 1º réu e o número da sua conta bancária;

- a autora, porém, nunca autorizou nenhum dos réus a proceder da forma atrás descrita;

- e se o 1º réu não podia ter-se apropriado de quantias que pertenciam à autora, também a 2ª ré não podia ter transferido as quantias tituladas pelos cheques para a conta do 1º réu, uma vez que o Banco era o beneficiário dos cheques;

- além disso, e apesar de os cheques terem sido emitidos em seu nome, o Banco não podia ignorar que inexistia motivo justificado para receber e fazer suas as importâncias tituladas pelos cheques, pelo que, ao creditar diretamente na conta do 1º réu as quantias tituladas pelos cheque, sem previamente ter obtido esclarecimentos e/ou autorização da autora, violou não só a lei, mas também os mais elementares deveres de diligência e prudência a que, enquanto instituição bancária, estava obrigado;

- o 1º réu assinou e entregou à autora um documento de confissão de dívida no montante de EUR 214.540,17;

- com base nesse documento, a autora já instaurou contra o 1º réu ação executiva para ser ressarcida daquele montante;

- a autora está, porém, convicta de que não vai conseguir obter o pagamento da totalidade da quantia exequenda, dado o valor do único bem nomeado à penhora;

- por seu turno, os danos sofridos pela autora são muito superiores ao montante «confessado» pelo 1º réu, pelo que se justifica a proposi-

tura da presente ação também contra aquele;

- efetivamente, em consequência da conduta dos réus, a autora sofreu danos que, à data da propositura da ação, discrimina e quantifica da seguinte forma:

a) - EUR 513.712,80, correspondente à diferença entre a quantia global dos cheques emitidos à ordem de ambos os réus e das entidades tributárias, (ou seja, EUR 1.642.612,64), desde 1993 a 2004, para pagamento de dívidas tributárias da autora e a quantia que, no aludido período, foi efetivamente paga (ou seja, EUR 1.128.983,30);

b) - EUR 250.253,17, a título de juros de mora, sobre a quantia referida em a), calculados com referência a 31 de Dezembro de cada ano até à data da propositura da ação;

c) - EUR 30.949,34, correspondente a juros de mora já vencidos, por falta de pagamento atempado de contribuições devidas à Segurança Social;

d) - EUR 141.908,77, correspondente ao montante indemnizatório que a autora ficou obrigada a pagar aos seus trabalhadores, com os quais celebrou acordos de cessação dos contratos individuais de trabalho, por ter sido forçada a encerrar a sua atividade, por falta de capacidade financeira;

e) - EUR 2.363,85, correspondente aos juros de mora que a autora vai ter que pagar aos seus trabalhadores por não ter conseguido cumprir o acordo com ele celebrado;

f) – EUR 167.562,06, correspondente ao montante dos empréstimos feitos pelos sócios à sociedade autora, e que a autora terá que lhes pagar por ter sido obrigada a encerrar a sua atividade, pois devido à atuação dos réus não conseguiu vencer a conjuntura económica desfavorável, por falta de meios financeiros;

g) – para além destes danos, a autora imputa ainda aos réus todos os demais que venha a sofrer, em consequência da conduta destes, designadamente, os derivados da falta de pagamento atempado das obrigações tributárias da autora que venham ainda a ser liquidadas pelas autoridades competentes.

Apenas contestou o réu Banco CC

que, também em resumo, alegou que

– a autora e o 1º R. combinaram, entre si, que os cheques sacados sobre e à ordem do Banco réu se destinavam a ser creditados na conta do 1º R. para que este, a partir da sua conta, procedesse diretamente ao pagamento das obrigações tributárias da autora;

– este procedimento (confessado pelo 1º réu, em documento junto aos autos) foi seguido durante anos e anos, com total conhecimento e assentimento da autora, sem que esta alguma vez o tenha contestado, tanto mais que recebia mensalmente os extratos de conta que refletiam explicitamente os movimentos de débito e crédito dos ditos cheques;

– em todo o caso, ao abrigo do disposto no artigo 38º da LUCH,

nada obstava a que a 2ª ré depositasse os cheques de que era beneficiária na sua conta, ou na conta de terceiro, desde que este fosse seu cliente, como era o caso do 1º réu, podendo ainda transmiti-los por endosso, já que o Banco era simultaneamente sacado e beneficiário.

Proferido despacho saneador, fixada a matéria assente e elaborada a base instrutória, foi realizada audiência de discussão e julgamento.

Em 2013.07.19, foi proferida sentença que julgou a ação parcialmente procedente e, assim:

– *condenou o réu BB a pagar à autora a quantia de EUR 513.834,06, acrescida de juros de mora, à taxa de 4% ao ano, desde a citação até integral pagamento, bem como o montante correspondente a juros de mora e multas que a autora tenha pago e venha a pagar a título de impostos que deveriam ter sido pagos pela autora, e não foram, no período compreendido entre 2000 e Abril de 2004, a liquidar posteriormente;*

– *absolveu o réu BB do demais peticionado;*

– *absolveu o “Banco CC, SA” do pedido.*

A autora apelou, com parcial êxito, tendo a Relação de Lisboa, por acórdão de 2014.11.25, proferido a seguinte decisão:

