

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. V | n. 20 | Dezembro 2015

#20

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 20, dezembro 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 Elizabeth 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 Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Juliana Brasileiro Barbalho, Larissa Maria Leal
Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

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

Patrocínio

Centro Universitário UniBrasil
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

EDITORIAL

- 09 **A segurança no estrito universo do consumo como reflexo do conceito de segurança humana proclamado há duas décadas**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 13 **Tendências do direito dos consumidores na União Europeia**
MÁRIO FROTA
- 65 **A tutela do álcool e a proteção dos menores face à publicidade ao álcool no direito da UE**
J. PEGADO LIZ
- 105 **Nuevas políticas de protección del consumidor financiero: Análisis de la reforma financiera y las novedades en la supervisión bancaria en el derecho comparado**
MARÍA HERRERA MELLADO
- 155 **Análisis comparado de la protección al consumidor en los contratos de tarjetas de crédito en Estados Unidos, Perú y Portugal**
VICTOR DE LA FLOR
- 193 **Vulnerabilidade financeira e economia popular: Promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível)**
FERNANDO RODRIGUES MARTINS
KEILA PACHECO FERREIRA
- 229 **Repensando as cercanias da *mora debitoris*: Um ensaio inspirado nas crises econômicas que assolam o século XXI**
MARCOS CATALAN
- 243 **Impactos do consumismo no meio ambiente e o papel do consumidor na responsabilidade compartilhada no âmbito da segurança humana**
JULIANA BARBALHO BRASILEIRO

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 273 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**
Relator: Umberto Guaspari Sudbrack
- 278 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**
Relator: Miguel Ângelo da Silva

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 293 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Salazar Casanova
- 313 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)**
Relator: M. Safjan

EDITORIAL

A segurança no estrito universo do consumo como reflexo do conceito de segurança humana proclamado há duas décadas

O mais recente *Relatório do Desenvolvimento Humano* com a chancela das Nações Unidas reza o seguinte:

“Há vinte anos o Relatório do Desenvolvimento Humano introduziu o conceito de segurança humana como parte integrante do desenvolvimento humano. Este Relatório está em estreita sintonia com a abordagem da segurança humana, mas com incidência na vulnerabilidade e no modo como ameaça minar as realizações operadas no domínio do desenvolvimento humano. Nesse contexto, é dada ênfase aos imperativos de redução das disparidades e de construção da coesão social, particularmente por meio de acções dirigidas aos problemas da violência e discriminação sociais.

Os conflitos e os sentimentos de insegurança pessoal têm impactos adversos persistentes no plano do desenvolvimento humano e conduzem milhares de milhões de pessoas a condições de vida precárias. Muitos países do escalão mais baixo do Índice de Desenvolvimento Humano estão a emergir de longos períodos de conflito ou encontram-se ainda a braços com problemas de violência armada. Mais de 1,5 mil milhões de pessoas vivem em países afetados por conflitos – aproximadamente, um quinto da população mundial.”

Segurança e vulnerabilidade entrecruzam-se a exigir uma mais decidida intervenção dos Estados-nação numa superlativa personalização do ser humano, na sua dignidade, a um tempo, essencial e envolvente.

A segurança no quadro dos direitos dos consumidores constitui o necessário travejamento para que o edifício da cidadania se apresente assente numa solidez tangível:

As diretrizes das Nações Unidas plasmadas na Resolução 39/248, de 9 de abril de 1985, reformulada em 1999 e ora de novo em processo

de revisão, infundem essa reconfortante noção de segurança centrada na figura do cidadão.

Ei-la:

“A. Segurança física

11. Os governos devem adotar ou fomentar a adoção de medidas apropriadas, incluídos sistemas jurídicos, regulamentações de segurança, normas nacionais ou internacionais, normas voluntárias e a manutenção de registros de segurança, para garantir que os produtos sejam inócuos no uso ao qual se destinam ou normalmente previsível.

12. Devem ser adotadas medidas adequadas para garantir que os artigos produzidos pelos fabricantes sejam inócuos para o uso ao qual se destinam e para o normalmente previsível. Os responsáveis pela colocação dos artigos no mercado, em particular os fornecedores, exportadores, importadores, minoristas e similares (denominados “distribuidores”) devem velar por que, enquanto estão aos seus cuidados, esses artigos não percam sua inocuidade devido à manipulação ou armazenamento inadequados. Devem ser facilitadas aos consumidores instruções sobre o uso adequado dos artigos e informação sobre os riscos que decorrem do uso ao qual se destinam ou o normalmente previsível. Dentro do possível, a informação de vital importância sobre questões de segurança deve comunicar-se aos consumidores mediante símbolos compreensíveis internacionalmente.

13. Devem ser adotadas medidas adequadas para que os fabricantes ou distribuidores notifiquem sem demora às autoridades competentes e ao público, segundo proceda, a existência de perigos não previstos de que se hajam percatado com posterioridade à introdução dos produtos no mercado. Os governos também devem estudar os métodos para garantir que os consumidores estejam devidamente informados sobre esses perigos.

14. Os governos devem adotar políticas, quando proceda, em virtude das quais, caso se descubra que um produto tem um defeito grave e/ou constitui um perigo considerável ainda quando se utilize em forma adequada, que obriguem os fabricantes e/ou distribuidores a retirá-lo e/ou modificá-lo, ou substituí-lo por outro produto; caso não seja possível fazê-lo em um prazo prudencial, deve dar-se ao consumidor uma compensação adequada.”

A segurança é, pois, central em uma qualquer política de consumidores.

Reforçando-se, é fato, tanto quanto a vulnerabilidade penetra a frágil figura do consumidor perante a imensa arquitetura das tecnologias e dos produtos que se lhes associam, na complexidade de que se tecem.

Segurança nos produtos e serviços em geral, segurança em produtos com especificidades determinadas, de que cumpre destacar, de forma meramente exemplificativa:

- géneros alimentícios em geral,
- alimentos funcionais,
- medicamentos,
- produtos fitoterapêuticos,
- cosméticos,
- produtos químicos,
- artefactos pirotécnicos,
- brinquedos e jogos,
- artigos de puericultura,
- mecanismos de retenção de crianças adaptados aos veículos automóveis.

Daí que abundem as regras suscetíveis de garantirem o reforço de segurança neste particular e a adoção de sistemas de permuta célere de informações para que produtos que se revelem eivados de riscos e perigos sejam de imediato retirados do mercado, à escala global ou em peculiares segmentos dos blocos económicos mais de perto tocados pelo fenómeno.

A segurança constitui, pois, o alfa e o ómega de qualquer política de consumidores.

Atente-se no que ora ocorre com a fraude das emissões em veículos automóveis recobertos pela insígnia alemã da Volkswagen (Volks, Audi, Skoda, Seat...) que dia a dia se revelam mais preocupantes e atingem as sete partidas do globo...

E é, afinal, de um problema de segurança que se trata (para além das mais implicações reconhecidas...).

As recentes declarações proferidas por responsáveis de topo da OMS de que cerca de 40% dos fármacos em circulação nos mercados

são comprovadamente falsificados reforçam a relevância que se tem de reconhecer à segurança de produtos, à escala global, mas com uma forte incidência local... que não pode ser escamoteada!

É que, como o sustentavam os antigos,
“varra cada um a sua testada... e a rua ficará limpa!”

Brasil, João Pessoa, 1º de novembro de 2015

Mário Frota
Presidente do Conselho Diretor

TENDÊNCIAS DO DIREITO DOS CONSUMIDORES NA UNIÃO EUROPEIA

MÁRIO FROTA*

Fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do
Consumo – APDC

EXCERTOS

“Os europeus, maxime os que à União Europeia se vinculam, o que pretendem poder-se-á condensar em uma fórmula singela:

- viver uma vida saudável*
- em absoluta segurança e*
- com inteira confiança nos produtos e serviços a que acedem”*

“Serviços de interesse geral, de harmonia com a comunicação da Comissão, são os que como tal se definem pelas autoridades públicas e se acham sujeitos a obrigações de serviço público”

“A Comissão Europeia, no Livro Branco intitulado ‘A Política Europeia de Transportes no Horizonte 2010: a hora das opções’, declarou a sua intenção de, na medida do possível e até 2004, ‘tornar extensivas as medidas de proteção dos consumidores aplicáveis aos transportes aéreos aos outros modos de transporte’, nomeadamente os transportes ferroviários e marítimos e, tanto quanto possível, os serviços de transportes urbanos”

“Sendo insofismavelmente maior a percepção da relevância da confiança dos consumidores enquanto condição essencial para os mercados, o fato é que este aspecto não se foi suficientemente tido em conta em todos os domínios políticos”

“As políticas delineadas pela União Europeia influenciam decisivamente, ao menos no plano teórico, as que se esboçam e desenvolvem a nível de cada um dos Estados-membros”

O Plano de Ação 2002-2006

I. Os precedentes

A *política de consumo* ou, com propriedade – ante a tónica que mister será fazer recair personalisticamente sobre o *sujeito* que não sobre o objeto da relação jurídica de consumo –, a *política de consumidores* não constituía claro objetivo inscrito no Tratado de Roma de 1957.

E conquanto os planos, projetos e programas se hajam delineado principalmente a partir de 1975, só com o Tratado de Maastricht de 1993 se afigura lícito e avisado considerar que de uma autêntica e genuína política de consumidores se poderia reclamar a, ao tempo, Comunidade Europeia, que precedeu a União Europeia, saída do Tratado de Lisboa.

E daí até então se gizaram sucessivos planos, de extensão homogénea, a saber:

- o Plano Trienal de 1993/95
- o Plano Trienal de 1996/98
- o Plano Trienal de 1999/2001
- o Plano Quinquenal de 2002/2006
- o Plano Septenal de 2007/2013 e
- o Plano Septenal de 2014/2020

II. O plano propriamente dito

1. Objetivos

De entre os objetivos da estratégia da política de consumidores constantes do Plano de Ação 2002-2006 realce – porque elementar – para o **primeiro objetivo** que se traduz em “um elevado nível comum de tutela da posição jurídica do consumidor”.

Os mais, evidenciados no documento em epígrafe, cingiam-se a uma não despendianda, aliás:

- *efetiva aplicação das normas de direito do consumo*
- *participação das instituições de consumidores (europeias, regionais e nacionais) nos diferentes segmentos das políticas europeias.*

E, como o realço no meu “Política Europeia de Consumidores – o acervo europeu de direito do consumo”¹:

o objectivo que ora se assina implica a harmonização do ordenamento dos consumidores, através dos instrumentos mais ajustados, a saber, directiva-quadro, normas, códigos de boas práticas.

As ações que importa compendiar para o efeito resumem-se no passo de que se trata a seis pontos:

- *segurança de produtos e serviços de consumo*
- *direito à proteção dos interesses económicos do consumidor* – *modus legiferandi*
- *serviços financeiros*
- *comércio eletrónico*
- *serviços de interesse geral*
- *comércio internacional: normalização, rotulagem.*

2. Ações

Definamos cada uma de *per si* as ações que se projetaria desencadear para que o **objetivo primeiro**, imbricado nos mais, se lograsse alcançar.

2.1 Segurança de produtos e serviços de consumo

A circulação de produtos e serviços constitui um dos pilares do Mercado Comum.

No quadro dos produtos, o sucesso parecia assegurado.

No quadro dos serviços, outro tanto se não observava.

Daí que a UE se propusesse empenhar em uma estratégia suscetível de atingir análogos objetivos para os serviços.

No plano, porém, da segurança – e em termos de um elevado e coerente nível de proteção – o projeto apresentava-se em permanente edificação.

No domínio dos *serviços*, as iniciativas restringiam-se aos *transportes*.

O que se traduziria em algo de manifestamente insuficiente.

As prioridades situavam-se a distintos níveis:

- aplicação da diretiva revista da **segurança geral dos produtos**² (*maxime* o desenvolvimento das normas que nela se encerram);
- ações tendentes a dar expressão à **segurança geral dos serviços** (e a abordagem de específicas condições de segurança) e, em particular, o distinto enquadramento das substâncias químicas de molde a assegurar

a adoção de medidas de redução dos riscos e a incrementar níveis mais elevados de segurança do consumidor.

2.2 Direito à proteção dos interesses económicos do consumidor – *modus legiferandi*

2.2.1 Práticas comerciais

O Livro Verde preconizava um sem-número de regras tendentes a uma harmonização dos métodos negociais e das normas de enquadramento que se revelarem indispensáveis.

O objetivo seria o de se transpor a paliçada da *harmonização mínima* para uma *plena harmonização*, ainda que progressiva.

As **promoções** constituíram preocupação da Comissão Europeia que se propusera naturalmente submeter a debate um projeto de **regulamento** que se aplicaria em todo o espaço económico europeu de modo consequente e uniforme.

2.2.2 Revisão de outros instrumentos normativos

Domínios como os dos “direitos reais de habitação periódica” (*time-sharing*) e os das “viagens turísticas” se achavam na mira da Comissão.

O propósito seria o da introdução de modificações recomendadas pelas circunstâncias ante as deficiências detectadas na sua concreta aplicação.

O que a Comissão pretendia era propor a *plena harmonização* do regime das diretivas, de molde a minimizar as divergências que se registam e se mostram suscetíveis de provocar uma “fragmentação do mercado interno em detrimento dos consumidores e das empresas”.

A diretiva dos **preços** deveria ser também, na ótica do plano em apreciação, objeto de revisão.

2.2.3 Direito dos contratos de consumo

A Comissão Europeia apresentou em 2001 uma comunicação³ subordinada ao **direito europeu dos contratos**: o objetivo a que se tendia seria o da uniforme aplicação do direito no seio do mercado interno ante a diversidade de regimes suscetíveis de se captarem.

Os contratos de consumo representam, na realidade, importante segmento do direito europeu dos contratos⁴.

A consulta a que a Comissão procedeu daria eventualmente lugar a um **Livro Verde** ou **Branco** que permitiria auscultar os propósitos ante

a disparidade de regimes e a imperiosidade de se lograr uma plataforma comum.

O Parlamento Europeu e o Conselho aguardavam, pois, os resultados da consulta.

De entre as soluções que neste passo preconizadas, no domínio do direito europeu dos contratos de consumo, poder-se-ia entrever um misto de medidas reguladoras e não reguladoras.

No plano das *não reguladoras*, perspectivava-se a coordenação das atividades de investigação suscetível de conduzir a um **quadro geral de referência**.

O quadro geral de referência assentaria em princípios e em uma conceptologia comuns: empreender-se-iam iniciativas tendentes a assegurar a coerência do acervo normativo.

Provável previsão do processo de revisão do **direito dos contratos de consumo** em vigor, a fim de se eliminarem incoerências, preencherem lacunas e simplificarem as disposições esparsas por inúmeros instrumentos: *in casu*, *v.g.*, a harmonização dos períodos de reflexão ou ponderação constantes de uma mão cheia de diretivas⁵.

2.3 Serviços financeiros

O Plano de Ação dos Serviços Financeiros⁶ que o Conselho Europeu, que houve lugar em Lisboa em março de 2000, estabeleceu como data-limite de concretização, 2005, provera a um sem-número de iniciativas tendentes à consecução do mercado interno, em particular no que se prende com valores correntes, a saber, com montantes de diminuta expressão⁷.

De entre as medidas encetadas pela Comissão, avultavam:

- O regulamento atinente aos pagamentos transfronteiras em euros⁸.
- Proposta de diretiva em tema de abusos de mercado⁹ no domínio dos valores mobiliários.
- Proposta de diretiva a propósito dos projetos em tema enunciados no passo precedente¹⁰.
- Proposta de diretiva do crédito ao consumo, cuja relevância se tinha por manifesta¹¹.

O plano de ação estimaria como necessárias medidas suplementares, a saber, suscetíveis de

- favorecer a prestação de serviços financeiros transfronteiras.

– garantir adequada proteção dos consumidores, onde quer que se encontrem na U. E.

– reforçar a confiança em transações fronteiriças.

A Comissão propunha-se, no plano de que se trata, intervenção reguladora no domínio dos serviços financeiros:

– submeter projeto de quadro jurídico geral para os pagamentos no mercado interno: as formas de moeda e de pagamentos evoluem com celeridade (*moeda de plástico, moeda eletrónica*), impondo-se em ordem a um eficiente funcionamento do mercado a subsistência de instrumentos e redes expeditos e fiáveis.

A esse título, propunha-se ainda analisar a evolução dos preços, prazos e a relação intercedente entre o emitente e o detentor das formas de pagamento *sub judice*: impor-se-ia o reexame da legislação em vigor.

Outras iniciativas se perspectivavam:

– Revisão da diretiva sobre serviços de investimento em vista da harmonização das normas de conduta;

– Proposta em torno das obrigações de transparência das sociedades cotadas.

O acervo de medidas que neste passo se preconizaria tendia a beneficiar os consumidores ao criar um mercado interno dos serviços financeiros, mais equitativo e transparente¹².

2.4 Comércio eletrônico

No contexto do *Plano de Ação eEurope 2000*, a Comissão definiu uma estratégia de molde a reforçar a confiança dos consumidores no domínio do *comércio eletrônico online* assente em quatro pontos:

– Normativos dominados pela clareza e coerência

– Efetiva aplicação das regras a propósito vertidas

– Códigos com elevados padrões de qualidade

– Mecanismos alternativos de resolução de conflitos (ADR)

A *desconfiança* neste particular é patente: os contratos *em linha* situavam-se ainda, ao tempo, na ordem dos 2% do volume global de negócios jurídicos de consumo.

No contexto do Plano de Ação eEurope 2000, a Comissão definiu uma estratégia de molde a reforçar a confiança dos consumidores no domínio do comércio eletrônico

Conquanto subsistam *códigos do mais diverso jaez, marcas de confiança e sistemas similares*, o seu número e diversidade afiguravam-se ao consumidor como um obstáculo à conclusão de contratos por essa via.

As medidas empreendidas no quadro da *e-confidence*, pela Comissão promovida em maio de 2000, permitiram frutuoso diálogo entre consumidores e empresários: o escopo seria o de acordar em torno de comuns exigências de boas práticas.

O acordo global submetido em dezembro de 2001 assentava em uma exigência de marcas de confiança e em uma **estrutura** suscetível de **supervisionar** a sua aplicabilidade prática.

O *Relatório de Avaliação do Desempenho da Iniciativa eEurope* de 5 de fevereiro de 2002¹³ revela que são ainda ténues os progressos tendentes à tutela do consumidor face às ameaças à segurança, a despeito da adoção da Diretiva das Assinaturas Digitais¹⁴.

As agressões mediante, *v. g.*, os vírus informáticos, agravaram substancialmente o fator **insegurança**.

Donde a evolução do *Plano de Ação eEurope* em termos de uma mais abrangente abordagem no que tange à segurança das redes e da própria informação que nelas radica.

Por isso, a pretensão da Comissão em distintas perspectivas, a saber:

- Recomendação sobre a confiança do consumidor no comércio eletrónico;
- Cooperação com os demais partícipes na supervisão da aplicação do acordo;
- Ações de promoção e suporte tecnológico a desenvolver pela Comissão e Estados-membros;
- Regulamentação internacional em matéria de segurança de comércio eletrónico¹⁵.

2.5 Serviços de interesse geral

Serviços de interesse geral, de harmonia com a comunicação da Comissão¹⁶, são os que como tal se definem pelas autoridades públicas e se acham sujeitos a **obrigações de serviço público**.

Serviços de interesse geral abrangem nomeadamente a água, a energia, as telecomunicações, os transportes, os serviços postais, sem

ignorar vertentes outras que se apartam dos instrumentos em que se plasma a discussão em torno de problemática tão momentosa.

O *serviço universal*, que é como que um suporte fáctico-jurídico dos serviços de interesse geral, pauta-se por princípios e valores que se analisam sob determinadas rubricas, a saber:

- *universalidade*
- *igualdade*
- *continuidade*
- *acessibilidade de preços*

As obrigações que daí decorrem destinam-se a seguir *pari passu* o processo de liberalização.

O relatório submetido ao Conselho Europeu de Laeken em tema de *Serviços de Interesse Geral* revelava o propósito de a Comissão elaborar periodicamente resenhas do desempenho do mercado neste particular: o primeiro dos relatórios foi já dado à estampa, tendo identificado a **qualidade** dos serviços como um importante desafio para o futuro.

Registe-se, porém, que não havia indicadores de qualidade suficientemente desenvolvidos por forma a permitir uma avaliação dos serviços: *a Comissão propõe-se apresentar uma comunicação que reflita a metodologia para a avaliação horizontal dos serviços de interesse geral.*

2.5.1 Energia

No domínio de que se trata, a Comissão submeteu propostas¹⁷ em ordem a uma maior abertura à *concorrência* dos mercados da *eletricidade e do gás*: tais propostas previam a possibilidade conferida aos consumidores da livre escolha do fornecedor até 1º de janeiro de 2005 (algo que de todo não sucedeu em todo o espaço do Mercado Interior).

Das propostas constavam de forma pormenorizada um sem-número de *direitos fundamentais dos consumidores*, em que se incluía, no tocante à eletricidade,

- o direito a *um serviço universal*;
- *condições mínimas* aplicáveis aos contratos;
- *transparência* em matéria de preços e tarifário;
- medidas de *proteção de consumidores vulneráveis (hipervulneráveis?)*;
- *mecanismos* de apreciação e *resolução de reclamações* mediante adequada composição de interesses;

– adoção de *sistemas alternativos de resolução de conflitos* assentes na celeridade, eficácia, segurança e não onerosidade.

A Comissão afirmara formalmente que

continuará a acompanhar a aplicação das regras do mercado interno da eletricidade e do gás, designadamente no que respeita aos seus efeitos sobre os consumidores, e prosseguirá o trabalho de investigação sobre um vasto conjunto de opções para o futuro no domínio da energia.

2.5.2 Transportes

Os *transportes públicos*, como relevante segmento dos *serviços de interesse geral*, também se achavam na mira da Comissão Europeia (o Executivo da União Europeia).

Regista-se, ao que se afirmara, enorme insatisfação em decorrência do que se apurara em um inquérito Eurobarómetro¹⁸ e em inquéritos outros dirigidos a grupos-alvo específicos.

Em um dos domínios particulares – *o dos transportes aéreos* – havia já progressos consideráveis no que tange aos direitos dos passageiros.

O propósito seria o de privilegiar os demais meios de transporte de molde a afirmar e a consolidar direitos que se vêm preteridos e se vêm preterindo.

A Comissão Europeia, no Livro Branco intitulado “A Política Europeia de Transportes no Horizonte 2010: *a hora das opções*”, declarara a sua intenção de, na medida do possível e até 2004, “*tornar extensivas as medidas de proteção dos consumidores aplicáveis aos transportes aéreos aos outros modos de transporte*”, nomeadamente os transportes ferroviários e marítimos e, tanto quanto possível, os serviços de transportes urbanos.

2.6 Comércio internacional: normalização, rotulagem

Os acordos da OMC – Organização Mundial do Comércio – e os que se achavam em curso de negociação no seu seio assumem uma relevância inexpugnável para o estatuto do consumidor: do mesmo passo os trabalhos no quadro do *Codex Alimentarius*.

E a relevância perpassa todos os domínios – produtos e serviços, nas projeções da concepção ao consumo: precaução, prevenção, segurança, transparência (rotulagem), métodos negociais¹⁹ que lhes subjazem, sem ignorar os debates sobre marcas e patentes no quadro da propriedade intelectual.

De par com a OMC, registem-se ainda os acordos, ao tempo em fase de negociação, com distintos países e regiões com interesse manifesto para os consumidores.

As normas internacionais são de análogo modo de ter em conta, como o reconhece o Conselho nas *conclusões* de 1º de março de 2002 a propósito do documento de trabalho publicado em julho de 2001 sob a epígrafe “Princípios da Política Europeia em matéria de normalização internacional”²⁰.

Os sistemas privados que, como sói dizer-se, se vêm implementando e se analisam quer em *códigos de boa conduta*, como em **diretrizes** (*guidelines*) e na **rotulagem** de pendor voluntário (que acresce obviamente à que imperativamente as leis impõem) suscetíveis de conferir ao consumidor informação da origem, produção ou o impacto potencial do produto de que se trata, completariam decerto as medidas tomadas pelos poderes públicos de molde a promover o denominado **desenvolvimento sustentável**.

A Comissão Europeia propor-se-ia promover e proteger os interesses e direitos dos consumidores no quadro da OMC – Organização Mundial do Comércio e bem assim no contexto do tráfego jurídico bilateral ou em outras instâncias.

Para tanto, estabeleceu uma *via de diálogo* com as **associações de consumidores**: daí o intento de promover a participação dos consumidores na *normalização internacional*²¹, via privilegiada para a *qualidade, eficácia e segurança* de produtos e serviços.

3. Balanço parcelar da atividade a um ano do termo do plano de ação (2005)

Escalpelizando pontualmente o que no objetivo primeiro do plano 2002-2006 se encerra, importa clarificar que, afora a publicação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005 (JOCE L149, de 11 de junho de 2005), no que à política de consumidores se refere *em sentido estrito* (com óbvia exclusão do que se reporta à **saúde e segurança alimentar**, em que ora se legisla por meio de **regulamentos**, que não exigem a intermediação do legislador dos Estados-membros porque de aplicação direta e imediata) não houve ainda concretizações outras, designadamente no que se prende com os mais domínios enunciados nas precedentes considerações, a saber:

3.1 Segurança de produtos e serviços em geral – não se operaram quaisquer *avanços* a não ser no plano das intenções, como decorre da resolução dada à estampa em finais de 2003²², no domínio da *segurança dos serviços*.

3.2 Proteção dos interesses económicos

3.2.1 Revisão de instrumentos normativos neste domínio

– *direitos reais de habitação periódica (time-sharing)*

– *viagens turísticas*

– *preços*

3.2.2 Direito dos contratos de consumo

– não houve eventual evolução na sequência da comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho grafada sob o nº (2004) 651 final, de 11 de outubro de 2004, em torno dos passos ulteriores que importaria encetar em ordem à construção de um direito europeu dos contratos, como instrumento alicerçante do Mercado Interno²³.

3.3 Serviços financeiros

A proposta de diretiva do crédito aos consumidores, conquanto haja merecido parecer em 17 de julho de 2003, com a chancela do português Jorge Pegado Liz, do Comité Económico e Social Europeu, mantém-se em ponto morto, o que é deplorável ante os entorses a que as legislações se sujeitam com flagrante desfavor para o estatuto do consumidor em um mercado em que os contratos de crédito preponderam.

As demais iniciativas previstas neste particular não foram ainda, tanto quanto se julga saber, objeto de concretização.

3.4 Comércio eletrónico

Publicada, com efeito, decisão atinente ao reforço da segurança dos contratos à distância, mas sem sequência, porém. Na altura em que fora dado à estampa o Plano de Ação 2002-2006, ultimavam-se os trabalhos conducentes à promulgação da Diretiva 2002/65/CE, de 23 de setembro de 2002, em tema de “*serviços financeiros à distância*”²⁴.

3.5 Serviços de interesse geral

A eventual progressão ante os propósitos enunciados na COM (2000) 580, de 20 de setembro de 2000, espelha-se nos Livros Verde e Branco, o primeiro de 2003 e o último de 2004²⁵.

3.5.1 Energia

Sem novidades no que tange ao mercado interno da eletricidade e do gás e sem instrumentos outros para além dos que se achavam já em vigor.

A faculdade conferida teoricamente aos consumidores de livre escolha de fornecedor até 1º de julho de 2005 não se revelou até exequível em uma pluralidade de Estados-membros, como fora o caso de Espanha e Portugal, designadamente.

3.5.2 Transportes

No particular do transporte aéreo, realce para o Regulamento 261/2004, de 11 de fevereiro, que rege em matéria de recusa de transporte por excesso de emissão de bilhetes de passagem face à lotação das aeronaves (“*overbooking*”).

Em preparação, o **Regulamento dos Direitos do Consumidor** no atinente aos *transportes ferroviários internacionais*.

O Livro Branco sob a epígrafe *A Política Europeia de Transportes no Horizonte 2010: a hora das opções* declara, porém, a sua intenção de, na medida do possível e até 2004, “tornar extensivas as medidas de proteção dos consumidores aplicáveis aos transportes aéreos aos outros modos de transporte”, nomeadamente os transportes ferroviários e marítimos e, tanto quanto possível, os serviços de transportes urbanos.

3.6 Comércio internacional: *normalização, rotulagem*

Não havia notícia, ao tempo, de uma progressão nos propósitos constantes do plano em apreciação, conquanto houvesse obviamente discussões em aberto, ao que se julgara saber.

Mas não houve progressos sensíveis que permitissem significar que os objetivos preconizados houvessem sido atingidos em extensão e profundidade.

3.7 Cooperação europeia entre Estados-membros

De molde a assegurar o cumprimento da legislação comunitária em todo o espaço económico e social da União Europeia, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram o Regulamento (CE) 2006/2004, de 27 de outubro de 2004, que rege em matéria de cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.

O Plano de Ação 2007-2013 ora findo

I. A sua arquitetura

1. Preliminares

A Comissão Europeia dirigiu ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao das Regiões uma Comunicação grafada sob o nº 2005/0042 (COD) – COM (2005) 115 final, em 6 de abril de 2005, sob a epígrafe “*Melhorar a saúde, a segurança e a confiança dos cidadãos: uma estratégia em matéria de saúde e de proteção dos consumidores*”.

A Comissão Europeia apresenta uma proposta de Decisão que desenvolve os termos de um **Programa de Ação** no domínio retromencionado.

No plano formal, a Comunicação espraia-se por cinco pontos, com a orientação que importa declinar, seguindo-se *pari passu* os seus termos:

1. *Introdução*
2. *Melhorar a saúde, a segurança e a confiança dos cidadãos europeus*
3. *Melhorar o estado de saúde dos cidadãos europeus*
4. *Por um mercado europeu para os consumidores europeus*
5. *Conclusão*

E, em anexo, os textos que se reportam a:

I. Uma agência executiva que congregue o Programa da Saúde e do Consumidor

II. Exemplos de domínios da política e temas suscetíveis de um mais amplo desenvolvimento e de sinergias com as políticas de saúde e consumidores.

2. Propósitos

Observar-se-á doravante *pari passu* o que os documentos em debate, emanados da Comissão Europeia, nos revelam. O que quer significar que os seguiremos de perto.

O original a que acedemos, por amabilidade de Fernando Cardoso, quadro superior da Direção-Geral das Pescas da Comissão Europeia

e nosso respeitado colega do curso jurídico 1972/77, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, constituía a versão francesa, cuja tradução e adaptação nos coube, importa dizê-lo em abono da verdade.

2.1 A que aspiram os cidadãos?

Os europeus, *maxime* os que à União Europeia se vinculam, o que pretendem poder-se-á condensar em uma fórmula singela:

- viver uma vida saudável
- em absoluta segurança e
- com inteira confiança nos produtos e serviços a que acedem.

À escala da União Europeia, países e regiões, poderes públicos, empresas e sociedade civil terão um papel a desempenhar para a superação de tais preocupações.

Domínios como os da saúde e proteção dos consumidores representam desafios comuns que só uma conseqüente ação da União permite relevar.

Os objetivos a que se tende visam reaproximar a Europa dos cidadãos e a reforçar a sua competitividade.

A melhoria da saúde contribuirá para a produtividade, para as taxas de atividade da população e para o crescimento sustentável da Europa.

A ausência de saúde, ao invés, provoca um acréscimo de encargos e constitui um fardo para a economia.

Do mesmo passo, almeja-se a consecução de um mercado interno de produtos e serviços que se compaginem com os requisitos essenciais de segurança.

2.2 Razões de método

A agregação das políticas e programas de saúde e demais interesses dos consumidores em um quadro único visa, de análogo modo, um objetivo que é o do recrudescimento da eficácia de uma política europeia para os cidadãos.

Os objetivos de tais políticas que emanam dos artigos 152 e 153²⁶ do Tratado de Nice relevam de um sem-número de objetivos comuns, a saber, os de promover

- a saúde
- a informação e a educação (formação)

- a segurança
- a integração da saúde e interesses dos consumidores nas demais políticas.

A tipologia de ações é similar em mira dos objetivos por cuja consecução urge se pugne:

- informação dos cidadãos
- audição e consulta dos partícipes
- atividades convergentes e agregadoras (*mainstreaming*)
- avaliação dos riscos...

O recentramento de tais domínios em oposição à metodologia até então adotada permitirá *reforçar*, ao que se afirma, os *ímpetos, promover economias, criar sinergias, e colher vantagens de uma estrutura orgânica comum*: a Agência Europeia de Saúde.

3. Melhorar a saúde, a segurança e a confiança dos cidadãos europeus

As políticas neste particular entretecidas visam avantajar a qualidade de vida dos cidadãos da União na perspectiva da saúde e dos seus interesses como consumidores.

No plano da saúde, os progressos registados avaliar-se-ão com base no apoio do indicador estrutural “anos de vida, em boa saúde (AVBS)”, vale dizer, o número de anos que se prevê viva o cidadão em boa saúde, e os indicadores de saúde da União Europeia.

Para a política de consumidores *tout court*, se acham diversos indicadores em curso de elaboração.

3.1 Objetivos comuns à saúde e à proteção dos consumidores

Três objetivos comuns se partilham:

1. Proteger os cidadãos dos riscos que escapam à observação de um indivíduo isolado e contra os quais os Estados-membros não podem opor-se pontualmente de modo eficaz (*v.g., as ameaças à saúde, os produtos perigosos, as práticas comerciais desleais*).

2. Reforçar a capacidade dos cidadãos de molde a alcançarem-se melhores decisões nos planos da *saúde* e da *proteção* como consumidores.

3. Integrar tais objetivos em qualquer das políticas desenhadas no plano comunitário de molde a recentrar nesse particular tais preocupações.

3.2 Ações comuns

Um sem-número de domínios podem conduzir a sinergias entre a política de saúde e a política de consumidores da União Europeia, de tal sorte que se perspectivam inúmeras possibilidades de ações complementares:

- aperfeiçoar a comunicação com os cidadãos de modo a fornecer-lhes as informações necessárias à sua saúde e à defesa dos seus interesses enquanto consumidores, e ter mais adequadamente em conta as suas preocupações quando da elaboração das políticas, por exemplo, ao desenvolver portais *web*, ao organizar campanhas de sensibilização, inquéritos e conferências e ao criar pontos de informação,

- incrementar a participação das associações de consumidores e de saúde na elaboração das políticas da União Europeia, favorecendo, por exemplo, o estabelecimento de redes de associações, de consultas públicas mais amplas e uma melhor representação no seio dos órgãos consultivos. As associações de consumidores e de saúde devem poder desempenhar um papel mais ativo, emitir pareceres especializados e fazer-se ouvir. O movimento de consumidores tem um défice de credibilidade na União Europeia e torna-se necessário reforçar as redes no domínio da saúde,

- estabelecer estratégias, no seio da Comissão, em ordem a integrar domínios como os da saúde e dos consumidores nas demais políticas, partilhando com os Estados-membros as experiências que melhor exprimam a assimilação de tais ideias:

No **primeiro dos domínios**, relevo para a avaliação do impacto na saúde e para as energias que se desprenderão em campos como os da segurança alimentar, o da política social, o do ambiente, o aduaneiro, o da investigação científica e o da política regional;

No que **aos consumidores** tange, as políticas em foco serão as da regulamentação dos mercados ou as dos direitos dos cidadãos (direitos de autor ou o acesso à justiça, *p. e.*), a da concorrência, a dos serviços de interesse geral, a da normalização e a da sociedade da informação que constituem políticas-chave ou nucleares.

- Incrementar o aconselhamento científico e a avaliação dos riscos pelos *experts* (peritos), fornecendo, *v.g.*, a detecção precoce dos

riscos, ao analisar os seus efeitos potenciais, permutando informações sobre os perigos e a exposição, ao propiciar uma harmonização dos métodos de avaliação dos riscos e promovendo a formação dos avaliadores,

– promover a segurança dos produtos e das substâncias de origem humana (*sangue, tecidos e células*) através, por exemplo, da permuta de melhores práticas, de campanhas de sensibilização, de diretrizes de execução, de atividades de formação e de constituição de redes, de um trabalho de vigilância permanente e de elaboração de normas,

– promover a cooperação com instituições internacionais e países terceiros nos domínios da saúde e da proteção dos consumidores. A União Europeia tem de desempenhar um papel mais relevante no domínio da saúde à escala internacional, reforçando a cooperação com a OMS e a OCDE e carreando apoios a países terceiros, nomeadamente aos países candidatos à adesão, aos países vizinhos e aos Balcãs ocidentais, no que aos grandes *dossiês* da saúde pública tange.

No que toca às questões do consumo, imprescindível se torna promover uma cooperação internacional tanto no que se refere à segurança dos produtos como no que se prende com tratamento a dispensar aos empresários inescrupulosos e ímprobos.

O orçamento proposto ascende a 1203 milhões de euros, o que representa um acréscimo substancial face às despesas atuais. A Agência Executiva instituída pelo programa de saúde pública²⁷ estender-se-á aos consumidores de molde a servir de suporte ao novo programa (*cf.* anexo III).

II. A política de consumidores tout court

Por um Mercado Europeu para Consumidores Europeus

1. A situação atual

Sendo insofismavelmente maior a percepção da relevância da confiança dos consumidores enquanto condição essencial para os mercados, o fato é que este aspecto não se foi suficientemente tido em conta em todos os domínios políticos.

Nem todos os Estados-membros conferem hoje em dia uma acrescida prioridade à *proteção dos consumidores*, em razão sobretudo da crise que em 2007/2008 se abateu sobre a Europa e o mundo civilizado.

As empresas parece reconhecerem os efeitos positivos da legislação europeia de proteção do consumidor acerca do desenvolvimento do mercado interno, no reforço da confiança dos consumidores e na exclusão dos profissionais desonestos do mercado. A importância de uma representação forte e credível dos consumidores é de análogo modo reconhecida como de extrema valia.

Como o revela a análise de impacto, é imprescindível progredir nos domínios considerados como de absoluta prioridade para a política de consumidores.

Os objetivos atuais – um *nível comum elevado de proteção dos consumidores, uma boa aplicação da legislação e uma influência acrescida dos consumidores na elaboração das políticas* – permanecem, por conseguinte, válidos e bem assim o que consiste em integrar os interesses dos consumidores nas demais políticas delineadas e prosseguidas no seio da União Europeia.

De forma análoga, a elaboração de dados que permitam compreender os problemas e as necessidades dos consumidores permanece um desafio, mau grado os progressos registados recentemente.

Um mercado integrado carrega vantagens económicas ao consumidor (*maior escolha de produtos e serviços, concorrência fundada na qualidade, preços mais baixos, valorização do nível de vida*). As políticas suscetíveis de visar o mercado interno deverão processar-se de sorte que tais vantagens se materializem, nomeadamente no que se refere à qualidade de produtos e serviços, à sua acessibilidade, assim como a sua integração. O mercado interno não pode funcionar corretamente sem a confiança dos consumidores. Torna-se indispensável assegurar-lhes uma proteção adequada a fim de garantir ao mercado crescimento e competitividade.

A importância de uma representação forte e credível dos consumidores é de extrema valia

2. Ações projetadas

A política de consumidores deve, entretanto, seguir a evolução das coisas.

Os desafios com que se deve confrontar a política de consumidores...

Sirvamo-nos, como exemplo, de:

- o envelhecimento da população e bem assim a necessidade de integração (sobretudo no contexto da *sociedade da informação*) das pessoas com necessidades particulares. Os problemas que se suscitam conectam-se com a segurança de produtos e serviços, a vulnerabilidade aos embustes e aos profissionais inescrupulosos e desonestos, e bem assim com a facilidade de acesso aos bens e serviços essenciais;

- os desafios propostos, para além do mais, aos consumidores pelos mercados modernos mais complexos e sofisticados, que oferecem uma mais ampla gama de escolhas, mas geram também riscos mais importantes, neles cabendo obviamente os de feição delitual;

- a realização do potencial que das transações transfronteiras emergem pela eliminação dos obstáculos que impedem ainda a consecução da dimensão “*comércio de retalho*” do mercado interno;

- o duplo desafio que consiste em *mais e melhor* fazer respeitar a legislação, através das fronteiras;

... reclamam esforços suplementares e novas ideias, que passarão por uma ação em dois domínios prioritários, como segue:

- assegurar a todos os consumidores deste espaço económico e social, onde quer que vivam, viajem ou adquiram os seus produtos na União Europeia, um *elevado nível comum de proteção contra os riscos e as ameaças à sua segurança e aos seus interesses económicos*;

- reforçar a aptidão dos consumidores a que defendam os seus próprios interesses, vale dizer, ajudá-los a que os tomem em suas mãos de forma decisiva.