– *revogar a sentença recorrida na parte em que, relativamente ao montante de EUR, 214.540,17 e respetivos juros, absolveu da instância o réu BB (subsistindo, quanto a este réu, e nos seus precisos termos, a sentença profe-*

rida a fls. 1576 e seguintes. por, nessa parte, ter transitado em julgado);

- revogar a sentença recorrida, na parte em que absolveu a 2ª ré do pedido e, conseqüentemente, em condenar a ré Banco CC, SA, solidariamente com o 1º réu, a pagar à autora a quantia, a liquidar posteriormente, correspondente à diferença entre o montante global dos cheques emitidos à ordem da ré e creditados na conta do 1º réu, entre Janeiro de 1993 e Abril de 2004, e o montante que, no aludido período, e relativo a “dívidas tributárias” da autora, foi efetivamente pago, com o limite do pedido concretamente formulado nesta ação;

- no mais confirmar a sentença recorrida.

Inconformados, quer a autora, quer o réu Banco CC, deduziram as presentes revistas, apresentando as respectivas alegações e conclusões.

Cumprе decidir.

As questões

Tendo em conta que

- o objecto dos recursos é delimitado pelas conclusões nelas inseridas, salvo as questões de conhecimento oficioso – arts. 684º, nº3 e 690º do Código de Processo Civil;

- nos recursos se apreciam questões e não razões;

- os recursos não visam criar decisões sobre matéria nova, sendo o seu âmbito delimitado pelo conteúdo do acto recorrido

são os seguintes os temas das questões propostas para resolução:

A) – Responsabilidade civil do réu Banco CC

B) – Liquidação

C) – Juros de mora.

Os factos

São os seguintes os factos que foram dados como provados nas instâncias:

A) A autora é uma sociedade comercial que se dedica à produção e comercialização de próteses dentárias e faciais e à comercialização de produtos, equipamentos e materiais dentários, tendo iniciado a sua atividade em 1990. Alínea A) dos Factos Assentes

B) De 1991 em diante, a gerência da autora foi exercida pela Sra. D.” DD, de nacionalidade alemã, com base numa procuração que lhe foi conferida em Junho de 1991, por um dos gerentes da autora, o Sr. EE, igualmente de nacionalidade alemã. Alínea B) dos Factos Assentes

C) A partir de 1998, com a renúncia do gerente EE, a referida Sra. D.” DD passou, com base na mencionada procuração, a exercer a gerência da autora por si só e exclusivamente. Alínea C) dos Factos Assentes.

D) O Senhor FF, gerente da autora desde a sua constituição, nunca exerceu qualquer ato de gerência da sociedade. Alínea D) dos Factos Assentes

E) A procuração referida em B conferia poderes à mandatária para (...) “em nome e por conta da referida sociedade, praticar todos os atos de gestão corrente da sociedade, desig-

nadamente, abrir contas bancárias, proceder ao resgate de documentos à cobrança por via bancária, assinar ordens de pagamento e transferências bancárias (...) celebrar contratos de trabalho ou prestação de serviços e o mais necessário para esse fim”. Alínea E) dos Factos Assentes

F) Foi à referida mandatária que, pelo menos desde a data da outorga da mencionada procuração até recentemente, coube a prática e implementação de todos os atos necessários ao desenvolvimento da atividade diária da autora, tais como a gestão corrente da mesma, o apoio à produção e comercialização dos seus produtos e a contratação e pagamento de trabalhadores e fornecedores. Alínea F) dos Factos Assentes

G) A autora é titular da conta bancária com o número ... junto do 2º réu Banco CC. Alínea G) dos Factos Assentes

H) Foi a mandatária referida em B) que em nome da autora disponibilizou os meios financeiros desta para pagamento das respetivas obrigações através da movimentação da conta bancária da autora referida na alínea anterior e assinatura dos respetivos cheques e demais meios de pagamento necessários à atividade da mesma. Alínea H) dos Factos Assentes

I) Até muito recentemente e desde a renúncia do gerente Senhor EE, as únicas pessoas com autorização da autora para movimentar a sua conta bancária junto do 2º réu foram o Senhor FF, gerente da autora

e a referida mandatária. Alínea I) dos Factos Assentes

J) Em 1990 a autora contratou o 1º réu para desempenhar serviços de contabilidade e apoio à gestão financeira daquela. Alínea J) dos Factos Assentes

L) O referido réu foi contratado pela autora por ser altamente recomendado ao Senhor Mõgle, como sendo um bom profissional, competente e sério. Alínea L) dos Factos Assentes

M) O mesmo desempenhou, durante o período compreendido entre 1990 e Abril de 2004, as funções de Técnico Oficial de Contas da autora. Alínea M) dos Factos Assentes

N) Durante todo o tempo em que desempenhou essas funções foi confiada ao 1º réu a responsabilidade pela contabilidade da autora e pela liquidação das respetivas obrigações tributárias, designadamente, perante a Segurança Social e o Fisco. Alínea N) dos Factos Assentes

O) O 1º réu assegurou até Abril de 2004, não só a preparação da contabilidade da autora, como também, o cálculo, liquidação e pagamento efetivo das suas obrigações contributivas. Alínea Q) dos Factos Assentes

P) Inicialmente, para proceder ao pagamento das dívidas tributárias da autora, o 1º réu confrontava-a, primeiro, com os comprovativos da liquidação das importâncias devidas, solicitando, de seguida, os respetivos meios de pagamento. Alínea R) dos Factos Assentes

Q) Posteriormente, o 1º réu demonstrava o pagamento da importância solicitada através da exibição do correspondente comprovativo, devidamente carimbado pelas entidades competentes. Alínea S) dos Factos Assentes

R) Atenta a relação de confiança entretanto estabelecida entre a autora e o 1º réu, foi-se generalizando a prática segundo a qual os meios de pagamento necessários para que este procedesse ao pagamento das dívidas tributárias da autora lhe eram entregues mediante sua mera solicitação, sem necessidade do comprovativo da prévia liquidação. Alínea T) dos Factos Assentes

S) O 1º réu limitava-se, assim, uma vez efetuado o cálculo dos tributos devidos ou de os mesmos serem liquidados pelas entidades competentes, a solicitar à autora as importâncias necessárias para o pagamento, entre outras, das dívidas daquela às autoridades fiscais, bem como à Segurança Social. Alínea U) dos Factos Assentes

T) A autora estava ciente que tal sistema de pagamento era possível relativamente a determinadas dívidas tributárias, mediante o preenchimento dos formulários emitidos pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social e pela Direção de Impostos, nomeadamente os impressos modelo 41 e 70, os quais eram entregues aos balcões dos Bancos, normalmente da Caixa GG, sendo o pagamento dessas importâncias feito através do débito em conta do cliente. Alínea Z) dos Factos Assentes

U) A autora nunca prestou ao 2º réu autorização para este efetuar o pagamento das suas dívidas tributárias. Alínea DD) dos Factos Assentes

V) A autora que, no princípio, confirmava, pelo menos, a maioria das guias de pagamento e recibos relativos aos pagamentos efetuados pelo 1º réu em seu nome, com o passar do tempo e aumento da confiança naquele outro, foi deixando de o fazer. Alínea FF) dos Factos Assentes

X) Todos os cheques eram assinados pela mandatária referida em B, ou, até 1998, também pelo Sr. EE. Alínea II) dos Factos Assentes

Z) Quando a autora procedia a pagamentos de importâncias por ela devidas ao 1º réu, pagava-lhe com cheques emitidos diretamente à sua ordem. Alínea JJ) dos Factos Assentes

AA) Quando o 1º réu adiantava importâncias suas para pagar despesas da autora, era reembolsado, após a exibição do respetivo recibo comprovativo de tal despesa, por cheque emitido diretamente à sua ordem. Alínea LL) dos Factos Assentes

BB) Entre 1993 e 2004, houve uma parte das dívidas tributárias da autora que foram pagas mediante cheques emitidos diretamente à ordem das entidades beneficiárias (Direção Geral do Tesouro «DGT», Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social «IGFSS» e Serviços da Administração do IVA – «SAI») e não do 2º réu, o que se motivava pela ausência ocasional do 1º réu ou pela liquidação

tardia ou errada do tributo. Alínea NN) dos Factos Assentes

CC) Entre Janeiro de 1993 e Abril de 2004 inclusive, a Autora emitiu cheques diretamente à ordem da 2ª Ré, entregues ao 1º Réu, no total de 266 e perfizeram a quantia global de €1.364.586,23. Alínea PP) dos Factos Assentes

DD) No dia 27 de Abril de 2004 a autora recebeu do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social duas citações em processos executivos por dívidas nos montantes de Euros 53.153,96 e Euros 24.649,46, relativas a quotizações e contribuições que não se encontravam pagas. Alínea QQ) dos Factos Assentes

EE) O 1º réu prestou as declarações que constam do escrito junto de fls. 271 a 275, que aqui se dá por reproduzido, no qual, além do mais, declarou deter uma dívida perante a autora e obrigar-se a pagá-la através da transmissão da fração, de que era proprietário, correspondente ao 9ºF do prédio urbano sito na Rua ..., em Almada e de prestações mensais periódicas. Alínea RR) dos Factos Assentes

FF) Após a data desse escrito o 1º réu cessou a prestações dos serviços de contabilidade à autora. Alínea SS) dos Factos Assentes

GG) A autora instaurou contra o mesmo réu, com base no referido escrito, uma ação executiva que corre os seus termos junto do 4º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Almada, sob o nº 5955f05.6TBALM. Alínea IT) dos Factos Assentes

HH) A fração referida em RR) dos factos assentes [ora supra em EE)] encontra-se onerada com uma hipoteca até ao montante de Euros 57.156,50 constituída a favor de terceiro. Alínea UU) dos Factos Assentes

II) Dos cheques emitidos conforme referido em pp dos Factos Assentes [ora supra em Código Civil) o 2º réu não devolveu à autora qualquer quantia. Alínea WW) dos Factos Assentes

JJ) Os cheques emitidos pela autora em nome do 2º réu foram creditados diretamente na conta nº ..., dependência da Lapa, de que é titular o 1º réu junto daquele outro, tendo o 1º réu gerido por sua conta e iniciativa os pagamentos das dívidas tributárias da autora. Alínea ZZ) dos Factos Assentes

LL) Nos mesmos cheques foi aposta a assinatura e o número da conta bancária do 1º réu no respetivo verso. Alínea AAA) dos Factos Assentes