Um *Instituto Europeu de Consumidores*, criado no seio da *Agência única* incumbida de promover o cumprimento do programa, representará a pedra angular na execução das ações em perspectiva.

Preveem-se quatro *marcos* para a ação a desencadear:

2.1 Compreender melhor os consumidores e os mercados

O ponto consiste em:

– desenvolver e atualizar a base de conhecimentos científicos e as ferramentas disponíveis em ordem a avaliar a exposição dos consumidores às substâncias químicas, nomeadamente na perspectiva da segurança geral dos produtos e contribuir para a aplicação do REACH²⁸;

– elaborar indicadores e critérios de referências comparáveis no quadro da política de consumidores: medir o sucesso do mercado na perspectiva dos resultados carreados aos consumidores, por exemplo, no que se refere aos *preços*, ao *volume das transações* transfronteiriças efetuadas pelos consumidores, ao volume do *marketing* transfronteiriço, às *fraudes no consumo*, nos *acidentes* e nas *lesões deles resultantes*, às *denúncias dos consumidores*, com precauções peculiares nos *serviços de interesse geral*;

A política de consumidores deve seguir a evolução das coisas

– adquirir um conhecimento aprofundado das demandas e comportamentos dos consumidores e das suas interações com as empresas, assim como dos efeitos da regulamentação nos mercados, ao efetuar-se um trabalho, por exemplo, sobre a informação dos consumidores e indagando da sua satisfação, com a ajuda do programa estatístico da União, enquanto necessário.

Algumas das suas atividades poderão integrar-se no 7º programa-quadro de investigação.

2.2 Regulamentar melhor a proteção dos consumidores

O marco consistirá em:

– concluir a revisão das diretivas relativas ao **direito do consumo** e *mettre au point* um quadro-comum de referência para o direito europeu dos contratos;

– analisar os aspectos “segurança” do mercado transfronteiriço de serviços na iminência de se desenvolver, proceder a uma análise completa da diretiva sobre a segurança geral de produtos e recorrer de forma mais sistemática à utilização das normas;

- apreender melhor as políticas nacionais que aos consumidores respeitem: *recensear e promover a melhor praxis*, estabelecer critérios de referência e formular recomendações, formar os responsáveis pela elaboração das políticas e da aplicação da legislação;

- estudar o modo por que os interesses dos consumidores são tomados em conta no trabalho de **normalização** e identificar os **pontos a melhorar**;

- zelar por que os consumidores sejam consultados quando da elaboração da política de consumidores, concorrer para o suporte das associações de consumidores eficazes à escala da União e apoiar a sua participação nos trabalhos dos órgãos consultivos, dos grupos de discussão e das comissões especializadas.

2.3 Melhorar a aplicação da lei, o seu acompanhamento e as vias de ação

Eixo essencial que impõe:

- reforçar a aplicação das regras através das fronteiras: aplicação da legislação em vigor e coordenação dos trabalhos de todos os atores e, em particular, dos serviços aduaneiros, nomeadamente no que respeita à segurança geral dos produtos e ao sistema RAPEX, tendo em conta a dimensão internacional;

- melhorar a transposição e aplicação das diretivas da União Europeia, afetar maior soma de meios às atividades de acompanhamento, a fim de assegurar uma interpretação coerente;

- melhorar a aptidão das associações de consumidores de molde a assistir os consumidores, a contribuir para a deteção precoce dos profissionais inescrupulosos e a seguir as políticas nacionais;

- melhorar os meios de ação de que dispõem os consumidores, nomeadamente nos negócios transfronteiriços, neles se abrangendo o acesso à resolução extrajudicial dos litígios e o desenvolvimento da rede dos centros europeus do consumidor.

2.4 Melhorar a informação e a educação dos consumidores

Marco que consiste em:

- informar o consumidor, em colaboração com os Estados-membros, no que se refere, por exemplo, aos seus direitos e aos meios de ação à sua disposição: as informações fornecidas versarão designadamente sobre os ensaios comparativos e visarão igualmente

a uma melhor sensibilização às ofertas disponíveis na União Europeia;

- desenvolver a educação dos consumidores, apoiando-se em um trabalho piloto realizado até ao momento no domínio da educação;

- dar a sua contribuição às autoridades nacionais para a educação dos consumidores, afirmando-se nesse particular uma dimensão europeia e promovendo ações dirigidas ao universo-alvo dos jovens consumidores;

- zelar por que os consumidores possam, mercê de uma melhor informação, escolher com conhecimento de causa e de uma maneira responsável no plano ambiental e social os géneros alimentícios e bem assim os produtos e serviços os mais vantajosas e correspondentes ao melhor dos seus objetivos em função do modo de vida e de forma a reforçar a sua confiança;

- reforçar as capacidades das associações de consumidores: formação com vista ao desenvolvimento das competências e dos saberes, constituição de redes e conagraçamento de esforços para a consecução de objetivos comuns.

A análise de impacto revela a necessidade de empreender uma ação mais larga e sustentada em qualquer dos domínios. Para tal é indispensável dispor de meios que ora inexistem.

De molde a constituir uma base de conhecimentos que se ocupe, por exemplo, dos prejuízos sofridos pelos consumidores, a segurança dos serviços, a satisfação dos consumidores e a sua confiança no mercado, dos serviços de interesse geral ou da sociedade da informação, é indispensável realizar um trabalho de investigação mais substancial do que o que se fez até ao momento.

A formação das associações de consumidores e a informação dos cidadãos exigem esforços sustentados que vão para além do que permitem os recursos atuais.

A cooperação em matéria de controlo para aplicação da legislação, aí se abrangendo a edificação de redes e a formação de quantos têm por missão fazer respeitar a lei, é necessária para assegurar nas melhores condições a vigência e a aplicação transfronteiriça das regras, o que comportará naturalmente encargos financeiros.

É indispensável se carrieem meios suplementares para a prossecução de uma política de sustentação das associações de consumidores em

uma Europa alargada. Impõe-se se disponha de recursos financeiros bem superiores aos dos atuais orçamentos de molde a dar sequência à estratégia 2002-2006 e pôr em relevo os desafios esboçados precedentemente.

A execução do programa e a gestão dos reclamados recursos suplementares ter-se-ão de apoiar em uma organização eficaz e estruturada. A solução que apresenta a melhor relação *custo/eficácia* consiste em tornar extensiva a *agência executiva para a saúde à problemática do consumo*, de molde a nela incluir um serviço expressamente incumbido da política de consumidores.

3. Perspectiva crítica

Os objetivos a que visa o projeto de PLANO DE AÇÃO parece situarem-se muito aquém das expectativas.

A razão de ser e os fundamentos da estratégia de 2002-2006 tecidas ainda na vigência da Comissão Europeia a que presidira Romano Prodi e que corresponderia à anterior legislatura, abandonados que foram, cavam uma brecha no sistema que o novo desenho da estratégia 2007-2013 parece não preencher ou recompletar de todo.

A adjunção *saúde/consumidores* parece conduzir a uma maior fragilidade da política de consumidores, enquanto tal. Expressão que deve ser entendida em termos hábeis, já que o *direito à saúde e segurança* constitui um dos pilares da carta de direitos do consumidor.

Nem sequer se nos afigura haverem sido assimiladas as conclusões do “parecer de iniciativa” intitulado *A Política de Consumidores após o Alargamento da U. E.*, que surge com a chancela do português Jorge Pegado Liz, mui ilustre conselheiro do CESE – Comité Económico e Social *Europeu* – e que o órgão, com a sensibilidade que lhe é peculiar, aprovara por quase unanimidade, em 10 de fevereiro de 2005, já que dos 97 titulares, só dois se abstiveram, votando concordantemente 95 dos seus membros.

As conclusões que nele se expressam merecem o aplauso de quem se consagra à temática em apreço, afigurando-se nos não haverem sido tidas em consideração na proposta de decisão em análise, ao menos em segmentos relevantes, como se apreciará.

Do seu teor, realce para:

– “A promoção, a participação, a proteção e a defesa dos consumidores devem constituir um objetivo permanente de todas as políticas da União Europeia, como verdadeiro direito da cidadania europeia.

– Com o alargamento a mais de dez Estados-membros, onde, na sua maioria, a proteção dos consumidores é uma questão relativamente nova, haverá que repensar toda a política dos consumidores em termos da sua adequação à nova realidade de um mercado com cerca de 500 milhões de consumidores.

– À União Europeia e às suas instituições cabe um papel decisivo no estabelecimento das prioridades na reformulação do quadro legal e institucional e dos programas de ações indispensáveis para assegurar uma efetiva política dos consumidores que assegure e realize aqueles objetivos.

– O CESE, com o presente parecer de iniciativa, propõe-se contribuir para a definição de uma tal política, como intérprete das preocupações da sociedade civil e tendo em especial conta a participação dos representantes oriundos dos novos Estados-membros.

– O CESE é de parecer que as prioridades imediatas, em termos de política de consumidores, são:

- A consolidação do acervo comunitário, num esforço de simplificação e codificação

- A efetiva aplicação do direito legislado e adequadamente transposto, e o seu estrito controlo

- A implementação da diretiva-quadro sobre as práticas comerciais desleais

- Um esforço urgente no sentido de melhor informação e educação dos consumidores

- A consideração da efetiva integração da política dos consumidores nas restantes políticas quer ao nível comunitário quer ao nível nacional

- O apoio às organizações de consumidores com vista à realização de análise de produtos e troca de informações sobre a sua qualidade.

– O CESE defende que organizações representativas dos consumidores fortes e independentes constituem a base para uma efetiva política de defesa, promoção e participação dos consumidores.

– O CESE entende que, para esse efeito, é necessário garantir que as organizações de consumidores sejam adequadamente financiadas para o desenvolvimento de ações, programas, projetos e iniciativas.

– O CESE é de opinião que a definição de critérios de representatividade e de participação das organizações de consumidores poderá contribuir decisivamente para uma maior eficácia da política dos consumidores.

– O CESE entende que, de forma gradual e sem se perder de vista a necessidade de manter o equilíbrio dos interesses em causa, se deverá prosseguir ou dar início a novas iniciativas legislativas, destacando os seguintes domínios:

- Segurança de serviços e responsabilidade de prestação de serviços defeituosos

- Serviços *essenciais* de interesse geral

- Proteção da saúde e da segurança

- Maior segurança nos pagamentos eletrónicos e na utilização da *internet*. Sobreendividamento das famílias

- Meios de pagamento

- Direito dos contratos

- Acesso à justiça e ao espaço judiciário único.

– Por outro lado, o CESE é de entendimento que deveria ser revista e compatibilizada entre si vária legislação comunitária já existente, em ordem a adequá-la ao novo mercado único alargado, destacando, em especial, as seguintes áreas:

- Responsabilidade do produtor

- Vendas ao domicílio, vendas à distância, comércio eletrónico e promoção de vendas

- Cláusulas abusivas

- Crédito ao consumo

- Garantias na venda de bens e serviços

– O CESE lembra a sua proposta de criar um Instituto Europeu de Investigação para a Proteção do Consumidor para proporcionar a base de conhecimento indispensável para a política dos consumidores.

– O CESE apela aos Estado-membros para que considerem a proteção, a defesa, a promoção e a participação dos consumidores como uma prioridade a considerar em todas as suas políticas.

– O CESE recomenda à Comissão que tenha presente as propostas e sugestões constantes do presente parecer na definição das novas orientações em matéria de política dos consumidores e que proceda à divulgação periódica de relatórios sobre a situação do consumo e dos consumidores na Europa.”

Na realidade, enorme distância haverá que ser calcorreada em vista de uma autêntica, autónoma e genuína política de consumidores na vertente estrita por que se espraia, saúde à parte.

Conquanto a preocupação de se imbricar a política dos consumidores nas demais políticas, como se revelou em um dos anexos *infra*, se torne meritória, o fenómeno não poderá de todo o modo constituir pretexto para subverter a real valia de ambas as vertentes, desvalorizando-se o segundo termo da equação.

O acesso à
informação e o
acesso à justiça
constituem
prioridades
marcantes

Há que promover hérculeo esforço de molde a consubstanciar

– a *educação* e a *formação* e bem assim

– a *informação* ao consumidor

na trave mestra da acção mais ampla da União Europeia em sede de promoção dos interesses do consumidor.

No que tange à PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR, impor-se-ia o desencadeamento de adequadas ações tendentes à consecução de

– um acervo normativo congruente (simplificação e tendência para a codificação)

– instituições que mediem conflitos e dirimam litígios de modo consequente

– uma instituição que, em racional aproveitamento de recursos económico-financeiros, se ocupe da investigação em ordem ao reforço do estatuto do consumidor

– uma outra – ao estilo das novas agências – que avoque as tarefas de execução a nível europeu das políticas estritamente a cargo da Comissão.

No que tange ao acervo normativo, urge ter a percepção dos domínios de intervenção que se impõem, para que da norma à sua efetiva aplicação não distem abismos insuscetíveis de superação.

O acesso à informação e o acesso à justiça constituem prioridades marcantes que mister é se não percam de vista.

A denegação de justiça principia em geral na ignorância dos direitos e prolonga-se na inacessibilidade dos consumidores a instâncias em que de modo célere, seguro e tendencialmente gratuito ou em que prepondere a moderação de custos, se dirimam conflitos e se dispense, afinal, justiça, como elementarmente se impõe.

O Comité, ante as insuficiências detectadas, elaborou um parecer de iniciativa, a 20 de maio de 2005, intitulado “Quadro Jurídico para a Política de Consumidores”²⁹.

O Novo Plano de Ação 2014-2020 em projeção

I. Arquitetura

1. Os planos septenais

A União Europeia definiu para o período de 2007-2013 o primeiro plano de ação septenal a que se associara uma distinta filosofia de que mais tarde se apartaria, ainda a tempo de poder desenvolver autonomamente as ações imbricadas nas correspondentes políticas: a fusão dos domínios da saúde e dos consumidores.

As políticas delineadas pela União Europeia influenciam decisivamente, ao menos no plano teórico, as que se esboçam e desenvolvem a nível de cada um dos Estados-membros.

Não se ignore que os atos legislativos emanados do Parlamento Europeu e do Conselho da União, seja por que meio for, se refletem diretamente no ordenamento jurídico de cada um dos Estados-membros. E que é no exercício das políticas consequentemente desencadeadas que os atos normativos emergem.

Nem se descure que a União Europeia continua a pôr o acento tónico na subsidiariedade das suas políticas, asseverando que a primazia neste como em outros domínios recai direta e primacialmente sobre os seus Estados-membros.

As políticas empreendidas pela União Europeia decorrem de minuciosos relatórios em que se baseiam as comunicações dirigidas ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité das Regiões e ao Comité

Económico e Social Europeu. E correspondem a modelos que aos Estados-membros cumpre seguir.

2. A Comunicação da Comissão Europeia COM (2012) 225 final

A comunicação que precede o plano ora instituído – e que a seguir se enuncia – versa sobre um leque de opções que de todo importará realçar.

Plasmaremos neste passo um trecho de um artigo nosso, *decalgado* da Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, supra referenciada, que a lume veio na *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, ora em distribuição (junho de 2013), a saber:

“Eis, de forma sintética, os principais eixos da política europeia:

1. *Segurança de produtos e serviços*, com uma peculiar intervenção no segmento ou na vertente da segurança alimentar;

2. *Modificações no tecido económico-social*;

2.1 Revolução digital;

2.2 Consumo sustentável;

2.3 Exclusão social, consumidores hipervulneráveis, vulneráveis e acessibilidades.

1. *Sobrecarga de informação* – défice de conhecimentos – em detrimento do consumidor: informação em excesso equivale, em rigor, a informação nenhuma...

2. *Direitos que, na prática, não são plenamente cumpridos*, fasquia que importa superar em ordem a um integral respeito pelo estatuto do consumidor

3. *Desafios específicos em setores-chave*.

E, neste particular, seguimos de perto a comunicação emanada em maio de 2012 da Comissão Europeia, que faz uma adequada radiografia às insuficiências e às deficiências detectadas no seio da União Europeia sob o tema das políticas de consumidores.

Determinados setores revestem-se de peculiar relevância em tempos de crise económica, tanto mais que afetam profundamente os interesses básicos dos consumidores no que tange a bens e serviços essenciais, como:

- a alimentação;
- a energia;
- os transportes públicos;
- as comunicações eletrônicas; e
- os serviços financeiros.

Há que contar com a incidência das alterações econômicas e sociais sobre tais setores primaciais.

À UE cumpre curar em particular do modo como atualmente os consumidores se apercebem e escolhem os diversos serviços financeiros.

Tecnologias, como as do telebanco, facilitam a vida dos consumidores. Porém, a complexidade e os riscos acrescidos de certos produtos e serviços financeiros (em que a própria poupança-reforma se inclui) exigem um nível mais elevado de transparência e de literacia financeira.

As comissões exigidas pelos serviços financeiros de base são geralmente opacas e os consumidores continuam a ser dissuadidos a não mudar de banco dado recearem (muitas vezes justificadamente...) que tal solução será sempre mais onerosa.

Os consumidores não retiram, em geral, pleno proveito da liberalização das indústrias de rede, como a energia, os transportes e as comunicações eletrônicas, seja nos preços seja nos níveis de qualidade do serviço.

A liberalização do setor dos transportes, em especial, estimulou a concorrência, beneficiando um número cada vez maior de cidadãos que circulam pela Europa.

Mas é indispensável tornar exequível, efetiva, a carta de direitos dos passageiros na UE, aplicando-a em plenitude, por forma a opor eficazmente os meios de defesa contra práticas desleais e violações extremas do direito da UE em vigor.

O impacto decisivo da revolução digital no domínio das viagens aponta para a importância de uma maior adequação entre os direitos dos consumidores e os objetivos imbricados no seu exercício.

Os mercados da eletricidade e do gás, no segmento dos consumidores domésticos, recentemente sujeitos à concorrência, permanecem com uma incógnita, já que muitos consumidores continuam a considerar

difíceis as comparações, devido aos procedimentos complicados e/ou às condições de mercado verdadeiramente opacas a que se assiste.

No que toca à energia, estima-se que os agregados familiares na UE poderiam economizar, em média, até 1.000 €/ano, através de simples medidas de eficiência, tais como o isolamento das casas, instalação de termóstatos e painéis solares para aquecimento da água, montagem de vidros duplos nas janelas e substituição de sistemas de aquecimento antigos em razão dos consumos excessivos.

Mas dúvidas e ignorância obstam a que tais objetivos se persigam.

Por conseguinte, os agregados familiares dispõem de um potencial significativo de poupança energética em condições economicamente rendíveis e de melhoria da eficiência no consumo final da energia. Esse potencial, porém, está longe de ser plenamente explorado, principalmente devido ao fato de os utilizadores não conhecerem o seu próprio consumo real nem disporem de dados claros e facilmente acessíveis no que se prende com a contagem e a faturação do consumo efetivo observado.

Embora os mercados das comunicações eletrônicas hajam provado a sua resistência à crise econômica, os consumidores não retiram vantagens da concorrência, em razão da ausência de transparência das tarifas, à deficiente qualidade dos serviços e aos obstáculos que se opõem à mudança de fornecedor.

Estima-se que no futuro haja um aumento da pressão ambiental global decorrente do consumo alimentar, devido, por exemplo, às alterações dos hábitos alimentares e ao acréscimo dos resíduos alimentares; prevê-se que tal acréscimo afete a Europa nos próximos anos e se traduza em um desperdício manifesto de recursos e de divisas.

No entanto, ponto é que não subsistam dúvidas: a política europeia, na sua transposição para os espaços próprios de cada um dos Estados-membros, não terá uma aplicação nem homogénea, menos ainda uniforme. Dependerá da propensão com que se perspectivar em cada um dos espaços geográficos a necessidade de prover em tais domínios.

Estados-membros haverá em que se conferirá menor expressão a uma tal política. Como é o caso de Estados-membros da periferia, em que Portugal e alguns dos países saídos da *cortina de ferro* figuram naturalmente.

Outros em que se reforçarão os ímpetos, em razão do peso específico das instituições da sociedade civil (mais estruturada, mais exigente, mais criteriosa...) e das pressões exercidas sobre as paredes do sistema.”

II. Tipos de ações constantes do plano de ação

Listar-se-ão os objetivos que se compendiam no plano atualmente em vigor, que se espera supere as inerentes dificuldades à crise que assola considerável número de Estados-membros da União Europeia e que poderá condicionar consideravelmente as políticas a empreender sob tal consigna.

Como objetivos, na hierarquização pretendida, avulta em primeiro lugar a *segurança* em múltiplos segmentos.

Depois, decisiva aposta na *informação e na educação e formação* para o consumo, de que tanto se fala e tão pouco se faz em países como Portugal, de costas voltadas para domínios tais.

Não se olvide que Portugal dispõe – na sua Lei-Quadro de Defesa do Consumidor – de dois dispositivos que constituem autênticos programas em matéria de educação e informação para o consumo.

Importa, neste particular, conferir tais normas, votadas ao descaso, aliás, na menorização das políticas de consumidores que constituem, quantas vezes, algo hostil aos poderes constituídos, por estranho que pareça:

No que tange à educação aprecie-se o teor do artigo subsequente:

Artigo 6º

Direito à formação e à educação

1 – Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2 – Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de:

- a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;
- b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;
- c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;
- d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3 – Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4 – Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.

No que se prende com o sensível e estruturante domínio da informação, o artigo 7º, como segue:

Artigo 7º

Direito à informação em geral

1 – Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de:

- a) Apoio às acções de informação promovidas pelas associações de consumidores;
- b) Criação de serviços municipais de informação ao consumidor;
- c) Constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores;
- d) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica;
- e) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado.

2 – O serviço público de rádio e de televisão deve reservar espaços, em termos que a lei definirá, para a promoção dos interesses e direitos do consumidor.

3 – A informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa.
[...]

Claro que da “lei no jornal oficial à lei no quotidiano” pode distar um abismo e é o que ocorre, neste aspecto, sobretudo em Portugal, onde os agentes políticos e os da administração pública se mostram arredios a conferir praticidade às normas.

Deploravelmente! Lamentavelmente!

Em seguida, marcante preocupação se imprime, a saber, a da efetivação dos direitos, a reparação dos danos causados na esfera dos consumidores e as vias de acesso a estruturas que dirimam conflitos de modo acessível e pronto (justiça célere, segura, eficaz e graciosa ou, ao menos, não onerosa, como se vem reclamando desde sempre).

E, por fim, o reforço da rede de cooperação transnacional (nas fronteiras exteriores delimitadas pelos Estados-membros que constituem a União Europeia) de molde a que a aplicação em concreto do acervo normativo não padeça de soluções de continuidade.

1. Objetivo I

Segurança: consolidar e reforçar a segurança dos produtos, através de uma fiscalização eficaz do mercado em toda a União Europeia

1. Aconselhamento científico e análise dos riscos para a saúde e a segurança dos consumidores no domínio dos produtos e serviços não alimentares.

Apoio às tarefas dos comités científicos independentes criados pela Decisão 2004/210/CE da Comissão Europeia com intervenção no domínio da segurança dos consumidores, da saúde pública e do ambiente.

2. Coordenação das ações de fiscalização do mercado e de aplicação da legislação em matéria de segurança dos produtos decorrente Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e das ações destinadas a melhorar a segurança dos serviços aos consumidores:

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) organização de seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos sobre os riscos e a aplicação da legislação no domínio da segurança dos produtos;

(c) intercâmbio de quadros responsáveis pela aplicação da legislação e formação;

(d) ações de cooperação específicas no domínio da segurança dos produtos e serviços não alimentares, nos termos da Diretiva 2001/95/CE;

(e) monitorização e avaliação da segurança dos produtos e serviços não alimentares, incluindo a criação de uma base de informações para o estabelecimento de normas futuras ou a definição de outros critérios de referência para a segurança;

(f) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros;

(g) suporte a organismos reconhecidos pela legislação da União responsáveis pela coordenação das acções dos Estados-membros em matéria de aplicação da legislação.

3. Manutenção e desenvolvimento das bases de dados sobre produtos cosméticos

(a) manutenção do portal de notificação de produtos cosméticos criado ao abrigo do Regulamento (CE) 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de novembro de 2009, relativo aos produtos cosméticos;

(b) manutenção da base de dados sobre os ingredientes dos produtos cosméticos, no contexto da aplicação do Regulamento (CE) 1223/2009.

2. Objetivo II

Informação e educação: melhorar a educação e a informação dos consumidores e sensibilizá-los para os seus direitos, com o intuito de desenvolver uma base de informações para a política dos consumidores e de prestar apoio às organizações de consumidores.

4. Criação de uma base de informações para a elaboração de políticas em domínios que afetam os consumidores

Criar uma base de informações para o desenvolvimento da política dos consumidores e para a integração dos interesses dos consumidores noutras políticas da União, nomeadamente através de:

(a) estudos e análises sobre os consumidores e os mercados de consumo à escala da União;

(b) desenvolvimento e manutenção de bases de dados;

(c) desenvolvimento e análise de estatísticas nacionais e de outros dados pertinentes. A recolha de dados e de indicadores nacionais sobre os preços, as reclamações, a aplicação da legislação, a reparação etc., será efetuada em colaboração com as partes interessadas no plano nacional.

5. Apoio às instituições de consumidores

(a) contribuições financeiras para o funcionamento das instituições de consumidores que representem os interesses dos consumidores à escala da União;

(b) reforço da capacidade das instituições de consumidores regionais, nacionais e europeias, nomeadamente através de ações de formação e do intercâmbio de boas práticas e de conhecimentos especializados para os seus corpos e quadros, em especial instituições de consumidores dos Estados-membros em que a monitorização dos mercados de consumo e do ambiente de consumo demonstre existir um nível relativamente baixo de confiança e sensibilização dos consumidores;

(c) suporte de organismos internacionais que promovam princípios e políticas coerentes com os objetivos do Programa ora delineado.

6. Reforço da transparência dos mercados de consumo e da informação aos consumidores

(a) campanhas de sensibilização sobre questões que afetam os consumidores, designadamente através de ações conjuntas com os Estados-membros;

(b) ações que reforcem a transparência dos mercados de consumo, no domínio, por exemplo, dos produtos financeiros de retalho, da energia, das tecnologias digitais e de telecomunicações e dos transportes;

(c) ações destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação pertinente sobre produtos e mercados;

(d) ações destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação sobre o consumo sustentável de bens e serviços;

(e) suporte de eventos centrados na política dos consumidores da União organizados pela Presidência da União Europeia sobre determinadas questões, em conformidade com as prioridades políticas estabelecidas;

(f) contribuições financeiras para os organismos nacionais de tratamento e gestão de reclamações dos consumidores, a fim de os auxiliar mediante a utilização de uma metodologia harmonizada para a classificação e comunicação de tais reclamações e dos pedidos de informação dos consumidores;

É necessário o reforço da capacidade das instituições de consumidores regionais, nacionais e europeias

(g) apoio a organismos estabelecidos à escala da União para o desenvolvimento de códigos de conduta, guias de boas práticas e orientações em matéria de comparação de preços/qualidade/sustentabilidade dos produtos;

(h) apoio à comunicação pertinente aos interesses e direitos dos consumidores, nomeadamente pelo suporte dos meios de comunicação social que visem promover a capacitação dos consumidores e a aplicação da legislação neste domínio.

7. Incremento da educação dos consumidores

(a) desenvolvimento de uma plataforma interativa para o intercâmbio de melhores práticas e de materiais didáticos em matéria de educação do consumidor dirigidos aos principais grupos-alvo, designadamente os jovens consumidores, em sinergia com o programa de financiamento europeu em matéria de educação e formação;

(b) elaboração de medidas e materiais relativos, por exemplo, aos direitos dos consumidores – incluindo as questões transfronteiras –, à saúde e à segurança, à legislação da União Europeia no que tange ao consumo em geral, ao consumo sustentável, em particular, e à literacia financeira.

3. Objetivo III

Direitos e reparação: consolidar os direitos dos consumidores, em particular através da ação regulamentar e da melhoria do acesso à reparação, incluindo os mecanismos de resolução alternativa de litígios

8. Preparação, avaliação da transposição, monitorização, avaliação, execução e controlo da aplicação, pelos Estados-membros, de iniciativas legislativas e regulamentares para a defesa do consumidor e promoção de iniciativas de correção e autorregulação, nomeadamente:

(a) estudos, avaliações *ex ante* e *ex post*, avaliações de impacto, consultas públicas, avaliação da legislação existente;

(b) seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos;

(c) desenvolvimento e manutenção de bases de dados públicas e facilmente acessíveis que abrangam a aplicação da legislação da União em matéria de defesa do consumidor;

(d) avaliação das acções desenvolvidas no âmbito do Programa ora estabelecido.

9. Propiciar o acesso e monitorizar o funcionamento e a eficácia dos mecanismos de resolução de litígios de consumo, em particular os sistemas alternativos de resolução de litígios, incluindo os que funcionam em linha, inclusivamente através do desenvolvimento e da manutenção de ferramentas informáticas de manifesta utilidade

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas;

(b) apoio ao desenvolvimento e à manutenção de um sistema de resolução de litígios em linha à escala da União, incluindo o que respeita a serviços conexos, como a tradução.

4. Objetivo IV

Aplicação da legislação: reforçar a aplicação dos direitos dos consumidores, melhorando a cooperação entre os organismos nacionais responsáveis pela aplicação da legislação e prestando aconselhamento aos consumidores.

10. Coordenação das ações de fiscalização e de controlo da aplicação das prescrições do Regulamento (CE) 2006/2004, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, em que se inclui:

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (v.g., bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) ações destinadas a melhorar a cooperação entre as autoridades e a coordenação das atividades de monitorização e de aplicação da legislação, tais como o intercâmbio de quadros responsáveis por essa aplicação, as atividades comuns e as ações de formação para tais quadros e magistrados;

(c) organização de seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos em matéria de aplicação da legislação;

(d) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros que não participam no Programa.

11. Contribuições financeiras para ações conjuntas com organismos públicos ou sem fins lucrativos que constituam redes da União de prestação de informação e assistência aos consumidores com o objetivo de os ajudar a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios, incluindo os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios em linha (a Rede de Centros Europeus do Consumidor):

Nomeadamente, o desenvolvimento e a manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação) necessárias ao bom funcionamento da Rede de Centros Europeus do Consumidor.

Esta lista pode ser completada com medidas adicionais do mesmo género e com o mesmo impacto, em conformidade com os objetivos específicos plasmados na lei.

Plano de Ação 2007/2013
Anexo I
Hipóteses de áreas e temas da política
onde as sinergias com as políticas de saúde e consumidores
se mostram suscetíveis de um largo desenvolvimento

Políticas	Temas e Programas
Segurança na cadeia alimentar	Rotulagem, mecanismos de alerta, inspeção e controlo Sinergias com investigação, transporte, ambiente, agricultura, educação, ações em nutrição
Política Social	Agenda de Políticas Benefícios da segurança social: Regulamento 1408/71 e regulamentações próximas; Carta Europeia de Segurança de Saúde. Proteção Social: <i>open method</i> e de coordenação de Cuidados de Saúde e Cuidados de Serviços a longo prazo (no quadro da OMC – <i>Inclusão Social e Proteção</i>). Projetos do Fundo Social Europeu para a preparação de Profissionais de Saúde Social e Serviços de Interesse Geral, Saúde e Segurança no Trabalho
Investigação	Investigação em saúde e consumidores no VII Programa de investigação (tema investigação para a saúde do FP7). Cooperação restrita a ser estabelecida com o programa

	<p>de investigação, em particular – como perspectivas dos seguintes estalões do Programa de Saúde e Consumidores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – “promover a saúde pelos seus determinantes”, prevenir doenças e agressões (incluindo investigação sobre doenças infecciosas), sinergias entre os sistemas nacionais de saúde.
Ambiente	Plano de Ação Ambiente e Saúde 2004-2010 e Plano de Ação Sanitária (aplicações eletrónicas, conferências eletrónicas sobre saúde).
Sociedade da Informação e Media	<p>e-comunicação e direitos dos consumidores (<i>serviços de interesse geral</i>)</p> <p>e-inclusão e cidadania – 2010</p> <p>– Uma Sociedade Europeia para a Informação, para o Desenvolvimento e Emprego e acessibilidade (Atividades de Política e Investimento)</p>
Política Regional	<p>Fundo de Solidariedade</p> <p>Uma nova convergência objetiva 2007-13 para a saúde sob os fundos estruturais</p> <p>A saúde como um condutor para o desenvolvimento regional e projetos de infra-estruturas sanitárias</p>
Política Económica	Trabalhos sobre projeções orçamentais de longo prazo de custos dos cuidados de saúde

	<p>Trabalhos com a OCDE em estudos de saúde</p> <p>Quadros macroeconómicos que afetam a conferência dos consumidores</p> <p>Políticas de saúde e consumidores como condutores de competências</p>
Política Empresarial	<p>Acompanhamento do processo de fármacos G10 e a implementação das recomendações do G10</p> <p>Ação conjunta médico-farmacêutica nas bulas REACH</p> <p>Segurança pedestre</p> <p>Cosméticos</p> <p>Interesses dos consumidores nos processos de normalização</p>
Mercado Interno	<p>Serviços no Mercado Interno</p> <p>Reconhecimento das qualificações profissionais</p> <p>Seguros de saúde</p> <p>Serviços financeiros</p> <p>Serviços postais</p> <p>Serviços de interesse geral</p> <p>Dados sobre consumidores no mercado interno</p> <p>Desfavor aos consumidores</p> <p>Diretiva do comércio eletrónico</p>
Transporte	<p>Programa Europeu de Ação de Segurança Rodoviária</p> <p>Transporte de Produtos Perigosos</p> <p>Direitos dos Passageiros</p>
Energia	<p>Política de proteção contra radiações</p>

	Liberalização, direitos dos consumidores e segurança
Concorrência	Mercado de Serviços de Saúde Brindes aos consumidores
Comércio	Posição dos serviços de saúde no seio das negociações do comércio Viagens, medicamentos antirretrovirais e comércio de produtos de tabaco Integração de perspectivas do consumidor na OMC, incluindo os diálogos sobre os Regulamentos do GAT
Política Externa	Cooperação com os países vizinhos
Desenvolvimento e Políticas de Ajuda	Ações de combate à HIV/SIDA, malária e tuberculose (acção externa) Deficiências de saúde pessoal nos países desenvolvidos Promoção de ações da sociedade civil
Alargamento	Promoção da convergência com o <i>acquis</i> da U. E. em matéria de saúde e protecção do consumidor Promoção da coesão económica e social Reforço das administrações públicas e instituições nos campos da saúde e protecção do consumidor
Taxas e Direitos Aduaneiros	Taxas e direitos sobre produtos específicos relevantes para a saúde e consumidores

	Políticas aduaneiras (assegurando provisões sobre saúde e segurança de produtos oriundos de países terceiros)
Agricultura	Política de qualidade Programas de extensão e desenvolvimento rural
Educação / Cultura	Programas de juventude, promoção desportiva e de atividade física Formação permanente, educação para o consumo
Justiça, Liberdade e Segurança	Acesso à justiça Direito Internacional Privado e Mediação Ação sobre Prevenção de Drogas: Estratégia Europeia das Drogas (2005-2012) e o Plano de Ação sobre Drogas (2005-2008) Despertar os consumidores para os riscos de crimes associados a produtos e serviços (<i>crimes impermeáveis</i>) Bioterrorismo Tráfico de órgãos humanos Proteção de dados

Políticas Horizontais

- Melhor regulamentação
- Estratégia de comunicação da U. E.
- Serviços de Interesse Geral

Plano de Ação 2007/2013
Anexo II
Política de consumidores
Ações e medidas de apoio

Objetivo I

Melhor compreensão dos consumidores e dos mercados

Ação 1

Perseguir e avaliar a evolução dos mercados e seus efeitos, nos interesses económicos e de outra índole dos consumidores, aí cabendo os inquéritos de preços, o inventário e a análise das reclamações deduzidas pelos consumidores, a análise das estratégias mercadológicas transfronteiriças e das aquisições efetuadas pelos consumidores e bem assim a evolução estrutural dos mercados.

Ação 2

Recolha e permuta de dados e informações suscetíveis de fornecer adequada base de conhecimentos em vista da elaboração da política de consumidores e da integração dos seus interesses económicos nas demais políticas encetadas pela União Europeia.

Nas ações previstas neste passo incluem-se:

- inquéritos às atitudes dos consumidores e das empresas
- trabalhos de investigação consagrados aos consumidores e, de forma mais geral,
- aos mercados do domínio dos serviços financeiros, assim como
- a recolha e a análise de dados estatísticos e demais dados pertinentes, cujo elemento estatístico se desenvolverá na base do programa estatístico comunitário, se necessário for.

Ação 3

Recolha, permuta e análise de dados e disponibilização de instrumentos de avaliação suscetíveis de fornecer uma base de conhecimentos científicos que respeitem a exposição dos consumidores a substâncias químicas libertadas.

Objetivo II

Melhor regulamentar a proteção dos consumidores

Ação 4

Desencadeamento de iniciativas legislativas, regulamentares e de outra natureza e promoção de iniciativas autorregulatórias, nelas se abrangendo:

- a análise comparativa dos mercados e dos sistemas regulamentares
- a perícia jurídica e técnica em ordem à definição da política atinente à segurança dos serviços
- a perícia técnica em vista da avaliação de normas de segurança de produtos e da outorga de mandatos de normalização ao CEN em matéria de produtos e serviços
- a perícia jurídica e técnica em vista da definição da política centrada em torno dos interesses económicos dos consumidores
- jornadas que reúnam os partícipes do processo e os peritos.

Objetivo III

Aperfeiçoar a aplicação da legislação, o processo e o acesso à administração da justiça

Ação 5

Coordenação das ações de verificação da aplicabilidade das leis que à proteção dos consumidores se reportam.

Na ação projetada se inserem:

- o desenvolvimento e a outorga de instrumentos gerados no seio das tecnologias de informação, v. g., bases de dados, sistemas de informação e de comunicação;
- a realização de ações de formação, de seminários, de conferências em torno da aplicabilidade da legislação;
- a programação e a elaboração de ações conjuntas no que tange à verificação do cumprimento da legislação e sua eficácia para prevenir as situações que visa disciplinar;
- experiências-piloto no que se refere à legislação em vigor;
- a análise dos problemas suscitados pelo cumprimento ou incumprimento das legislações e soluções quadráveis às situações ocorrentes.

Ação 6

Financiamento das atividades específicas comuns de verificação e controlo da legislação em vista de um reforço qualitativo da cooperação em matéria de administração e de domínio da legislação segregada pela União Europeia no quadro da proteção de consumidores.

No congenho assinalado, realce para a diretiva que rege no particular da **segurança geral de produtos** (Diretiva 2001/95/CE, do

Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001) e de outras ações suscetíveis de se inscrever no contexto da cooperação administrativa.

Ação 7

Perseguir e avaliar a segurança de produtos não alimentares e dos serviços.

No domínio de que se cura, realce para:

- o reforço e a extensão do campo de aplicação e de funcionamento do sistema de alerta RAPEX, haja em vista as modificações ocorridas na permuta de informações ligadas à vigilância do mercado;
- a análise técnica das notificações de alerta;
- a recolha e a avaliação dos dados sobre os riscos que produtos e serviços específicos usados pelos consumidores representam;
- a prossecução do desenvolvimento da rede sobre a segurança de produtos de consumo, tal como a diretiva aplicável o prevê.

Ação 8

Perseguir o funcionamento e a avaliação do impacto dos sistemas de resolução extrajudicial dos litígios de consumo.

Ação 9

Perseguir a transposição e a aplicação pelos Estados-membros da legislação de proteção dos consumidores e, designadamente, da *diretiva das práticas comerciais desleais*, assim como das políticas nacionais de proteção dos consumidores.

Ação 10

Atribuição de perícias técnico-jurídicas específicas às associações de consumidores, a fim de prover à sua contribuição para as ações de vigilância e de verificação da aplicação da legislação pertinente.

Objetivo IV

Melhorar a informação e a educação dos consumidores para os responsabilizar

Ação 11

Edificar e manter atualizadas bases de dados públicas, e facilmente acessíveis, que versem sobre a aplicação da legislação comunitária de proteção dos consumidores e da jurisprudência a tal propósito lavrada.

Ação 12

Ações de informação em tema de medidas de proteção dos consumidores, designadamente nos novos Estados-membros, em cooperação com as associações de consumidores.