MM) Esses cheques foram emitidos pela autora com a aposição de duas linhas paralelas traçadas na respetiva frente. Alínea BBB) dos Factos Assentes

NN) Em 08 de Junho de 2004, a autora foi citada da instauração de outros dois processos de execução por dívidas de contribuições e quotizações à Segurança Social, nos montantes respectivos de €35.439,17 e €16.422,32. Alínea CCC) dos Factos Assentes

OO) Em 20 de Maio de 2005, a autora foi citada para outros dois pro-

cessos de execução fiscal, por dívidas de idêntica natureza à Segurança Social, nos montantes de €10.264,48 e € 4.770,36. Alínea DDD) dos Factos Assentes

PP) No âmbito dos referidos processos executivos, o saldo da conta bancária da autora junto do 2º réu foi penhorado pelas autoridades tributárias. Alínea EEE) dos Factos Assentes

QQ) A Srª Da DD quando assumiu a gerência da autora, bem como o Sr. EE, desconheciam, por completo, o funcionamento do sistema fiscal português. Resposta ao facto controvertido sob 1º da base instrutória

RR) Perante o que lhe foi dito pelo 1º réu a autora ficou convencida que a entidade que deveria constar como beneficiária dos cheques referidos em AA) era a 2ª ré. Resposta ao facto controvertido sob 2º da base instrutória

SS) E que a responsabilidade pelo pagamento das dívidas tributárias passaria da autora para a 28. ré. Resposta ao facto controvertido sob 3º da base instrutória

TI) A autora aceitou o sistema proposto pelo 10 réu por estar absolutamente convicta que os cheques que emitisse à ordem da 28. ré somente poderiam ser pagos a esse beneficiário concreto. Resposta ao facto controvertido sob 6º da base instrutória

UU) E acreditou que a 2ª ré, com os cheques que eram emitidos à sua ordem, pagava efetiva e integralmente as suas dívidas tributárias. Respos-

ta ao facto controvertido sob 7º da base instrutória

VV) A mesma acreditou, ainda, que caso se verificasse qualquer irregularidade ou desconformidade em relação ao sistema de pagamento de dívidas proposto pelo 10 réu, tal informação lhe seria prontamente comunicada pela 2ª ré.

VV) A mesma acreditou, ainda, que caso se verificasse qualquer irregularidade ou desconformidade em relação ao sistema de pagamento de dívidas proposto pelo 10 réu, tal informação lhe seria prontamente comunicada pela 2ª ré. Resposta ao facto controvertido sob 8º da base instrutória

XX) Os valores das quotizações referidas em QQ) dos Factos Assentes [ora supra em DD)] foram descontados nos vencimentos dos trabalhadores da autora. Resposta ao facto controvertido sob 9º da base instrutória

ZZ) Após ter recebido as citações referidas na mesma alínea a autora inquiriu, de imediato, o 1º réu acerca das causas de tais processos. Resposta ao facto controvertido sob 10º da base instrutória

AAA) Este, inicialmente negou qualquer responsabilidade, alegando tratar-se de erros de liquidação por parte das autoridades da Segurança Social. Resposta ao facto controvertido sob 11º da base instrutória

BBB) Face à inexistência de comprovativos do pagamento das importâncias em falta para com a Segurança Social, o mesmo acabou por assumir que as dívidas resultavam da

sua atuação. Resposta ao facto controvertido sob 12º da base instrutória

CCC) O mesmo explicou que o sistema de pagamentos das dívidas tributárias da autora mediante a emissão do cheque à ordem da 2ª ré lhe permitia depositar os cheques diretamente na sua conta bancária, também junto da 2ª ré. Resposta ao facto controvertido sob 13º da base instrutória

DDD) Apenas alguns dos cheques que a Autora emitira em nome do 2º Réu foram depositados na conta bancária do 1º Réu, não tendo sido utilizados para pagar diretamente as dívidas tributárias da Autora. Resposta ao facto controvertido sob 14º da base instrutória

EEE) O 1º Réu pagou a totalidade das dívidas tributárias da Autora liquidadas até ao ano de 2000. Resposta ao facto controvertido sob 15º da base instrutória

FFF) A partir de 2000, o 1º Réu deixou de proceder à totalidade dos pagamentos devidos às autoridades tributárias. Resposta ao facto controvertido sob 16º da base instrutória

GGG) E fez suas as importâncias que a Autora lhe entregara através dos cheques emitidos em nome do 2º Réu. Resposta ao facto controvertido sob 17º da base instrutória

HHH) Posteriormente ao declarado no escrito referido em RR) dos factos Assentes [ora supra em EE)] o 1º réu procedeu a 5 pagamentos de € 350,00, cada, à autora, para esta entregar junto da Segurança Social

por conta dos processos referidos em QQ) [ora supra em DD)]. Resposta ao facto controvertido sob 19º da base instrutória

III) Os montantes desses pagamentos foram utilizados pela autora para pagar parte da sua dívida à Segurança Social. Resposta ao facto controvertido sob 20º da base instrutória

JJJ) O único bem conhecido ao 10 réu é a fração referida em RR) dos Factos Assentes [ora supra em EE)]. Resposta ao facto controvertido sob 21º da base instrutória