Ação 13

A educação dos consumidores, nela se incluindo as acções dirigidas aos jovens consumidores e a construção de instrumentos pedagógicos interativos em sua intenção.

Ação 14

Representação dos interesses dos consumidores da União nos areópagos internacionais: *organismos internacionais de normalização e organizações de comércio internacionais*.

Ação 15

Formação do pessoal dos quadros das associações de consumidores regionais, nacionais e europeias, e outras ações suscetíveis de incrementar ou reforçar as suas competências.

Ação 16

Financiamento de ações conjuntas de instituições públicas ou privadas com vocação altruística ou não egoística que se constituam em redes na União Europeia e forneçam informação e assistência aos consumidores para os auxiliar a exercer os seus direitos e a aceder a um sistema apropriado de resolução de litígios (*a rede dos centros europeus de consumidores*).

Ação 17

Financiamento com vista ao funcionamento das associações europeias de consumidores que representem os seus interesses aquando da elaboração das normas relativas aos produtos e a serviços à escala europeia.

Ação 18

Financiamento ao funcionamento das associações europeias de consumidores.

Ação 19

Dotação de uma perícia técnica e jurídica específica às associações de consumidores, de molde a suportar a sua participação e contribuição nos processos de consulta em iniciativas legislativas e não legislativas da União Europeia nos domínios das ações que lhes respeitem, como a

política do mercado interno, serviços de interesse geral e o programa-quadro decenal por uma produção e um consumo duráveis.

Ação comum a todos os objetivos

Ação 20

Financiamento de projetos comunitários ou nacionais específicos em vista da realização de outros objetivos da política de consumidores.

Anexo III

A agência executiva com vocação para o Programa de Saúde e dos Consumidores

De molde a implementar o programa conjunto de Saúde e Consumidores, a Comissão será assistida por uma simples agência executiva, que consistirá em uma versão alargada da Agência executiva do Programa de Saúde Pública de molde a comportar uma outra estrutura que se designa como *Instituto Europeu do Consumidor*.

Para tal fim, a Comissão proporá a alteração da Decisão CE 2004/858, de 15 de dezembro de 2004, que criou a Agência executiva para o Programa da Saúde Pública em ordem a alargar o seu objeto de ação e a suportar a operação de todo um programa conjunto de ação.

Sem prejuízo de, na futura decisão, se encarar a faculdade de a agência se fundar em dois “*departamentos*”: o Departamento de Saúde e o Instituto do Consumidor.

Ações comuns devem ser empreendidas por ambos os departamentos.

O objetivo da ação da Agência executiva do Programa de Saúde Pública, criada pela Decisão 2004/858, é limitado a “*implementar ações que respeitem à ajuda da Comunidade sob o programa, excepto a avaliação programática, a monitorização da legislação ou quaisquer outras ações que permanecerão sob exclusiva competência da Comissão*”. Em particular, a agência gere específicos projectos e garante e provê “*ao suporte logístico, científico e técnico, em particular através da organização de encontros, estudos preparatórios, seminários e conferências*”.

O **Instituto Europeu do Consumidor** considera-se como suporte da Comissão ao carrear o *apport* administrativo e financeiro de todas

as ações inerentes às políticas de consumidores perspectivadas na Estratégia da Saúde e Proteção do Consumidor.

Notas

- * Mário Frota. Fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo – APDC. Professeur à l'Université de Paris XII (1991/2006). Diretor do CEDC – *Centro de Estudos de Direito do Consumo, de Coimbra*. Diretor da RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo, de Coimbra*. Presidente do Conselho Diretor da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Antigo Presidente do Conselho de Administração do CICAP – *Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto*, em representação da Câmara Municipal do Porto. Presidente da *Comissão de Instalação do Centro de Estudos Euro-Latino-Americano de Direito do Consumo, Coimbra/São Paulo*. Fundador e primeiro presidente da AIDC – *Association Internationale du Droit de la Consommation, Bruxelles*. Fundador e primeiro Vice-Presidente da AEDEPH – *Association Européenne de Droit et Economie Pharmaceutiques, Paris*.
1. Almedina, Coimbra, 2003, p. 67 e ss.
 2. Diretiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001 (JO L 11, de 15 de janeiro de 2002).
 3. COM (2001) 398 final.
 4. Neles se enquadra a disciplina atinente a:
 - I – Condições gerais dos contratos; II – O regime jurídico da publicidade; III – Das promoções de vendas; IV – Contratos de serviços de interesse geral; V – Contratos ao domicílio; VI – Contratos eletrónicos; VII – Contratos de crédito; VIII – Contratos de serviços financeiros; IX – Contratos de seguros; X – Contratos de viagens turísticas; XI – Contratos de *time-sharing* (direitos de habitação periódica); XII – Da responsabilidade pós-contratual (garantias de coisas móveis duradouras); XIII – Da responsabilidade do produtor.
 5. Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (JO L 280, 29.10.94, p. 83), Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, 4.6.1997, p. 19), Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (JO L 372, 31.12.1985, pág. 31).
 6. COM(1999) 232 final.
 7. O VI e último relatório em torno do *estado da questão* veio a lume a 3 de junho de 2002.
 8. Regulamento 2560/2001, de 19 de dezembro de 2001 (JO L 344, de 28 de dezembro de 2001).
 9. COM(2001) 181 final, de 31 de julho de 2001.
 10. COM(2001) 280 final, de 28 de agosto de 2001.
 11. COM(2002) 443 final, de 11 de setembro de 2002.

12. De assinalar que, entretanto, os *serviços financeiros à distância* por Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, foram disciplinados, o que constitui um passo mais na senda da definição dos serviços de que se cura.
13. COM (2002) 62 final, de 5 de fevereiro de 2002.
14. Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999.
15. COM(2001) 298 final, de 6 de junho de 2001, Resolução do Conselho nº 14378/01, de 6 de Dezembro.
16. COM(2000) 580, de 20 de setembro de 2000. *Cfr.* nota 20 *infra*.
17. Proposta de diretiva que altera as diretivas 96/92/CE e 98/30/CE relativas às regras comuns para os mercados internos da eletricidade e dos gás natural – comunicação da Comissão COM(2001) 125, de 13 de março de 2001.
18. Eurobarómetro sobre os SIG, setembro de 2000, disponível no seguinte endereço *internet*: http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/facts_euro53_en.pdf
19. Acordo TBT – Obstáculos Técnicos ao Comércio.
20. SEC(2001) 1296, de 26 de julho de 2001.
21. No quadro da ISO – Organização Internacional de Normalização.
22. A Resolução do Conselho de 1º de dezembro de 2003, se reconheceu que “a importância dos serviços na economia europeia e as expectativas do consumidor relativamente a um alto nível de segurança dos serviços” determinaria, na sequência do Relatório de 6 de Julho de 2003, a análise em cooperação com os Estados-membros, o âmbito e as prioridades, bem como a abordagem, a metodologia e os procedimentos mais adequados e eficazes para melhorar a base de conhecimento sobre a segurança dos serviços, em particular no que se refere aos aspectos transfronteiras, com suficiente flexibilidade para ter em conta as diferentes abordagens dos Estados-membros.
Ademais, o Conselho convida os Estados-membros a:
 - participarem ativamente nos futuros trabalhos da Comissão sobre a segurança dos serviços;
 - prosseguirem e reforçarem, sempre que pertinente, os seus esforços no que diz respeito aos aspectos da segurança das suas políticas e medidas relacionadas com o setor dos serviços.A Comissão deveria apresentar ao Conselho os resultados dos seus trabalhos na área da segurança dos serviços aos consumidores, acompanhados, se necessário, de propostas de ações comunitárias até 31 de Dezembro de 2004.
Ademais, por Decisão da Comissão, de 3 de Março de 2004, se instituiu os comités científicos nos domínios da segurança dos consumidores, da saúde pública e do ambiente.
23. *Cfr.*, porém, o teor do ofício que, após a elaboração do presente trabalho, o Comissário Europeu, Markos Kyprianou, nos remeteu, com data de 12 de julho de 2005, que aqui se recebeu em 26 seguintes, a saber:
“*Como talvez já seja do seu conhecimento, a Comissão está a proceder a uma ampla revisão do acervo legislativo comunitário sobre proteção dos consumidores,*

que abarca várias diretivas, incluindo a Diretiva 93/13/CEE. Esta revisão, que abrange todos os Estados-Membros e inclui a verificação da transposição do acervo comunitário, está atualmente na fase de recolha de dados, fase que deverá estar terminada em finais de 2006.

Temos previsto publicar um relatório global sobre a revisão do acervo legislativo comunitário relativo à proteção dos consumidores, que servirá de base para uma consulta pública. Em função dos dados que forem recolhidos, poderemos organizar um seminário consagrado exclusivamente à Diretiva 93/13, ou um seminário mais alargado sobre várias diretivas relativas aos consumidores.”

24. A Decisão 854/2005, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, in JO L149, de 11 de junho de 2005) adota um programa para a *promoção de uma utilização mais segura da internet e das novas tecnologias em linha*.
25. Cfr., primeiro, o Livro Verde relativo aos Serviços de Interesse Geral (COM (2003) 270 final), de 21 de maio de 2003 e, em seguida, o Livro Branco da Comissão sobre os Serviços de Interesse Geral (COM(2004) 473 final), de 24 de abril de 2004.
26. O que o artigo 153 do Tratado estabelece, no seu nº 1, é o que segue: “A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar *um elevado nível de defesa destes*, a Comunidade contribuirá para a *proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores*, bem como para a *promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses*.”
27. Decisão 2004/858/CE.
28. REACH é o acrónimo de **R**egistration, **E**valuation and **A**uthorisation of **C**hemicals, programa que visa assegurar, no plano de que se trata, o registo, a avaliação e autorização de substâncias químicas fiáveis em homenagem à saúde e segurança dos consumidores.
29. O documento desdobra-se em:
 1. Objeto do parecer de iniciativa
 2. A questão
 3. O consumidor-cidadão
 4. O nível de proteção
 5. Harmonização total / harmonização minimal
 6. O efeito direto horizontal das diretivas do consumo
 7. Interesses difusos e coletivos: ação inibitória e ação indenizatória
 8. Acesso ao Tribunal de Justiça
 9. O papel da autorregulação
 10. O questionário.”

A TUTELA DO ÁLCOOL E A PROTEÇÃO DOS MENORES FACE À PUBLICIDADE AO ÁLCOOL NO DIREITO DA UE

J. PEGADO LIZ*

Membro do CESE em representação dos consumidores

EXCERTOS

“A Comissão reconhece que, apesar das medidas tomadas pela maioria dos Estados-membro, os danos provocados pelo álcool continuam a assumir proporções inaceitáveis em todos os Estados-membro, especialmente entre os jovens, nas estradas e no local de trabalho”

“No que se refere as pausas para publicidade, a diretiva reduz consideravelmente as regras para simplificar e flexibilizar, em grande parte, os critérios de aplicação”

“É sabido como as crianças são um alvo apetecível e rentável para a publicidade, especialmente em tempos de crise como os atuais, bem como são igualmente conhecidos os perigos para a sua saúde física e psíquica e para a sua formação moral e desenvolvimento da sua personalidade que daí advém”

“No que respeita à publicidade que utiliza crianças relevam fundamentalmente os aspectos éticos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança”

“Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade. Contudo, cada vez mais as crianças, e crianças de tenra idade, têm acesso a televisão e à internet no quarto, o que torna esta atividade um ato solitário e não controlado”

“A preparação de crianças como futuros adultos consumidores e espectadores de anúncios publicitários, através da aposta na literacia mediática e na sua capacitação desde a mais tenra idade, é essencial”

“O consumismo incentivado pela publicidade tem ainda como consequência a adesão em massa de crianças e jovens a determinadas marcas, criando situações problemáticas para os menores que a elas não tem acesso”

I. Brevíssima referência à estratégia comunitária na minimização dos efeitos do álcool

A pesar de o tema desta minha intervenção não ser a política do álcool a nível da UE, nem sequer a da prevenção e minimização dos efeitos do álcool a nível comunitário, que melhor seria desenvolvida por alguém pertencente a um organismo internacional, como a “Active Sobriety, Friendship and Peace”, convidada para este evento, mas que não teve possibilidade de comparecer, julgo que uma breve referência se impõe à *estratégia definida pela Comissão para apoiar os Estados-membro na minimização do efeitos nocivos do álcool*¹.

Em breve síntese, a referida estratégia, elaborada a pedido do Conselho, concentrou-se “*na prevenção e na redução dos padrões imoderados e extremos de consumo e no consumo de álcool pelos jovens menores, bem como em algumas das suas consequências mais nefastas, tais como os acidentes de viação provocados pelo álcool e a síndrome alcoólica fetal*”.

E claramente esclareceu desde o início que se não tratava de “*um documento de reflexão sobre o consumo de álcool enquanto tal, mas sim sobre o abuso do álcool e suas nefastas consequências*” e com ela se não pretendia “*substituir as políticas nacionais que já vigoram na maioria dos Estados-membro e assentam em competências nacionais, nos termos do princípio da subsidiariedade e do artigo 152 do Tratado CE*”, não sendo sua intenção “*propor a elaboração de legislação harmonizada no domínio da prevenção dos efeitos nocivos do álcool*”.

O objetivo da Comissão foi tão só o de “*proceder ao levantamento das ações já empreendidas pela Comissão e pelos Estados-membro e identificar, por um lado, as boas práticas que deram bons resultados e, por outro lado, os domínios relevantes do ponto de vista socioeconómico e comunitário nos quais é possível progredir*”, apresentando “*as modalidades segundo as quais a Comissão pode continuar a apoiar e complementar as políticas de saúde pública nacionais, em cooperação com as partes interessadas e tendo em conta a heterogeneidade das culturas e dos padrões de consumo de bebidas alcoólicas na UE*”, tudo no quadro das suas competências e responsabilidades em matéria de saúde pública como definido e afirmado em vários acordãos do Tribunal de Justiça².

A Comissão reconhece que, apesar das medidas tomadas pela maioria dos Estados-membro³, *“os danos provocados pelo álcool continuam a assumir proporções inaceitáveis em todos os Estados-membro, especialmente entre os jovens, nas estradas e no local de trabalho”* e, principalmente *“quando a dimensão transfronteiriça está presente, pode ser necessário desenvolver uma melhor coordenação e criar sinergias com a intervenção no plano da UE”*.

Na sua estratégia, e apesar de reconhecer os efeitos danosos do álcool *“responsáveis por 7,4% de todos os problemas de saúde e morte precoce na UE”*, a Comissão não consegue evitar a sua preocupação predominantemente economicista com *“os custos no setor dos cuidados de saúde, no dos seguros de doença, em razão das medidas de aplicação da lei e manutenção da ordem pública, bem como nos locais de trabalho, tendo por isso efeitos negativos no desenvolvimento económico e na sociedade em geral”*.

Apesar de reconhecer que *“na UE, são sobretudo os jovens que estão em risco, uma vez que mais de 10% da mortalidade feminina e cerca de 25% da mortalidade masculina na faixa etária dos 15 aos 29 anos estão relacionados com padrões perigosos de consumo de álcool”*, a verdadeira preocupação da Comissão são antes os *“custos sociais e o mercado de trabalho”*.

Nesse sentido, a Comissão identificou os seguintes cinco temas prioritários, relevantes em todos os Estados-membro, em cujo âmbito a ação comunitária deverá proporcionar valor acrescentado, em complemento das políticas nacionais e de coordenação das ações realizadas a nível nacional em que dá particular relevo às chamadas “boas práticas” de alguns Estados-membro, que tenta generalizar aos restantes:

- a) Proteger jovens, crianças e crianças por nascer;
- b) Reduzir o número de feridos e de mortos devidos a acidentes rodoviários provocados pelo álcool;
- c) Prevenir os efeitos nocivos do álcool nos adultos e reduzir as repercussões negativas no local de trabalho;
- d) Informar, educar e sensibilizar para as consequências dos padrões nocivos e perigosos de consumo de álcool, bem como para os padrões aceitáveis;

e) Desenvolver uma base de dados comum a nível da UE e mantê-la atualizada.

Para desenvolver esta estratégia a Comissão previu três níveis de ação sempre como “complemento das iniciativas nacionais” a saber:

1) informar e sensibilizar para as grandes questões de saúde pública que se colocam a nível comunitário e dos Estados-membro, bem como cooperar com os Estados-membro na abordagem dessas questões;

2) empreender ações a nível comunitário, tendo em conta as competências de que dispõe, em particular através de programas setoriais, e

3) apoiar e contribuir para a coordenação das ações nacionais, sobretudo pela identificação e divulgação de boas práticas na UE.

Três aspectos merecem especial referência porque se prendem com o tema da nossa conferência:

1. A **criação de um fórum sobre álcool e saúde** que reúne peritos de organizações interessadas, representantes dos Estados-membro, bem como outras instituições e agências da UE com o objetivo global de apoiar, fornecer dados e acompanhar a aplicação da estratégia esboçada na sua comunicação.

2. Uma **melhor coordenação das ações destinadas a reduzir o número de acidentes de viação provocados pelo álcool** e, sobretudo, a lutar contra a condução sob influência do álcool com especial atenção aos principiantes e aos jovens condutores.

3. Finalmente no domínio da comunicação comercial a Comissão recordando embora as normas legais existentes⁴ e as iniciativas de autorregulação⁵, propunha-se trabalhar com partes interessadas para **criar uma dinâmica duradoura de cooperação em matéria de vendas e comunicação comercial responsáveis**, incluindo a apresentação de um modelo de consumo responsável do álcool com vista a impedir a comercialização irresponsável de bebidas alcoólicas e proceder a um exame periódico das tendências publicitárias e das questões candentes em matéria de publicidade, por exemplo no que se refere ao álcool.

O objetivo deste esforço comum seria chegar a um acordo com os representantes de diversos setores (hotelaria, restauração e cafetaria, comércio retalhista, produtores, meios de comunicação social/

anunciantes) sobre um *código de comunicação comercial a aplicar a nível nacional e da UE*, incluindo o acompanhamento dos efeitos dos códigos autorreguladores sobre o consumo juvenil de bebidas alcoólicas e do respeito desses códigos pelas empresas.

Em setembro de 2009 a Comissão realizou o seu “First Progress Report on the Implementation of the EU Alcohol Strategy”, cujas conclusões não podem ser mais desencorajadoras.

Aí se lê, com efeito, que o impacto da estrutura criada sob a orientação do CNAPA⁶, (Forum⁷, Taskforces, Science Group, CDCID) “*em ações específicas de dano relacionado com o álcool é de difícil avaliação*”, não tendo havido “*prova de uma alteração substancial no volume e nas características do consumo do álcool e dos danos relacionados para a saúde desde a adoção da estratégia*”.

As opiniões entre os inquiridos variam entre os que julgam que a Estratégia “*não foi tão longe como deveria ter ido para proteger os cidadãos dos danos do consumo do álcool*” e os que pensam que a referida estratégia “*era demasiado ambiciosa*”.

O fato é que por exemplo “*alguns membros não adotaram os 18 anos como idade limite para todas as bebidas alcoólicas⁸ e outros ainda não baixaram o limite para o álcool na condução para 05%*”.

A principal falha assumida no Parecer do Science Group respeita à “*influência do marketing e da publicidade no consumo do álcool*” a exigir da parte dos Estados-membro e dos stakeholders a implementação de sistemas – sejam legislativos de co ou de autorregulação – “*que genuinamente protejam as crianças e os mais jovens*”.

Apesar da Carta Europeia sobre o álcool adotada em 1995⁹ e das alterações introduzidas na Diretiva Televisão sem Fronteiras (TWF)¹⁰ pela Diretiva sobre os Serviços dos Media Audiovisuais (AVMS)¹¹, *não foi conseguida qualquer harmonização entre os Estados-membro nem se soube acautelar em cada um a eficácia das suas proibições com os novos meios de comunicação social¹²*.

Situação de ainda menor harmonização se verifica no domínio do chamado “*product placement*” e menos ainda na regulamentação/proibição de anúncios a bebidas “*ready to drink mixtures*” **com um apelo direto aos jovens**, designadamente com a aplicação de alguma espécie de taxa suplementar desincentivadora do seu consumo¹³.

A avaliação externa encomendada pela Comissão em 2012¹⁴ veio confirmar estes dados seis anos depois, ao constatar que “*as lesões relacionadas com o álcool continuam a ser um pesado encargo, econômico e social na UE*” e que “*os objetivos da estratégia não foram totalmente alcançados*” e tornou clara a necessidade de melhorar o funcionamento dos instrumentos utilizados, em especial a aplicação dos indicadores desenvolvidos pelo CDCID¹⁵ e de focar a sua ação por forma a garantir mais eficiência.

Daí a importância do Plano de Ação apresentado pelo CNAPA em 16 de setembro de 2014, para o período de 2014 a 2016¹⁶, no qual se realça que o álcool é o terceiro principal fator para a doença, nomeadamente o cancro e as doenças cardiovasculares, a mortalidade precoce, o absentismo e o desemprego na Europa, cujos custos sociais foram estimados em 2010, em Euros, 155,8 biliões.

Este plano foca a sua atenção em especial nas alterações dos padrões de consumo de álcool entre os adolescentes e concentra-se no fenómeno relativamente novo do aumento do *binge drinking*¹⁷ e do consumo de bebidas pesadas.

O conceito de “jovens” neste plano da ação vai desde o feto às crianças, aos adolescentes e até aos menores de 25 anos, ressaltando para cada caso as consequências da ingestão direta ou indireta (via da mãe grávida ou a aleitar) nas diferentes idades.

Independentemente do conjunto das seis medidas que o plano propõe na origem dos comportamentos de risco, como diminuição da graduação do álcool, elevação da idade para acesso ao consumo livre, campanhas de informação e de prevenção, rotulagem adequada e dissuasória e acordos de autorregulação entre os produtores, um acento tónico muito especial é posto uma vez mais na *exposição dos jovens ao marketing e à publicidade (ação 3)*.

Segundo o Relatório “Science Group” do Forum, é possível concluir que “*o marketing ao álcool aumenta a probabilidade de o adolescente começar a usar o álcool e a beber mais se já estiver a consumir álcool*”¹⁸

As lesões
relacionadas
com o álcool
continuam a ser
um pesado
encargo,
econômico e
social na UE

e daí que recomende que “o marketing e a publicidade deixem de ter como alvo as crianças e deixem de expor crianças e jovens e deixem de encorajar o consumo episódico de bebidas pesadas (binge drinking)”.

Nas propostas avançadas para levar a cabo esta ação o Plano aponta como prioritária a revisão do sistema de restrições existentes da Diretiva AVMS¹⁹ em conjunto com as legislações nacionais e os códigos de conduta voluntários, e com a ideia das trocas de boas práticas, mas sem fornecer quaisquer indicações precisas sobre o teor, o modo e os prazos das medidas.

Em recente iniciativa promovida pelo CESE²⁰, com a colaboração da Associação Active Sobriety, Friendship and Peace e a EASA foram destacadas as falhas da atual legislação comunitária nos três aspectos de acesso ao álcool, preço do álcool e marketing do álcool, tendo sido advogada uma diretiva específica para o marketing do álcool, à semelhança da diretiva sobre o tabaco, com a proibição expressa da publicidade e do patrocínio transfronteiras ao álcool em todos os media para além da TV.

No que em especial se refere à Diretiva AVMS foram sugeridas toda uma série de emendas no sentido de tornar mais efetiva a regulamentação existente, bem como foi ressaltado o contributo positivo que tem havido por parte dos *stakeholders* em autorregulação, assunto que se retomará à frente.

II. Publicidade e marketing: um quadro comunitário confuso e ambíguo

É importante recordar que as principais diretivas comunitárias sobre publicidade respondem à questão da necessidade de tratamento, a nível comunitário, de alguns aspectos da publicidade, no respeito dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Em particular, os aspectos da publicidade enganosa, da publicidade comparativa, da publicidade relativa a produtos alimentares e da publicidade através da radiodifusão, são os domínios em que o legislador comunitário cedo sentiu a necessidade de introduzir alguma harmonização legislativa, com os objetivos determinantes de assegurar a eliminação ou diminuição de distorções na concorrência, de um lado,

e de garantir uma adequada proteção dos consumidores, na altura de decidirem a aquisição de bens ou a utilização de serviços, de outro lado.

Pelo menos nestes aspectos, o legislador comunitário constatou ainda que as diferenças existentes nas legislações nacionais não só conduziam a uma proteção insuficiente ou, pelo menos, diversa, dos interesses em causa, mas constituíam ainda um entrave à realização de campanhas publicitárias transfronteiras e, assim, dificultavam a livre circulação de produtos e de prestação de serviços e impediam, consequentemente, a realização do mercado interno.

No entanto, é bem claro que a **União Europeia nunca pretendeu definir um código comunitário da publicidade**. Limitou-se, ao contrário, a regular, supletivamente, alguns aspectos que deveriam ser objeto de aproximação nas legislações dos Estados-membro, por considerar tratar-se de domínios essenciais onde a sua falta ou as diferenças nas legislações nacionais eram de molde a pôr em risco os valores antes mencionados, ou onde a própria autorregulação se revelava insuficiente para garantir um tratamento uniforme e satisfatório das situações²¹.

No resto, a EU deixou ao critério e ao cuidado dos Estados-membro a faculdade de regular, como melhor entendessem, a atividade publicitária.

Todas as diretivas mais antigas publicadas nesta matéria são, assim, diretivas de harmonização mínima, deixando aos Estados-membro a possibilidade de *“manterem ou adotarem disposições que visem assegurar uma proteção mais extensa dos consumidores, das pessoas que exercem uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, bem como do público em geral”* (art. 7º da Diretiva 84/450/CE e artigo 2º nº 9 da Diretiva 98/55/CE e artigo 19 da Diretiva 89/552/CE).

Neste entendimento, os **domínios objeto de harmonização comunitária** foram, especificamente, os seguintes:

- a) a publicidade enganosa e as suas consequências desleais;
- b) as condições segundo as quais a publicidade comparativa deve ser considerada lícita;
- c) os meios judiciais e não judiciais, adequados e eficazes, para lutar, preventiva e repressivamente, contra a publicidade enganosa e fazer respeitar as disposições relativas à publicidade comparativa;

d) a etiquetagem e a publicidade relativa a produtos alimentares;
e) a publicidade a remédios para uso humano e a serviços médicos;

f) a publicidade através da televisão e, aí, em particular, as televidas, a publicidade ao tabaco, a medicamentos, a bebidas alcoólicas e a proteção de menores.

Foram estes aspectos que, melhor ou pior, têm sido objeto de transposição nos direitos nacionais, sendo certo que os diversos relatórios periódicos relativos à aplicação das normas de transposição têm revelado diferenças substanciais ao nível da sua efetividade e da proteção dos consumidores, nos diferentes estados-membro.

De notar que fora da harmonização comunitária, ainda que mínima, tem ficado, até hoje, a publicidade que usa crianças.

E isso porque o entendimento da Comissão tem sido persistentemente, para não dizer teimosamente, a *recusa sistemática de incluir a publicidade infanto-juvenil como um tema autónomo e importante da agenda europeia*, relegando-o sistematicamente para o nível nacional e pretendendo que se trata de uma “questão de gosto” ligada às diferenças culturais das sociedades civis.

Duas iniciativas mais recentes a nível comunitário merecem, no entanto, referência especial:

a) A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento e do Conselho de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais; e

b) A Diretiva 2010/13/UE do Parlamento e do Conselho de 10 de março de 2010, visando a alteração da Diretiva TV sem Fronteiras.

A Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais, introduziu profunda alteração nos aspectos que mais diretamente nos interessam agora. Esta diretiva, ao regular o que apelida de “práticas comerciais desleais”, veio, no que em especial se refere a matéria de publicidade, provocar uma cisão entre o regime B2B e o regime B2C, que eram tratados conjuntamente, e sem distinção, nas anteriores diretivas sobre publicidade enganosa e comparativa e nos direitos internos dos Estados-membro.

Com efeito, reconhecendo embora que *“as práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal [...] prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam*

indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos”, a diretiva entendeu, no entanto, concentrar-se apenas nos primeiros.

Assim, a diretiva “não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais; [...] a presente Diretiva também não abrange nem afeta as disposições da diretiva sobre publicidade suscetível de enganar as empresas mas não os consumidores e sobre publicidade comparativa” (considerando 6).

A diretiva deixa ainda para decisão futura a eventual a ponderação cuidadosa da “necessidade de ações comunitárias no âmbito da concorrência desleal para além do âmbito da presente Diretiva e se necessário fazer uma proposta legislativa para cobrir esses outros aspectos da concorrência desleal” relativos a práticas comerciais “que, embora não prejudiquem os consumidores, (possam) prejudicar os concorrentes e clientes das empresas” (considerando 8).

Consequentemente, a diretiva altera, no sentido mencionado, as diretivas 84/540/CE e 97/7/CE, restringindo a sua aplicação aos “profissionais” e retirando delas as referências aos consumidores. Ou seja, após a publicação da Diretiva 2005/29/CE passaram a existir dois regimes distintos para a publicidade, um relativo às relações B2B e outro, relativo às relações B2C.

A diretiva não dá uma justificação expressa para esta alteração. Mas é possível intuí-la de todo o espírito que alegadamente presidiu à elaboração deste novo dispositivo legal comunitário.

Com efeito, foi propósito, consumado na diretiva e comum a várias iniciativas recentes da Comissão à época, utilizar a técnica da harmonização máxima na proteção dos consumidores, em vez da harmonização mínima, constante das anteriores diretivas.

Essa intenção foi declarada logo no preâmbulo, onde se lê que, no intuito de assegurar “o bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica”, a diretiva determina um conjunto de “regras uniformes ao nível comunitário que estabeleçam um nível elevado da proteção dos consumidores e de classificação de determinados conceitos legais”, como forma de garantir a eliminação de “obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras”.

O resultado a que, inequivocamente, se chegou, foi a existência de dois regimes jurídicos distintos para práticas comerciais idênticas relativas à publicidade enganosa e comparativa, consoante os seus destinatários sejam os consumidores ou os profissionais.

Era bem de ver a extrema dificuldade que esta distinção iria trazer para a transposição da diretiva nos direitos nacionais que, corretamente, haviam concebido unitariamente o seu regime legal para a publicidade.

Com efeito, não se trata apenas de justapor um novo regime, alegadamente apenas para os consumidores, mas de tornar coerente todo um conjunto de disposições legais que foram pensadas para um único regime, e de proceder à sua compatibilização.

Acresce, aliás, que a distinção é, em si mesma, um total “non-sense”, porquanto, na prática, será difícil ou quase impossível dizer quais as práticas comerciais de publicidade desleal que apenas afetam os consumidores e aquelas que unicamente lesam os profissionais concorrentes.

Aliás, e ao contrário, a tendência mais recente vai exatamente no sentido oposto de tornar cada vez mais imbricadas a concorrência e a proteção dos consumidores, quase como as duas faces da mesma moeda.

A diretiva não só veio, assim, criar uma dificuldade acrescida na elaboração dos direitos nacionais da transposição, como em nada contribuiu para a segurança e a certeza jurídicas na apreciação dos eventuais conflitos pelos tribunais, a quem a questão das diferenças de regime consoante os destinatários – pela própria dificuldade de decisão da questão previa sobre quem será o destinatário de uma dada prática – está já a colocar difíceis problemas de interpretação, objeto eventual de necessários recursos, incluindo para o Tribunal da Justiça, para esclarecer o alcance exato da diretiva.

Isto, obviamente, sem se entrar na análise de fundo e de mérito das disposições da diretiva nesta matéria e da sua transposição, que aqui não cabe por razões óbvias de espaço e de que se tratou noutros locais, como se deixou referido.

Importa referir, no entanto, que, ainda que de forma ambígua e não totalmente assumida, a Comissão veio recentemente reconhecer a necessidade de ser considerada a definição de certas práticas comerciais

desleais entre empresas, na sua Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre “Proteger as empresas contra práticas comerciais enganosas e garantir uma aplicação efetiva das normas” com vista à revisão da Diretiva 2006/114/CE relativa à publicidade enganosa e comparativa.

A outra iniciativa relevante da Comissão nesta área é a *Diretiva 2010/13/UE do Parlamento e do Conselho de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas regulamentares e administrativas dos Estados-membro respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva AVMS)*, com vista a alterar a diretiva usualmente conhecida como “Televisão sem fronteiras”.

Anunciada como uma iniciativa abrangente para a totalidade dos serviços audiovisuais, a nova proposta viu o seu âmbito reduzido, após a Conferência de Liverpool, apenas aos “serviços de comunicação social audiovisual” e, aí, avultando as “comunicações comerciais audiovisuais”, definidas como todo o tipo de imagens em movimento, com ou sem som, que acompanham os serviços de comunicação audiovisual, com a intenção de promover, direta ou indiretamente, a aquisição de bens e serviços.

Foi, na realidade, neste domínio que se pretendeu introduzir uma das mais significativas alterações ao regime existente.

Com efeito, apesar de se manter a proibição da “publicidade oculta”, introduz-se uma nova definição referente à colocação de produtos ou serviços, o chamado “product placement”, o qual, apesar de se definir de modo muito similar, poderá ser lícito, desde que cumpra uma série de requisitos (art. 11 n° 3).

Também no que se refere às pausas para publicidade, a diretiva reduz consideravelmente as regras para simplificar e flexibilizar, em grande parte, os critérios de aplicação.

Os diferentes parâmetros dos spots publicitários autorizados, o espaço entre os spots e as exceções conforme o tipo de programas são substituídos por uma regra geral segundo a qual a transmissão de filmes realizados para a televisão, obras cinematográficas, programas infantis e noticiários pode ser *interrompida por publicidade e ou televentas, uma vez por cada período de 30 minutos* (Art. 20 n° 2).

Relativamente ao tempo de transmissão dedicado às diferentes formas publicitárias, mantém-se apenas o critério geral de 20% por hora para anúncios publicitários, televidas e outros formatos curtos promocionais, bem como a exceção relativa ao cálculo de duração para os anúncios da empresa de radiodifusão televisiva aos seus próprios programas e produtos conexos diretamente relacionados com esses programas e aos anúncios de patrocínios, que agora se estende também à colocação de produtos (Art. 23).

Independentemente das muitas críticas que se podem fazer ao texto da diretiva, em especial pela oportunidade perdida que ela representa, relativamente às várias questões que haviam de ter sido equacionadas e resolvidas, e o não foram, apesar de reclamadas pela generalidade dos interessados, o que sobressai no novo texto é a total cedência aos interesses dos publicitários, em detrimento manifesto dos consumidores/telespectadores.

O primeiro reparo vai, desde logo, para a **definição de comunicação audiovisual comercial** proposta pela Comissão, por excessivamente restritiva e reproduzir mecanicamente a definição de serviços de comunicação audiovisual.

Se é aceitável que estes se definam como *“imagens em movimento, com ou sem som”*, fazendo da imagem em movimento *conditio sine qua non* da existência de tais serviços de comunicação audiovisual e deixando, assim, fora do âmbito de aplicação, a radiodifusão sonora, no entanto, as comunicações audiovisuais comerciais podem utilizar imagens estáticas (por exemplo, um logotipo ou um cartaz publicitário) ou sons isolados e sem imagem (por exemplo, uma menção verbal de marca ou um indicativo sonoro comercial).

Pareceria preferível, neste sentido, definir a comunicação audiovisual comercial como *“imagens ou sons que acompanham os serviços de comunicação audiovisual orientados para a promoção, direta ou indireta, dos bens, serviços ou imagem de uma pessoa singular ou coletiva dedicada a uma atividade económica”*.

Por outro lado, a proposta a diretiva mantém o critério anterior de considerar **publicidade televisiva a que é emitida contra remuneração**. Ora, julga-se antes que o critério definidor da sua natureza deveria ser antes a intenção de promover produtos e serviços e não a remuneração,

em conformidade com outras definições comunitárias, como a constante, por exemplo, da diretiva sobre publicidade enganosa.

Tal evitaria a possibilidade de emissão de mensagens publicitárias de produtos cuja publicidade em televisão está proibida ou de mensagens publicitárias ilícitas, que atualmente podem aparecer no ecrã, enquanto não se demonstre, de maneira fidedigna, a existência de remuneração e, portanto, o seu carácter de publicidade televisiva. E o mesmo se deve dizer da referência ao requisito da remuneração na definição de televendas.

Em todo o caso, a diretiva deveria ter previsto a possibilidade de os estados-membro atribuírem aos tribunais, quando existir um procedimento civil ou administrativo, as competências que lhes permitam exigir aos organismos de radiodifusão a apresentação de provas relativas à não retribuição da comunicação audiovisual. Em caso contrário, deveria presumir-se o carácter comercial dessa comunicação, invertendo-se o ónus de prova.

A diretiva mantém praticamente nos mesmos termos a definição anterior de **publicidade oculta**. Ora tal definição deveria aplicar-se à comunicação audiovisual comercial no seu conjunto e não só à publicidade televisiva, de cada vez que no articulado se proíbe expressamente a comunicação audiovisual comercial oculta.

Aliás, o conceito de comunicação audiovisual comercial oculta deveria ser mais extenso do que o que é formulado na diretiva e incluir:

- a apresentação ou referência dos bens e serviços, não só através de palavras ou imagens, mas também de sons (por exemplo, um indicativo sonoro comercial associado a determinada marca ou produto);
- quanto ao conteúdo dessa apresentação ou referência, não só o nome, marca ou atividades do fabricante de produtos, mas também outros sinais distintivos da oferta, quando estes se lhe associem de forma inequívoca (por exemplo, um determinado tipo de embalagem, ou um slogan, mesmo que não mencione a marca).

Por seu turno a diretiva manteve, na linha da diretiva anterior de 1989, a proibição de utilizar técnicas subliminares na comunicação

O conceito de comunicação audiovisual comercial oculta deveria ser mais extenso do que o que é formulado na diretiva

audiovisual comercial. Todavia não se inclui no texto qualquer definição das referidas técnicas, a qual deveria constar expressamente, fazendo referência ao emprego de estímulos visuais ou sonoros difundidos em intensidade que se situam no limiar de percepção dos sentidos e percebidos abaixo do limiar da consciência.

Acresce que a diretiva prevê que a *promoção da oferta na comunicação audiovisual comercial possa ser tanto direta como indireta*. Da mesma forma, em alguns casos, como no dos cigarros e dos outros produtos do tabaco, também é proibida essa comunicação comercial, mesmo quando é indireta.

No entanto, o texto *não inclui uma definição desta modalidade de comunicação audiovisual comercial*. Julga-se que se deveria ter esclarecido expressamente este conceito, fazendo referência ao fato de que, mesmo que não haja uma apresentação direta dos produtos ou uma referência direta a estes, se utilizam marcas, símbolos ou outras características distintivas de tais produtos ou empresas cujas atividades principais ou conhecidas incluam a sua produção ou comercialização.

Contudo, é na nova regulação para a “colocação de produtos”, que o conflito de interesses é mais evidente e a cedência ao lobby dos publicitários se torna mais patente.

É certo que, já anteriormente, a prática tinha conduzido a que, apesar de proibida como publicidade oculta, a tendência geral era no sentido de nem sequer considerar o “product placement” como publicidade televisiva, escapando a qualquer controle, em particular depois da Comunicação Interpretativa da Comissão, de 28 de abril de 2004, o ter considerado consentâneo com a letra da diretiva então em vigor.

No entanto, não foi demonstrado, nem o estudo de impacto e os elementos estatísticos que acompanharam a proposta da diretiva alguma vez o justificaram cabalmente, que uma maior flexibilização das normas relativas à colocação do produto contribuísse para o reforço efetivo da concorrência da indústria audiovisual europeia para compensar a previsível perda de receitas provenientes dos espaços publicitários tradicionais, como resultado de novas tecnologias que permitem aos utilizadores evitar os anúncios.

Certo é que esta prática agora considerada ilícita, com as derrogações que contém, permitiu que vários operadores logo se encarregassem de

as circundar impunemente, constituindo uma entorse fundamental aos princípios que regem a publicidade e representando uma ofensa grave à proteção devida aos consumidores neste domínio.

Mesmo compartilhando da opinião daqueles que acham que esta seria uma batalha perdida à partida, em face do peso dos lobbies que sustentam a tese adversa, apadrinhada pela Comissão, sempre se julgou que, pelo menos na definição de colocação de produto, se deveriam ter destacado, como elementos distintivos desta prática, a intenção promocional por parte do organismo de radiodifusão e a falta de advertência visual ou acústica ao público sobre o caráter promocional durante (isto é, simultaneamente) a tal colocação, face ao que acontece com outros formatos publicitários, como as telepromoções.