LLL) A mesma tem um valor de mercado que não excede os € 125.000,00. Resposta ao facto controvertido sob 22º da base instrutória

MMM) A autora recebeu com perplexidade o facto de os cheques referidos em PP) dos Factos Assentes [ora supra em CC)] terem sido creditados diretamente na conta do 1º réu. Resposta ao facto controvertido sob 23º da base instrutória

NNN) O total dos cheques emitidos pela Autora entre 1993 e 2004 para pagamento das suas dívidas tributárias, constituído pelos referidos em PP) dos Factos Assentes [ora supra em CC], pelos emitidos à ordem das entidades tributárias e pelos emitidos à ordem do 1º Réu para o reembolsar de despesas tributárias da mesma, perfaz €1.642.612,64. Resposta ao facto controvertido sob 24º da base instrutória

OOO) Desse valor foi efetivamente paga a quantia total de €1.128.983,30 de dívidas tributárias

da autora. Resposta ao facto controvertido sob 25º da base instrutória

OOO) Em consequência da penhora referida em EEE) dos Factos Assentes [ora supra em PP)] a autora encontra-se impossibilitada de pagar as suas demais dívidas. Resposta ao facto controvertido sob 26º da base instrutória

PPP) A autora enfrentou nos últimos anos uma quebra da procura por parte do seu cliente na Alemanha. Resposta ao facto controvertido sob 27º da base instrutória

QQQ) A autora constatou, pelas suas contas, que não iria conseguir pagar mais as suas dívidas nomeadamente, aos seus trabalhadores, razão pela qual, em Agosto de 2005, encerrou a sua atividade. Resposta aos factos controvertidos sob 29º e 300 da base instrutória

RRR) E procedeu a negociações com os seus trabalhadores para despedimentos dos mesmos. Resposta ao facto controvertido sob 31º da base instrutória

SSS) Tendo, no dia 5 de Agosto de 2005, assinado acordos de cessação dos contratos de trabalho daqueles. Resposta ao facto controvertido sob 32º da base instrutória

TTT) Nos termos desses acordos, a autora declarou obrigar-se a pagar aos seus trabalhadores a quantia total de €141.908,77. Resposta ao facto controvertido sob 33º da base instrutória

UUU) A qual, não pode, na altura, pagar. Resposta ao facto controvertido sob 34º da base instrutória

VW) Perante esse facto, o sócio e gerente da autora aceitou em alienar o imóvel do qual é proprietário em Portugal. Resposta ao facto controvertido sob 35º da base instrutória

XXX) Nos acordos de cessação dos contratos de trabalho, com exceção do relativo a DD, as partes convencionaram que metade do resultado dessa venda serviria para pagar as indemnizações estipuladas nesses escritos. Resposta ao facto controvertido sob 36º da base instrutória

ZZZ) A referida venda não se realizou até à data. Resposta ao facto controvertido sob 37º da base instrutória

AAAA) Um dos sócios da autora emprestou a esta quantia não inferior a €160.000,00. Resposta ao facto controvertido sob 38º da base instrutória

BBBB) A qual não poderá ser paga em virtude do encerramento da atividade da autora. Resposta ao facto controvertido sob 39º da base instrutória

CCCC) Em [mais de 1992, o 1º réu disse à autora que esta teria toda a vantagem, quer do ponto de vista contabilístico, como sobretudo, ao nível da sua responsabilidade perante o Estado, de ver as suas dívidas à Segurança Social e às autoridades fiscais pagas por intermédio de uma instituição financeira, nomeadamente, por intermédio da 2ª ré. Resposta ao facto controvertido sob 42º da base instrutória (anterior alínea X eliminada) Resposta ao facto controvertido

do sob 40º da base instrutória (anterior alínea V eliminada)

DDDD) Segundo referido pelo 1º réu, tratar-se-ia de um meio disponibilizado pela 26. ré que permitia centralizar e agilizar os pagamentos das dívidas dos contribuintes ao Estado. Resposta ao facto controvertido sob 41º da base instrutória (anterior alínea W eliminada)

EEEE) Conforme o pelo mesmo referido, na prática, as dívidas tributárias seriam pagas pela autora, não junto das tesourarias da Fazenda Pública ou do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, mas sim, junto do banco, o qual comprovaria o pagamento/recebimento da importância em questão, mediante aposição de carimbo respectivo no documento de pagamento. Resposta ao facto controvertido sob 42º da base instrutória (anterior alínea X eliminada)

FFFF) Segundo afirmado pelo 1º réu, porém, para que as dívidas tributárias da autora pudessem ser pagas por intermédio da 2ª ré, a autora deveria emitir cheques sacados sobre a sua conta junto deste último, no valor das mesmas dívidas, cujo beneficiário, em vez de ser a Direcção Geral do Tesouro ou o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, seria o próprio banco, o qual, por sua vez e segundo afirmado pelo 1º réu, procederia ao pagamento da dívida em nome da autora. Resposta ao facto controvertido sob 43º da base instrutória (anterior alínea AA eliminada)

GGGG) De acordo com o dito 1º réu, uma vez emitidos os cheques em questão, o mesmo encarregar-se-ia de os fazer chegar à 26. ré, que, segundo o por aquele afirmado, ficaria incumbido, através da movimentação da conta bancária da autora referida em G), de proceder, em nome daquela, ao pagamento das dívidas. Resposta ao facto controvertido sob 44º da base instrutória (anterior alínea BB eliminada)