Por outro lado, deveria igualmente ter-se estabelecido que a colocação do produto não pode influir de tal modo na programação que afete a sua independência ou integridade, como já previsto para outros tipos de formatos promocionais, e precisar as restrições que o afetam, proibindo não só a colocação no caso de publicidade proibida, mas também no caso de publicidade a quaisquer medicamentos e igualmente a todas as bebidas alcoólicas.

Ao contrário do que se esperaria, os Estados-membro, no uso da faculdade que a diretiva lhes conferiu de, no seu direito interno e na transposição da diretiva, consagrarem regimes mais estritos para a colocação de produtos, o que, no entanto, se verificou foi que por força do poder de influência dos lobbys em causa, tal não aconteceu.

Finalmente por manifesta deficiência técnica na elaboração do articulado, a diretiva apresenta *algumas diferenças totalmente injustificadas quando se trata de estabelecer restrições para os serviços de comunicação audiovisual e para as comunicações audiovisuais comerciais a elas associadas.*

Assim, fala-se, em relação aos serviços de comunicação social, da proibição do *“incitamento ao ódio com base no sexo, na raça ou, na religião ou na nacionalidade”*; em relação às comunicações audiovisuais comerciais, refere-se antes a *“discriminação com base no sexo, na religião ou credo, na incapacidade, na idade ou na orientação sexual”*.

Menciona-se, falando de serviços de comunicação audiovisuais, de *“afetar seriamente o desenvolvimento físico, mental ou moral”* (art. 27),

quando, no caso das comunicações audiovisuais comerciais, a menção se limita a que “*não devem prejudicar moral ou fisicamente os menores*” (art. 9º nº 1 al. g)). Também não se inclui, em relação a estas comunicações, a proibição de incitar ou fomentar condutas violentas e antissociais, bem como os maus tratos a animais, restrições que deveriam estender-se, na sua máxima expressão, tanto aos serviços de comunicação audiovisual como às comunicações audiovisuais comerciais.

Por outro lado, o texto aparece carregado de *conceitos indefinidos ou cuja definição não é atribuída a ninguém* como, por exemplo, as noções de “equipamento grande público standard”, “integridade dos programas” para os efeitos de interrupção publicitária, “abuso ou comportamento fraudulento”, “prejudicar seriamente”, “técnicas subliminares”, “impacto significativo”.

Tudo a revelar grande ligeireza e falta de cuidado na sua redação e técnica jurídica particularmente deficiente, e a colocar tantíssimos problemas acrescidos de transposição e de compatibilização com o todo jurídico nacional dos estados-membro.

III. Algumas breves notas sobre o regime comunitário da publicidade com e relativa a crianças

É sabido como as crianças são um alvo apetecível e rentável para a publicidade, especialmente em tempos de crise como os atuais, bem como são igualmente conhecidos os perigos para a sua saúde física e psíquica e para a sua formação moral e desenvolvimento da sua personalidade que daí advêm.

Alguns elementos importa, no entanto referir para, da sua consideração e ponderação, se aquilatar bem do déficit comunitário nesta matéria.

Numa primeira abordagem ao fenómeno das relações entre publicidade e as crianças, uma primeira distinção se impõe:

a) De um lado a publicidade que utiliza as crianças como veículo da sua mensagem comercial em qualquer das suas formas.

b) De outro lado, a publicidade dirigida às crianças, com incitamentos diretos ou indiretos ao consumo de bens ou de serviços e

c) Finalmente, a publicidade em geral que, embora lhe não seja dirigida especificamente, pode afetar as crianças dos pontos de vista físico, mental ou moral.

No que respeita à **publicidade que utiliza crianças**, relevam fundamentalmente os aspectos éticos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança, especialmente consagrados em variados textos convencionais internacionais e ao nível da União Europeia, de que se destacam hoje disposições da Carta dos Direitos Fundamentais (artigos 1º, 2º alínea c) e, em especial 24 e 32).

Para além destas declarações programáticas, é, no entanto, como se verá, o aspecto em que se verifica o maior vazio legislativo a nível da União Europeia.

No que toca ao aspecto da **publicidade dirigida especialmente a crianças** é mister ter presente que as crianças *não filtram a comunicação publicitária*, especialmente quando a mensagem é excessiva e marcada pela repetição à exaustão do mesmo anúncio, pelo que assumem todas as mensagens como verdadeiras e convertem-se em consumidores compulsivos. E este efeito é tanto mais forte quanto mais desfavorecido é o meio socioeconómico. Mesmo as mensagens e avisos contidos na publicidade não são compreendidas pelas crianças e não podem ser consideradas como um fator preventivo ou dissuasório.

Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade. Contudo, cada vez mais as crianças, e crianças de tenra idade, têm acesso a televisão e à internet no quarto, o que torna esta atividade um ato solitário e não controlado.

Outro fator que aumenta a exposição de crianças a anúncios publicitários e técnicas de marketing é a crescente penetração da internet nos hábitos diários dos mais novos, hoje potenciada pela utilização incontrolada das redes sociais desde idades muito baixas e onde a publicidade joga um papel relevante.

Como curialmente se menciona em relatório do PE “*a Internet é atualmente, a verdadeira companhia dos jovens, muitas vezes mais do que a própria família, a escola e os amigos*”. Estudos recentes, como o “Kids on line” demonstram que 38% das crianças dos nove aos 12 anos já têm perfis “online” e essa percentagem cresce para 78% dos 13 aos 16 anos.

Muitas marcas de brinquedos e entretenimentos dispõem de sites onde as crianças podem jogar e divertir-se online, ao mesmo tempo que são alvos de estratégias de persuasão e de fidelização a marcas.

Por outro lado, é diferente a percepção da publicidade em função das diferentes faixas etárias. Até aos cinco anos, as crianças são incapazes de perceber as diferenças entre programação e anúncios. E mesmo que consigam, a partir daí, conceptualizar a diferença, não reconhecem à publicidade a sua função persuasiva. Esta competência só surge por volta dos oito anos, e ainda assim, não para todas as crianças. Mesmo quando começam a reconhecer que o intuito da publicidade é vender produtos, isso não significa que as crianças possam reconhecer que as mensagens são tendenciosas, enfatizando aspectos positivos e negligenciando outros mais negativos do produto em causa.

Quando as crianças mais velhas veem o anúncio como um fator de entretenimento, o impacto é maior. Uma maior capacidade de processamento de mensagens publicitárias das crianças mais velhas não as torna necessariamente imunes à publicidade e aos seus intentos na medida em que outras técnicas de persuasão mais sofisticadas e igualmente eficazes permitem influenciar os seus comportamentos.

O desenvolvimento de competências cognitivas e interpretativas através de programas de educação para os media tem um impacto positivo na interação com a publicidade. Maiores níveis de literacia mediática e uma maior compreensão dos mecanismos e efeitos da publicidade, por parte de pais e filhos, não constituem, contudo, uma solução global para os efeitos nocivos da publicidade dirigida a crianças.

A preparação de crianças como futuros adultos consumidores e espectadores de anúncios publicitários, através da aposta na literacia mediática e na sua capacitação desde a mais tenra idade, é essencial. No entanto tal não resolve de imediato o problema do impacto da dimensão excessiva e repetitiva dos anúncios, assim como pode não atingir todas as crianças, em especial as de meios socioeconómicos mais desfavorecidos e as mais afetadas pelos efeitos nocivos da publicidade.

No que se refere em especial ao **incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobreendividamento**, a comunicação comercial dirigida a crianças estimula hábitos de consumo pautados pelo excesso criando desejos artificiais que não correspondem as necessidades reais,

sobrevalorizando o “ter” em detrimento do “ser” e forjando um conceito falso de “felicidade”. Estatísticas demonstram que 54% dos adolescentes se sentem pressionados a comprar produtos só porque os seus amigos têm, ou seja, o consumo acaba por ser fator de inclusão social.

Há uma associação positiva entre a exposição a anúncios publicitários e os pedidos de compra aos pais. Os conflitos familiares, relacionados com a exposição à publicidade e pedidos de aquisição, surgem em todas as famílias mas sobretudo em famílias de estatuto socioeconómico mais baixo, cujas crianças passam mais tempo à frente da televisão. Por incapacidade financeira ou menor capacidade de diálogo, as famílias de baixos recursos acabam assim por ser mais penalizadas pela publicidade.

O consumismo incentivado pela publicidade tem ainda como consequência a adesão em massa de crianças e jovens a determinadas marcas, criando situações problemáticas para os menores que a elas não têm acesso. Uma dessas situações, é o “bullying de marca” em ambiente escolar que afeta severamente crianças que não usam essas marcas, empurrando-as muitas vezes para contextos de exclusão, violência e infelicidade pessoal gerando sofrimento que pode conduzir à entrada na criminalidade, pela via do furto ou do roubo.

No que respeita a **publicidade que incita ao consumo de produtos alimentares** ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental, destaca-se a influência dos filhos nas decisões de compra de alimentos, nomeadamente na preferência por refeições pré-preparadas ou pelo “fast food”. O apelo aos maus hábitos alimentares é uma constante na publicidade infantil.

A obesidade infantil é já um enorme problema. Segundo a Consumers International uma em cada dez crianças no mundo está acima do peso ou obesa; também, atualmente são referenciadas 22 milhões de crianças com menos de cinco anos com excesso de peso e as causas apontadas são o aumento do consumo de produtos ultraprocessados, ricos em açúcar e gordura.

Os valores da exposição de crianças a anúncios publicitários relacionados com alimentos são substanciais. Embora alguns autores não encontrem uma relação direta entre o aumento da taxa de obesidade e um crescimento do tempo de exposição a este tipo de

anúncios, a crescente adesão das crianças aos canais de televisão por cabo aumentou o tempo de exposição a estes anúncios.

Por outro lado, a sua natureza modificou-se, introduzindo na sua composição fatores de maior sofisticação no marketing dos produtos, que aumenta a sua eficácia persuasória.

A publicidade pode também ter consequências a nível de desordens alimentares, como a anorexia ou a bulimia. As crianças e os adolescentes são expostos a modelos de corpo e imagem pessoal dos jovens que incorporam os anúncios. A incidência em jovens, normalmente do sexo feminino, de um padrão corporal magro acentua um ideal de beleza que incita a comportamentos alimentares que podem colocar vidas em risco.

A Associação de Psicólogos norte-americanos considera mesmo que a publicidade dirigida a menores de oito anos deveria ser limitada (ou proibida) dada a incapacidade das crianças desta idade em processar os intuitos persuasivos dos anúncios. Esta proibição visa limitar as consequências adversas da publicidade na promoção de hábitos alimentares não saudáveis, no desencadear de conflitos entre pais e filhos pelos pedidos de compras de produtos anunciados e na exposição à violência.

Estas preocupações, apesar de já inscritas em várias legislações de Estados-membro e de países não europeus, por diferentes e variadas formas, não foram, até agora, devidamente assumidas a nível comunitário, de forma harmonizada e sistemática, o que constitui outra grave lacuna.

Finalmente no que se refere à **publicidade em geral que pode afetar gravemente a formação psíquica e moral das crianças** destacam-se as situações de publicidade que incita à violência ou a certos tipos de comportamentos violentos como é o caso da publicidade à venda de brinquedos ou jogos que apelam a comportamentos violentos.

Estudos fidedignos demonstram os efeitos prejudiciais da exposição à violência nos “media”, nomeadamente pela promoção de comportamentos agressivos, de uma maior receptividade à violência e de um aumento da hostilidade. A própria saúde mental pode ser afetada por este consumo de conteúdos violentos, levando a situações de ansiedade, medos, perturbações do sono e hiperatividade. É necessária

uma maior consciência sobre as implicações destes problemas, que afetam diferentemente rapazes e raparigas.

As “celebridades” são cada vez mais usadas em anúncios de produtos que podem ser prejudiciais à saúde, como o álcool ou o tabaco. A associação de um estilo de vida considerado atrativo a estes produtos, incluindo o conhecido fenómeno da escolha dos “heróis” e de “padrões sociais de comportamento” ou de “estilos de vida”, como definidores da personalidade, explorados pelos métodos publicitários, incentiva a vontade de consumo e cria deles uma percepção positiva.

De outro lado, a excessiva carga sexual ou conteúdos eróticos quando não mesmo pornográficos, conduzem a uma erotização precoce das crianças, em especial quando crianças são elas mesmas utilizadas como objetos de carácter sexual no anúncio de produtos de beleza, de roupas ou outras. Isto determinou que várias marcas famosas tenham sido obrigadas a retirar publicidade pelo fato de promoverem a sexualização de crianças, em consequência do repúdio da sociedade pela utilização do corpo de menores em anúncios.

O normal desenvolvimento psicológico e moral das crianças é afetado pela publicidade com conteúdo erótico ou pornográfico fazendo apelo a comportamentos sexuais perversos, pervertidos ou excessivos.

Uma parte substancial da publicidade é de carácter sexista e sexual e tende a dar preeminência ao sexo masculino utilizando a mulher como objeto de desejo, muitas vezes em situação de inferioridade ou de subserviência quando não mesmo violentada.

Largamente regulada em diversos Estados-membro, mas de modo bastante diverso, esta é também uma matéria que deveria merecer uma consideração atenta a nível comunitário, o que até agora não sucedeu.

IV. Nos Estados-membro: uma progressão plural e divergente com influência na realização do mercado único

Desde logo, forçoso é constatar que as disposições legais nacionais e os procedimentos adotados pelos profissionais da área por via da autorregulação e de certos “códigos de conduta” sobre a publicidade, entendida no seu conceito mais amplo de comunicação comercial,

relativos a crianças, nos diferentes Estados-membro, são tudo menos uniformes.

Por seu turno, as poucas normas sobre publicidade relativas a crianças que se acham dispersas em textos avulsos do acervo comunitário foram, na maior parte dos casos, diversamente transpostas e são diferentemente aplicadas nos Estados-membro, como a própria Comissão o reconhece na sua comunicação *“Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha”* no seu relatório *“Proteger as crianças no mundo digital”* e na *“Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças”*. Com efeito, se uma generalidade de Estados-membro se limitou à transposição minimalista das diretivas comunitárias, outros como a Áustria, a Dinamarca, a Finlândia ou a Suécia aplicam normas mais estritas, que chegam à proibição de publicidade dirigida a menores.

Não é despidendo considerar a importância económica do mercado da publicidade e do marketing na Europa. Trata-se contudo de um mercado volátil, altamente competitivo, sujeito às flutuações da moda e particularmente sensível às consequências das crises económicas e financeiras em que a possibilidade de utilização de certos meios pode ser decisiva para o desenvolvimento em certos mercados nacionais.

Significa isto que diferenças marcadas na regulação nacional sobre publicidade pode não só influir nos resultados como constituir barreira ao seu desenvolvimento no mercado interno e fonte de discriminação e de concorrência menos leal.

No segmento infanto-juvenil, setor reconhecidamente vultoso no conjunto do negócio da publicidade e em franca expansão, as diferenças marcadas nas regulamentações nacionais e as diferentes exigências colocam as empresas publicitárias em posição de desigualdade, obrigando-as a despesas acrescidas de adaptação das suas campanhas a diferentes requisitos e exigências legais e favorecem práticas concorrências menos corretas para tentar contornar essas dificuldades e ganhar mercados.

Daí que uma harmonização legislativa, definindo condições idênticas em toda a Europa, realizando o mercado interno neste domínio, possa contribuir decisivamente para um mercado mais

transparente e seja desejável pela generalidade das empresas do setor que, assim, poderão desenvolver os seus negócios com base nas suas competências e capacidades orientadas para a satisfação efetiva dos consumidores e não explorando as diferenças legislativas nacionais em detrimento de uma sã e leal concorrência.

V. A proteção dos menores no quadro da legislação comunitária sobre publicidade

Qual então o quadro legal comunitário relativo à proteção dos menores em face da publicidade e dos fenômenos e efeitos para as crianças que lhe andam associados? Como se disse e se passa a demonstrar, pouco mais do que nada.

Com efeito, desde o Livro Verde da Comissão relativo à comunicação comercial no mercado interno, o acervo comunitário nesta matéria foi-se sedimentando por uma pluralidade de normas que, sucessivamente, se foram substituindo, revogando e emendando, para se chegar a um quadro de regras plúrimas, herméticas, dificilmente compatíveis e por vezes contraditórias, de que se destacam:

Dois únicos textos legais comunitários de caráter geral com força vinculativa:

a) a **Diretiva 2010/13/EU de 10 de março de 2010 (Serviços de Comunicação Social Audiovisual)**, que inclui expressamente no seu âmbito a “comunicação comercial audiovisual” e que toma em especial consideração a proteção do “desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e a dignidade humana”, permitindo aos estados-membros estabelecer normas mais rigorosas mesmo nos domínios coordenados, em especial se estiver em causa a proteção de menores, a luta contra o incitamento ao ódio e o respeito da dignidade humana (harmonização mínima).

b) a **Diretiva 2005/29/CE de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais**, diretiva de harmonização total que regula as práticas de publicidade em geral, que inclui disposições que visam impedir a exploração dos consumidores vulneráveis; sem nunca se referir à publicidade com menores, a diretiva estipula que as práticas comerciais que são suscetíveis de distorcer substancialmente

o comportamento económico de um único grupo de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão, nomeadamente, da sua idade ou credulidade, e de uma forma que se considera que o profissional o poderia ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo.

Importa no entanto salientar que, apesar de contemplar esta disposição relativa a práticas comerciais dirigidas a “grupos claramente identificáveis de consumidores especialmente vulneráveis”, designadamente em razão “da sua idade ou credulidade”, a presente diretiva não logrou ser interpretada como impeditiva das práticas antes descritas, nem transposta ou aplicada com esse sentido nos Estados-membro.

Aliás, a diretiva não vai contra a prática publicitária, que é considerada corrente e legítima, de fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente, nem se pronuncia sobre as questões do “bom gosto e da decência”, cuja apreciação e definição são deixadas ao critério dos Estados-membro.

Um único ponto específico é ressaltado na diretiva quanto a certas práticas, que incitam as crianças a comprarem um produto que é publicitado ou a convencerem os pais ou outros adultos a comprarem esses produtos (“poder de insistência”).

Alguns textos comunitários sem força coerciva:

a) *a recomendação do Conselho de 24 de setembro de 1998, relativa ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação através da promoção de quadros nacionais conducentes a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana*, primeiro texto legal comunitário onde, ao nível da UE, se equaciona a problemática do conteúdo do audiovisual e dos serviços da internet e se exprimem preocupações com a proteção dos menores, embora relegando tudo para a competência dos Estados-membro e para a autorregulação;

b) *a recomendação do PE e do Conselho de 20 de dezembro de 2006, relativa à proteção de menores e da dignidade humana e do direito de resposta* onde explicitamente se refere a necessidade de serem tomadas medidas legislativas ao nível da União para proteção do desenvolvimento físico mental e moral dos menores em relação aos conteúdos audiovisuais e de informação, constatando a “insuficiência

da autorregulação”, mas que nunca se chegaram a concretizar. Aí se incentiva à adoção de “uma série de medidas suscetíveis de fomentar a educação para os media, tais como, por exemplo, a formação contínua de professores e formadores, a aprendizagem específica da internet destinada às crianças desde a mais tenra idade, incluindo sessões abertas aos pais, ou a organização de campanhas nacionais junto dos cidadãos, envolvendo todos os meios de comunicação social, de modo a divulgar informações sobre a utilização responsável da internet”.

c) a *Recomendação 2003/54/CE de 2 de dezembro de 2002, relativa à prevenção do tabagismo e a Diretiva 2003/33/CE de 26 de maio de 2003, relativa à publicidade, ao patrocínio e a promoção a produtos do tabaco.*

d) a *Recomendação 2001/458/CE de 5 de junho de 2001, relativa ao consumo do álcool por crianças e adolescentes, fundamentalmente centrada na autorregulação.*

e) a *Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil*, que define o que se deve entender por “criança” no âmbito do direito comunitário de proteção às crianças.

f) a *Decisão 1351/2008/CE, do PE e do Conselho de 16 de dezembro de 2008*, instituindo um programa comunitário plurianual com vista a proteger as crianças aquando da *utilização da internet e de outras tecnologias de comunicação.*

Nenhuma destas disposições considera que, para proteção dos menores e da dignidade humana, se deva proceder a qualquer “controle prévio” em obediência a princípios fundamentais de liberdade de expressão, conforme é doutrina bem firmada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em aplicação da respectiva Convenção Europeia.

Com caráter geral apenas se determina aos Estados-membro que assegurem que as emissões televisivas (aí se devendo entender que estão incluídas as comunicações comerciais) não incluam programas

Os Estados-membro devem assegurar que as emissões televisivas não incluam programas suscetíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores

suscetíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores, nomeadamente programas que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita, salvo se precedidos de um “sinal sonoro” ou acompanhados de um “símbolo visual”, mas exceptuando as emissões em que pela “hora de emissão” ou por “quaisquer medidas técnicas” se possa assegurar que “em princípio, os menores não verão nem ouvirão essas emissões”.

Com o argumento de que existem “crescentes possibilidades de os espectadores evitarem a publicidade” e sem ter em conta a especificidade da criança como “espectador passivo e não reativo à publicidade”, as normas vigentes deixaram cair as limitações relativas à inserção dos “spots” publicitários, desde que não atentem gravemente contra a integridade dos programas.

As únicas proibições expressas que hoje existem a nível comunitário reportam-se exclusivamente aos cigarros e aos produtos à base de tabaco, a medicamentos e tratamentos médicos apenas disponíveis mediante receita médica e à publicidade “oculta” e “subliminar”,

Apenas no que se refere a publicidade a bebidas alcoólicas se estatui que não deve ter os menores como público-alvo.

Em todos os restantes aspectos relacionados com o prejuízo físico, mental ou moral dos menores, como seja o incitamento direto aos menores ou indireto a seus pais para a aquisição de bens ou serviços publicitados, aproveitando-se da sua inexperiência ou credulidade, ou a publicidade “incluída em programas infantis, relativa a alimentos e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico, tais como, nomeadamente, as gorduras, os ácidos gordos trans, o sal/sódio e os açúcares”, as normas vigentes limitam-se a uma recomendação genérica ou simplesmente a uma remissão vaga para “códigos de conduta”.

Para além disso, a Comissão tem-se multiplicado em iniciativas avulsas e não integradas de carácter meramente programático, e sem tradução normativa cogente, de que se destacam:

a) *A Comunicação da Comissão “Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança”* (COM (2006) 367 final de 04.07.2006)

b) *O “Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a Internet e outras tecnologias das comunicações”* (COM (2008) 106 final de 27.02.2008)

c) O “Programa da UE para os direitos da criança” (COM (2011) 60 final de 15.02.2011)

d) A Comunicação “Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha” (COM (2011) 942 final de 11.01.2012)

e) O Relatório “Proteger as crianças no mundo digital” (COM (2011) 556 final de 13.09.2011)

f) A Comunicação “Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças” (COM(2012)196 final de 02.05.2012)

A par destas disposições de direito comunitário, outros instrumentos de natureza convencional ou programático, definem princípios fundamentais que estão, por sua vez, na origem dos mais recentes desenvolvimentos no direito fundamental da UE (Tratado de Lisboa e Carta Europeia dos Direitos Fundamentais). Referem-se em especial:

a) A **Declaração dos Direitos da Criança** adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959;

b) A **Convenção do Conselho da Europa de 5 de maio de 1989 sobre a Televisão sem Fronteiras** que estabelece que a publicidade destinada a crianças ou que delas se socorra deve ter em conta a sua sensibilidade específica e abster-se de causar prejuízo aos seus interesses (artigo 11 n° 3);

c) A **Convenção sobre os Direitos da Criança**, assinada por Portugal a 26 de janeiro de 1990 que, no seu artigo 32 impõe que os estados aderentes reconheçam à criança o direito de ser protegida contra a exploração económica ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social;

d) A **Recomendação REC (2001) 8 do Conselho a Europa** sobre a autorregulação dos ciberconteúdos (a autorregulação e a proteção dos utilizadores contra os conteúdos ilícitos ou prejudiciais nos novos serviços de comunicação e de informação) de 5 de setembro de 2001.

Menção destacada merece a **Carta Europeia dos Direitos Fundamentais**, a partir do Tratado de Lisboa integrada como direito primário com a mesma força das disposições constitutivas e onde expressamente estatuem os artigos 1º, 3º, 24, 33 e 38. Será, como se verá

à frente, à sua luz que há que equacionar os avanços possíveis no âmbito do quadro comunitário.

Paralelamente, os profissionais têm desenvolvido, quer a nível internacional, quer nos diferentes Estados-membro, um conjunto de disposições de autorregulação com que procuram justificar as suas práticas comerciais e demonstrar o seu empenhamento na proteção das crianças. Destacam-se, pela sua importância o Código Internacional de Práticas Leais em matéria de Publicidade editado pela Câmara de Comércio Internacional, o Código da Autorregulação da Publicidade de Alimentos dirigida a Menores, Prevenção da Obesidade e Saúde que se funda nos Princípios de Publicidade a Alimentos e Bebidas da Confederação de Indústrias Agroalimentares da União Europeia, da EASA, aprovados em fevereiro de 2004, a EU Pledge, que envolve alguns dos principais distribuidores e produtores de alimentos e bebidas para jovens.

Merecem uma menção especial a iniciativa “European Network on reducing marketing pressure in children” e a recente proposta “StanMark” da IASO no âmbito do Projeto-Piloto “Transatlantic Methods for Handling Global Challenges” (junho 2011).

De um modo geral, no entanto, a apreciação que é feita aos instrumentos de autorregulação e de correção incide sobre a sua incapacidade para a efetiva aplicação das normas editadas e um controle eficaz das práticas que as infringem.

Isso só reforça a necessidade, reafirmada em várias instâncias internacionais e comunitárias, de ser garantido um elevado nível de respeito pelas crianças e da sua proteção de forma a assegurar o seu desenvolvimento físico, mental e moral, tendo em vista o seu interesse próprio, o seu bem-estar e a preservação do meio e dos laços familiares.

VI. A manifesta insuficiência do quadro legal comunitário em matéria de publicidade infanto-juvenil

Como se deixou evidenciado, o quadro legal comunitário em matéria de publicidade infanto-juvenil é desnecessariamente complexo, demasiadamente confuso, para além de inconsistente.

Daí resulta uma gritante desproteção das crianças europeias sujeitas a regimes nacionais diversos e com níveis de proteção diferentes.

É com efeito patente que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da internet e das redes sociais, e que a Comissão tem a obrigação, e os meios legais para com urgência adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos.

O que verdadeiramente está em causa é a proteção de direitos fundamentais das crianças na UE, tal como definidos na Convenção das Nações Unidas, no artigo 24 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, do artigo 3º nº 3 do TUE e bem interpretados na Comunicação da Comissão “Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança” (COM (2006) 367 final), no “Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a internet e outras tecnologias das comunicações” (COM (2008) 106 final) e no “Programa da UE para os direitos da criança” (COM (2011) 60 final).

Não se contesta e ao contrário reconhece-se que, numa sociedade de livre mercado, adequadamente regulado de forma a ser promovida uma sã e leal concorrência e um elevado nível de proteção dos consumidores, com vista à realização de um mercado interno, instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho dos seus povos, no respeito dos valores da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do estado de direito e do respeito pelos direitos do homem, a publicidade, em todas as suas formas, desempenha um papel de relevante importância.

A International Advertising Association (IAA) resumiu corretamente esse papel, de que se destaca, em particular, a difusão da inovação, a indução da criatividade e do entretenimento, o incentivo à concorrência e o aumento das possibilidades de escolha, pelo que assume uma importante função de informação e de esclarecimento dos consumidores, razão de ser e fundamento mesmo da sua regulação a nível comunitário.

Por outro lado, os media e, em particular a televisão, a internet e as redes sociais, são parte integrante da vida diária e tanto formam como são moldados pelo ambiente cultural em que existem. Por isso, é preciso abordar os meios de comunicação comercial no contexto de

crianças e jovens de uma forma mais específica, pois essa presença entra muitas vezes em conflito com os valores mais tradicionais e práticas, assumindo um papel fundamental na formação da cultura dos jovens. Aliás, é sabido que a generalidade dos pais e educadores sabem menos como lidar com os novos meios de comunicação do que as próprias crianças.

O equívoco fundamental de base parte, desde o início, como verdadeiro “pecado original” da política da União Europeia para o audiovisual, da referida Recomendação do Conselho de 24 de setembro de 1998, relativa “a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana”, onde sobreleva a preocupação “da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação” e afastando das competências legislativas da União Europeia, uma intervenção em matéria de conteúdos audiovisuais ou online lesivos de menores ou da dignidade humana, acaba por considerar estes aspectos como matéria de “bom gosto ou de decência”, excluídos do âmbito da regulação comunitária.

Julga-se, ao contrário, e desde logo, que a publicidade que utiliza crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem, ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental e deve assim ser totalmente proscrita.

Por isso é exigível uma harmonização a nível comunitário no sentido de uma proibição genérica da publicidade que usa indevidamente e abusa da imagem de crianças mas que não tenham a ver com assuntos que diretamente [*digam respeito*] às crianças.

Por seu turno, a publicidade dirigida especialmente a crianças comporta riscos agravados consoante os grupos etários atentos os estádios do seu desenvolvimento psíquico, com consequência danosas para a sua saúde física, mental e moral, destacando-se, como particularmente graves, o incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobreendividamento, o consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental.

Impõe-se a definição clara de uma idade mínima comum para o efeito, a qual varia atualmente entre os Estados-membro, impedindo o correto funcionamento do mercado interno e não se justificando por razões culturais fundamentais.

A idade dos 12 anos parece recolher o parecer da grande maioria das posições dos vários interessados, sendo já praticada em alguns Estados-membro e em países fora da Europa.

É também aspecto a merecer um tratamento harmonizado a nível comunitário.

Finalmente, e, de um modo geral, *certa publicidade, pelos seus conteúdos particularmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos ou pornográficos*, afeta, por vezes irreversivelmente, a formação física, psíquica, moral e cívica das crianças, conduzindo a comportamentos violentos e à erotização precoce.

Daí que também neste aspecto se imponha um normativo harmonizado a nível comunitário.

E a *União Europeia dispõe hoje dos meios necessários para legislar nesse sentido, possuindo claras bases jurídicas para uma ação concertada a nível comunitário no domínio da publicidade infantil juvenil*, pelo que é legítimo exigir e esperar que, a breve trecho, estas questões sejam analisadas em profundidade e enquadradas a nível da UE.

Não só porque está em causa a efetiva garantia da proteção de direitos fundamentais, como também porque a diversidade das regulamentações nacionais põe em risco o bom funcionamento do mercado interno.

É certo que até hoje as diretivas comunitárias que têm regulado a publicidade ao nível da União Europeia têm utilizado comumente como base jurídica os preceitos do tratado que se reportavam à realização do mercado interno, hoje artigos 26 e 114, ainda que muito modificados. É esta uma preocupação importante, mas não deve ser a única.

Por outro lado, noutras iniciativas comunitárias, onde os objetivos são mais especificamente dirigidos às atividades de radiodifusão televisiva, a base jurídica foi antes procurada nos preceitos que à altura respeitavam ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços, correspondentes, ainda que com importantes modificações, aos atuais artigos 49 e sgs. e 56 e sgs.

Por último, em mais recentes iniciativas relativas à proteção das crianças e à pornografia infantil, mas ainda anteriores ao atual Tratado de Lisboa, a base jurídica utilizada foram os preceitos que se referiam à cooperação judicial em matéria penal.

Ora, é mister recordar que o atual Tratado de Lisboa consagrou substanciais modificações em todos estes aspectos e oferece hoje uma gama de novas possibilidades de intervenção comunitária que há que saber interpretar e aplicar.

A primeira e mais importante inovação foi a **incorporação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais ao nível do direito primário da UE**; de seguida a modificação da natureza jurídica da cooperação em matéria penal e civil; por fim, as alterações introduzidas em numerosos preceitos do tratado como os relativos à realização do mercado interno, à proteção dos consumidores e à proteção da dignidade da pessoa humana. Ainda recentemente para a proteção de dados a Comissão fundou a sua proposta de regulamento na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e nos referidos novos preceitos do Tratado de Lisboa.

Ora a **questão da publicidade infanto-juvenil é, antes de mais, uma questão de cidadania e de proteção de direitos fundamentais**; os já citados artigos 1º, 3º, 24, 33 e 38 da carta oferecem base jurídica substantiva mais que suficiente para fundamentar a necessidade de uma ação comunitária. A eles acrescem de forma inequívoca, os artigos 2º, 3º nº 5, 6º do TFUE e os artigos 4º, 5º, 10 do TFUE.

Neste domínio, para além dos governos dos Estados-membro, quer a nível do Conselho quer no âmbito das cooperações reforçadas (artigo 20 TFUE), os parlamentos nacionais têm um inquestionável papel a representar nos termos do artigo 12º do TFUE, de que se não podem desresponsabilizar.

Contudo, é evidente que a realização do mercado interno continua a constituir um dos mais ponderados objetivos neste domínio, para o qual existe a cobertura dos artigos 3º nº 3 do TFUE e 26 e 114 e sgs. do TFUE. Por outro lado, os artigos 12 e 169 do TFUE abrem novas possibilidades na perspectiva da proteção dos consumidores. Nos aspectos processuais, os artigos 67 e sgs., em especial os artigos 81 e 82 do TFUE, fornecem as bases para uma moldura civil e penal, que permite completar o quadro legal da proteção infanto-juvenil neste domínio.

Por fim, o tratamento desta matéria a nível comunitário obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigos 5º n.ºs 3 e 4 do TFUE) na medida em que o seu objetivo pela sua dimensão

transfronteiriça, não pode ser suficientemente realizado pelos Estados-membro no âmbito dos respectivos sistemas nacionais.

O objetivo de uma iniciativa legislativa com esta finalidade pode, por conseguinte, ser mais bem alcançado por uma ação a nível da União, em conformidade com o princípio da subsidiariedade. Por outro lado, o âmbito da iniciativa deve limitar-se aos aspectos que suscitam problemas concretos, não abrangendo aqueles aspectos que podem ser regulados mais adequadamente pelas legislações nacionais respeitando assim o princípio da proporcionalidade.

Isto não significa que, para além desta indispensável medida legislativa, não deva ser posta uma ênfase especial na capacitação, informação e formação das crianças desde a mais tenra idade, na utilização correta das tecnologias da informação e na interpretação das mensagens publicitárias, inscrevendo estas matérias nos currículos escolares a todos os níveis.

Os pais deverão ser capacitados para acompanhar seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias

Também os pais deverão ser capacitados para acompanhar seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias. Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade.

E os cidadãos em geral e, em especial, as famílias e os docentes devem ser igualmente informados e formados para poderem melhor desempenhar as suas funções tutelares junto dos menores.

Sem, obviamente, minorizar o papel dos empresários da publicidade, do marketing, dos anunciantes e dos patrocinadores para, no âmbito das iniciativas da autorregulação e da correção, já adotadas e a promover, no sentido de cada vez mais assumirem e aplicarem os mais elevados níveis de proteção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar.

Foi este o sentido do Parecer de Iniciativa que o CESE teve oportunidade de elaborar e de ver aprovado por larga maioria e sem votos contra, com a adesão dos próprios representantes dos publicitários que nele tem assento, após audição pública com grande participação de interessados e no qual, após a constatação e demonstração de que

o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da internet e das redes sociais se terminava por instar a Comissão a considerar com urgência a necessidade de adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos e se apelava ao Parlamento Europeu e aos Parlamentos Nacionais para prosseguirem com denodo a sua tradição de defesa dos direitos das crianças neste domínio especial.

Até agora, forçoso é constatar que este apelo não teve o eco que se esperava, fundamentalmente do lado da Comissão, que, desde sempre, durante toda a elaboração do parecer, nas reuniões em que se fez representar, e mesmo posteriormente, em posições públicas assumidas, sempre desvalorizou a necessidade e o mérito da iniciativa.

São, aliás, emblemáticas as suas apreciações publicadas sobre o Parecer, em que, designadamente no que se refere ao pedido instantâneo do CESE de regulamentação comunitária específica, respondeu com o compromisso de “intensificar a aplicação das regras em vigor na UE estimulando ainda mais as medidas de autorregulação, por forma a proteger as crianças de publicidade inadequada e evitar excessivos gastos, bem como analisar nova legislação se as medidas de autorregulação falharem”.

À necessidade de uma atuação urgente nas áreas que se deixaram enunciadas a Comissão opôs antes que seria “a indústria” que deveria “*implementar os acordos existentes e desenvolver novas medidas, se for necessário*”.

Ou seja, a Comissão demitiu-se totalmente de uma ação decidida e proativa nesta área em futuro próximo.

Por seu turno, o *Parlamento Europeu*, que desde sempre tinha estado na primeira linha destas preocupações, *na sua mais recente resolução também se mostrou demasiado tímido*, limitando-se a considerar que “*a publicidade destinada às crianças deve ser responsável e moderada*”, e a lembrar que “*a Internet também expõe as crianças a riscos através de fenómenos como [...] a exposição a publicidade imprópria para a sua idade, agressiva ou enganadora*” e, em consequência, a instar a Comissão a “*incluir nas suas prioridades principais a proteção das crianças contra a publicidade televisiva e em linha de índole agressiva ou enganadora*”.

VII. O caso particular da publicidade ao álcool no direito comunitário

Especificamente no que respeita à publicidade a bebidas alcoólicas em relação com as crianças, a situação a nível comunitário é tudo menos claro.

Para além da *recomendação 2001/458/CE de 5 de junho de 2001, relativa ao consumo do álcool por crianças e adolescentes, fundamentalmente centrada na autorregulação*, o único texto legislativo onde a matéria é tratada especificamente é hoje a *Diretiva 2010/13/UE de 10 de março de 2010*, mas em termos ambíguos e mal definidos.

Aí se dispõe com efeito que “*no respeito pelo direito fundamental à liberdade de expressão*” deverão ser estabelecidas medidas que visem “*garantir um nível adequado de proteção do desenvolvimento físico, mental e moral dos menores*”, princípio consagrado nos seus arts. 12 e 27.

Este princípio é, porém desde logo mitigado pela ideia de que “*não se justifica uma regulamentação detalhada relativa à inserção de spots publicitários destinada a proteger os telespectadores*,” porque se entende que existem “*crescentes possibilidades de os espectadores evitarem a publicidade através da utilização de novas tecnologias, como os gravadores de vídeos pessoais e a maior escolha de canais*”.

É neste contexto que se deve entender a disposição da alínea e) do artigo 9º onde se refere que

as comunicações comerciais audiovisuais relativas a bebidas não deve ter como público alvo específico os menores e não devem encorajar o consumo imoderado destas bebidas

complementada pela alínea g) que dispõe que

as comunicações comerciais audiovisuais não devem prejudicar física ou moralmente os menores

Por outro lado em relação à colocação de produto, que é genericamente proibida, mas admite tantas derrogações como para obras cinematográficas filmes e séries, programas sobre desporto e programas de entretenimento ligeiro, que se chega a não se perceber

se a proibição é a regra ou a exceção, esta derrogação não se aplica aos programas infantis.

Finalmente no art. 22 define-se como critério para a publicidade de bebidas alcoólicas que a mesma se “*não pode dirigir especificamente aos menores e em particular apresentar menores a consumir bebidas*”.

Do conjunto deste normativo extrai-se uma conclusão de manifesta insuficiência para uma proteção eficaz dos menores relativamente ao consumo do álcool, mesmo no caso de estas medidas terem sido corretamente transpostas e efetivamente aplicadas nos Estados-membro.

Aliás, a UE demite-se completamente de intervir neste setor considerando que será à autorregulação e à correção que deverá caber o papel decisivo na regulação destas situações “*de acordo com as diferentes tradições jurídicas dos Estados-membro*”.

Da parte das associações representativas dos consumidores e dos interesses dos menores, uma sugestão mais radical que tem sido veiculada em Bruxelas vai no sentido de ser apresentada uma proposta de diretiva para o álcool semelhante à do Tabaco²², designadamente no que se refere à rotulagem e embalagem (arts. 8º e 13) com expressa menção às advertências de saúde adequadas, à semelhança do disposto nos arts. 9º e sgs. e identificação precisa das características do produto (origem, composição, grau alcoólico etc.). Evidentemente que a Diretiva AVMS teria de ser revista em conformidade.

Entre as sugestões menos radicais para melhoria do nível de proteção dos menores estão as propostas de alteração a diversos preceitos desta diretiva²³, com o intuito de tornar efetiva a proibição da publicidade e da promoção ao álcool e de um modo geral o *product placement* de bebidas alcoólicas e a sua proibição em televenda.

VIII. Que perspectivas para o futuro?

Do que se conhece das intenções da Comissão, não se julga que uma posição radical de proibição da publicidade ao álcool seja expectável.

No entanto, a próxima revisão da Diretiva AVMS, que o CESE tem pedido insistentemente, não poderá deixar de considerar a necessidade do reforço da proteção dos menores nesta matéria e da adoção de novas medidas mais eficazes e mais restritivas e na sua publicidade e

marketing, tendo em conta a experiência recolhida da sua aplicação nos Estados-membro.

Por enquanto não há contudo indícios de nenhuma iniciativa da Comissão nesse sentido.

Isto significa que não é o tempo de baixar os braços e que, ao contrário, existe um largo percurso a percorrer a nível comunitário (e, evidentemente, também ao nível dos países membros e não membros da EU), pelo que a sociedade civil não pode deixar de manter esta questão na ordem do dia, até que os decisores políticos, nas várias instâncias, aceitem decidir aquilo que a situação comprovadamente exige e os cidadãos em geral e as famílias em particular há muito exigem e reclamam – uma mais adequada proteção das crianças de todo o mundo em face da publicidade e, em especial, no caso da publicidade ao álcool.

Notas

- * 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).
1. COM (2006) 625 final de 24.10.2006.
 2. Processo Franzen (C-189/95), processo Heinonen (C-394/97), processo Gourmet (C-405/98), Catalonia (C-190 e C-179/90), Loi Evin (C-262/02 e C-429/02).
 3. Em Portugal, por exemplo, o Decreto-Lei 50/2013, de 16 de abril.
 4. A publicidade televisiva das bebidas alcoólicas é regulada pela Diretiva “Televisão sem fronteiras” (Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, JO L 298 de 17.10.1989, p. 23). A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais incide sobre as práticas enganosas e agressivas, bem como sobre as práticas de venda com base na coerção (JO L 149 de 11.06.2005, p 22).
 5. Recordando a propósito a mesa-redonda sobre publicidade, organizada pelos serviços da Comissão, que reuniu várias partes interessadas representativas de inúmeros setores, identificou alguns elementos-chave para uma estratégia eficaz de autorregulação, apresentados no relatório disponível no sítio web seguinte: http://ec.europa.eu/consumers/overview/report_advertising_en.pdf.
 6. Committee on National Alcohol Policy and Action, criado pela Comissão em novembro de 2007 e composto por delegados dos estados-membros.
 7. The European Alcohol and Health Forum (EAFH ou Forum).
 8. Neste aspecto, no Quadro 7 anexo, Portugal aparecia como um dos poucos países, apenas acompanhado pelo Luxemburgo, com um limite mais baixo de 16 anos e sem distinguir a cerveja e o vinho das bebidas espirituosas.

9. Como parte integral do “Framework for alcoholic policy in the WHO European Region, WHO Regional Office for Europe, 2006 em <http://www.euro.int/document/e88335.pdf>.
10. Diretiva 89/552/CEE, de 3 de outubro de 1989, em JO L 298 de 17.10.1989 revogada pela Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, em JO L 95 de 15.04.2010.
11. Diretiva 2007/65/CE, de 11 de dezembro de 2007, em JO L 332 de 18.12.2007 que alterou a Diretiva 89/552/CEE do Conselho, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva.
12. Portugal, por exemplo, aparece no quadro 8 anexo como um dos poucos países em que as restrições legais se aplicam apenas à televisão e rádio, deixando de fora o cinema, a imprensa, os painéis e a internet e sem qualquer distinção entre a cerveja, o vinho e as bebidas espirituosas, ao contrário da generalidade dos outros estados europeus e também com um dos países com menor restrição temporal para anúncios a bebidas alcoólicas (quadro 9).
13. Apenas oito países reportados no quadro 10, onde Portugal se não inclui.
14. Assessment of the added value of the EU strategy to support Member States in reducing alcohol related harm”, MILIEU, Law & Policy Consulting, COWI, dezembro 2012.
15. Committee on Data Collection, Indicators and Definitions.
16. “Action Plan on Youth Drinking and on Heavy Episodic Drinking (Binge Drinking).”
17. Também conhecido como “risky single occasion drinkin” refere-se a episódios de ingestão de bebidas pesadas ou de mistura de bebidas até à intoxicação ou ao coma alcoólico, com mais de 60g de álcool puro, característico por exemplo nas festas das “queimas de fitas” ou em festivais de canção, com consequências cardíacas e podendo mesmo conduzir à morte, e responsáveis por acidentes de viação, comportamentos antissociais, desordens, danos materiais, violência em público – como se verificou recentemente nas “comemorações” da vitória do Benfica, no Marques de Pomal” – ou violência doméstica e sexual, absentismo e baixa de produtividade.
18. http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/alcohol/Forum/docs/science_o01_en.pdf “Does marketing communication impact on the volume and patterns of consumption of alcoholic beverages, especially by young people?: a review of longitudinal studies”.
19. Diretiva 2010/13/UE, de 10 de março de 2010, em especial artigos 19º a 28º.
20. A 4 de fevereiro de 2015, na SEC TEN, com a participação de Vasilka LALEVSKA da ACTIVE e de ... da EASA.
21. Sobre este tema ver em especial os meus artigos “A Publicidade na União Europeia” in *RPDC* n. 48, dez. 2006, p. 47 e “O enquadramento legal da Publicidade Infanto-juvenil na UE: presente e futuro” publicado na *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*.
22. Diretiva 2014/40/UE de 3 de abril de 2014, in JO L 127 de 29.04.2014.
23. Como as propostas pela ACTIVE Sobriety Friendship & Peace.

NUEVAS POLÍTICAS
DE PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR
FINANCIERO:
ANÁLISIS DE LA REFORMA
FINANCIERA Y LAS NOVEDADES
EN LA SUPERVISIÓN BANCARIA
EN EL DERECHO COMPARADO

MARÍA HERRERA MELLADO*

Estagiária no Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra
em cooperação com a Universidade do Arizona

ABSTRACT

Este artículo presenta un resumen de las principales reformas normativas del sector bancario en Estados Unidos y Portugal, así como un análisis comparado de las principales políticas llevadas a cabo por ambos gobiernos en materia de protección del consumidor financiero. Su estudio pretende ayudar al lector a familiarizarse con el estado actual de las reformas financieras en ambos países, y está basado en la respuesta a las más recientes crisis financieras. Concretamente, el presente artículo analiza la adopción y el impacto en la implementación de los principios adoptados por el G20 en materia de protección del consumidor financiero. Todo ello nos servirá para analizar los posibles efectos de las reformas financieras en el sector bancario, así como para recapacitar sobre las causas y las posibles soluciones a algunos de los principales problemas que se venían produciendo antes de que estallase la crisis subprime. Esta crisis, que se originó en Estados Unidos en el año 2007, acabó afectando a la economía global en su totalidad.

Por otra parte, en el sector bancario se han llevado a cabo avances significativos en materia de información y transparencia. En el mercado de crédito hipotecario, por ejemplo, se han incrementado el número de medidas que obligan a las entidades financieras a aplicar los nuevos principios de transparencia y divulgación de la información, así como los principios para la mejora de la resolución alternativa de conflictos en el sector financiero. En este sentido, debemos destacar que dichas reformas se llevaron a cabo gracias, en parte, al compromiso de los gobiernos nacionales para cumplir con las buenas prácticas establecidas por organismos internacionales. Como resultado, en numerosos países como Estados Unidos y Portugal, se crearon además nuevas agencias o departamentos destinados a un mayor control de las entidades financieras, encargadas además aplicación de nuevas políticas de protección del consumidor financiero. Estas nuevas instituciones y figuras serán claves para entender la gestión nacional de los nuevos sistemas financieros, y sobre todo para evaluar la defensa de los intereses de los consumidores menos sofisticados.

De acuerdo a los datos económicos actuales, ambos países están cada vez mejor en términos económicos, sin embargo, esto no significa que ambas economías están completamente saneadas, ya que existen aún miles de personas desempleadas, empresarios que aún no tienen retornos de inversión adecuados, y una desconfianza generalizada en el sistema financiero, consecuencia de las más recientes crisis financiera. Todo ello apunta a que los problemas financieros estructurales que se descubrieron tras la crisis no han logrado desaparecer, y que aún persisten los efectos catastróficos de una crisis que dejó a ambos países sin ninguna liquidez y al borde del colapso financiero.

Para la elaboración de este artículo se siguieron las recomendaciones propuestas en los Principios Del Alto Nivel Sobre Protección del Consumidor Financiero elaborados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y el Consejo de Estabilidad Financiera (Financial Stability Board o “FSB” por sus siglas en inglés) aprobados en el 2011. Además, se tuvieron en cuenta numerosas encuestas y estudios llevados a cabo por el Grupo del Banco Mundial y el Departamento Federal de Asuntos Económicos de la Confederación Suiza; estos estudios dieron lugar a valiosos informes de economía y política financiera comparada. Concretamente, se analizaron las diferentes publicaciones sobre el cumplimiento del Plan de Acción emitidos por el Grupo de Trabajo G20/OCDE de Protección del Consumidor Financiero, aprobado en 2012. Por último, cabe destacar que se parte de la base de que un crecimiento global sostenible no es posible sin que existan y sean aplicadas mejores medidas de protección del consumidor financiero, de manera que este recupere la confianza perdida y colabore a la recuperación de la economía.

1. Introducción

Las recientes crisis financieras demostraron que es fundamental la creación de un nuevo sistema de protección del consumidor nacional e internacional para recuperar la estabilidad financiera global y la normalidad de los mercados¹. Cabe apuntar, sin embargo, que la forma en la que una nación establece sus prioridades políticas en materia de protección del consumidor financiero depende en gran medida de la estructura del sistema legal establecido a nivel nacional, de los recursos financieros, del nivel de desarrollo de los mercados, y de la realidad económica y social de una nación determinada. Por otro lado, como se pudo observar tras la crisis, es posible que diferentes países lleven a cabo en conjunto la aprobación de unos principios rectores de protección del consumidor financiero que protejan los intereses tanto de los consumidores financieros como de las empresas y que, a su vez, sirvan de modelo para su aplicación por diferentes gobiernos. La dificultad radica, más bien, en la aplicación y la gestión de dichos modelos en la práctica.

Resultado de la crisis, tanto Estados Unidos como Portugal han modificado sustancialmente el régimen normativo de sus sistemas

financieros, basándose principalmente en las recomendaciones de organismos internacionales especializados en finanzas como el Banco Mundial o el FMI. Además, se introdujeron nuevas figuras e instituciones destinadas a la protección del consumidor financiero. Todo ello resultó bastante novedoso, aunque cabe decir que, a pesar de que el marco normativo teórico tanto de Estados Unidos como de Portugal parece cumplir *a priori* con los compromisos y las políticas internacionales para el mantenimiento de la estabilidad financiera y la protección del consumidor, la realidad suele mostrar que aún existen áreas para la mejora, como por ejemplo, la aplicación de los nuevos principios de protección del consumidor financiero en el sector bancario, así como la necesidad de seguir trabajando para evitar cualquier eventual crisis futura. De todo ello trataremos en el presente artículo.

2. El origen de la crisis financiera en Estados Unidos

En Estados Unidos, uno de los principales factores que contribuyeron a la actual crisis financiera fue la ausencia de un adecuado control de las actividades de las entidades financieras, así como unas normas efectivas de supervisión de las mismas, lo que contribuyó a que dichas entidades obviasen la implementación de buenas prácticas financieras y llevasen a cabo una gestión descontrolada e irresponsable sin tener lo más mínimo en cuenta la protección del consumidor financiero². Esto sucedió porque como se pudo comprobar, las entidades bancarias fueron víctimas de su propia avaricia e intentaron maximizar sus beneficios a costa de los consumidores. Tras la crisis, millones de familias se vieron obligadas a aceptar la reducción de poder adquisitivo y la pérdida de viviendas que muchos de ellos habían adquirido a través de sus ahorros. Por eso, es fundamental que se denuncie a las entidades bancarias y que se analice el papel que dichas entidades jugaron en las crisis financieras más recientes, a la vez que se analicen las reformas que se introdujeron posteriormente, de manera que en un futuro se puedan tomar mejores y más rápidas medidas para prevenir este tipo de crisis que conllevan un alto riesgo sistémico.

2.1 Políticas erradas que afectaron al desarrollo de la crisis financiera en Estados Unidos

En Estados Unidos, la falta de un adecuado control y supervisión de las entidades financieras se remonta a la aprobación de medidas liberales de la década de los 90's. En aquel entonces, Londres trató de recuperar su estatus como centro financiero mundial perdido ante el crecimiento de la plaza de Nueva York. Para estos efectos, el gobierno de Margaret Thatcher comenzó a desregular su sector bancario y así lograr que las firmas financieras inglesas lograsen competir con las firmas extranjeras. Al mismo tiempo, Estados Unidos respondió suavizando su regulación financiera en los 90's, revocando entre otras la importantísima Ley *Glass-Steagall*³; una ley aprobada como consecuencia de la Gran Depresión que controlaba las operaciones de valores y las inversiones por parte de las entidades bancarias⁴. Como veremos a continuación, gracias a estas medidas liberales conocidas como una “carrera de mínimos”, las instituciones financieras lograron explotar las lagunas del sistema normativo y acumularon grandes cantidades de riesgo económico, sobre todo ligados a bienes raíces residenciales, con poco o ningún capital subyacente, que desencadenó en la crisis financiera de 2007⁵.

La desregulación del mercado bancario y, en concreto, la derogación de la mayoría de las protecciones financieras, a través de la mencionada Ley *Glass-Steagall*, resultaron factores determinantes para entender por qué estalló la crisis del 2008 en Estados Unidos⁶. Específicamente, la Ley *Glass-Steagall* separaba las actividades de los bancos comerciales que recibían depósitos con la de los bancos de inversiones que invertían dinero, y prohibía que los bancos comerciales realizaran las actividades de los bancos de inversión. Sin embargo, a partir de 1999, en Estados Unidos quedaron derogados los artículos más importantes y controvertidos de esta ley: los artículos 16, 20, 31 y 32, los cuales impedían que muchas o la mayoría de las entidades de depósito nacionales llevaran a cabo operaciones de valores para sus clientes, que invirtiesen en la mayoría de los valores propios, suscribiesen o distribuyesen la mayoría de valores o se afiliasen a las empresas que participaban en este tipo de actividades similares. Esta ley quedó oficialmente derogada por la Ley *Gramm-Leach-Bliley*⁷. Sin embargo, cabe decir que ya en 1998 la Ley *Glass-Steagall* se encontraba en total desuso porque los bancos comerciales habían comenzado a trabajar

y mezclarse con los bancos de inversión. Un claro ejemplo fue el caso de *Citibank*, que ya había comenzado a negociar instrumentos como los títulos de deudas hipotecarias garantizadas o colateralizadas⁸.

Han habido muchos debates sobre el impacto de dicha derogación y las prácticas bancarias que surgieron a raíz de la misma. En este sentido, algunos expertos opinan que esta derogación permitió que las empresas de banca de inversión que participaban en Wall Street jugasen con el dinero de los depositantes en bancos comerciales afiliados⁹. Otros expertos, por su parte, han argumentado que esto no es del todo cierto porque las actividades relacionadas con la crisis financiera no estaban prohibidas, o en la mayoría de los casos, incluso reguladas por la Ley *Glass-Steagall*¹⁰. A principios de 2008, el propio ex-presidente estadounidense Bill Clinton y la Asociación de Banqueros Americanos se mostraron contrarios a las críticas de la desregulación y destacaron la capacidad de las empresas de banca comercial para adquirir sociedades de valores; y de las sociedades de valores para convertirse en holdings bancarios, lo que, según el ex-presidente, fueron operaciones que ayudaron a mitigar la crisis financiera¹¹.

Como es normal, en Estados Unidos, un país eminentemente capitalista, muchos de los intentos de reforma y regulación de los mercados financieros y de inversión fueron tachados de socialistas, siendo ampliamente criticados¹². Sin embargo, cuando la crisis estalló, tanto los partidos demócratas como republicanos no encontraron una forma diferente de detener la caída de sus principales entidades bancarias y la desconfianza en los mercados de valores.

2.2 Responsabilidad de Estados Unidos en la crisis financiera

Han sido muchos los debates e intentos para encontrar a los responsables de una crisis financiera de tan amplio alcance y determinar quién o qué causó la crisis económica global, lo cual denota que no ha sido una tarea fácil. Sin embargo, podemos decir que en el caso de Estados Unidos, destaca el hecho de que no podemos atribuir toda la responsabilidad de esta crisis a personas o instituciones específicas, ya que en Estados Unidos, por ejemplo, todo el sistema financiero falló.

Sin perjuicio de lo anterior, podríamos destacar los principales responsables:

- Del lado gubernamental, destacan los organismos encargados del diseño y la aplicación de políticas macroeconómicas como el Banco Central estadounidense conocido como la *Federal Reserve*, y los organismos encargados de la supervisión financiera en el ámbito del Mercado de Valores como la Comisión de Valores e Intercambio (*Securities and Exchange Commission* o SEC por sus siglas en inglés). En el caso específico de la FED, se criticó su política monetaria por ser demasiado flexible¹³.
- De parte del sector privado, se culpó a las instituciones financieras que concedieron créditos *subprime*, a las agencias de calificación crediticia, y también a aquellos individuos que solicitaron dichos créditos sin tener capacidad de pagarlos¹⁴; además de las empresas de inversión y a todos aquellos fondos privados y operadores del mercado financiero de Wall Street cuya avaricia les llevó a jugar sucio y no respetar la normativa aplicable, sino más bien buscar las lagunas legales sin importarles las repercusiones financieras¹⁵.
- A nivel internacional, podríamos apuntar a los desequilibrios globales de capital y a la falta de adecuadas estructuras reguladoras.

2.3 La influencia de los productos tóxicos en la burbuja inmobiliaria

De todos los factores que originaron la crisis financiera, el estallido de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos puede ser considerado el factor principal desencadenante de la crisis financiera global. Se habla de burbuja económica cuando el valor de mercado o cotización de un bien es elevado en comparación con su valor real¹⁶.

Todas las burbujas tienen un patrón altamente definido pues suelen seguir una serie de fases¹⁷:

- En primer lugar, se produce un hecho o un cambio objetivo, ofreciendo la posibilidad que empresas y particulares vean mejorada su situación.
- En segundo lugar, esa posibilidad de mejora se hace efectiva provocando un aumento de beneficios, y en ocasiones, altas subidas en las cotizaciones del precio del bien.

- En tercer lugar, al ser la expectativa tan buena, nuevos inversores se ven atraídos, y esas personas ven una oportunidad de hacer mucho dinero.
- En cuarto lugar, las personas con conocimientos dentro del sistema (*insiders*), comienzan a apreciar que el valor de los respectivos bienes no se corresponde con el valor real que deberían tener, y ante ello, venden los respectivos valores para obtener el máximo de beneficios posible.
- Por último, en quinto lugar, las personas que no tenían tantos conocimientos, y que estuvieron dentro del sistema porque vieron una oportunidad fácil de hacer dinero (*outsiders*) ven como su inversión no para de ocasionarle pérdidas (bien efectiva, bien valorativa), y ante ello, deciden huir, deshaciéndose de sus bienes. Y ahí, exactamente es donde termina por explotar una burbuja.

Pues bien, esto es lo que ocurrió exactamente con el sector inmobiliario en Estados Unidos. Cabe decir, además, que antes de dicho estallido, la práctica común de los bancos era la de prestar dinero a personas que no tenían buen historial de crédito, inclusive a personas que no tenían ningún tipo de ingresos fijos. Dado el exceso de liquidez en los mercados, la demanda inmobiliaria aumentó hasta el punto de generar distorsiones. Podemos decir que en este punto fue cuando los prestamistas hipotecarios llevaron a cabo una voraz competencia por acaparar mayor mercado y mayores beneficios; y en última instancia, a fin de sostener dichos volúmenes de venta y ganancias, los prestamistas suavizaron los estándares de evaluación de riesgo de clientes. De esta manera crearon numerosas hipotecas de mayor riesgo para clientes con menor capacidad crediticia.

Así fue como se crearon los conocidos “créditos *subprime*”¹⁸. Estos créditos fácilmente accesibles por todos, tenían un tipo de interés más elevado que el resto de créditos de carácter personal, en principio para cubrir el mayor riesgo que comportaban, lo cual, en los primeros años de vida de los mismos, conllevaba importantes beneficios para los bancos. Como resultado, se produjo una mayor demanda en la adquisición de viviendas, haciendo que el precio de las mismas aumentase considerablemente. Así, el inversor medio veía como el valor de mercado de las viviendas no paraba de subir y se lanzaba incluso a invertir él mismo y comprar de manera especulativa¹⁹.

Como era de esperarse, no tardaron demasiado tiempo en aparecer los primeros impagos, provocando un aumento del stock de viviendas e hipotecas en el balance de los bancos, y esto a su vez, provocó que los bancos se viesen obligados a cerrar el grifo crediticio y a intentar vender, en la medida de lo posible, esos activos a través de cédulas hipotecarias que el inversor compraría bien directamente, basándose en la concepción errónea de que el negocio inmobiliario nunca dejaría de subir, o bien de manera subordinada a través de la inclusión de dichos activos en fondos de inversión de las principales gestoras y bancos del mundo²⁰. Y de esta manera, estos productos de inversión “tóxicos” se fueron extendiendo más allá de las fronteras de Estados Unidos para instalarse en las economías de todas las naciones²¹.

Esto no fue todo. Dado que no existían suficientes prestatarios *subprime*, la industria de Wall Street llevó a cabo acuerdos financieros denominados “Valores Respaldo con Hipotecas” (*Mortgage Backed Securities* o MBS por sus siglas en inglés) y “Obligaciones de Deudas Colaterales” (*Collateralized Debt Obligations* o CDOs por sus siglas en inglés), ambos íntimamente relacionados con el cumplimiento de los pagos hipotecarios y los precios de los bienes inmobiliarios. Estos instrumentos financieros fueron utilizados masiva e indiscriminadamente para que el mercado hipotecario *subprime* siguiese funcionando. De esta manera se creó un círculo vicioso dado que los MBS y los CDOs estaban mal estructurados.

2.4 La participación de las agencias de calificación del crédito de Estados Unidos

Otro de los mayores responsables que participó en el colapso inmobiliario en el contexto estadounidense fueron las agencias de calificación de crédito²². Estas agencias hicieron mal uso de las “notas de crédito FICO”²³. La calificación FICO (o notas de crédito FICO) es la más conocida calificación de crédito de las personas naturales en Estados Unidos, la cual es calculada a través de un programa electrónico de la empresa *Fair Isaac Corporation* (FICO). Lo que ocurrió exactamente, fue que en vez de otorgar notas de crédito FICO de manera individual a cada uno de los prestatarios inmobiliarios, estas agencias otorgaron notas de crédito FICO promedio de todos ellos. Como resultado, los precios de los

instrumentos financieros antes mencionados estuvieron mal evaluados y determinados. En este sentido, los CDOs constituidos por deudas hipotecarias cuyas calificaciones se encontraban promediadas²⁴, tenían una “mejor imagen” para su venta por parte de los bancos de inversión²⁵. Por lo que, estas agencias sorprendentemente calificaron el 80% de CDOs con notas muy altas AAA, AA o A, cuando dichos CDOs estaban compuestos por bonos que apenas tenían una calificación BBB²⁶.

De otro lado, la competición de las diferentes agencias de calificación para llevar a cabo la evaluación particular de valores MBS y CDOs emitidos por bancos de inversiones contribuyó al empeoramiento de los estándares de calificación. Peor aún, era conocido por los participantes del sistema financiero el conflicto de intereses que estas agencias tenían con los bancos de inversión, pues estos últimos eran quienes crearon y negociaron los valores en el mercado y pagaban a dichas agencias para que estos valores fuesen apetecibles para los inversores²⁷.

2.5 Respuesta normativa a la crisis financiera estadounidense

La regulación financiera que Estados Unidos llevó a cabo como respuesta a la crisis estuvo centrada en materias específicas como la reforma de la normativa bancaria y del mercado de valores. De todo ello, destaca la nueva normativa aplicable y el aumento del control de productos financieros complejos, así como mejores sistemas de control de la remuneración de los intermediarios financieros, y un significativo aumento de la protección del consumidor financiero. Esto no quita, sin embargo, que algunos críticos apuntasen a que esta reforma debería haber girado, en su lugar, en torno a los sistemas de garantías y la ejecución de dichas garantías²⁸.

En materia de protección del consumidor financiero, cabe indicar que las principales medidas tomadas como parte de la reforma financiera en Estados Unidos son: (i) la aprobación de la *Ley Dodd-Frank* sobre la Reforma de Wall Street y la Protección del Consumidor Financiero; (ii) la adopción y la implementación de los Acuerdos de Basilea III por la Reserva Federal; y, (iii) la adopción del Reporte sobre la Reforma Financiera del Mercado Hipotecario propuesto por el Departamento de Hacienda y el Departamento de Vivienda de los Estados Unidos²⁹.

En el sector bancario, la *Ley Dodd-Frank* supuso la reforma financiera más significativa desde la Gran Recesión de 1930. Esta ley fue sancionada

por el presidente Barack Obama el 21 de julio de 2010, y contiene diferentes títulos, de los cuales destacamos³⁰:

- El Título I sobre Estabilidad Financiera. En materia de estabilidad financiera, la ley llevó a cabo la creación de dos nuevas agencias federales encargadas del control del sistema financiero a través de la identificación de operaciones o comportamientos que supongan una amenaza para la estabilidad del sistema, así como un aumento del riesgo sistémico. En este sentido, se crearon el Consejo de Supervisión de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Oversight Council* o FSOC por sus siglas en inglés) y la Oficina de Investigación Financiera (*Financial Research Office* o FRO por sus siglas en inglés); y
- El Título X sobre Protección del Consumidor Financiero. En este título se estableció la creación de una nueva agencia gubernamental encargada de regular los productos y servicios financieros ofertados al consumidor denominada Oficina de Protección del Consumidor Financiero (*Consumer Financial Protection Bureau* o CFPB por sus siglas en inglés). Dicha agencia reporta al Comité Bancario del Senado y del Congreso, y surge como agencia independiente que no forma parte de la Reserva Federal.

3. La crisis financiera en Europa: El caso de Portugal

Para determinar qué causó la crisis financiera en Europa se tendrían que analizar diversos factores, los cuales para nuestros efectos, se podrían resumir en dos: (i) la interconexión de los mercados financieros de todo el mundo y la dependencia de la financiación internacional; y, (ii) la crisis inmobiliaria y la caída de las bolsas en Estados Unidos a partir de 2007. La crisis financiera que se iniciase en Estados Unidos afectó no solo a Europa, sino a los principales economías del mundo debido a la globalización económica. Sin embargo, en nuestro continente dicha crisis afectó en mayor medida a los países más vulnerables de aquel entonces, Portugal, Irlanda, Italia, Grecia y España. A continuación, analizaremos el efecto de la crisis en Portugal. Iniciaremos, sin embargo, con el estudio de la economía de dicho país antes de la crisis, luego veremos cómo efectivamente la crisis se desarrolló, para finalizar con las reformas tomadas poscrisis.

3.1 El boom crediticio pre-crisis en Portugal

El origen de la crisis financiera en Portugal se remonta al año 2000, coincidiendo justo con la entrada del Euro y con la pérdida de competitividad de las empresas portuguesas frente a las principales potencias asiáticas en materia de exportaciones. Sin embargo, antes del inicio de dicha crisis, hubo un período de prosperidad económica que se extendió entre los años 1995 y 2000, en donde se produjo un aumento exponencial del crédito bancario en Portugal, el cual benefició ampliamente a pequeñas y medianas empresas, así como a los consumidores de productos financieros³¹.

Respecto a este incremento de crédito a favor del sector privado, cabe decir que existieron diferentes factores que determinaron dicha explosión en la segunda mitad de la década de los 90's. Destaca, por ejemplo, el hecho de que en 1989 se llevase a cabo una revisión constitucional a través de la cual se procedió a la reprivatización de las empresas anteriormente nacionalizadas, siendo las empresas del sector financiero el principal objetivo de dicha reprivatización³². Asimismo, entre 1988 y 1996, el sector bancario portugués se transformó drásticamente. En primer lugar, el peso relativo de los bancos públicos se vio reducido, y el total de los activos del Estado en el sector bancario disminuyó en un cuarto de su valor inicial, quedando tan solo en manos del Estado la Caja General de Depósitos y poco más³³. De otro lado, el número de instituciones bancarias en el país se duplicó, pasando de 27 a 47, produciéndose al mismo tiempo la entrada de un mayor número de bancos extranjeros. En este contexto, y en aras de atraer más clientes, los bancos flexibilizaron sus condiciones para otorgar créditos. Esto fue justamente lo que ocurrió en Estados Unidos en la década de los 90's, como vimos anteriormente. Por todo ello, podemos decir que en los últimos años del siglo XX, el nuevo sistema financiero se centró más en una competencia entre los bancos, aprovechando que estos estaban siendo menos regulados en aquel momento y más integrados internacionalmente.

Otro aspecto decisivo para el aumento de crédito en Portugal fue la caída drástica de los tipos de interés en el mercado. Hasta mediados de los años 90's, los tipos de interés reales se situaban más o menos en el 5% anual, mientras que a partir del año 1997, anticipando la entrada del euro, los tipos de interés reales a largo plazo cayeron hasta alcanzar menos del 2% anual. Esto provocó que los consumidores se lanzasen a comprar viviendas

en masa, y que el crédito al consumidor financiero en Portugal se centrara casi exclusivamente en crédito para la compra de viviendas³⁴.

De este exceso de crédito también se beneficiaron las empresas portuguesas, que comenzaron a obtener crédito a largo plazo a costo sustancialmente reducido. Además, dado que las pequeñas y medianas empresas portuguesas dependían del financiamiento y de los préstamos bancarios, el crédito a bajo costo resultó ser un factor fundamental para el desarrollo de las mismas. En este mismo sentido, la reducción de las tasas de interés dio lugar a condiciones favorables para la inversión en la capacidad productiva por parte de las empresas. Y a nivel de la Unión Europea, la disminución generalizada de las tasas de interés contribuyó a dinamizar las economías de los distintos Estados Miembros³⁵. Esto supuso, en líneas generales, un aumento de los rendimientos de la población, una disminución de la emigración a terceros países, y unas condiciones más favorables de acceso al crédito³⁶.

3.2 La crisis económica portuguesa a inicios del Siglo XXI

A partir de 2001, sin embargo, la economía portuguesa se enfrentó a una serie de obstáculos económicos provenientes del exterior que provocarían la disminución de la competitividad de la industria nacional y el consiguiente receso en el crecimiento. Por un lado, el incremento de competencia de países asiáticos como China supuso que las principales empresas del país de la industria textil y del calzado se viesen desbordadas. Lo cierto es que resultaba casi imposible competir con empresas de un país cuyos costes de mano de obra y de producción eran visiblemente inferiores al de las empresas portuguesas. Además, su entrada en la Organización Mundial del Comercio no favoreció para nada a Portugal. Todo esto se vio reflejado en la reducción del número de exportaciones, lo cual afectó la economía del país gravemente. Por otro lado, la entrada de varios países de Europa del Este a la Unión Europea significó otra competencia externa adicional para las empresas portuguesas, lo que provocó además, en última instancia, que un número de empresas abandonasen Portugal, y que la inversión extranjera encontrara en dichos países, de nuevo, una mano de obra más barata y más cualificada.

Mientras tanto, en aquel momento el valor del euro no paraba de aumentar en relación con el dólar estadounidense. Esta apreciación

cambiaría tuvo a su vez efectos nefastos para la economía portuguesa dado que las exportaciones lusas (fuera de la zona euro) resultaban más caras y menos competitivas. El resultado de todo esto fue la desindustrialización, cuyo índice durante este periodo solo fue superada por países como Malta y el Reino Unido³⁷. Según los datos estadísticos, en Portugal se perdió el 1/5 de la fuerza laboral en la industria textil y del calzado, industrias líderes del país. Además, el número de desempleados entre 2000 y 2007 se duplicó, pasando de 230.000 a más de 400.000 desempleados³⁸. En este escenario, tampoco ayudó el aumento del precio del petróleo – de 30 dólares en el año 2000, a más de 100 dólares en el año 2008 –, dado que supuso el incremento de casi el 50% del valor de las importaciones³⁹.

Por último, los datos que llegaban de Estados Unidos terminaron por afectar igualmente el estado de la economía portuguesa. Uno de los principales problemas a los que se tuvo que enfrentar el sistema financiero portugués fue la falta de liquidez en los mercados internacionales, lo que afectó al mercado de préstamos interbancarios, y a los consumidores financieros en última instancia. Pues, a partir de ese momento, las instituciones de crédito dejaron de proporcionar préstamos y ayudas financieras a las empresas y a los particulares, o cuando lo hacían les ofrecían tipos de interés de los más caros de Europa⁴⁰. Todo ello provocó a su vez, que las empresas dejaran de invertir y crear empleos. Aún peor, estas empresas dejaron de cumplir con sus compromisos y obligaciones, debido principalmente, a la falta de financiación posible y la imposibilidad de reestructuración de la deuda. En este contexto, los consumidores decidieron reaccionar retirando sus fondos e inversiones de los mercados, quizá por el temor de perder todo lo que tenían y por los pronósticos de una auténtica catástrofe.

En definitiva, como podemos comprobar, el origen de la crisis portuguesa está relacionado con un problema estructural de desfase entre la productividad y las exportaciones por un lado, y los niveles de consumo y falta de financiación por otro. Esta situación se mantuvo controlada previamente a la crisis financiera de 2008 porque durante varias décadas Portugal se apoyó en las inversiones extranjeras y los préstamos contratados en el mercado internacional. Sin embargo, todo ello cambió con la falta de liquidez del propio sistema financiero, que hizo imposible continuar prorrogando el pago de las deudas, ya que no existía por entonces suficiente capital para asegurarlo.

3.3 La crisis de la deuda soberana en Portugal

Como pudimos comprobar tras la crisis financiera global, la falta de soberanía financiera en Portugal dejó al descubierto la inestabilidad del sistema en su conjunto. Y no solo en Portugal, sino también en toda Europa, se produjo la caída de las principales bolsas y mercados fruto del pánico creado por la desaparición de grandes bancos de inversiones estadounidenses, y del estallido de la burbuja inmobiliaria, lo que casi acabó hundiendo por completo el sistema financiero de la mitad de los países de Europa. Como resultado, los gobiernos europeos necesitaron tomar medidas de emergencia para evitar la caída de las principales entidades financieras. Además, se precisó de la aprobación urgente de cambios efectivos respecto de las entidades de crédito afectadas por la crisis *subprime*. Sin embargo, esto no remedió la falta de liquidez existente del sistema financiero, dado que por aquel entonces ya era demasiado tarde.

Resulta irónico que la crisis financiera global que se iniciase en 2008 en Estados Unidos fuese superada rápidamente por los países más ricos e industrializados. Sin ir más lejos, en 2010, en ese mismo país ya se estaban recabando datos positivos provenientes de los planes de rescate del gobierno⁴¹. Esto demuestra que es una ventaja no ser dependiente financiera ni económicamente de otro país o institución supranacional, sino que se debería contar con una capacidad de financiación propia; lo cual no sucede en Europa, dado que muchos países tienen inclusive que recurrir a la Unión Europea para solicitar ayudas que le permitan tener un mejor desarrollo. Así, en países como Portugal, España, Irlanda, Italia o Grecia la crisis financiera hizo estragos y dejó secuelas que tardaron muchos más años en eliminarse.

Ya en 2010, estalló la crisis de la deuda soberana en los países del sur de Europa. Dicha crisis supuso el hundimiento efectivo de los sistemas financieros europeos, que dependientes del dinero procedente el sistema financiero global, vieron como no lograban alcanzar su recuperación. Por deuda soberana entendemos la deuda pública de un país respecto de sus acreedores⁴². La deuda soberana se caracteriza, a diferencia de la deudas privadas, por la no existencia de una instancia ejecutiva internacional encargada de su ejecución; asimismo, la deuda soberana es más difícil de resolver ya que no depende de informaciones seguras, es decir, se ve

afectada por informaciones arbitrarias, y depende además de la valoración de agencias de calificación internacionales que examinan las deudas de un país en base a los pronósticos de crecimiento⁴³. Esta deuda soberana, generada en los mercados secundarios, afectó también a los mercados primarios de emisión de deuda y de los derivados. Como resultado, países muy importantes del sur de Europa se vieron sin liquidez alguna, de manera que esta situación provocó que el propio gobierno portugués comenzase a flaquear en el cumplimiento de sus obligaciones respecto a sus acreedores, atrasándose en los pagos, renunciando a las inversiones, y abandonando inclusive las obras en curso⁴⁴.

El punto álgido de la crisis en Portugal se alcanzó en 2011, cuando el país se encontraba en una quiebra de pagos y un auténtico caos. El entonces presidente del gobierno de Portugal, José Sócrates, se vio entonces obligado a pedir auxilio internacional, concretamente al Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea y al Banco Central Europeo para la reestructuración, recuperación y saneamiento del sistema financiero portugués. Este acuerdo, sellado en un Convenio sobre las Condiciones Políticas Económicas entre Portugal y estas tres instituciones, se conoció también en el lenguaje coloquial como el “Acuerdo de la Troika”⁴⁵. Fue firmado el 17 de mayo de 2011, y su contenido se centra en la asunción de obligaciones por parte del gobierno de Portugal para la reforma del funcionamiento económico y financiero del país, a cambio de una inyección de 84 mil millones de euros. Los apartados más relevantes dentro de dicho acuerdo fueron aquellos sobre política deficitaria, regulación del sistema financiero y supervisión de las principales entidades financieras, además de ciertas reformas sobre medidas estructurales, del mercado de trabajo, de bienes y servicios⁴⁶. En definitiva, podríamos decir que este acuerdo fue clave para entender el cambio del marco normativo actual del sistema financiero en Portugal.

3.4 Reforma del sistema financiero antes del Acuerdo con la Troika

Previo al Acuerdo con la Troika, Portugal llevó a cabo una serie de medidas legislativas para paliar los efectos de la crisis financiera. Destacan, entre otras, las medidas en materia de reforzamiento de las entidades de

crédito mediante el incremento de los fondos propios, las medidas que vinieron a incrementar el límite de cobertura del Fondo de Garantía de Depósitos, las medidas para la mejora de los deberes de información y transparencia de las entidades de créditos en el sector financiero, y las medidas relativas a la política de remuneración de los miembros de los órganos de administración y fiscalización de las sociedades de interés público⁴⁷.

En términos de protección del consumidor financiero las medidas más significativas fueron las siguientes:

1. Medidas sobre Fondos Propios y Recapitalización: dichas medidas buscaron reforzar la solidez de las entidades de créditos y de las instituciones financieras. En este sentido, destaca el Aviso del Banco de Portugal, de 14 de agosto de 2008, así como la Ley 63-A/2008, de 24 de noviembre⁴⁸. Curiosamente, dicha ley fue alterada en más de ocho ocasiones desde entonces, siendo su última modificación producida por la Ley 1/2014, de 16 de enero⁴⁹.

2. Medidas en Materia de Información y Transparencia de los Productos Financieros Complejos: el Decreto-Ley 211-A/2008, de 3 de noviembre, se encargó de llevar a cabo esa tarea⁵⁰. Concretamente, el artículo 2º/1 de dicho decreto-ley hace referencia a los productos financieros complejos y establece lo siguiente:

2 [...] – têm que ser identificados na informação prestada aos aforradores e investidores e nas mensagens publicitárias como produtos financeiros complexos.

[...] – previamente à colocação de quaisquer produtos financeiros complexos é entregue ao investidor um prospecto informativo em linguagem clara, sintética e compreensível.

Por su parte, el apartado 3 establece lo siguiente:

– A informação constante do prospecto informativo a que se refere o número anterior tem que ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva, lícita e adequada de modo a garantir o investimento de acordo com critérios de compreensão, adequação e transparência.

Respecto a los mensajes publicitarios relativos a los productos financieros complejos, el número 5 dispone que:

- 5 – As mensagens publicitárias relativas a produtos financeiros complexos são
2. sujeitas a aprovação da autoridade responsável pela supervisão do instrumento em causa, sem prejuízo da aplicação do disposto no Código da Publicidade.