HHHH) Segundo afirmado pelo 1º réu, a hipótese da autora efetuar o pagamento das suas dívidas à Fazenda Pública através da emissão de cheques à ordem da 2ª ré seria possível sem recurso a qualquer tipo de autorização específica da autora a esta última. Resposta ao facto controvertido sob 45º da base instrutória (anterior alínea CC eliminada)

IIII) A mesma concordou com o sistema de pagamento dessas dívidas que lhe foi proposto pelo 1º réu. Resposta ao facto controvertido sob 46º da base instrutória (anterior alínea EE eliminada) Resposta ao facto controvertido sob 47º da base instrutória (anterior alínea GG eliminada)

JJJJ) Ao 1º réu nunca foi dada qualquer autorização de movimentação da conta da autora junto da 2ª ré. Resposta ao facto controvertido sob 47º da base instrutória (anterior alínea GG eliminada)

LLLL) Entre 1993 e 2004 os cheques emitidos pela autora à ordem do 10 réu para pagamento dos seus honorários e reembolso de despesas

por ele suportadas perfizeram um montante total de €54.618,82. Resposta ao facto controvertido sob 480 da base instrutória (anterior alínea MM eliminada)

MMMM) No mesmo período a autora emitiu e entregou ao 1º réu cheques sacados ao Banco Réu diretamente à ordem da «DGT», IGFSS» e «SAI» num montante total de €272.026,41. Resposta ao facto controvertido sob 49º da base instrutória (anterior alínea oo) eliminada)

NNNN) Os 266 cheques referidos na alínea PP) dos Factos Assentes [ora supra em CC)] destinavam-se ao pagamento das dívidas tributárias da autora, de acordo com o sistema a esta proposto pelo 1º Réu. Resposta ao facto controvertido sob 50º da base instrutória (segmento da anterior alínea PP)

OOOO) A 2ª Ré nunca informou a autora que os cheques emitidos à sua ordem foram depositados na conta do 10 Réu. Resposta ao facto controvertido sob 51º da base instrutória (anterior alínea VV eliminada)

PPPP) O 1º réu apresentou regularmente à autora documentos comprovativos do pagamento das dívidas tributárias com o carimbo da 2ª ré neles aposto, num montante superior a meio milhão de euros. Resposta ao facto controvertido sob 52º da base instrutória (anterior alínea XX eliminada)

QQQQ) O 1º réu geriu por sua conta e iniciativa os pagamentos das dívidas tributárias da autora. Resposta aos factos controvertidos sob 53º

da base instrutória (anterior alínea ZZ eliminada) e sob 59º

RRRR) A Autora entregava os cheques emitidos «sobre e à ordem do Banco 2º Réu» ao contabilista 1º Réu, que por sua vez os apresentava ao Banco para depósito na sua conta, enquanto cliente do Banco sacado. Resposta ao facto controvertido sob 54º da base instrutória

SSSS) Nalguns casos o 1º Réu procedeu depois ao pagamento das responsabilidades tributárias da Autora, através da movimentação, a débito, da sua própria conta no Banco 2º Réu. Resposta ao facto controvertido sob 55º da base instrutória

TTTT) O Banco Réu não contrariou tal procedimento. Resposta ao facto controvertido sob 56º da base instrutória

UUUU) O Banco enviava mensalmente extratos da conta bancária da Autora, os quais refletiam todos os movimentos efetuados na sua conta, nos quais se incluem os movimentos de débito e crédito dos cheques emitidos, embora no caso destes últimos apenas discriminando o respectivo número e valor, sem indicação do beneficiário de tal movimento. Resposta ao facto controvertido sob 60º da base instrutória

Os factos, o direito e o recurso

A) – Responsabilidade civil do réu Banco CC

Na sentença proferida na 1ª instância entendeu-se condenar o réu BB, nos termos acima assinalados, porque se considerou que este, ao

apropriar-se das quantias destinadas ao pagamento dos impostos devidos pela autora, determinou que esta não tivesse pago tais impostos e que, por isso, não só tenha ficado sem o dinheiro que o 1º réu se apropriou, mas também tenha ficado sujeita a ações executivas para pagamento coerciva das dívidas tributárias (...) verificando-se, pois, assim, todos os requisitos da responsabilidade civil por factos ilícitos e a correspondente obrigação de indemnizar a autora”.

E quanto ao conteúdo da indemnização, entendeu-se absolver o recorrido réu relativamente ao valor de 214.540,17 € e respetivos juros, porque se considerou que tendo a autora instaurado ação executiva contra o referido réu com base em confissão escrita do mesmo, “não lhe assiste qualquer interesse em agir, porque a declaração e condenação que requer não é meio necessário à salvaguarda e satisfação do direito que se arroga”.

Mais se entendeu absolver o réu Banco CC porque se considerou que dos factos dados como provadas não resultava que com a sua conduta tenha violado qualquer normativo legal, nomeadamente relativos ao endosso do cheque, nem que tenha violado qualquer dever de cuidado ou informação que sobre ele impendesse, por não ter nunca dado conta à autora da atuação do réu BB.