Además, esta misma normativa viene a alterar el Régimen General de las Instituciones de Crédito y de las Sociedades Financieras (RGICSF). Concretamente en cuanto al crédito al consumo en su artículo 77/2, 3, 5 y 6 del RGICSF, en su nueva redacción establece lo siguiente:

Artículo 77º

Deber de Información y de Asistencia

1 – [...]

2 – Em particular, no âmbito da concessão de crédito ao consumo, as instituições autorizadas a conceder crédito prestam ao cliente, antes da celebração do contrato de crédito, as informações adequadas, em papel ou noutro suporte duradouro, sobre as condições e o custo total do crédito, as suas obrigações e os riscos associados à falta de pagamento, bem como asseguram que as empresas que intermedeiam a concessão do crédito prestam aquelas informações nos mesmos termos.

3 – Para garantir a transparência e a comparabilidade dos produtos oferecidos, as informações referidas no número anterior devem ser prestadas ao cliente na fase pré-contratual e devem contemplar os elementos caracterizadores dos produtos propostos, nomeadamente incluir a respectiva taxa anual de encargos efectiva global, indicada através de exemplos que sejam representativos.

4 – (Anterior nº 2.)

5 – Os contratos celebrados entre as instituições de crédito e os seus clientes devem conter toda a informação necessária e ser redigidos de forma clara e concisa.

6 – O Banco de Portugal estabelece, por aviso, regras imperativas sobre o conteúdo dos contratos entre instituições de crédito e os seus clientes, tendo em vista garantir a transparência das condições de prestação dos correspondentes serviços.

Además, el mismo decreto vino a reforzar los deberes de información de las instituciones de crédito, de manera que el RGICSF fue alterado. Y respecto a los mensajes publicitarios (77-C/3).

[...]

3 – Em particular, as mensagens publicitárias relativas a contratos de crédito devem ser ilustradas, sempre que possível, através de exemplos representativos [...]

También fueron aumentados los deberes de información de las autoridades encargadas de la supervisión, renovándose las funciones del Consejo Nacional de Supervisores Financieros en el apartado 10.

Por lo demás, el Aviso del BP nº 10/2008, de 9 de diciembre, que entró en vigor en 2009, exigió que se aplicasen preceptos claros e incisivos sobre transparencia en los mensajes publicitarios de los productos y los servicios financieros sujetos a la supervisión del Banco de Portugal (BP)⁵¹.

Por último, en el contexto de la crisis, se tomaron medidas puntuales de socorro a las instituciones de crédito en peligro, siempre con el objetivo de defender a los accionistas y depositantes, es decir, al consumidor de productos financieros. En este sentido, se aprobó concretamente la Ley 62-A/2008, de 11 de noviembre, que nacionalizó el Banco Portugués de Negocios⁵².

3.5 Normativa financiera basada en el Acuerdo con la Troika

Como indicamos anteriormente, tras el reconocimiento de desajustes y de la degradación de la economía portuguesa, el propio Estado pidió auxilio internacional, y como resultado, se alcanzaron una serie de acuerdos unificados en el Acuerdo de la Troika. Los acuerdos más significativos fueron aquellos que se alcanzaron en materia de política fiscal deficitaria, medidas estructurales, respecto del mercado inmobiliario, mercado de bienes y servicios, y sobre regulación y supervisión financiera. En su apartado 2, resulta fundamental destacar los objetivos en cuanto a la reforma del derecho bancario. En líneas generales, destacan los objetivos de preservar la estabilidad del sector financiero, mantener liquidez en los mercados, reforzar la regulación y la supervisión en el sector bancario y ordenar la estructura del banco público.

Destacamos determinadas leyes emitidas tras la suscripción del Acuerdo de la Troika, concretamente:

- Ley 58/2011, de 28 de noviembre, que autoriza al Gobierno a examinar el régimen aplicable al saneamiento y la liquidación de las instituciones sujetas a la supervisión del Banco de Portugal;
- Ley 4/2012, de 11 de enero, que altera la Ley 63-A/2008, de 24 de noviembre con vista al refuerzo de la solidez financiera de las instituciones de crédito;
- Decreto-Ley 31-A/2012, de 10 de febrero, que altera el Régimen General de las Instituciones de Crédito;
- La Ley 16/2012, de 20 de abril, que altera el Código de Insolvencia;
- El Decreto-Ley 178/2012, de 3 de agosto, que instituye el instituto SIVERE, o Sistema de Recuperación de las Empresas por Vía Extrajudicial;
- El Decreto-Ley 178/2012, de 3 de agosto;
- La Ley 15/2013, de 8 de febrero, que establece un nuevo régimen de mediación inmobiliaria; y
- La Ley 48/2013, de 16 de julio, que modifica la ley 63-A/2008, de 24 de noviembre, que tiene a reforzar la solidez de las instituciones de crédito.

4. Los principios de protección del consumidor en el ámbito internacional

En materia de protección del consumidor financiero, los diferentes gobiernos acordaron los principios reguladores a través de los grupos de trabajo de la OCDE y el G20, llevando a cabo políticas de desarrollo de responsabilidad financiera de los profesionales del sector bancario, de valores y de seguros de todo el mundo⁵³. A través de estas políticas, los gobiernos nacionales han puesto en práctica los principios acordados, y como resultado, se están desarrollando e implementando nuevos enfoques de regulación de conducta de los principales operadores del mercado basado en las experiencias de los reguladores nacionales y los efectos sobre los consumidores⁵⁴. De acuerdo a los enfoques efectivos presentados por el Grupo de Trabajo del G20/OCDE, dos de los principios que más peso

han tenido en las reformas financieras han sido el Principio 4 sobre el Derecho de Información y Transparencia, y el Principio 9 sobre el Derecho a Interponer Reclamaciones y Denuncias.

4.1 Principio 4 – Derecho a la información y transparencia

De acuerdo a lo establecido en la cumbre del G20, el principio de publicidad y transparencia es de vital importancia en el ámbito financiero, ya que los consumidores necesitan recibir información clara y transparente para llevar a cabo decisiones financieras sin perjudicar su futuro⁵⁵. Por otra parte, la existencia de reglas de divulgación es esencial para que se mantenga al consumidor informado sobre productos financieros específicos que le sean de su interés. Por ello, la divulgación efectiva y transparencia en el proceso de publicidad protege al consumidor inexperto que no posee la información necesaria y garantiza una conducta empresarial responsable⁵⁶.

Uno de los ámbitos donde más se ha reiterado la importancia de la aplicación de los principios de información y transparencia ha sido en el de los conflictos de intereses por parte de los operadores financieros y los agentes autorizados, quienes, al vender un producto financiero deberán informar a los consumidores sobre los posibles conflictos de interés que existan. Asimismo, deberán mantener a los consumidores informados sobre la legalidad o no de estos conflictos de interés antes de contratar algún producto o servicio financiero. Los agentes autorizados se verán igualmente obligados a informar a los consumidores sobre su identidad, cualquier relación con los proveedores de servicios financieros y la responsabilidad del consumidor para con la entidad financiera y con el agente autorizado⁵⁷. Todo lo anterior es especialmente importante ya que la contratación de productos y/o servicios financieros puede acarrear consecuencias no siempre positivas para el consumidor, especialmente a largo plazo.

En resumen, deben existir medidas específicas de divulgación que incluyan advertencias sobre los productos y servicios financieros más complejos, así como los riesgos que estos conllevan. Específicamente, se deberán poner de relieve los costos y los riesgos específicos para el consumidor⁵⁸. En este sentido, para la venta y publicidad de los productos financieros más complejos, se deberá poner a disposición del consumidor:

- Un formulario estandarizado claro, conciso y fácilmente comprensible que contenga toda la información que permita al consumidor financiero comprender las características y riesgos del producto clave, y que contenga información que facilite la comparación con otros productos. Este documento se deberá proporcionar de forma gratuita a los consumidores.
- Información sobre los riesgos o problemas experimentados con productos específicos. Idealmente, el proveedor de servicios financieros o sus agentes autorizados llevarán a cabo pruebas con dichos productos e informarán a los reguladores y a los supervisores para que estos pueden emitir alertas de riesgo destinadas al público a través de sus sitios web o a través de otros medios apropiados.
- Para los productos más complejos, los reguladores y/o supervisores podrán establecer un régimen de pre-aprobación de los documentos de información que deberán entregarse a los consumidores. Este escrutinio será clave para garantizar el cumplimiento de la normativa vigente y para impedir la divulgación de información engañosa.
- Los consumidores, por su parte, deberán ofrecer a los proveedores de servicios financieros toda la información relevante, precisa y disponible sobre sus circunstancias financieras para que estos puedan evaluar plenamente la situación y el riesgo, así como, las expectativas financieras que el consumidor realmente desea tomar⁵⁹.

4.2 Principio 9 – El derecho a interponer reclamaciones y denuncias

Este principio establece que se deberá asegurar a los consumidores el acceso rápido y sencillo a un sistema de quejas y reclamaciones, de bajo coste, independiente, justo y eficiente. A pesar de la existencia en la actualidad de un sinnúmero de mecanismos para la tramitación de quejas y reclamaciones, y para la resolución de conflictos en la mayoría de países, el Código de Buenas Prácticas sobre Protección del Consumidor Financiero⁶⁰, publicado por el Banco Mundial, recomienda:

- La existencia en cada jurisdicción de un único punto de contacto para la recepción de quejas y reclamaciones.

- La existencia de un mecanismo asequible, profesional, independiente, eficiente y respetado, como un *Ombudsman* Financiero o una institución equivalente con capacidad para llevar a cabo el cumplimiento de la ley.
- La existencia de mecanismos internos, por parte de los proveedores de servicios financieros y agentes autorizados, para la tramitación de las reclamaciones y reparación de los daños causados a los clientes.
- La exigencia a los prestadores de servicios financieros y agentes autorizados, por parte de los reguladores y supervisores, que cuenten con procedimientos claros para el manejo interno de reclamaciones y reparación de daños a los consumidores, que sean transparentes y de fácil acceso para estos, con poco o ningún costo directo.
- Sobre este último punto, las entidades bancarias y los proveedores de servicios financieros así como los agentes autorizados garantizarán que toda la información de reclamaciones sea clara y comprensible e incluya los detalles sobre métodos de resolución de conflictos extrajudiciales, también denominado Resolución Alternativa de Conflictos (*Alternative Dispute Resolution* o ADR por sus siglas en inglés)⁶¹.

Cabe resaltar, por otra parte, que un enfoque efectivo se basa en el registro de las quejas y reclamaciones, de manera que, después de un período determinado de tiempo se proporcione toda la información necesaria sobre las mismas al regulador y supervisor, de acuerdo a lo estipulado por la ley. Los reguladores y supervisores, por su parte, establecerán normas claras e informarán a sus clientes sobre el proceso para interponer quejas o reclamaciones a través de los propios servicios internos de supervisión, así como de la existencia de mecanismos de resolución de conflictos.

Además, el personal encargado de recibir y tratar las quejas y reclamaciones deberá hacerlo objetivamente tratando cada reclamación de la forma más diligente y en un plazo de tiempo razonable. En lo posible, las entidades financieras deberán utilizar los sistemas de tecnología más avanzados así como los portales web, para facilitar la presentación de reclamaciones online de una manera eficiente.

Por último, en materia de conservación de los datos sobre las quejas y las reclamaciones interpuestas a través de los sistemas de resolución alternativa de disputas, en la medida que lo permita la ley, la respectiva

información debería constar en un informe anual público, el cual incluya toda la información sobre los casos tratados y sus resultados. Esto ayudará a que los reguladores revisen el impacto de las reclamaciones y afecten el comportamiento de las entidades financieras, a fin de cambiar su comportamiento e incentivarlas a ejercer conductas empresariales responsables.

4.3 La aplicación del derecho a la información y a la transparencia en el sector financiero

En Estados Unidos, las principales leyes financieras incluyen numerosas disposiciones sobre divulgación de información y derecho a la transparencia en materia protección del consumidor financiero, y fueron básicamente diseñadas para el control del proceso de emisión de préstamos hipotecarios, la protección de los clientes y sus datos personales, además de la regulación sobre las prácticas de las entidades financieras emisoras de préstamos. Por otra parte, las leyes estatales actuales que regulan el proceso de otorgamiento de créditos también incluyen disposiciones relativas a la divulgación e información y garantizan la protección del consumidor financiero. A continuación mencionaremos las principales normas federales relativas a la protección al consumidor en Estados Unidos.

– La Ley sobre la Divulgación de los Préstamos (*Truth in Lending Act* o TILA por sus siglas en inglés), aprobada originalmente en 1969, forma parte en la actualidad del Acta Uniforme de Protección del Crédito al Consumidor⁶². Esta ley federal establece los requisitos sobre divulgación, concretamente en materia de costes de financiación, tipo de interés anual, número de pagos, precio final del contrato o de los productos financieros, etc. Por otra parte, esta ley regula los requisitos aplicables a las entidades de préstamos así como los derechos de rescisión de los consumidores; concretamente, esta ley permite que los consumidores ejerzan su derecho de retractación en los 3 días desde que se produjo el préstamo o se formalice el contrato. Esta ley aplica a todos los tipos de crédito, es decir, préstamos hipotecarios, para automóviles, o de tarjetas de crédito. El objetivo final de la TILA es la protección del consumidor en las operaciones con las entidades financieras y de los acreedores de manera que los consumidores

conozcan sus derechos⁶³. Esta ley ha sufrido numerosas enmiendas a través de las leyes de Ley de Justos Cobros (*Fair Credit Billing Act* o FCBA por sus siglas en inglés), la Ley de Reforma y Simplificación de la Divulgación de Préstamos (*Truth in Lending Simplification and Reform Act of 1980* o TILSRA por sus siglas en inglés) o de la Ley de Reporte de Crédito Justo (*Fair Credit Reporting Act* o FCRA por sus siglas en inglés).

– La Ley de Reinversión en la Comunidad (*Community Reinvestment Act* o CRA por sus siglas en inglés) que fue emitida en 1977 con el propósito de incentivar a las instituciones financieras a ayudar a las comunidades en donde ellas se encuentran, para que sus pobladores – especialmente aquellos con ingresos medios y bajos – puedan satisfacer sus necesidades de financiamiento. Esta ley exige que estas instituciones financieras sean evaluadas periódicamente⁶⁴. Esta ley ha sufrido numerosas enmiendas, la más reciente en 2008 respecto a la necesidad de la concesión del crédito para estudiantes de bajos recursos. Para ello, el presidente de la Reserva Federal se comprometió a asegurar dichos préstamos.

– La Ley Sobre la Igualdad de Oportunidad de Crédito (*Equal Credit Opportunity Act* o ECOA por sus siglas en inglés), que fue adoptada en 1975 con el objetivo, similar al de la *Fair Housing Act*, de prohibir la discriminación en base a sexo, raza, estado civil, religión, origen, edad o recibo de asistencia pública, en las solicitudes de crédito en general⁶⁵. ECOA regula el contenido de las solicitudes de crédito, y la existencia de preguntas en las mismas, entre otros puntos.

– La Ley Sobre Divulgación de Créditos Hipotecarios (*Home Mortgage Disclosure Act* o HMDA por sus siglas en inglés), la cual requiere a los prestamistas hipotecarios el reporte periódico sobre los préstamos al público, tanto de los otorgados como de los denegados⁶⁶.

– La Ley Federal de Reporte de Créditos (*Federal Credit Reporting Act* o FCRA por sus siglas en inglés) fue adoptada en 1978 y tiene como objetivo la promoción de la exactitud y el aseguramiento de la privacidad sobre la información crediticia de los consumidores que existe en las agencias de crédito (comúnmente llamadas *credit bureaus*).

– La Ley sobre las Prácticas Justas de Cobranza de Deuda (*Fair Debt Collection Practices Act* o FDCPA por sus siglas en inglés) que fue

emitida en 1977 y que prohíbe a las empresas de cobranza (incluyendo a bancos que realizan su propia colección de acreencias) el uso de ciertos métodos abusivos de cobranza en contra de los consumidores, fomentando así el cobro justo de las acreencias bancarias. Esta norma prohíbe el uso de prácticas injustas, engañosas y abusivas, incluyendo el sobrecargo y el acoso. Entre otros puntos, adicionalmente, la FDCPA prohíbe la divulgación de la información de la deuda de los consumidores a terceras personas⁶⁷.

– La ley *Gramm-Leach-Bliley* de 1999, que fue adoptada y se ocupa, entre otros, de la protección de los datos personales de los consumidores financieros, principalmente limitando la cantidad de información acerca de los clientes que se puede compartir con las agencias de recaudación de deudas, protegiendo la información confidencial del consumidor financiero. Esta ley prohíbe igualmente el uso de cualquier pretexto para obtener la información financiera de cualquier consumidor.

En relación con los créditos hipotecarios, podemos resaltar las siguientes normas adicionales:

– La Ley sobre la Igualdad en la Vivienda (*Fair Housing Act* o FHA por sus siglas en inglés) que regula la prohibición de discriminación de acceso a la vivienda por razón de raza, sexo, religión u origen nacional⁶⁸;

– La Ley sobre los Procedimientos de Acuerdos de Bienes Inmuebles (*Real Estate Settlement Procedures Act* o RESPA por sus siglas en inglés), adoptada en 1974 e implementada gracias al Reglamento X del Departamento de Vivienda de los Estados Unidos⁶⁹. Esta ley cubre la compra de préstamos, el refinanciamiento de préstamos, los préstamos para la mejora del hogar, las líneas de crédito para las propiedades. Exige también a los consumidores que presten toda la información necesaria a las entidades financieras. Asimismo, limita el aumento indiscriminado en los costes del cierre de los préstamos y establece el uso de los estimados de precios basado en la buena fe. Esta ley sufrió numerosas enmiendas desde su aprobación;

– La Ley Nacional de Vivienda a Precios Razonable de 1990 (*National Affordable Housing Act* o NAHA por sus siglas en inglés) que incluyó

requisitos sobre la obligación de informar al consumidor en caso de que se transfiriese la venta o se asignase el contrato hipotecario a otra entidad; y,

– La Ley de Protección de los Nuevos Propietarios de Vivienda (*New Homeowner's Protection Act* o NHPA por sus siglas en inglés) que fue aprobada en 1998. Esta ley establece los derechos de los propietarios de viviendas y regula a los prestamistas hipotecarios en relación con la cancelación de los seguros de hipotecas privadas. Esta ley se aplica a las hipotecas constituidas a partir del 29 de julio de 1999⁷⁰. Cabe indicar finalmente, que a su vez, la mayoría de estados han creado leyes estatales muy similares al modelo de protección creada por esta ley.

Por último, cabe destacar que, originalmente, la entidad encargada de hacer cumplir la ley y emitir reglamentos de posterior desarrollo de la ley, era el Consejo de la Reserva Federal. Sin embargo, a partir de junio de 2011, la potestad normativa, de acuerdo a la *Ley Dodd-Frank*, pasó a ser parte de la recién creada Oficina del Protección del Consumidor Financiero (*Consumer Financial Protection Bureau* o CFPB por sus siglas en inglés), que analizaremos a continuación.

4.4 Novedades en la supervisión bancaria en los Estados Unidos tras la crisis financiera

A nivel federal, el cambio más significativo que se produjo en los últimos cinco años fue la creación de una agencia federal de protección del consumidor financiero de carácter independiente dentro del Sistema de la Reserva Federal denominada Oficina de Protección del Consumidor Financiero (*Consumer Financial Protection Bureau* o CFPB por sus siglas en inglés). Dotada con un presupuesto de más de 500 millones de dólares, esta oficina está encargada de llevar a cabo la protección del consumidor financiero que hasta entonces estaba siendo llevada a cabo por, entre otros organismos reguladores federales, la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission* o FTC por sus siglas en inglés), la Corporación de Seguros Federal de Depósitos (*Federal Deposit Insurance Corporation* o FDIC por sus siglas en inglés), la Administración Nacional de las Uniones de Crédito (*National Credit Union Administration* o NCUA por sus siglas en inglés), e inclusive el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano

(*Department of Housing and Urban Development* o DHUD por sus siglas en inglés). Cabe indicar que la nueva oficina está autorizada para colaborar con la FTC o con cualquier otra agencia estatal o federal con la que pueda llevar tareas de supervisión⁷¹.

En 2012, el presidente Obama designó por primera vez un director para esta oficina. El cargo de presidente de la CFPB es designado directamente por el presidente de los Estados Unidos y confirmado por el parlamento por un periodo de 5 años. Dentro de la CFPB hay tres unidades, cada una con diferentes departamentos:

1. La Unidad de Investigaciones;
2. La Unidad de Asuntos de la Comunidad; y
3. La Unidad de Unificación de Quejas y Seguimiento de las mismas.

A la vez, existen cuatro oficinas diferentes:

1. La Oficina de Préstamos e Igualdad de Oportunidades;
2. La Oficina de Educación Financiera;
3. La Oficina de Asuntos de los Miembros de Servicio; y
4. La Oficina de Protección Financiera de las Personas Mayores.

Dentro de la CFPB también se ha establecido un Consejo Asesor y un Fondo de Sanciones Civiles para el Consumidor. El Consejo Asesor está compuesto por seis miembros nominados por los presidentes de la Reserva Federal, y se reúne una vez al año. Por su parte, el fondo está destinado a asistir a las víctimas de actividades ilegales por parte de las entidades financieras. El presupuesto anual para el año fiscal de 2013 fue de 541 millones de dólares, mientras que para el 2014 fue de 97 millones de dólares⁷².

La CFPB está capacitada, entre otros aspectos, para llevar a cabo:

(i) La investigación y monitoreo de quejas interpuestas por parte del consumidor;

(ii) La publicación de información relevante del funcionamiento de los mercados para la protección del consumidor;

(ii) La supervisión de las entidades sometidas a las leyes federales financieras; y,

(ii) La emisión de reglas, órdenes y una guía para la aplicación de la ley del consumidor financiero⁷³.

De manera concreta, la CFPB tiene poderes de supervisión sobre “entidades no depositarias cubiertas” y grandes bancos, uniones de crédito

y asociaciones de ahorro. Una “entidad no depositaria cubierta” es aquella distinta a un banco, que lleva a cabo la intermediación o la emisión de préstamos asegurados por bienes muebles para uso de los consumidores, o que ofrece o proporciona préstamos de carácter educativos al consumidor, y que de acuerdo a la CFPB, suponga un riesgo para los consumidores.

Respecto a la supervisión de los grandes bancos, asociaciones de ahorro y uniones de crédito, la CFPB tiene competencia exclusiva para examinar cualquier institución asegurada cuando el total de los activos supere los 10.000 millones de dólares por parte de cualquier afiliada. El resto de instituciones que no posean 10.000 millones de dólares en activos también estarán sometidas a supervisión por parte de la CFPB, pero solo en lo necesario para el apoyo y/o aplicación de las leyes del consumidor financiero y para determinar los riesgos que estos pueden suponer para los consumidores y para el mercado financiero⁷⁴.

Por otro lado, la CFPB está encargada de la regulación de la oferta y la distribución de productos financieros y de servicios de acuerdo a las leyes financieras federales. La Ley *Dodd-Frank* define explícitamente qué se entiende por “productos de consumo financiero” regulados por la CFPB. Además, la CFPB también supervisa las diversas actividades bancarias, incluyendo la emisión y concesión de créditos, la extensión o la intermediación de arrendamientos financieros de bienes personales o bienes inmuebles, los servicios relativos a la evaluación de los bienes inmuebles o bienes personales, así como a aquellas actividades de depósitos, venta, servicio o emisión de valor o instrumentos de pago. Por último, la labor más importante desempeñada por la CFPB consiste en dar consejo a los consumidores financieros sobre servicios, prestaciones e instrumentos financieros que la CFPB considere fundamentales.

4.5 Funcionamiento de la Oficina de Protección del Consumidor Financiero – CFPB

Cuando la CFPB detecta que se ha producido una violación de una ley federal de protección al consumidor, puede ejercer su potestad para dar cumplimiento a las leyes y sancionar a la institución infractora. Cabe mencionar que la CFPB está obligada a llevar a cabo operaciones conjuntas con la FTC para el cumplimiento de las leyes. En estos casos,

ambas agencias pueden llevar acciones separadas o conjuntas en contra de aquellas entidades que infrinjan la legislación⁷⁵.

La CFPB, de acuerdo a la ley de su creación, además, tiene legitimidad para interponer demandas civiles. En estos casos, la FTC puede unirse como parte demandante. La interposición de una demanda por cualquiera de las causas estipuladas en la ley se da con el objetivo de prevenir que un operador de servicios financieros o una persona cubierta por la ley lleven a cabo prácticas injustas, abusivas o engañosas (definidas por las leyes federales) en cualquier transacción futura realizada con un consumidor. La CFPB tiene además la potestad de solicitar cualquier información y aplicar cualquier normativa que sea necesaria para llevar a cabo sus obligaciones. También, la CFPB puede obligar a que la institución financiera suministre al consumidor toda la información relativa a un producto financiero, a excepción de la información confidencial o la información que no esté disponible en el día a día del negocio.

Por último, el secretario del Tesoro, a petición del director de la CFPB, designará a un mediador de préstamos para asistir (de manera educativa) a los consumidores. Este mediador está encargado de colaborar con el Departamento de Educación a fin de supervisar la distribución de préstamos federales de carácter educativos, de responder a las quejas presentadas por los prestamistas, y de redactar recomendaciones al director de la CFPB, al secretario del Tesoro, al secretario de Educación, a los comités bancarios, al Comité sobre Salud, Trabajo y Pensiones del Senado, al Comité sobre Asuntos Financieros, y al Comité de Educación y Trabajo de la Cámara de Representantes.

4.5.1 Poderes de la CFPB y de los Estados en materia de protección del consumidor financiero

La CFPB cuenta con una serie de mecanismos para la aplicación de leyes de protección del consumidor financiero. En primer lugar, cuenta con la potestad de investigación, es decir, esta oficina puede nombrar un funcionario para que lleve a cabo una investigación y determine si alguna institución financiera ha violado, de manera alguna, la ley financiera. Este mismo investigador tiene la capacidad de emitir una citación para que se lleve a cabo una audiencia administrativa, se presenten testigos, y se aporten todos los documentos relacionados con la investigación o la audiencia de un supuesto infractor⁷⁶.

Tras una investigación inicial, la CFPB puede determinar si procede o no a interponer una demanda formal. En caso de proceder con la demanda, el investigador solicitará a los tribunales la admisión de los documentos y pruebas que tengan contra el infractor. La audiencia será un juicio formal para determinar la culpabilidad o la inocencia del infractor y la supuesta violación de la ley federal. Estas decisiones serán objeto de apelación a través del Tribunal Federal de Apelaciones del Circuito donde se encuentre situada la oficina principal de la institución financiera. En caso de que el tribunal determine que es culpable, la penalidad es una multa, con la posibilidad de la apertura de un proceso penal⁷⁷.

No obstante lo anterior, cabe indicar que desde su creación en el año 2010, la CFPB ha logrado numerosos acuerdos con instituciones financieras acusadas de incurrir en prácticas de créditos y préstamos engañosos e injustos. En 2012, el banco *Discover*, por ejemplo, acordó el pago de 14 millones de dólares por una multa, además de 200 millones de dólares en restitución a 3,5 millones de consumidores por incurrir en prácticas de ventas engañosas que confundieron a los consumidores para que estos pagasen productos complementarios en sus tarjetas de crédito⁷⁸.

Por otro lado, a nivel estatal, los gobiernos trabajan conjuntamente como agencia de cumplimiento de las leyes estatales financieras, así como centros de asesoramiento y representación de los consumidores. En la mayoría de los cincuenta estados, los fiscales estatales están encargados del cumplimiento y la protección de las leyes financieras estatales. Como defensores del consumidor, estos fiscales estatales pueden interponer demandas en nombre del consumidor, y presentar acusaciones penales cuando lo permita la ley. Adicionalmente, pueden inclusive emitir reglas que gobiernen las prácticas de comercio. Es importante mencionar que la Asociación Nacional de Fiscales Generales (*National Association of Attorneys General*) facilita la cooperación entre los propios fiscales estatales para mejorar la protección efectiva del consumidor así como para el apoyo de la protección a través de los diferentes estados y los juicios⁷⁹. En las ciudades más grandes también puede haber una división de protección del consumidor o una oficina encargada de las investigaciones civiles y penales que correspondan.

Cuando un fiscal, a nivel estatal, conoce de una posible violación de las leyes de protección al consumidor, las agencias tienen autoridad para presentar una “demanda de investigación civil”. Las agencias pueden

solicitar a los afectados que aporten los documentos necesarios y que estos den testimonios orales sobre las posibles infracciones. Los fiscales pueden emitir estas órdenes cuando sospechen de la violación de las normas de consumo sin necesitar cumplir con el estándar de “causa probable”⁸⁰. En las investigaciones penales, sin embargo, el proceso se inicia a través de la figura del Gran Jurado y el estándar de prueba es “más allá de la duda razonable” (*beyond the reasonable doubt*). Las posibles violaciones deben resolverse ante un tribunal estatal compuestos por un juez y con un jurado, según la constitución y las leyes procesales estadounidenses⁸¹.

Debemos concluir indicando que tras la crisis, fueron muchos los acuerdos hipotecarios que se llevaron a cabo conjuntamente tanto a nivel estatal como a nivel federal para resarcir a los consumidores financieros y clientes bancarios que habían sido víctimas de malas prácticas bancarias. A modo de ejemplo, el mayor acuerdo llegó de la mano del Acuerdo Nacional sobre Hipotecas (*National Mortgage Settlement*), donde las cinco entidades emisoras de hipotecas más poderosas del país acordaron pagar más de 50.000 millones de dólares a los consumidores y a las agencias estatales y federales por prácticas inapropiadas en procesos de ejecución de hipotecas⁸². Además, estas empresas de servicios hipotecarios acordaron los estándares a nivel nacional, tanto de las antiguas como de las nuevas hipotecas, así como el nombramiento de una tercera parte encargada de la supervisión del cumplimiento de dicho acuerdo⁸³.

4.5.2 El rol del Ombudsman en la CFPB

La Oficina del *Ombudsman* o mediador financiero de Estados Unidos fue establecida por la Ley *Dodd-Frank*⁸⁴. El mediador es una figura de corte independiente, imparcial y creada para resolver temas relativos a la protección del consumidor financiero. Su labor es la de abogar por un proceso justo entre el consumidor, las empresas financieras y la CFPB. De esta manera, se pretende tener un eficiente sistema de resolución de conflictos entre empresas y consumidores, que beneficie tanto al consumidor como al mercado en general. Cabe indicar que, aunque se trata de un órgano completamente independiente, el *Ombudsman* depende de la oficina del subdirector de la CFPB. Asimismo, al ser un órgano imparcial, no puede tomar parte ni abogar por ninguna de las partes presentes en el proceso, incluyendo el consumidor. Adicionalmente, la información que el

Ombudsman reciba debe ser confidencial. No le está permitido compartir información con ninguna otra oficina o con ninguna otra persona sin la autorización de las partes involucradas, a menos que haya algún tipo de riesgo de fraude o lo exija la ley⁸⁵.

Para lograr con éxito la mediación en conflictos financieros, la Oficina del *Ombudsman* ha establecido un proceso que consiste en el análisis sistemático de conflictos, la revisión de datos de consulta, solución de problemas, el diálogo entre las partes y otras diversas opciones para lograr una posible solución. Su objetivo es trabajar y ayudar a las partes interesadas para que se puedan resolver los diferentes problemas de una manera más formal.

De acuerdo a la información disponible en la página web del *Ombudsman*, se recomienda a los consumidores que tengan algún problema a la hora de utilizar el proceso de reclamaciones de la CFPB, o a las entidades bancarias y no bancarias que deseen revisar o discutir cualquier tema que haya surgido en materia de supervisión o cumplimiento de las leyes, que entren en contacto directo con el *Ombudsman*. En sus más recientes informes anuales, la Oficina del *Ombudsman* destacó la importancia de educar a la industria financiera sobre la figura de la mediación. En el año 2014 precisamente, la Oficina del *Ombudsman* revisó los procesos establecidos y sus políticas de inspección, y emitió varias recomendaciones para estandarizar los procesos de inspección llevados a cabo por la CFPB. En este sentido, el *Ombudsman* ayudará a las entidades financieras a entender el proceso de exámenes e inspección de las mismas⁸⁶. Por último, es fundamental que los consumidores y las entidades se involucren en esta reforma, y para ello deben colaborar con el *Ombudsman*.

5. La supervisión financiera en Portugal

Al igual que en muchos países, el sistema financiero de Portugal presenta un modelo de supervisión institucional con una clara distinción entre los tres segmentos de los mercados, el sector bancario, de valores y de seguros. El modelo de supervisión financiero de Portugal aspira a garantizar la estabilidad y la eficiencia del sistema financiero. Por su parte, la regulación pretende prevenir el riesgo sistémico, es decir, la posibilidad de que acontezca un evento no anticipado que pueda afectar al sistema

financiero en su conjunto. Por ello, la única forma de llevar a cabo este objetivo es la existencia de reglas de control destinadas a las entidades que operan en el sistema financiero, de manera que se garantice una confianza en el mismo.

De acuerdo a su normativa, el Banco de Portugal tiene la potestad de establecer reglas de conductas para las instituciones de crédito y las empresas financieras con el fin de asegurar la transparencia de la información ofrecida antes de la formalización del contrato, principalmente en lo que se refiere al marketing, para que ambas partes se encuentren en una posición de igualdad. Además, el BP permite a los clientes bancarios que puedan interponer las quejas sobre estas entidades financieras directamente ante el Banco de Portugal. Las tareas del BP respecto a las entidades financieras podríamos indicar que se reducen en estos tres puntos:

- Capacidad normativa, a través de la redacción y publicación de avisos e instrucciones de temas de derecho de información pre-contractual y límites sobre el marketing financiero;
- Potestad de supervisión, a través del sistema de inspecciones y revisión de quejas disponibles que aseguren la divulgación de la información pública, exacta y transparente, así como en la capacidad de dar cumplimiento a la ley y a la normativa del BP en cuanto a la mala conducta de las instituciones de crédito y las empresas financieras; y,
- Capacidad sancionadora, que permite que el BP pueda exigir el cumplimiento de la ley a las entidades financieras, o en caso contrario sean penalizadas.

Tras la crisis, como veremos a continuación, el alcance del BP se vio reforzado, especialmente en lo que se refiere al cumplimiento de las leyes financieras y a la aplicación de los principios de transparencia y veracidad de la información por parte de las entidades bancarias y las empresas que prestan servicios financieros.

5.1 La normativa relativa a la supervisión bancaria en Portugal

La supervisión de la conducta bancaria conlleva la revisión de la competencia de las entidades bancarias y financieras para desarrollar sus actividades y cumplir con los requisitos de transparencia, diligencia,

respeto, honestidad e integridad. Para ello, dichas entidades y el BP llevan a cabo actividades destinadas al aumento de la información, principalmente a través de las páginas web para los clientes bancarios. El BP es también supervisor de los mercados de préstamos hipotecarios, crédito al consumidor, y de ahorros. Basándose en sus competencias, el BP emitirá la normativa correspondiente en su ámbito de competencia, y llevará a cabo inspecciones para determinar si las instituciones están actuando de acuerdo al marco legal y regulador. En los casos en los que el BP detecte alguna irregularidad se podrán emitir recomendaciones o decisiones así como instituir proceso por serias violación de la normativa o iniciar un proceso legal por incumplimiento. La supervisión de la conducta de las instituciones de crédito del Banco de Portugal se enmarca dentro de la supervisión de la conducta bancaria, que se encuentra regulada por el Decreto-Ley 1/2008 de 3 de enero, incluida en el Régimen General de las Instituciones de Crédito y Sociedades Financieras (RGICSF)⁸⁷. Además, esta capacidad supervisora viene también establecida por la Ley Orgánica del Banco de Portugal⁸⁸ y la Ley de Instituciones de Pago. Concretamente, podemos ver que la regulación de la función supervisora viene recogida en los siguientes artículos:

- Los artículos 91 y 93A del RGICSF, que permiten trazar una contraposición entre la Superintendencia de los mercados monetario, financiero y cambiario que compete al Ministerio de Finanzas, y la Supervisión de las Instituciones de Crédito que compete al BP⁸⁹;
- El artículo 92 de la RGICSF, de acuerdo a la redacción dada por el Decreto Legislativo 201/2012, del 26 de septiembre, también estipuló que el BP está encargado de la orientación y la fiscalización de los mercados monetarios y financieros, “teniendo en cuenta la política económica y social del gobierno”⁹⁰;
- En los términos del artículo 197/1 del RGICSF, la supervisión de las empresas financieras también corresponde al BP, con aplicación de las mismas reglas, salvo las adaptaciones necesarias;
- El artículo 199-B del RGICSF establece que el BP es el organismo encargado de la supervisión de las empresas de inversión y de las empresas gestoras de fondos de inversión mobiliaria;
- El artículo 16 de la actual Ley Orgánica del BP contiene la competencia del Banco de Portugal en cuanto a los mercados

financieros, de acuerdo con las normas adoptadas por el BCE. Este artículo dice que compete al Banco de Portugal regular los mercados e intervenir cuando sea necesario, en especial en relación con las tasas de interés y de cambio, recibir las reservas de caja y colaborar en la ejecución de otros métodos operativos de control monetario que el BCE establezca, y establecer las condiciones a las que deban someterse las instituciones autorizadas a ejercer comercio de cambios; y,

– En el artículo 17 de su actual Ley Orgánica también dice que corresponde al BP la función de supervisión sobre las instituciones de crédito; y

– Por último, el artículo 16-A de la Ley Orgánica, de acuerdo al Decreto Ley 142/2013, del 18 de octubre, viene a destacar la calidad del Banco de Portugal como “autoridad macroprudencial nacional”. Concretamente, en su párrafo primero dice que corresponde al Banco de Portugal “definir y ejecutar la política macroprudencial, identificar y valorar los riesgos sistémicos, así como proponer y adoptar medidas de prevención, mitigación o reducción; así como de reforzar la resistencia al sistema financiero”.

5.2 Supervisión de las entidades financieras para lograr una mayor transparencia en la información

El Banco de Portugal supervisa las actividades de las entidades financieras de manera que estas se ajusten a la normativa y a los principios sobre veracidad y transparencia en la publicidad y la comercialización de productos financieros. Uno de los principales objetivos del BP en la supervisión de los mercados financieros es aumentar la transparencia y la veracidad de la información destinada los clientes bancarios, minimizando las asimetrías informativas, ya que las entidades bancarias tienen una mayor información y una mejor comprensión de los productos financieros, así como de los servicios ofertados por dichas entidades. De lo contrario, el cliente no podrá evaluar correctamente el coste o los beneficios asociados con dichos productos⁹¹.

Antes de la formalización de los contratos, el cliente debería poder analizar, basándose en la información suministrada por las entidades bancarias y financieras, los términos y condiciones del contrato. Por ello, la información suministrada por los bancos deberá ser clara y transparente permitiendo los consumidores evalúen adecuadamente los riesgos y

puedan comparar dichos productos. En este sentido, el tipo de interés de los productos financieros es el componente más significativo del precio final. Por ello, es fundamental que el consumidor tenga esta información de antemano, inclusive todos los demás costes como comisiones o penalidades en caso de impago. A continuación, señalaremos las normas relativas al deber de informar en el mercado portugués.

5.3 Marco regulador del deber de informar en el derecho portugués

En el caso de Portugal, existen preceptos generales sobre el derecho de informar relativos a la protección del consumidor, y preceptos específicos para el sector bancario. Así, por ejemplo, encontramos que en el capítulo II del RGICSF se regulan las relaciones de las entidades de crédito con los clientes. En su artículo 77, concretamente, se incluyen los deberes de información y de asistencia, de los cuales resaltamos los siguientes⁹²:

1. Las instituciones de crédito deben informar con claridad a los clientes sobre la remuneración que ofrecen por los fondos recibidos y los elementos que caracterizan a los productos ofertados, sobre el precio de los servicios prestados y otros cargos que el cliente deba pagar;
2. En particular, en el ámbito de la concesión de crédito al consumo, las instituciones autorizadas a conceder crédito deben prestar información adecuada antes de la celebración del contrato de crédito, en papel o en otro soporte duradero, sobre las condiciones y el costo total del crédito, las obligaciones y los riesgos asociados a la falta de pago, tanto por estas instituciones así como por las empresas intermediarias. Por ejemplo, se debe incluir la respectiva Tasa Anual de Encargos Efectiva Global (TAEG)⁹³, indicada a través de ejemplos que sean representativos;
3. Los contratos celebrados entre las instituciones de crédito y sus clientes deberán contar con toda la información necesaria y deben ser redactados de forma clara y concisa;
4. El Banco de Portugal regula, por aviso, los requisitos mínimos que las instituciones de crédito deben cumplir cuando divulguen al público las condiciones en las que prestan sus servicios; y,

5. El Banco de Portugal establecerá, además, por aviso, las reglas obligatorias sobre el contenido de los contratos entre las instituciones de crédito y sus clientes, para garantizar las condiciones de préstamo de los correspondientes servicios.

Asimismo, existen las siguientes disposiciones legales en el sistema jurídico portugués referidos al tema del presente acápite.

- El artículo 75 del RGICSF se refiere al deber de informar a los clientes sobre la remuneración ofrecida por los productos y por los precios del servicio prestado;
- El Decreto Ley 51/2007, del 7 de marzo, regula las prácticas comerciales de las instituciones de crédito y asegura la transparencia de la información por estas prestadas en el ámbito de crédito habitacional, alterado por el último Decreto Ley 226/2012, del 18 de octubre;
- El Aviso nº 8/2009, del 23 de setiembre, del Banco de Portugal, trata de los múltiples deberes bancarios mínimos de información;
- El Decreto Ley 133/2009, del 2 de junio, alterado por el Decreto Ley 42-A/2009, del 28 de marzo, sobre el crédito al consumo con un largo deber de informar; y,
- El Decreto Ley 95/2006, del 21 de mayo, sobre la contratación de productos financieros a distancia.

5.4 Transparencia en la publicidad proporcionada por las entidades bancarias

La información proporcionada por las entidades bancarias y las empresas financieras resulta fundamental en la toma de decisiones del cliente, especialmente en cuanto a la publicidad se refiere. Cabe decir que la información disponible afecta e influye en los consumidores. Es por ello, que toda esa información debe someterse a los principios de veracidad y transparencia. El Banco de Portugal se basa en tres principios fundamentales en cuanto a la transparencia y la veracidad de la información al consumidor se refiere⁹⁴:

- Las entidades bancarias y financieras son responsables del cumplimiento de las leyes y las normas sobre publicidad y veracidad de la información de los consumidores;

- El BP está encargado de la supervisión de todos los contenidos relativos a la publicidad financiera en los medios de comunicación, especialmente aquellos que pueden conllevar un mayor riesgos para los clientes, así como de la supervisión del contenido de dicha publicidad cuando haya indicios del comportamiento irregular por parte de las instituciones de créditos o de las empresas financieras; y,
- Lo principal en materia de promoción y supervisión es transparencia, veracidad, equilibrio, legalidad y proteger el derecho de los consumidores a información clara. Y este modelo aplica tanto para las instituciones de crédito como para las empresas financieras sujetas a la supervisión del BP respecto al material publicitario a través de los medios de comunicación, por escrito u oral.

5.5 Novedades en la supervisión del sistema financiero en Portugal

Tras el estallido de la crisis financiera, y a fin de mejorar el sistema de protección del consumidor financiero en Portugal, se crearon el Departamento de Supervisión de la Conducta Bancaria (DSCBP) y la figura del *Ombudsman* o mediador de crédito. Ambos pretenden solucionar problemas y obstáculos que los consumidores financieros encuentran en la práctica cuando las entidades bancarias no conceden sus pretensiones.

5.5.1 Departamento de Supervisión de la Conducta Bancaria

El Departamento de Supervisión de la Conducta Bancaria del Banco de Portugal (*Departamento de Supervisão Comportamental* o DSCBP por sus siglas en portugués) surgió en 2008, y comenzó originalmente siendo una unidad dentro del Departamento de Supervisión Bancaria del Banco de Portugal⁹⁵. La nueva unidad tuvo desde el primer día una tarea clara y específica, la supervisión de las entidades financieras sujetas al Banco de Portugal a fin de proteger al consumidor financiero, así como otras responsabilidades completamente separadas de la supervisión prudencial. Desde el inicio, el director adjunto de la unidad de Supervisión de la Conducta Bancaria se reportaba al vice gobernador del Banco de Portugal, lo que proporcionaba a dicha unidad un cierto grado de independencia. En 2011, esta unidad se convirtió en un departamento autónomo gracias a que el Departamento de Supervisión Bancaria se dividió en dos: el

Departamento de Supervisión Prudencial y el Departamento de Supervisión de la Conducta Bancaria. Esto le permitió operar como un departamento aún más independiente.

La estrategia del DSCBP fue la de establecer un avance gradual en la regulación, las políticas de acción en las áreas más necesitadas de reforma, como por ejemplo, la publicidad y transparencia en el mercado de depósitos, la publicidad de los precios en el mercado hipotecario, y el crédito al consumidor.

El derecho a interponer una queja le pertenece a cualquier cliente ya sea persona individual o empresa que desee reclamar la actuación de una entidad bancaria

En la Memoria Anual de Supervisión de la Conducta Bancaria del año 2014, publicada por el Banco de Portugal⁹⁶, se establece que el DSCBP ha estudiado a fondo los casos de la regulación y supervisión de la conducta de las instituciones de crédito con clientes respecto a las prácticas de venta y divulgación de la información sobre los productos y servicios financieros. Además, durante los últimos años, el DSCBP ha reforzado las reglas de conducta y de transparencia a las que están sujetas las entidades de crédito, implementando

iniciativas para que dichas entidades proporcionen la información necesaria a los consumidores financieros, y estos tomen decisiones adecuadas. Otro de los principios que el DSCBP ha seguido de cerca es la promoción de la educación financiera. Asimismo, una de las labores más importantes que le han sido asignadas al DSCBP fue la de realizar inspecciones periódicas para desarrollar estudios de la conducta del mercado bancario. Finalmente, el DSCBP es también la institución encargada de gestionar las quejas y los pedidos de información solicitados por los clientes bancarios.

Por su parte, en materia de reclamaciones, los clientes bancarios tienen, en primer lugar, derecho a interponer una queja o presentar una reclamación ante una entidad bancaria o institución financiera que haya actuado de manera errada durante la formalización de un contrato o en la venta de cualquier producto financiero. El derecho a interponer una queja le pertenece a cualquier cliente ya sea persona individual o empresa que desee reclamar la actuación de una entidad bancaria o una empresa financiera registrada con el Banco de Portugal. La queja debe estar relacionada con

las actividades de la institución de crédito o financiera. Para ello, el cliente deberá cumplimentar un formulario que la institución financiera tendrá a disposición del consumidor. Por otro lado, el Banco de Portugal publicará anualmente un informe que contiene todas las quejas y reclamaciones presentadas por los consumidores recibidas directamente por las entidades bancarias y aquellas que les remitieron por las entidades financieras, dentro del ámbito de revisión del Banco de Portugal. Los informes identifican los principales motivos de las quejas y reclamaciones, así como el resultado de la queja y el trato conferido. La intervención del Banco de Portugal no conlleva la resolución estricta de los temas contractuales entre las instituciones de crédito y sus clientes. En caso de que ambas partes no pudiesen llegar a un acuerdo, la queja o reclamación deberá ser analizada por un tribunal judicial o un tribunal arbitral⁹⁷.

5.5.2 Mediador de crédito en Portugal

La figura del mediador de crédito en Portugal fue introducida por el Decreto-Ley 144/2009, de 17 de junio, tras el estallido de la crisis financiera. El mediador está encargado de la defensa y la promoción de los derechos, garantías e intereses de los consumidores financieros, así como de la asistencia a las entidades de crédito, en cuanto a la concesión del crédito – en especial del crédito a la vivienda, aunque también para el crédito personal o a las empresas. Su objetivo principal es el de contribuir a la mejora de acceso al crédito y el control del sistema financiero.

El mediador debe aspirar a mejorar la comunicación entre las partes a través de una alternativa a la resolución de litigios en los tribunales, de manera que sea posible un entendimiento entre las instituciones de crédito y los clientes bancarios. Por otra parte, dada la importancia de que los consumidores estén cada vez más familiarizados con los productos y servicios financieros, la Oficina del Mediador de Créditos debe constituirse como promotor de la educación financiera⁹⁸. Para todo ello, el mediador dará cumplimiento a la normativa financiera, y a los compromisos y obligaciones que el Banco de Portugal tenga asignados en materia de contratos de concesión de crédito.

En concreto, el mediador de crédito será competente para emitir recomendaciones sobre la normativa de concesión de crédito de acuerdo a las siguientes normas:

- El Decreto-Ley 64/2014, de 26 de agosto, que aprueba el régimen de concesión de crédito bonificado a la vivienda de personas discapacitadas;
- El Decreto-Ley 58/2013, de 8 de mayo, que establece las nuevas normas aplicables a la clasificación y cuenta de los plazos de las operaciones de crédito, las tasas de interés compensatorias, la capitalización de tasas de interés y de la mora del deudor;
- La Ley 57/2012, de 9 de noviembre, que procede a una segunda modificación al Decreto-Ley 158/2002, de 2 de julio, permitiendo el reembolso del valor de planes de ahorros para pagar cuotas del préstamo hipotecario;
- La Ley 58/2012, de 9 de noviembre (consolidada), que crea un régimen extraordinario de protección de deudores de crédito para vivienda en situación económica muy difícil;
- La Ley 59/2012, de 9 de noviembre, que crea salvaguardas para prestamistas de créditos para vivienda y modifica el Decreto-Ley 349/98, de 11 de noviembre;
- El Decreto-Ley 227/2012, de 25 de octubre, que establece principios y reglas a observar por las instituciones de crédito en la prevención y en la regularización de las situaciones de incumplimiento de contratos de crédito por los clientes bancarios y crea una red extrajudicial de apoyo a esos cliente bancarios en el ámbito de la regularización de esas situaciones;
- El Aviso 17/2012, de 4 de diciembre, del Banco de Portugal, que establece los deberes a observar por las instituciones de crédito en el ámbito de la prevención y regularización extrajudicial de las situaciones de incumplimiento de contratos de crédito, reglamentando lo dispuesto en el Decreto-Ley 227/2012, de 25 de octubre;
- El Decreto-Ley 133/2009, de 2 de junio (consolidado), que procede la transposición para la orden jurídica interna de la Directiva nº 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito a los consumidores; y,
- El Decreto-Ley 349/98, de 22 de noviembre (consolidado), que establece un nuevo Régimen Jurídico de la Concesión de Crédito a la Vivienda Propia.

En materia de resolución de disputas, el mediador de crédito solo actuará cuando las instituciones de crédito hayan emitido un primer informe o resolución no favorable al consumidor financiero, y en los casos en los que previamente se haya intentado resolver una queja a través de los servicios de resolución de reclamaciones de la entidad financiera sin que estos hayan satisfecho las pretensiones de los clientes bancarios en lo relativo a un producto o una situación crediticia. Por ejemplo, en la petición de una reestructuración de deuda, consolidación de deuda o renovación de acuerdos ya existente⁹⁹.

La mediación del BP no tiene costo alguno, y debe pedirse por escrito describiendo claramente la intención de las partes y fundamentando dicho escrito. A partir de este momento el mediador de crédito procederá al análisis de la petición de mediación para valorar si es admisible e informar al consumidor financiero y a la entidad bancaria si procediese. Las entidades financieras tendrán cinco días para contestar la decisión de la decisión del mediador sobre su admisión¹⁰⁰.

Conclusiones

Tras la crisis financiera, tanto Estados Unidos como Portugal se centraron en llevar a cabo una reforma de la normativa financiera relativa a la protección del consumidor financiero. A ello contribuyeron los compromisos firmados en el ámbito internacional por los gobiernos nacionales para la más que ansiada recuperación de la estabilidad financiera. Por otro lado, resulta fundamental reconocer que es necesario llevar a cabo una reforma estructural que conlleve un aumento de las responsabilidades de las entidades financieras para con los consumidores, siendo necesario el endurecimiento de las penas para aquellas entidades financieras que no cumplan con las nuevas leyes financieras.

Pese a las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos, financieros, y económicos de Estados Unidos y Portugal, la crisis demostró a ambos países que es necesario avanzar en temas de transparencia, divulgación de la información y de resolución alternativa de conflictos en el sector financiero. Todo esto ayudará al desarrollo e implementación de buenas conductas financieras, y a la ejecución de planes de acción acordados a nivel

internacional entre los gobiernos nacionales y las principales instituciones financieras mundiales.

En vista de todo lo anterior, proponemos las siguientes recomendaciones:

- Promover la transparencia en el sector bancario, a fin de que los productos financieros complejos que se publiciten y comercialicen cuenten con información específica, clara, sencilla, oportuna y comparable, especialmente en relación con las características y costos de los mismos, ayudando a que los consumidores puedan tomar una decisión informada;
- Reducir la asimetría informativa entre los consumidores y los proveedores del mercado financiero, a través de la distribución de la información por parte de las entidades financieras respecto a los productos y servicios que estas ofrecen, a fin de que los consumidores comprendan las transacciones en las que son parte, y de esta manera aumente la eficiencia de dichas transacciones;
- Reforzar la educación financiera de los consumidores, lo cual requerirá la participación conjunta de las entidades financieras, organizaciones de consumidores, e inclusive los organismos gubernamentales y de supervisión;
- Tomar en consideración y adaptar progresivamente a las normativas nacionales los principios y las buenas prácticas provenientes de los organismos internacionales especializados;
- Mejorar la normativa de protección del consumidor financiero, a través de la aprobación de reglas claras que tomen en cuenta las necesidades de los consumidores en el sector bancario. Asimismo, esta normativa debería regular el sobreendeudamiento así como las comisiones y otros gastos cobrados a los consumidores financieros que no tienen sustento en los costos reales en la contratación, permanencia o terminación de un producto o servicio financiero;

- Contar con una supervisión efectiva de los operadores financieros, lo cual implicará destinar mayores recursos a los órganos de control gubernamentales, ayudando a su vez a las asociaciones civiles destinadas a la protección de los consumidores; y,
- Mantener mecanismos alternativos de resolución de conflictos para los consumidores financieros. Estos mecanismos deberían ser independientes, rápidos, eficientes, y de bajo costo.

Notas

- * María Herrera Mellado. Estagiária no Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra em cooperação com a Universidade do Arizona. Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Granada.
1. Zunzunegui, F. (2008). *La Regulación Jurídica Internacional del Mercado Financiero*. En Revista de Derecho del Mercado Financiero. Descargado de <https://rdmf.files.wordpress.com/2008/05/zunzunegui-regulacion-juridica-internacional-mercado-financiero.pdf>
 2. William Black on the Deregulated Race to Financial Ruin (2012, 08 de octubre). *Wall of Controversy*. Descargado de <http://wallofcontroversy.wordpress.com/2012/10/08/william-black-on-the-deregulatedrace-to-financial-ruin/>
 3. Weissman, R. (2009, 22 de noviembre). *10 Años Después del Fin de la Ley Glass-Steagall. Desregulación Maníaca*. Descargado de <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2917>.
 4. *Id.*
 5. Allison, J. (2012, 10 de diciembre). *The Financial Crisis and the Bank Deregulation Myth*. The Cato Institute. Descargado de <http://www.cato.org/publications/commentary/financial-crisis-bank-deregulation-myth>.
 6. Rickards, J. (2012, 27 de Agosto). Repeal of Glass-Steagall Caused the Financial Crisis. *The U.S. News*. Descargado de <http://www.usnews.com/opinion/blogs/economic-intelligence/2012/08/27/repeal-of-glass-steagall-caused-the-financial-crisis>.
 7. Véase el texto completo de la Ley *Gramm-Leach-Bliley* en <https://www.sec.gov/about/laws/glba.pdf>.
 8. Crawford, C. (2011). *The Repeal of the Glass-Steagall Act And The Current Financial Crisis*. Journal of Business & Economics Research. Descargado de <http://www.unarts.org/H-II/ref/949-3747-1-PB-1.pdf>.
 9. Weissman, R. (2009, 19 de noviembre). Reflections on Glass-Steagall and Maniacal Deregulation. *Common Dreams*. Descargado de <http://www.commondreams.org/views/2009/11/12/reflections-glass-steagall-and-maniacal-deregulation>.
 10. *Id.*

11. Newsmax (2008, 01 de octubre). *Clinton: Deregulation Not to Blame for Crisis*. Descargado de <http://www.moneynews.com/StreetTalk/deregulation/2008/10/01/id/325666>.
12. White, L. (2015, 28 de junio). *The Gramm-Leach-Bliley Act of 1999: A Bridge Too Far? Or Not Far Enough?* Descargado de http://web-docs.stern.nyu.edu/old_web/economics/docs/workingpapers/2010/White_The%20Gramm-Leach-Bliley%20Act%20of%201999.pdf.
13. *Id.*
14. Time (2015, agosto 27). *25 People to Blame for the Financial Crisis*. Descargado de <http://content.time.com/time/specials/packages/completelist/0,29569,1877351,00.html>.
15. The Economist (2008, 22 de septiembre). *Who's at Fault?* Descargado de http://www.economist.com/blogs/freeexchange/2008/09/whos_at_fault.
16. *Id.*
17. *Id.*
18. USA Today (2013, 09 de septiembre). *Timeline: Key Events in the Financial Crisis*. Descargado de <http://www.usatoday.com/story/money/business/2013/09/08/chronology-2008-financial-crisis-lehman/2779515/>.
19. Arellano, M. y Bentolila, S. (2009, 15 de enero). *La Burbuja Inmobiliaria: Causas y Responsables*. Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI). Descargado de <http://www.cemfi.es/~arellano/burbuja-inmobiliaria.pdf>, p. 2.
20. Thomas, B. et al (2011, 27 de enero). *What Caused the Financial Crisis?* *The Wall Street Journal*. Descargado de <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704698004576104500524998280.html>.
21. *Id.*
22. Universidad de Pennsylvania (2009, 16 de diciembre) *¿Quiénes son los Responsables de la Crisis Financiera?* Descargado de <https://www.knowledgeatwharton.com/es/article/quienes-son-los-responsables-de-la-crisis-financiera/>.
23. Henderson, P. (2007, 10 de mayo). *Credit-score Panacea Failed to Stop US Mortgage Crisis*. *Reuters*. Descargado de <http://www.reuters.com/article/2007/05/10/us-usa-subprime-scores-idUSN0231191820070510>
24. Para los efectos se promediaban las calificaciones muy bajas con las calificaciones muy altas.
25. Lewis, M. (W. W. Norton & Company) (2010). *The Big Short: Inside the Doomsday Machine*. pp. 99-101.
26. *Id.*
27. Greycourt & Co. (2008). *The Financial Crisis and the Collapse of Ethical Behavior*. White Paper No. 44. p. 2. Descargado de <http://www.greycourt.com/whitepapers/WhitePaper044-FinancialCrisis.pdf>.
28. CFA Institute Center for Financial Market Integrity and Council of Institutional Investors. (2009). *U.S. Financial Regulatory Reform: The Investors' Perspective*. Descargado de http://www.cfainstitute.org/ethics/Documents/us_investors_working_group_report.pdf.
29. Este reporte se titula "El Mercado de Vivienda Estadounidense: Condiciones Actuales y Consideraciones Políticas" (*The U.S. Housing Market: Current Conditions*

- and Policy Considerations*) Véase el texto completo en <http://www.federalreserve.gov/publications/other-reports/files/housing-white-paper-20120104.pdf>
30. Véase el texto completo de la Ley Dodd-Frank en <https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>
 31. Paes-Mamede, R. et al (2013) *A Crise, A Troika e as Alternativas Urgentes*. Tinta da China. Cabe destacar que, el volumen total de crédito al sector privado durante este periodo se duplicó, sobrepasando el valor anual del PIB nacional al inicio del nuevo siglo.
 32. *Id.*
 33. *Id.*
 34. *Id.*
 35. *Id.*
 36. *Id.*
 37. *Id.*
 38. Teixeira, A. et al (2014). *Structural Change, Competitiveness and Industrial Policy. Painful Lessons from the European Periphery*. Routledge.
 39. *Id.*
 40. *Id.*
 41. Zestos, G. (2015). *The Global Financial Crisis: From US Subprime Mortgages to European Sovereign Debt*. p. 42-96. Routledge.
 42. *Id.*
 43. *Id.*
 44. *Id.*
 45. *Id.*
 46. *Id.*
 47. Menezes, A. (2014). *Direito Bancário*. Almedina.
 48. Véase el texto completo de la Ley 63-A/2008 en http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_63-A_2008-reforco_financeiro_IC.pdf
 49. Véase el texto completo de la Ley 1/2014 en http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/7C883D2E-7D27-41DD-AD16-CA659BBADD82/0/Lei_2_2014.pdf
 50. Véase el texto completo del Decreto-Ley 211-A/2008 en <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/DL211Aano2008.pdf>
 51. Véase el texto completo del Aviso del Banco de Portugal No. 10/2008 en http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JFRR_MA_25361.pdf
 52. Véase el texto completo de la Ley 62-A/2008 en <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=6815>
 53. OECD (2011). *G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection*. Descargado de <http://www.oecd.org/regreform/sectors/48892010.pdf>
 54. Los enfoques efectivos son ejemplos ilustrativos y no vinculantes que sirven a reguladores y operadores interesados en crear estructuras más sólidas de protección al consumidor en el sector financiero.
 55. García Montoro, L. (2014) *Estudio de Protección al Consumidor de Servicios Financieros de la Dirección General de Política Interna, Departamento de Política*

- Económica y Científica del Parlamento Europeo*. Centro de Estudios de Consumo. Descargado de <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2014/serviciosPE2.pdf>.
56. The World Bank (2013). *Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies*. Descargado de http://responsiblefinance.worldbank.org/~/_media/GIAWB/FL/Documents/Publications/CPFL-Global-Survey-114econ-Oversight-2014.pdf
 57. *Id.*
 58. *Id.*
 59. Esta responsabilidad se complementa con el requisito reglamentario de los proveedores de servicios financieros de informarse y reunir toda la información pertinente a la situación financiera de los consumidores.
 60. Banco Mundial (2012). *Buenas Prácticas para la Protección del Consumidor Financiero*. Descargado de http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1339624653091/8703882-1339624678024/8703850-134002_6711043/8710076-1340026729001/FinConsumerProtection_GoodPractices_SPANISH_FINAL.pdf
 61. La resolución de conflictos a través de Mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (ADR por sus siglas en inglés) debería existir en los casos en los que la entidad bancaria emita una decisión no satisfactoria para el consumidor. Por otra parte, los responsables políticos deberán considerar una serie de alternativas a los tribunales como, por ejemplo, la resolución a través de servicios de mediación, los planes de conciliación, centros de resolución de disputas financieras, o sistema dirigidos a una industria específica que refleje las estructuras legales jurisdiccionales específicas y las circunstancias de cada país. La obligación de los reguladores es la de garantizar la independencia de los mecanismos de ADR y asegurar evitar en lo posible los conflictos de interés. Es de interés para el correcto funcionamiento del sistema que las instituciones financieras bajo supervisión sean miembro de este tipo de sistemas.
 62. Véase el texto completo del TILA en <https://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/6500-100.html>.
 63. Federal Reserve Bank (2015). *Regulation Z. Truth In Lending Act*. Consumer Compliance Handbook. Descargado de <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/til.pdf>
 64. Officer of the Comptroller of the Currency (2015). *Community Reinvestment Act (CRA)*. Descargado de <http://www.occ.gov/topics/compliance-bsa/cra/index-cra.html>
 65. Véase el texto completo de la ECOA en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1691>
 66. Véase el texto completo de la HMDA en <https://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/6500-3030.html>
 67. Véase el texto completo de la FDCPA en <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/fair-debt-collection-practices-act-text>
 68. Véase el texto completo de la FHA en <http://www.fairhousingfirst.org/documents/fairhousingact.pdf>
 69. Véase el texto completo de la Regulación X en <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/respa.pdf>

70. Federal Reserve (2015). *Homeowner Protection Act*. Descargado de <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/caletters/2004/0405/CA04-5Attach1.pdf>
71. CFPB (2012). *CFPB Supervision and Examination Manual*. Datamotion Publishing LLC.
72. CFPB (2015). *About us*. Descargado de <http://www.consumerfinance.gov/the-bureau/>
73. Carpenter, D. (2012). *The Consumer Financial Protection Bureau (CFPB): A Legal Analysis*. Congressional Research Service.
74. CFPB (2015). *Consumer Financial Protection Bureau Strategic Plan FY 2013-2017*. Descargado de <http://www.consumerfinance.gov/strategic-plan/>
75. CFPB (2012). *CFPB Supervision and Examination Manual*. Datamotion Publishing LLC.
76. Carpenter, D. (2012). *The Consumer Financial Protection Bureau (CFPB): A Legal Analysis*. Congressional Research Service.
77. CFPB (2015). *Administrative Adjudication*. Descargado de <http://www.consumerfinance.gov/administrativeadjudication/>
78. CFPB (2012, 24 de septiembre). *Federal Deposit Insurance Corporation and Consumer Financial Protection Bureau Order Discover to Pay \$200 Million Consumer Refund for Deceptive Marketing*. Descargado de <http://www.consumerfinance.gov/newsroom/discover-consent-order/>
79. National District Attorneys Association (2015). White Collar Crime. Descargado de http://www.ndaa.org/whitecollar_home.html
80. El estándar de “causa probable” es un requisito de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que generalmente se usa en casos penales. Bajo este estándar, por ejemplo, un policía que quiera arrestar una persona, debe tener una base razonable para creer que un crimen haya sido cometido (o está siendo cometido) y se proceda efectivamente con el arresto.
81. Véase el *Memorandum of Understanding* (MoU) suscrito entre el Departamento de Justicia y la CFPB relativo a las labores de supervisión en <http://files.consumerfinance.gov/f/2012/01/CFPB-DOJ-MOU.pdf>
82. National Conference State Legislators (2015). National Mortgage Settlement Summary. Descargado de <http://www.ncsl.org/research/financial-services-and-commerce/national-mortgage-settlement-summary.aspx>
83. Pricewaterhouse Coopers (2013). *CFPB Mortgage Servicing Standards. An analysis of the Consumer Financial Protection Bureau’s Real Estate Settlement Procedures Act (Regulation X) and Truth in Lending Act (Regulation Z) Servicing Financial Rules*. Descargado de http://www.pwc.com/en_US/us/consumer-finance/publications/assets/pwc-cfpb-mortgage-servicing-standard-respa-tila.pdf
84. CFPB (2015). *The CFPB Ombudsman*. Descargado de <http://www.consumerfinance.gov/ombudsman/>
85. *Id.*
86. *Id.*
87. Véase el texto completo de la RGICSF en <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/RegimeGeral.pdf>
88. Véase el texto completo de la Ley Orgánica del Banco de Portugal en <https://www.bportugal.pt/SiteCollectionDocuments/LeiOrganicaConsolidada.pdf>

89. El RGIC establece la supervisión de las instituciones de crédito de una forma bastante diferente a la supervisión del Ministerio de Finanzas. Primero, la supervisión de las instituciones de crédito conlleva la supervisión en materia prudencial y de las actividades que los bancos ejerzan en el extranjero. Estas normas prudenciales son reglas de conducta cuyo objetivo son la gestión bancaria prudente y la confianza del público
90. Esta regla señala a otras normas que atribuyen poderes concretos al gobierno, viniéndose a referir concretamente al Ministerio de Finanzas
91. Véase supra nota 47.
92. Véase supra nota 87.
93. La TAEG se constituye como el costo total del crédito.
94. Véase supra nota 47.
95. The World Bank (2014). *Establishing a Financial Consumer Protection Supervision Department*. p. 15. Descargado de <http://responsiblefinance.worldbank.org/~media/GIAWB/FL/Documents/Publications/TechNote-Belarus-FCP-Dept-FINAL.pdf>
96. Banco de Portugal (2014). *Relatório de Supervisão Comportamental*. Descargado de [http://cliente bancario.bpportugal.pt/pt-PT/Publicacoes/RSC/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Relat%C3%B3rio%20de%20Supervis%C3%A3o%20Comportamental%20\(2014\).pdf](http://cliente bancario.bpportugal.pt/pt-PT/Publicacoes/RSC/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Relat%C3%B3rio%20de%20Supervis%C3%A3o%20Comportamental%20(2014).pdf)
97. Banco de Portugal (2015). *Meios de resolução extrajudicial de litígios*. Descargado de [http://cliente bancario.bpportugal.pt/pt-PT/Reclamacoes/Paginas/MeiosResolucaoExtrajudicial Litigios.aspx](http://cliente bancario.bpportugal.pt/pt-PT/Reclamacoes/Paginas/MeiosResolucaoExtrajudicialLitigios.aspx)
98. Para mayor información del Mediador de Crédito visite la página web <http://www.mediador do credito.pt/pt-pt/paginas/inicio.aspx>
99. Mediador do Crédito (2011). *Guía Prático Mediador do Crédito*. Descargado de http://www.mediador do credito.pt/pt-PT/Pedidos de Mediacao/Documents/GUIA_PRATICO_MC.pdf
100. *Id.*

ANÁLISIS COMPARADO DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE TARJETAS DE CRÉDITO EN ESTADOS UNIDOS, PERÚ Y PORTUGAL

VICTOR DE LA FLOR*

Estagiário no Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra
em cooperação com a Universidade do Arizona

EXCERTOS

“No obstante los aspectos positivos de las tarjetas de crédito, los gobiernos han optado por regular este mercado dado los potenciales riesgos que el mismo conlleva, y que reducen el bienestar de los consumidores”

“La Ley de Defensa del Consumidor establece, de manera general, el marco jurídico aplicable a la relación proveedor-consumidor, la cual incluye a las relaciones de consumo en el sector financiero”

“El Reglamento de Transparencia señala que aun cuando los emisores pueden realizar modificaciones unilaterales de cualquier condición contractual, estos no pueden incrementar unilateralmente la línea de crédito”

“Somos de la opinión que la regulación de precios genera restricciones en la autonomía individual así como distorsiones en el mercado, generando pérdidas de bienestar de la sociedad”

“Al momento de la solicitud de una tarjeta de crédito, los emisores deben revisar los ingresos, activos, así como las deudas que en ese momento tengan los consumidores”

“Cuando los consumidores se encuentran mejor informados tienden a realizar mejores decisiones de consumo, lo cual genera, en el agregado, bienestar en el mercado”

I. Introducción

El uso correcto de tarjetas de crédito mejora la eficiencia del mercado y genera crecimiento económico¹. Actualmente, los consumidores pueden comprar bienes con tarjetas de crédito desde cualquier lado del mundo (por ejemplo, a través de compras por internet o durante viajes), lo cual incentiva el libre comercio de bienes y la expansión de mercados en beneficio no solo de los consumidores sino también de los proveedores, en este caso concreto, los emisores de las tarjetas. Por otro lado, las transacciones con tarjetas de crédito pueden ser realizadas de manera rápida y con mayor seguridad que las transacciones en las que se utiliza medios de pago tradicionales, como por ejemplo dinero en efectivo². Finalmente, se puede indicar que la contratación de tarjetas de crédito ayuda a la bancarización de la economía. Entendemos el concepto de bancarización como “el nivel de acceso y el grado de uso de los servicios financieros en general, y de los servicios bancarios en particular³”. El hecho de tener una tarjeta de crédito hace que las personas tengan la liquidez que requieren para satisfacer sus necesidades periódicas, pudiendo adquirir ciertos bienes o servicios que no accederían sin el uso de la tarjeta de crédito, difiriendo el pago para un momento posterior.

No obstante los aspectos positivos de las tarjetas de crédito, los gobiernos han optado por regular este mercado dado los potenciales riesgos que el mismo conlleva, y que reducen el bienestar de los consumidores. Por ejemplo, los emisores han seguido deficientes prácticas en cuanto a la divulgación de información a los consumidores, especialmente sobre las características de los productos a contratar. Asimismo, los emisores por mucho tiempo han mantenido tarjetas de crédito con tasas demasiado altas, y con comisiones asociadas que no reflejaban en absoluto algún servicio hacia el cliente. Finalmente, podemos mencionar que luego de emitidas las tarjetas de crédito, los emisores aprovechaban su posición de dominio en la relación de consumo para modificar las condiciones sin ninguna negociación, ni mucho menos algún tipo de consentimiento por parte de los consumidores.

En este contexto, el presente artículo analizará las regulaciones sobre tarjetas de crédito en tres jurisdicciones y realidades distintas, Estados Unidos, Perú y Portugal. Como veremos en adelante, estos mercados son distintos, y probablemente tengan problemas y prioridades distintas, sin embargo, la regulación que tienen es similar en ciertos aspectos. En aquellos aspectos en donde no lo sean, propondremos cuál sería la opción más razonable para los efectos.

II. Los sesgos cognitivos de los consumidores

En principio, los consumidores en los mercados no son totalmente razonables, sino que tienen sesgos cognitivos que no les permiten actuar en beneficio de sus propios intereses debido a deficiencias en el proceso de toma de decisiones⁴. Los emisores, sabiendo de la existencia de estos sesgos cognitivos, han tomado ventaja de los consumidores, generando así las fallas que resaltamos previamente.

Los sesgos cognitivos más comunes y relevantes por los cuales las personas son más proclives a usar las tarjetas de crédito de manera poco conveniente a sus intereses son los denominados “sesgos de autocontrol” y “sesgos de optimismo irreal”⁵. Estos sesgos cognitivos hacen que los consumidores (de repente sin darse cuenta) terminen con altas deudas⁶. En principio, el sesgo de autocontrol hace que las personas sobreestimen su habilidad de resistir a la tentación de financiar el consumo a través de préstamos y al mismo tiempo subestimen la posibilidad de adquirir deuda⁷. Es decir, usualmente este tipo de personas creen que no usarán su tarjeta de crédito, pero al final terminan usándola (y en exceso)⁸. Y lo peor de todo es que estas personas no se dan cuenta que están acumulando grandes cantidades de deuda, puesto que los créditos en la tarjeta son otorgados poco a poco, en función a los consumos que realizan los consumidores, los cuales en su mayoría son pequeños o medianos pero que en el agregado terminan generando grandes deudas. En segundo lugar tenemos el sesgo de optimismo irreal, por el cual las personas subestiman la posibilidad de que sean víctimas de algún evento adverso que les imposibilite realizar, en este caso, el pago de sus deudas⁹. Este tipo de personas son las que creen que nunca les pasará nada malo.

Los emisores se han aprovechado de estos sesgos cognitivos a través de la estructura de precios de las tarjetas de crédito. Teniendo en cuenta los mencionados sesgos, los emisores establecen precios bajos para los elementos de corto plazo y no contingentes (por ejemplo las tasas de interés introductorias), mientras que establecen precios altos para los elementos de largo plazo y contingentes de la deuda¹⁰ (por ejemplo, las tasas de interés no introductorias, comisiones por pago tardío y comisiones por exceso de línea)¹¹.

III. Análisis comparativo de los mercados

Sin lugar a dudas, los mercados bajo análisis son distintos. Estados Unidos es el primer país en términos de producto bruto interno (PBI) de \$17,41 billones¹². Perú, en cambio, se ubica en la posición 51 de alrededor de 190 países, con un PBI aproximado de \$203 mil millones¹³. Portugal cuenta con un PBI aproximado de \$230 mil millones, ubicándose en el puesto 45¹⁴. Estas posiciones también se reflejan en el ingreso per cápita (GNI) de estos países. Estados Unidos tiene un GNI de \$55.200¹⁵, mientras que Perú tiene un GNI de \$6.410¹⁶; por su parte Portugal tiene un GNI de \$21.320¹⁷. Finalmente, la proyección de crecimiento para el año 2016 para Estados Unidos es de 3%¹⁸, para Perú de 5%¹⁹, y para Portugal, únicamente de 1.8%²⁰.

Los datos anteriormente presentados muestran que la economía estadounidense es aproximadamente 40 veces más grande que las economías peruana y portuguesa combinadas. Se puede decir, entonces, que Estados Unidos ha logrado desarrollar economías de escala. Asimismo, aun cuando Perú y Portugal mantienen tamaños de PBI relativamente parecidos, el GNI que mantienen ambos es sustancialmente distinto. Ello, debido a que Perú es tres veces más grande en población que Portugal.

En la Tabla 1 a continuación mostraremos algunos datos importantes de los respectivos mercados de tarjetas de crédito de los países bajo análisis.

Tabla 1. Estadísticas acerca de los mercados de tarjetas de crédito de Estados Unidos, Perú y Portugal (información al último trimestre del 2012)

	Estados Unidos	Perú	Portugal
Número de tarjetahabientes	160 millones ²¹	7 millones ²²	3,27 millones ²³
Volumen de compra con tarjeta	\$2,37 billones ²⁴	\$18 mil millones ²⁵	€23 mil millones ²⁶
Deuda pendiente de pago de tarjeta de crédito	\$870 mil millones ²⁷	\$4,76 mil millones ²⁸	N.A.
Tasa de incumplimiento (impagos)	10,90% ²⁹	4,10% ³⁰	16,90% ³¹

Los datos anteriores muestran que Estados Unidos tiene 20 veces más tarjetahabientes que Perú, y aproximadamente 50 veces más tarjetahabientes que Portugal. Asimismo, si tomamos en conjunto los mercados peruano y portugués, estos representan aproximadamente el 2% del mercado estadounidense. La diferencia de los mercados, junto con otras diferencias que no son materia del presente artículo³², puede sugerir que los países bajo análisis deberían tener diferentes aproximaciones para regular sus mercados de tarjetas de crédito. Es plausible argumentar que un mercado altamente competitivo y desarrollado con varios proveedores y consumidores (como el estadounidense) puede corregirse solo; y que mercados relativamente medianos o pequeños (como los casos de Perú y Portugal), los cuales no tienen ninguna característica de un mercado perfecto, necesitan mayor regulación. Sin embargo, independientemente de las diferencias macroeconómicas, estos países cuentan con aproximaciones normativas similares para situaciones semejantes dentro de sus respectivos mercados de tarjetas de crédito.

Una posible explicación para la existencia de regulación similar es la existencia de pocos emisores de tarjetas de crédito. Cuando existe un mercado oligopólico (como los de tarjetas de crédito, en los cuales pocos emisores concentran la oferta) hay mayor probabilidad de que los proveedores ejerzan control de mercado. Este control se verifica en la existencia de términos y precios supra-competitivos³³ que distorsionan el mercado, eliminando así la competencia entre ellos. De esta manera, la regulación se constituye en una respuesta directa a estos términos supra-competitivos. Como un ejemplo de este tipo de términos se pueden mencionar la práctica de los emisores de aplicar los pagos de tarjetas de crédito en una manera adversa a los intereses de los consumidores³⁴.

IV. Regulación del mercado de tarjetas de crédito en Estados Unidos, Perú y Portugal

A. Marco regulatorio

En general, Estados Unidos, Perú y Portugal promueven el bienestar de los consumidores a través de la protección de conductas no competitivas de los emisores.

En Estados Unidos, el mercado de tarjetas de crédito se encuentra regulado con los siguientes dispositivos legales:

- a) La ley denominada *Truth in Lending Act* (“TILA” por sus siglas en inglés)³⁵;
- b) El Reglamento Z³⁶;
- c) La ley denominada *Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act of 2009* (en adelante la “Credit Card Act”)³⁷; y,
- d) La ley denominada *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (en adelante la “Dodd-Frank Act”)³⁸.

TILA y el Reglamento Z buscan proteger los intereses de los consumidores y promover el uso informado del crédito de consumo a través de la imposición de requisitos de divulgación de información acerca de los términos y costos de los contratos de tarjeta de crédito³⁹. De esta manera, dichas regulaciones permiten a los consumidores poder comparar los términos de los créditos de una manera informada, rápida y eficaz⁴⁰.

Vale la pena mencionar que TILA indica que un uso informado del crédito coadyuvaría a la estabilización económica y fortalecería la competencia entre los otorgantes de crédito a los consumidores⁴¹. Adicionalmente, la Credit Card Act apunta a establecer prácticas transparentes y justas relativas a la extensión del crédito bajo un plan abierto de crédito al consumidor⁴². La Credit Card Act desarrolla la estructura de precios de las tarjetas de crédito⁴³, impone límites en los altos precios de los elementos de largo plazo y reduce en cierto grado la habilidad de los emisores de determinar bajos precios de los elementos de corto plazo⁴⁴. En años recientes, la Dodd-Frank Act fue aprobada a fin de promover la estabilidad financiera en Estados Unidos, mejorando la responsabilidad y transparencia en el sistema financiero, así como de promover la protección de los consumidores en contra de las prácticas abusivas de los servicios financieros⁴⁵. Básicamente la Dodd-Frank Act, en su título X, establece la creación del *Bureau of Consumer Financial Protection*⁴⁶ (“CFPB” por sus siglas en inglés) como la agencia responsable de implementar y velar por el cumplimiento de las leyes de protección al consumidor financiero, a fin de que los consumidores puedan acceder a mercados de productos financieros justos, transparentes y competitivos⁴⁷. En conclusión, la regulación estadounidense persigue un mercado transparente para los consumidores, lo que les permitiría poder tomar una opción de consumo informada, mejorando así su bienestar.