No acórdão recorrido e como já ficou referido, entendeu-se revogar a sentença proferida na parte em absolveu o réu BB quanto à condenação no valor da indemnização de 214.540,17

€ porque se considerou que tal condenação já tinha transitado em julgado.

E entendeu-se condenar o réu Banco CC.

Em primeiro lugar, porque se considerou que a sua conduta foi ilícita, na medida em que, sendo os cheques cruzados, não podiam ser creditados diretamente na conta bancária do réu BB, como o foram e também na medida em que não se provou que os cheques tivessem sido endossados pelo Banco ao referido réu BB, pelo que este não podia ser considerado um portador legítimo.

Em segundo lugar, porque se considerou que a conduta do réu Banco CC foi censurável, na medida em que “sabendo, como não podia deixar de saber, que não havia causa justificativa para os cheques serem sacados à sua ordem devia, desde logo, ter informado e solicitado os pertinentes esclarecimentos à autora a fim de garantir a regularidade do pagamento dos cheques”.

Por outro lado, ao não examinar cuidadosamente os cheques, creditou indevidamente as quantias inscritas neles na conta do 1º réu, violando as supracitadas disposições da LUCH e naturalmente os deveres jurídicos de diligência, competência e fiscalização a que estava vinculado.”

O réu Banco CC entende que a sua conduta de creditar na conta do réu BB as quantias constantes dos cheques emitidos pela autora à sua ordem foi lícita, porque tal era imposto pelo disposto no artigo 38º da Lei Uniforme sobre Cheques.

E que cumpriu todos os deveres de informação, fiscalização, diligência e de competência técnica.

E que houve falta de fiscalização da autora por não ter exigido documentação do pagamento dos impostos depois de ter conhecimento do lançamento das quantias inscritas nos cheques a débito na conta.

Cremos que não tem razão e se decidiu bem.

Os cheques emitidos pela autora tinham nas suas faces traçadas duas linhas transversais e paralelas.

Trata-se, assim, de cheques cruzados, com cruzamento geral – cfr. artº 37º da Lei Uniforme sobre Cheques.

Nos termos do disposto na primeira parte do artigo 38º da Lei Uniforme sobre Cheques, “*um cheque com cruzamento geral só pode ser pago pelo sacado a um banqueiro ou a um cliente do sacado*”.

Logo, os cheques em causa só poderiam ser pagos, creditados, a um “banqueiro” ou a um cliente do réu Banco CC, sacado ou entidade que devia pagar os cheques.

Ora, o réu BB nem era “banqueiro”, nem constava dos cheques como beneficiário dos mesmos, uma vez que os cheques tinham sido emitidos, não à sua ordem, mas à ordem do réu Banco CC.

Por isso, o réu BB, apesar de cliente do réu Banco CC, não podendo ser beneficiário dos cheques – estes eram nominativos e, por isso, só podiam ser pagos ao Banco CC – também não podia ser considerado

como “cliente do sacado para os efeitos do disposto no artigo 38º atrás transcrito.

Daí não ser lícita, por violar o disposto no citado artigo, a conduta do réu Banco CC ao creditar diretamente as quantos inscritos nos cheques na conta do réu BB.

Levanta-se a questão se os cheques podiam ser transmitidos pelo réu Banco CC ao réu BB por via de endosso.

Independentemente da questão da viabilidade e antes dela, há que apreciar se no caso concreto em apreço existiu esse endosso.

Ora, na verdade, não existiu esse endosso.

Para um cheque ser transmissível por via de endosso – artigo 14º da Lei Uniforme sobre Cheques – este deve ser escrito no cheque ou numa folha ligada a este e deve ser assinado pelo endossante – artigo 16º da Lei Uniforme sobre Cheques.

Ora, não está demonstrada a existência de qualquer declaração deste tipo feita pelo beneficiário da ordem de pagamento – o Banco CC – nos cheques ou em folha anexa e no sentido de se concluir pela existência de endosso.

Apenas existe uma assinatura do BB no verso do cheque que, por não ser o beneficiário dele, não pode, obviamente, ter qualquer efeito transmissente do mesmo.

Concluimos, pois, pela inexistência de endosso.

Em conclusão: porque os cheques não foram transmitidos para o

BB, de forma alguma podiam os seus quantitativos serem creditados na conta daquele.

Daí a ilicitude da conduta do recorrente Banco CC.

Além de ilícita, a conduta do réu Banco CC é censurável.

Em primeiro lugar, porque dedicando-se o mesmo à atividade bancária, não podia desconhecer que não podia transmitir para o réu BB os montantes dos cheques em causa na presente ação da forma como o fez.

Assim, podia e devia ter agido de outra forma, ou seja, podia e devia não creditar esses montantes para a conta daquele réu.

Assinale-se, a este respeito, que a autora nunca transmitiu ao réu Banco CC qualquer autorização para o réu BB movimentar a conta dela.

Por outro lado, é sabido que a atividade bancária se rege, de um modo especial, pela confiança entre os Bancos e os clientes.

Deste modo, os deveres de lealdade e de probidade assumem muito peso, em virtude daquela atividade se basear em considerações de confiança pessoal.

Disto se conclui que o princípio da boa-fé se impõe aqui de forma bem peculiar, orientando a conduta das partes segundo regras de lealdade, propícias ao estabelecimento de um clima de mútua confiança.

Um dos afloramento dessas regras é o dever de informar e na medida em que haja algo para informar a contraparte e que segundo as regras

do bom senso, esta deva conhecer e tendo sempre esse dever de informação ser equacionado dentro do contexto da situação concreta.

Tal dever de prestar informações cada vez mais tem mais intensificação dada a tendência atual de proteção do consumidor, sem que com tal tendência se tenha como reconhecido um direito à passividade por parte do consumidor.

Vejamos o caso concreto em apreço.

Provou-se que a autora nunca prestou ao réu Banco CC autorização para efetuar o pagamento das suas dívidas tributárias – alínea U) do elenco dos factos provados.

Nem nunca transmitiu ao réu Banco CC qualquer autorização para o réu BB movimentar a conta dela – alínea JJJJ)

Recebeu com perplexidade o facto de os cheques terem sido creditados diretamente na conta do réu BB – alínea. MMM)

Pelo que lhe disse o réu BB, ficou convencida que a entidade que deveria constar dos cheques como beneficiária era o réu Banco CC, que só a este estes podiam ser pagos, que o réu Banco CC pagava efetiva e integralmente as suas dívidas tributárias e que se se verificasse qualquer irregularidade, tal informação lhe seria prontamente comunicada pelo réu Banco CC – cfr. als.RR), TT), UU) e VV.

O réu Banco CC nunca informou a autora que os cheques emitidos à sua ordem foram deposi-

tados na conta do réu BB – alínea OOOO).

Provou-se que o réu Banco CC não contrariou a prática do réu BB de pagar as responsabilidades tributárias da autora através da movimentação, a débito, da sua própria conta no Banco CC, sendo que não se provou que essa era prática habitual do referido réu BB – cfr. respostas aos pontos 55º e 56º da Base Instrutória.

Também não se provou que a autora tivesse conhecimento desta prática através dos extratos da conta bancária que lhe eram enviados pelos réus Banco CC – resposta restritiva ao ponto 60º da mesma Base Instrutória

Face aos factos dados como provados, não é razoável admitir que a autora conhecesse ou, pelo menos, tivesse o dever de conhecer, os termos concretos em que sua conta era movimentada pelo réu Banco CC para crédito na conta do réu BB.

E é razoável admitir que o réu Banco CC, face às repetidas transferências que ia fazendo para a conta do réu BB, devesse informar a autora dessa reiterada prática – da qual não tinha qualquer confirmação por parte desta – e se certificado que ela correspondia à vontade da mesma.

A isso o devia levar o tal dever de lealdade que acima referimos.

Posto isto, não podemos deixar de concluir que não tem razão o recorrente Banco CC nos pontos em que discorda do acórdão recorrido, pelo que, nessa medida, este não merece qualquer censura.

B) Liquidação

Entende a autora recorrente que quando no acórdão recorrido se decidiu, “condenar a ré “Banco CC, SA, solidariamente com o 1º réu, a pagar à autora a quantia, a liquidar posteriormente, correspondente à diferença entre o montante global dos cheques emitidos à ordem da ré e creditados na conta do 1º réu, entre Janeiro de 1993 e Abril de 2004, e o montante que, no aludido período, e relativo a “dívidas tributárias” da autora, foi efetivamente pago, com o limite do pedido concretamente formulado nesta ação”, se devia ter logo condenando em quantia líquida de 513.629,34 €, pois tal resulta dos factos referidos nas alíneas NNN) e OOO) do elenco dos factos dados como provados.

Tem razão.

Realmente, daqueles factos resulta que aquela diferença já pode ser considerada liquidada.

Daí, a desnecessidade da liquidação.

E a condenação dos réus naquela quantia.

C) – Juros de mora

Entende também a autora, como recorrente, que os juros mora devem ser contados também até a data da citação e não só a partir desta, conforme decidiram as instâncias, invocando, para tal, o disposto na alínea b) do nº2 do artigo 805º do Código Civil e o facto de a obrigação aqui em acua provier de facto ilícito.

Não tem razão.

O princípio consignado nesta alínea tem que ser conjugado com o disposto no nº3 do mesmo artigo.

O crédito, porque controvertido, só se torna líquido quando se apura o objeto da prestação.

E de acordo com a parte final daquele nº3, esse apuramento é tido como feito com a citação no caso de haver responsabilidade por facto ilícito – o que é o caso – a não ser que a falta de liquidez seja imputável ao devedor – o que não é o caso.

Daí que bem de andou na condenação de juros de mora apenas a partir da citação.

A decisão

Nesta conformidade, acorda-se em

- negar a revista do réu Banco CC
- conceder parcial provimento à

revista da autora, substituindo a condenação ilícida constante do acórdão recorrido pela condenação no montante de 513.712,34 € (quinhentos e treze mil setecentos e doze euros e trinta e quatro cêntimos);

– no mais, manter o acórdão recorrido.

Custas da revista do réu Banco CC por este.

Custas da revista da autora, por esta e pelos réus, de acordo com o vencimento.

Lisboa, 4 de Junho de 2015

Oliveira Vasconcelos (Relator)

Fernando Bento

João Trindade

Patrocínio



Apoio Institucional