Por su parte, el mercado peruano de tarjetas de crédito se encuentra regulado principalmente a través de los siguientes dispositivos legales:

a) La Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros, y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante la “Ley de Bancos”)⁴⁸;

b) La Ley 29571, que aprobó el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el “Código de Consumo”)⁴⁹;

c) La Ley 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros (en adelante la “Ley de Transparencia”)⁵⁰;

d) La Resolución SBS 6523-2013, que aprobó el Reglamento de Tarjetas de Crédito y de Débito (en adelante el “Reglamento de Tarjetas”)⁵¹; y,

e) La Resolución SBS 8181-2012, que aprobó el Reglamento de Transparencia de la Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (en adelante el “Reglamento de Transparencia”)⁵².

Perú, como un país de derecho civil⁵³, tiene establecido una jerarquía de normas. La norma suprema es la Constitución Política, seguida por las leyes⁵⁴, y luego por las normas de menor jerarquía (como las regulaciones y otros dispositivos legales emitidos por el poder ejecutivo)⁵⁵. Toda interpretación debe estar de acuerdo con esta jerarquía. Es decir, una norma de menor jerarquía no podría contradecir una ley, y una ley no podría contradecir a la Constitución Política⁵⁶.

La Ley de Bancos gobierna todo el sistema bancario, y proporciona el marco legal general al mismo. El Código de Consumo regula diversos aspectos de la relación proveedor-consumidor⁵⁷, incluyendo algunas provisiones para el mercado financiero. Más bien, es la Ley de Transparencia la que contiene provisiones específicas destinadas a proteger a los consumidores financieros. De acuerdo a la opinión del Comité de Protección al Consumidor del Congreso de la República del Perú (periodo 2001-2006), la Ley de Transparencia era necesaria en el mercado peruano porque el mercado financiero se había incrementado sustancialmente desde 1999 a 2003⁵⁸, y habían muchas controversias entre los prestamistas y los consumidores debido a las asimetrías de información⁵⁹. Así, el principal propósito de la Ley de Transparencia, y sus modificatorias, es el de requerir a las empresas del sistema financiero que divulguen toda la información relevante a los consumidores, de manera previa a que adquieran cualquier producto financiero con ellos. Esta información debe considerar los aspectos relevantes relacionados con los beneficios, riesgos y características de los productos o servicios que la empresa del sistema financiero pueda proveer⁶⁰.

Adicionalmente, la SBS emitió el Reglamento de Transparencia, el cual tiene como objetivo la mejora de la habilidad de los consumidores

El principal propósito de la Ley de Transparencia es el de requerir a las empresas del sistema financiero que divulguen toda la información relevante a los consumidores

de acceder a información relevante a fin de que puedan hacer mejores e informadas decisiones de consumo en el mercado financiero. En general, el Reglamento de Tarjetas regula las condiciones y procedimientos generales para la emisión y uso de tarjetas de crédito y la redacción de contratos entre emisores y consumidores. Asimismo, este reglamento tiene provisiones específicas sobre la supervisión del sistema de tarjetas de crédito por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Por tanto, la regulación peruana de tarjetas de crédito tiene como objetivo dar a los consumidores información adecuada para que puedan tomar decisiones de consumo informadas y razonables.

Finalmente, Portugal tiene los siguientes principales dispositivos legales aplicables al mercado de tarjetas de crédito:

a) Decreto Ley 24/96, de 31 de julio, que establece el régimen legal aplicable a la defensa de los consumidores (en adelante la “Ley de Defensa del Consumidor”);

b) Decreto Ley 133/2009, de 2 de junio, que transpone para el orden jurídico interno la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento y del Consejo, del 23 de abril, relativa a contratos de crédito con consumidores (en adelante la “LCCC”); y

c) Decreto Ley 446/85, de 25 de octubre, Ley de las Condiciones Generales de los Contratos (en adelante la “LCGC”).

En principio, la Ley de Defensa del Consumidor establece, de manera general, el marco jurídico aplicable a la relación proveedor-consumidor, la cual incluye a las relaciones de consumo en el sector financiero. Por su parte, la LCCC se constituye como la norma específica que regula la relación de las entidades de crédito y los consumidores financieros, especialmente en los créditos que otorgan dichas entidades de crédito. Cabe indicar que la LCCC transpone las políticas y reglas establecidas en la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril, en el sistema jurídico portugués. Para los efectos, la LCCC reconoce que dicha directiva fue emitida en atención a la necesidad de una nueva legislación comunitaria que tomase en cuenta la evolución social, política y económica de la zona euro, la cual había generado consumidores más informados y exigentes, nuevos actores y agentes intermediarios, así como nuevos métodos de ofertas y canales⁶¹.

En términos generales, la directiva comunitaria previamente mencionada tiene los siguientes objetivos:

(i) *La uniformización de la regulación del sistema de protección al consumidor en materia de servicios financieros dentro de la Unión Europea.* Así, reconoce que los Estados Miembros utilizaban varios mecanismos de defensa del consumidor debido a las diferencias existentes en sus respectivas situaciones jurídicas y económicas⁶².

(ii) *La armonización del mercado europeo.* La directiva indica que se pueden generar consecuencias en términos de provisión de bienes y servicios dada la existencia de diversos sistemas jurídicos de protección al consumidor en los Estados Miembros. Dicha directiva señala que esta diversidad genera (a) distorsiones de competencia entre los prestatarios, levantando obstáculos al mercado interno; y, (b) limitaciones a los consumidores de recurrir al crédito transfronterizo, cuya disponibilidad está en aumento⁶³.

(iii) *La armonización de los sistemas jurídicos europeos.* La directiva tiene en cuenta la evolución del mercado de crédito y la creciente movilidad de los ciudadanos europeos; por lo que prescribe una regulación comunitaria capaz de adaptarse a las nuevas formas paneuropeas de contratación de crédito a los consumidores⁶⁴.

(iv) *Proteger a los consumidores.* Todo lo anterior se resume en la protección de los consumidores financieros. Así, la directiva señala la importancia de contar en el mercado con un nivel suficiente de defensa de los consumidores, a fin de garantizar la confianza por parte de ellos. De la misma manera, indica que la armonización es necesaria para garantizar que todos los consumidores europeos se beneficien de un nivel elevado de defensa de sus intereses para la institución de un verdadero mercado interno⁶⁵.

De esta manera, se puede concluir que la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril, comparte los objetivos principales de la regulación estadounidense y peruana, dado que la directiva también busca proteger los intereses de los consumidores, fomentando a que estos tomen decisiones informadas. Como veremos más adelante, por ejemplo, la directiva impone requisitos de divulgación de información relevante en relación a los contratos de tarjeta de crédito. Estos objetivos están presentes en el Decreto Ley 133/2009,

del 2 de junio, dado que, como ya hemos indicado, dicho decreto ley adopta las políticas y reglas establecidas en la directiva comunitaria en el sistema jurídico portugués.

Por su parte, la LGCC trata de compensar la posición asimétrica del consumidor en la relación con el proveedor, en relación con el uso de cláusulas generales de contratación, las cuales son masivamente usadas en la contratación de tarjetas de crédito.

B. Provisiones particulares

En este apartado presentaremos cómo estos países han manejado las imperfecciones de sus respectivos mercados de tarjetas de crédito a través de su regulación, específicamente en relación con los tres aspectos regulatorios que consideramos más relevantes en la relación emisores-consumidores, los cuales son: (i) la obligación de divulgación de información; (ii) la regulación de los precios; y, (iii) la habilidad de pago de los clientes. En adición, determinaremos cuál de las aproximaciones puede ser considerada como una mejor práctica para las demás. Sobre este último punto, cabe resaltar la encuesta *Eurobarometer*, la cual concluyó que un aumento de la transparencia, que incluye el otorgamiento de mejor información a los clientes, supondría una mejora en el sistema de protección al consumidor, lo que a su vez redundaría, en una mayor eficiencia en el mercado. Asimismo, dicha encuesta propuso una serie de recomendaciones a fin de fortalecer la protección al consumidor de servicios financieros⁶⁶. Una de estas recomendaciones indica justamente que los diversos mercados deberían aprender de las mejores prácticas foráneas, especialmente en relación con la eficacia y efectividad de los programas que impulsan la transparencia en las transacciones con los consumidores.

1. Obligaciones de información

Como hemos visto previamente, las tres regulaciones tienen como objetivo principal que los consumidores tengan una adecuada información sobre los productos y/o servicios a adquirir de manera previa a la suscripción de los respectivos contratos, a fin de que los consumidores tomen una decisión informada y razonable. Este objetivo es típicamente alcanzado a través de la imposición de obligaciones de

información por parte de los emisores a favor de los consumidores de manera previa a la contratación. Sin embargo, las regulaciones bajo análisis van más allá, obligando a los emisores a otorgar información durante toda la existencia de la relación contractual con el consumidor. Por ejemplo, los emisores tienen que otorgar información a los consumidores cuando modifican los contratos, así como periódicamente a través de los estados de cuenta mensuales.

(a) Divulgación de información previa a la contratación

En Estados Unidos, la sección 226.5a del Reglamento Z impone la obligación a los emisores de otorgar información al momento en que el consumidor solicita la apertura de una cuenta corriente o línea de crédito⁶⁷. En general, dicha sección del Reglamento Z requiere a los emisores a otorgar información a los consumidores sobre los costos y los términos de las tarjetas de crédito mediante una prominente y estandarizada tabla conocida como la “Tabla Schumer”⁶⁸, la cual permite a los consumidores a que entiendan fácilmente, y a su vez puedan comparar, las tasas de interés y otros gastos asociados al uso de las respectivas tarjetas de crédito. De manera similar, el Reglamento de Transparencia establece que los emisores de tarjetas de crédito deben proveer a los consumidores de toda la información que estos necesiten y responder todas las preguntas que estos tengan de manera previa a la suscripción de cualquier acuerdo o contrato. Concretamente, el artículo 16 del indicado reglamento señala que “[l]as empresas deberán brindar a los usuarios toda la información pertinente que estos soliciten de manera previa a la celebración de cualquier contrato [...]. Se entiende como ‘información previa a la celebración del contrato’, a aquella que se otorga al usuario antes y durante el período que toma a este y a la empresa celebrarlo”⁶⁹. Esta información, el reglamento peruano sigue especificando, debe ser provista a través de la entrega del formulario contractual de tarjeta de crédito⁷⁰, así como de la entrega de la “Hoja Resumen”, la cual es una hoja adicional que se constituye como parte del contrato de tarjetas de crédito (una vez firmado el mismo) y que contiene toda la información relativa a los costos de las tarjetas de crédito así como de ciertos deberes y derechos del consumidor. Por su parte, el artículo 6.1 de la LCCC obliga a los emisores de tarjetas de crédito a que, de manera previa a la celebración de un contrato, brinde

a los consumidores toda la información necesaria para que este pueda comparar diferentes ofertas, a fin de tomar una decisión informada. Es importante recalcar que dicho artículo señala que la información que proporcione el respectivo emisor debe basarse en los términos y condiciones ofrecidas, y de ser el caso, en las preferencias expresas del consumidor así como en los elementos provisto por este⁷¹. Por su parte, el artículo 6.2 de la LCCC señala que dicha información debe ser presentada en papel o en otro soporte duradero, a través de la ficha sobre “Información Estandarizada Europea en Materia de Crédito a los Consumidores”, la cual debidamente completada forma parte del respectivo contrato.

Esencialmente, los tres marcos jurídicos son muy similares dado que todos ellos obligan a los emisores a proveer de cierta información⁷² de manera previa a la suscripción de cualquier contrato de tarjeta de crédito. Sin embargo, existe una diferencia en cuanto a la forma de presentar la información dentro de los respectivos contratos de tarjeta de crédito. En Estados Unidos y Portugal, la “Tabla Schumer” y la ficha sobre “Información Estandarizada Europea en Materia de Crédito a los Consumidores” respectivamente, se encuentran estandarizadas⁷³; mientras que en Perú, la información contenida en las “Hojas Resumen” es presentada de distintas maneras. En ese sentido, los consumidores estadounidenses y portugueses estarán mejor protegidos en tanto podrán realizar comparaciones de términos y condiciones de los contratos de tarjetas de crédito de distintas entidades financieras con mayor rapidez y efectividad debido, simplemente, a la facilidad que implica la comparación de información estandarizada.

(b) Divulgación de información en los casos de modificaciones de los términos contractuales

Una vez que el contrato de tarjeta de crédito se encuentra firmado, los tres países bajo análisis permiten a los emisores a modificar los términos del mismo, incluyendo la tasa de interés anual y las comisiones. Sin embargo, cada uno de ellos establece ciertas particularidades que a continuación detallaremos:

En Estados Unidos se permite la modificación de las condiciones contractuales con la única condición que se le informe a los clientes, por escrito, con 45 días de anticipación⁷⁴. Una característica de la

regulación estadounidense es que la comunicación debida se encuentra estandarizada en un formato que el mismo Reglamento Z establece. Perú, al igual que Estados Unidos, también permite la modificación de las condiciones contractuales siempre que se le informe a los clientes, por escrito, con una anticipación de 45 días⁷⁵. Cabe señalar que el artículo 23 del Reglamento de Transparencia establece un pre-requisito adicional, por el cual las partes deben pactar previamente la posibilidad de que los emisores modifiquen unilateralmente los contratos. Por lo demás, el Reglamento de Transparencia no establece un formato estandarizado de comunicación previa al cliente.

Por su parte, la modificación de las condiciones contractuales en Portugal tiene una dinámica completamente distinta. En principio, el artículo 406.1 del Código Civil Portugués señala que todos los contratos deben ser cumplidos puntualmente y solo podrán ser modificados o extinguidos por mutuo consentimiento de las partes, o en los casos admitidos por ley⁷⁶. En el mismo sentido, las eventuales modificaciones de las tasas de interés o comisiones aplicables a los contratos de tarjetas de crédito deben estar sujetas a los requisitos fijados por la LCGC –debido al uso de cláusulas generales de contratación, por lo que los emisores no pueden realizar modificaciones unilaterales, de forma abusiva, sin el consentimiento del consumidor⁷⁷. De manera específica, el artículo 22.1.c de la LCGC señala que están prohibidas, como marco de negociación estándar, las cláusulas contractuales que faculden al predisponente a modificar unilateralmente los términos de los contratos, excepto cuando exista una razón atendible que las partes hayan acordado. Lo anterior quiere decir que los emisores portugueses no solo deben pactar con los consumidores la facultad de modificar las condiciones de los contratos de tarjeta de crédito, sino que también deben pactar expresamente el fundamento de las respectivas modificaciones, a fin de que las mismas no sean consideradas como modificaciones arbitrarias⁷⁸. Sin embargo, la misma norma establece que, cuando las modificaciones correspondan a variaciones del mercado, no es de aplicación la obligación de pactar expresamente el fundamento de las respectivas modificaciones, según lo indicado en el artículo 22.1.c., en cuyo caso, las respectivas modificaciones solo se deberán comunicar de inmediato y por escrito⁷⁹. Por su parte,

el consumidor podrá resolver el contrato como consecuencia de la mencionada modificación. Adicionalmente, el Banco de Portugal emitió la Carta-Circular 32/2011/DSC, de 17 de mayo de 2011⁸⁰, con el fin de hacer precisiones en los casos de modificación unilateral de los contratos de tarjetas de crédito bajo la excepción previamente indicada. Las más importantes precisiones son:

- Los emisores deben concretizar los hechos que justifican las variaciones de mercado, cuando los mismos sean incluidos en los contratos;

- Estos hechos deben ser: (i) externos y ajenos a los emisores, es decir, debe estar fuera de su esfera de influencia, actuación o control; y, (ii) ser relevantes y excepcionales⁸¹;

- Los emisores deben establecer un plazo razonable para que el consumidor pueda ejercer su derecho a resolver el contrato. Este plazo no puede ser menor a 90 días;

- Debe indicarse en el contrato el momento a partir del cual las modificaciones unilaterales surten efectos; y,

- Las cláusulas contractuales que permitan la modificación unilateral de tasas de interés y comisiones deben establecer: (i) la reversión de las modificaciones cuando los hechos que justificaban las mismas dejen de producir efectos; y, (ii) los procedimientos necesarios para la respectiva producción de efectos de la reversión.

En suma, a fin de proceder a modificar las condiciones de los contratos de tarjetas de crédito, los emisores portugueses deberán: (i) pactar las respectivas modificaciones con los clientes de manera previa; (ii) incluir los hechos que pueden originar las modificaciones; y, (iii) informar acerca de las modificaciones en el plazo establecido por ley.

Habiendo desarrollado las especificidades de los tres sistemas materia de estudio en relación con las obligaciones de información relativa a la modificación de condiciones contractuales, podemos analizar las diferencias más importantes entre ellas, y definir, cuál podría ser considerada la mejor práctica a utilizar, conforme al siguiente detalle:

- (i) Bajo la regulación estadounidense, las modificaciones no aplican a ningún saldo pendiente, salvo ciertas excepciones; mientras que la regulación peruana permite que las respectivas modificaciones

apliquen a dichos saldos pendientes. La legislación portuguesa, por su parte, es silente en relación con este punto. En este caso, la posición estadounidense es más razonable dado que las transacciones realizadas bajo ciertas condiciones pactadas deben ser reguladas por dichas condiciones, y cualquier eventual modificación debería solo aplicar *a posteriori*. La postura peruana solo redundaría en la reducción del bienestar del consumidor.

(ii) La regulación estadounidense otorga a los consumidores la opción de cancelar sus tarjetas antes de la modificación de las tasas de interés y comisiones aplicables. Y, en caso los consumidores opten por ello, los emisores podrán cerrar sus cuentas y modificar los términos relativos al pago de la deuda pendiente, de acuerdo a lo establecido en TILA o por cualquier otro método que no sea menos beneficioso para los clientes que los métodos establecidos en la Credit Card Act⁸². Por su parte, la legislación peruana otorga a los consumidores la opción de terminar la relación contractual, no solo la de cancelar la tarjeta de crédito. Sin embargo, el Reglamento de Transparencia no indica nada más. Así, dicho reglamento permite a los emisores a requerir el pago completo del saldo pendiente cuando los consumidores escogen terminar la relación contractual. En la práctica, los emisores casi siempre requieren el pago total del saldo pendiente en dichos casos. La regulación portuguesa es similar a la peruana en ese sentido, toda vez que en caso exista una modificación en las tasas de interés o comisiones aplicables, los consumidores podrán resolver el respectivo contrato en base a la respectiva modificación realizada, y no va más allá tampoco. De esta manera, aun cuando las regulaciones peruana y portuguesa se ven interesantes dado que otorgan a los consumidores la opción de terminar la relación contractual con los respectivos emisores, lo cual puede ser definido como un mecanismo para desincentivar a los emisores a realizar modificaciones no razonables de los términos contractuales, todos los posibles beneficios se desvanecen dado que

La regulación estadounidense otorga a los consumidores la opción de cancelar sus tarjetas antes de la modificación de las tasas de interés y comisiones aplicables

dichas regulaciones dejan abierta la posibilidad de que los emisores requieran el pago total de las deudas pendientes en estos casos. Por lo tanto, somos de la opinión que la aproximación estadounidense es la más apropiada porque no permite a los emisores requerir el pago inmediato de los saldos pendientes, sino que requiere que estos emisores acuerden con los consumidores un método de pago que probablemente no limitaría la capacidad de estos consumidores de realizar otros gastos presupuestados (en oposición a posibles gastos inesperados haciendo un pago total del saldo pendiente). Creemos, pues, que no hay razones de peso para requerir el pago total del saldo pendiente cuando los emisores modifican unilateralmente los términos de los contratos de tarjetas de crédito, dado que en estos casos los consumidores no incumplen ninguna condición de los respectivos contratos.

(iii) El Reglamento de Transparencia señala que aun cuando los emisores pueden realizar modificaciones unilaterales de cualquier condición contractual, estos no pueden incrementar unilateralmente la línea de crédito. En estos casos, los emisores necesitan la aceptación expresa de los consumidores⁸³. Cabe indicar que no existe una regulación comparable en los sistemas estadounidense y portugués. Esta medida bajo la regulación peruana, no obstante, puede ser considerada como una medida que restringe el mercado porque niega la libertad de los emisores de modificar las líneas de crédito cuando ellos estimen conveniente. ¿Cuál sería el motivo para restringir a un emisor que incremente la línea de crédito a un consumidor en específico si el emisor considera que el consumidor tiene la habilidad de pago suficiente o al consumidor prefiere que su línea sea incrementada periódicamente? Somos de la opinión que esta medida aumenta los costos de transacción dado que obliga a los emisores a contactar a los consumidores que reciban un aumento de línea para que estos acuerden la misma. Por otro lado, hay quienes argumentan que esta es una medida apropiada que promueve el bienestar de los consumidores puesto que la probabilidad de que estos puedan utilizar erróneamente sus tarjetas de crédito es mayor cuando la respectiva línea es mayor. Inclusive, se ha llegado a comparar esta situación como darle más dulces a un niño obeso. Es importante mencionar que al menos existen dos estudios que han demostrado que los consumidores tienden a mantener balances en un

porcentaje consistentes a sus respectivas líneas de crédito⁸⁴, por lo que si se limitase a los emisores la capacidad de aumentar unilateralmente las líneas de crédito, se evitaría el sobreendeudamiento de consumidores, permitiéndose de esta manera la reducción del nivel de deuda de los clientes⁸⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir que una mejor aproximación sería aquella por la cual se cree una regla *default* que indique que los emisores no pueden incrementar las líneas de crédito⁸⁶ a menos que los consumidores opten la modificación unilateral de las mismas al momento de la contratación de la respectiva tarjeta de crédito⁸⁷. Esta alternativa sería mejor no solo para los emisores, quienes no verían restringida su capacidad de incrementar las líneas de crédito, sino también para los consumidores, quienes tendrían la libertad de elegir si quieren o no que se proceda con el incremento unilateral de sus respectivas líneas de crédito.

(iv) Otra diferencia es que, en las regulaciones estadounidense y portuguesa, los emisores están obligados a considerar los cambios en los factores que se tomaron en cuenta al momento de incrementar las tasas de interés a fin de determinar si se reducen las mismas en un momento posterior. Puntualmente, los emisores estadounidenses tienen la obligación de revisar dichos factores cada seis meses de realizada cualquier modificación⁸⁸, por su parte, los emisores portugueses deben incluir en los contratos su obligación de revertir las modificaciones cuando los hechos que justificaban las mismas dejen de producir efectos, así como los procedimientos necesarios para efectivizar dicha reversión⁸⁹. La regulación peruana, por su parte, no tiene referencia alguna sobre el particular. Desde nuestro punto de vista, parece razonable evitar cualquier tipo de regulación sobre este tema dado que una regulación en contrario puede crear costos de monitoreo para los emisores, los cuales serían probablemente transferidos a los consumidores, encareciendo el mercado de tarjetas de crédito. Por el contrario, nuestro punto de vista es que las tasas de interés sean establecidas y modificadas por las fuerzas del mercado. De esta manera, una eventual reducción de tasas de interés no debería responder a la existencia de una regulación que la ordene, sino de la aplicación de fuerzas de mercado.

(v) Finalmente, la Credit Card Act limita la capacidad de los emisores de modificar ciertos términos contractuales, concretamente en relación con las tasas de interés, comisiones o gastos, los cuales no se pueden modificar durante el primer año vigencia de la tarjeta de crédito⁹⁰. Por otro lado, no existe regulación similar en Perú o Portugal, lo cual consideramos pertinente. Desde nuestro punto de vista, no existe un motivo razonable por el cual se debería restringir el mercado a través de dicha prohibición. Aun cuando parece justo para los consumidores que la regulación congele los precios por cierto tiempo, puede ser muy oneroso para el mercado mantener las condiciones económicas de las tarjetas de crédito. De manera específica, esta prohibición generaría distorsiones en los precios en el mercado dado que los emisores no tendrían la capacidad de modificar las tasas de interés cuando sea necesario. Ello no genera más que pérdidas para los emisores, y no conlleva a ningún beneficio a los consumidores, por lo que dicha opción realmente reduce el bienestar de la sociedad. Cabe indicar que estos argumentos no pretenden ser concluyentes porque necesitaríamos hacer un minucioso análisis costo-beneficio de este dispositivo legal en particular⁹¹, lo cual se encuentra fuera del ámbito de este artículo.

(c) Divulgación de información periódica en la contratación de tarjetas de crédito

Existen obligaciones adicionales de proveer información periódica a los consumidores de tarjetas de crédito. Generalmente, la información periódica se otorga a través de los estados de cuenta. Es necesario resaltar, en relación con este punto, que la Credit Card Act establece muchas provisiones para promover la transparencia en relación con las implicancias de realizar únicamente pagos mínimos⁹². En concreto, dicha norma obliga a los emisores a incluir una declaración que indique: “Advertencia sobre Pago Mínimo: Realizar solo el pago mínimo incrementaría el monto de intereses que usted pagará y el tiempo que toma en pagar su deuda”⁹³. Además, también requiere a los emisores que incluyan en los estados de cuenta la siguiente información: **(i)** el número de meses que le tomaría al consumidor pagar la totalidad de la deuda si este solo realiza pagos mínimos; **(ii)** los costos totales que el consumidor incurriría hasta que la deuda total sea pagada; **(iii)** el pago mensual que debería realizar el consumidor para pagar la totalidad de su deuda

en un plazo de 36 meses; y, (iv) los costos totales que el consumidor incurriría si es que efectivamente paga la deuda total en 36 meses⁹⁴. De manera similar, la regulación peruana establece que los emisores deben indicar en los estados de cuenta el número de meses en los cuales los consumidores pagarían sus respectivas deudas totales asumiendo que los mismos realizan pagos mínimos de manera oportuna y no realizan mayores transacciones⁹⁵. La legislación portuguesa no dice mucho sobre este respecto. No obstante, el Aviso del Banco de Portugal 10/2014, de 18 de noviembre, establece únicamente sobre este punto que el estado de cuenta debe enviarse con periodicidad mensual, en soporte papel u otro soporte duradero, en el cual se debe indicar, entre otros, el monto de pago mínimo que deben de pagar los consumidores⁹⁶. Cabe resaltar como aspecto positivo de las regulaciones estadounidense y peruana el hecho del uso de información relativa al uso del producto. Este tipo de información es muy importante para los consumidores porque directamente refleja los hábitos de consumo que ellos tienen, evidenciando la deuda real en que estos incurrirán. Por lo que, esta información puede tener un impacto en un consumidor con sesgos cognitivos.

Es interesante mencionar en este punto que un estudio en 2011 determinó que el impacto de la divulgación a ciertos consumidores sobre los costos que se generaban por realizar solamente pagos mínimos cada mes comparado con la realización de pagos más altos es de tal importancia que incluso hizo que los consumidores bajo análisis cambien sus hábitos de pago⁹⁷. En el mismo sentido, la encuesta *Consumer Report*, la cual fue realizada en Estados Unidos, encontró que el 23% de los encuestados fueron motivados por la advertencia obligatoria sobre pagos mínimos previamente mencionada, y comenzaron a pagar sus saldos de tarjetas de crédito de manera más rápida⁹⁸. Sobre este punto, solo resta decir que Portugal debería tomar en consideración la regulación peruana o la estadounidense y proveer a sus consumidores la información relevante que ellos necesitan para la mejor utilización de sus tarjetas de crédito.

2. La regulación de precios

La existencia de regulación de precios dependerá de si los legisladores deciden imponer límites o prohibiciones a los mismos. En el caso del mercado de tarjetas de crédito, los elementos básicos

de precio son las tasas de interés y las comisiones aplicables. En este apartado, sin embargo, únicamente incidiremos sobre las tasas de interés compensatorias⁹⁹ y las comisiones por exceso de línea.

En principio, somos de la opinión que la regulación de precios genera restricciones en la autonomía individual así como distorsiones en el mercado, generando pérdidas de bienestar de la sociedad. De esta manera, si un precio es limitado o prohibido, es muy probable que los emisores incrementen otro tipo de precios no regulados y así puedan mantener el retorno esperado de sus inversiones. Ello, asimismo, impacta negativamente en los consumidores que pagan a tiempo dado que, producto de dicho incremento, estos también serían afectados aun sin culpa alguna. Por otro lado, en caso los emisores no puedan incrementar los precios no regulados, estos tendrían los incentivos suficientes para dejar el respectivo negocio a fin de encontrar los retornos esperados en otra industria. A continuación, analizaremos los dos precios materia de análisis:

(a) La tasa de interés

La tasa de interés es el precio por excelencia en el mercado de crédito, especialmente en nuestro caso, de las tarjetas de crédito. En términos generales, los consumidores deciden qué tipo de tarjeta de crédito adquieren en el mercado en función a qué tan alta o tan baja es su respectiva tasa de interés.

Es necesario recalcar que un aspecto positivo en las regulaciones de tarjetas de crédito bajo estudio es que todas obligan a los emisores a la difusión de tasas efectivas, es decir, de aquellas que incluyen todos los costos asociados al uso de tarjetas de crédito, como comisiones y otros gastos. En concreto, en Estados Unidos se cuenta con la tasa de interés anual (*annual percentage rate* o APR por sus siglas en inglés), la cual se encuentra definida en la sección 226.22 de TILA¹⁰⁰ como la medida del costo del crédito, expresado en una tasa anual, que relaciona el monto y el momento del valor recibido por el consumidor con el monto y el momento de los pagos realizados. De forma similar, en Perú las tasas son expresadas en forma efectiva anual, teniendo como base de cálculo un año de 360 días¹⁰¹. Para el caso concreto de las operaciones activas – como por ejemplo las tarjetas de crédito – los emisores deben aplicar la tasa de costo efectivo anual (TCEA). Así, el artículo 6 del Reglamento

de Transparencia establece que “[l]a tasa de costo efectivo anual (TCEA) es aquella que permite igualar el valor actual de todas las cuotas con el monto que efectivamente haya sido recibido en préstamo. Para este cálculo se incluirán las cuotas que involucran el principal, intereses, comisiones y gastos, que de acuerdo a lo pactado serán trasladados al cliente, incluidos los seguros en los casos que se trate de créditos de consumo y/o hipotecarios para vivienda. No se incluirán en este cálculo aquellos pagos por servicios provistos por terceros que directamente sean pagados por el cliente, ni los tributos que resulten aplicables.” El Reglamento de Transparencia contiene la respectiva fórmula para su determinación¹⁰². Por su parte, Portugal cuenta con la tasa anual de encargos efectiva global (TAEG), definida como el costo total del crédito para los consumidores, la cual se encuentra expresada en porcentajes anuales del monto total del crédito¹⁰³. De acuerdo con el artículo 24.1 de la LCCC, la TAEG iguala, sobre una base anual, los valores actuales de todas las obligaciones asumidas, teniendo en cuenta los créditos utilizados, reembolsos y cargos, actuales o futuros, que hayan sido acordados entre los emisores y los consumidores¹⁰⁴. Al igual que la regulación peruana, la LCCC contiene en su anexo I, la fórmula para la determinación de la TAEG¹⁰⁵. En conclusión, las tres jurisdicciones tienen a bien mostrar los costos efectivos de las tarjetas de crédito, lo cual se encuentra acorde con una de las recomendaciones de la encuesta *Eurobarometer*, la cual señala que se debería proveer a los consumidores información precisa, simple y comparable del producto o servicio financiero a adquirir, de manera previa y posterior a su contratación¹⁰⁶.

Por otro lado, en cuanto a la regulación de tasas de interés, es preciso mencionar que los tres países bajo análisis tienen puntos de vista distintos. En primer lugar, debido a su tendencia capitalista-liberal, en Estados Unidos no se ha establecido ningún límite regulatorio a las tasas de interés¹⁰⁷. La única regulación sobre este tema en el sistema jurídico estadounidense es la referida a la revisión periódica de los factores que producen modificaciones en las tasas de interés, y que hemos visto anteriormente. Por su parte, podemos decir que Perú se encuentra en un punto intermedio, dado que el artículo 9 de la Ley de Bancos¹⁰⁸ establece que “[l]as empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus

operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica [...]”. No obstante, hasta el momento, el Banco Central de Reserva del Perú ha decidido no regular los precios en el sistema bancario. Finalmente, sobre este punto, cabe mencionar que Portugal tiene la regulación más restrictiva en cuanto al control de las tasas de interés de las tarjetas de crédito. En principio, cabe resaltar que, la introducción de un régimen de tasas máximas fue una innovación que trajo la LCCC¹⁰⁹, cuyo artículo 28 califica como contratos usureros a aquellos que, al momento de su celebración, tengan una TAEG mayor a un cuarto de la TAEG promedio del mercado correspondiente al trimestre anterior, o en caso no sobrepase dicho límite, a aquellos contratos que tenga una TAEG superior al 50% de la TAEG promedio de la totalidad de contratos de crédito a los consumidores celebrados en el trimestre anterior¹¹⁰. Adicionalmente, la LCCC otorga competencia al Banco de Portugal para clasificar los tipos de contratos de créditos a los consumidores en relación con las tasas de interés máximas. En concreto, la Instrucción del Banco de Portugal 13/2015 (BO 9.15-09-2015) estableció la tasa máxima de los contratos de tarjetas de crédito (incluyendo a los excesos de línea) correspondiente al cuarto trimestre de 2015 en 18.4%. Sobre este punto en específico, aun cuando reconocemos la aplicación de tasas realmente excesivas por parte de ciertos emisores, somos de la opinión de que deberían ser las fuerzas del mercado las que equilibren las mismas. En ese sentido, consideramos que la posición de Estados Unidos y Perú¹¹¹ son las más adecuadas en tanto, como previamente se indicó, la regulación de precios genera restricciones en la autonomía individual así como distorsiones en el mercado, generando pérdidas de bienestar de la sociedad.

(b) La comisión por exceso de línea

Para el mercado estadounidense, la comisión por exceso de línea (*over-the-limit fees*) se constituye como un mecanismo por el cual los emisores difieren costos, y se aprovechan de los sesgos cognitivos de los consumidores¹¹². De esta manera, la regulación impone restricciones sobre dichas comisiones, indicando, en principio, que las mismas deben ser razonables y proporcionales a la respectiva omisión o violación¹¹³.

Un primer problema en la aplicación de este mandato supuso la posible falta de certeza en relación con la determinación de la razonabilidad y proporcionalidad de la comisiones materia de análisis. Ante ello, la Reserva Federal (FED) estableció un punto de partida para dicha determinación, por el cual \$25 por la primera omisión y \$35 por una segunda omisión dentro de los seis meses se considera razonable para efectos de la norma. Asimismo, la Credit Card Act señala que los emisores no pueden cobrar comisiones por exceso de línea a menos que el respectivo consumidor le haya autorizado previamente los consumos excediendo su línea de crédito. Este punto parece razonable, pero un tema más importante sería el restringir efectivamente la habilidad de los emisores a autorizar transacciones a los consumidores en exceso de su línea, evitando así el sobreendeudamiento de dichos consumidores.

Por su parte, la regulación peruana prohíbe a los emisores cobrar comisiones por exceso de línea. Bajo el Reglamento de Transparencia, el término “comisión” es definido como una retribución pagada por los consumidores a los emisores cuando estos últimos proveen un servicio adicional al de otorgamiento de un crédito o una línea de crédito. Entonces, como los emisores no proveen un servicio adicional a los consumidores cuando estos exceden su línea de crédito, se entiende que no hay una base para el cobro de este tipo de comisión. Desde nuestro punto de vista, si bien el razonamiento del Reglamento de Transparencia de prohibir el cobro de comisiones que no impliquen un servicio adicional al de otorgamiento de crédito o línea de crédito es razonable, se puede alegar que cualquier restricción, límite o prohibición al cobro de precios conlleva a la distorsión del mercado.

Finalmente, en el caso portugués, se distingue el crédito al descubierto (*facilidade de descoberto* en portugués) del exceso de línea de crédito (*ultrapassagem de crédito* en portugués). El crédito al descubierto es una

La Credit Card Act señala que los emisores no pueden cobrar comisiones por exceso de línea a menos que el respectivo consumidor le haya autorizado previamente los consumos excediendo su línea de crédito

forma de sobregiro en cuenta corriente, en la cual un particular negocia con la respectiva institución de crédito el monto autorizado, la respectiva tasa de interés, y el periodo de vigencia del saldo en sobregiro¹¹⁴. Por su parte, ya que no se dice nada sobre la forma de sobregiro no autorizado, esta se definió como un exceso de línea de crédito, es decir, el sobregiro que el acreedor acepta tácitamente que permite al deudor disponer de fondos que excedan el saldo de su cuenta de orden (cuenta corriente) o de un crédito al descubierto acordado¹¹⁵. Sobre este punto, es relevante mencionar que la LCCC, por un lado, establece que el exceso de línea de crédito debe ser acordado los emisores y los consumidores¹¹⁶, y por otro lado, impide la cobranza de comisiones en los casos de exceso de línea¹¹⁷, a fin de evitar riesgos de endeudamiento de los consumidores así como prácticas abusivas de cobranza por parte de los emisores¹¹⁸. En este caso, podemos ver que la opción legislativa es de no permitir ninguna comisión relacionada con el exceso de línea de tarjetas de crédito. De esta manera, al igual que en el caso de la regulación peruana, se puede alegar que cualquier restricción, límite o prohibición al cobro de precios conlleva a la distorsión del mercado.

Por tanto, teniendo en cuenta los aspectos negativos de las regulaciones bajo análisis, una alternativa podría ser una provisión optativa, en la cual se autoricen transacciones en exceso de la línea de crédito de la tarjeta, con el consiguiente cargo de las respectivas comisiones, a menos que los consumidores opten por no autorizar dichas transacciones. Así, en caso los consumidores no deseen que se les cargue las comisiones por excesos de línea de crédito, entonces no podrán hacer uso de una línea de crédito en exceso para la realización de transacciones con sus tarjetas de crédito.

3. La habilidad de pago de los clientes

Como un último aspecto regulatorio que vale la pena resaltar, dado que genera mucha controversia, es la habilidad de pago de los clientes. Las tres regulaciones materia de análisis consideran que los consumidores deben evidenciar solvencia económica para pagar sus deudas antes de adquirir una tarjeta de crédito.

La regulación estadounidense considera que los consumidores tienen capacidad de pagar sus deudas cuando estos pueden cubrir

el pago mínimo mensual¹¹⁹. Por otro lado, al momento de la solicitud de una tarjeta de crédito, los emisores deben revisar los ingresos, activos, así como las deudas que en ese momento tengan los consumidores. Sin embargo, los emisores están permitidos de confiar en la información que los consumidores puedan proveerles dado que el Reglamento Z no requiere que los emisores verifiquen las declaraciones de los consumidores¹²⁰. De esta manera, la regulación estadounidense obliga a los emisores a considerar la capacidad de pago de los consumidores, evaluando sus ingresos y gastos sin ninguna obligación de realizar una extensa investigación. Por su parte, la regulación peruana es más o menos similar. Los emisores no pueden otorgar un crédito a menos que hayan evaluado la capacidad de pago de los consumidores, basándose para ello en los flujos de caja del deudor, sus ingresos y capacidad de servicio de la deuda, situación financiera, patrimonio neto, proyectos futuros y otros factores relevantes para determinar la capacidad del servicio y pago de la deuda; señalando expresamente que el criterio básico es la capacidad de pago del deudor, y que las garantías son subsidiarias¹²¹. Adicionalmente, en Perú se cuentan con bases de datos públicas y privadas en donde los emisores pueden acceder a la información crediticia de los consumidores¹²². La regulación portuguesa, asimismo, es similar en este sentido. El artículo 10.1 de la LCCC establece que de manera previa a la celebración del contrato, los emisores deben evaluar la capacidad de pago de los consumidores con base a la información que los emisores consideren suficiente, la cual puede ser solicitada a los propios consumidores o ser obtenidas en las distintas bases de datos. Un aspecto que cabe la pena resaltar de la regulación portuguesa es la obligación de los emisores de informar a los consumidores sobre los detalles de la denegación de la solicitud de crédito, en función a la consulta realizada a las bases de datos¹²³. En suma, podemos concluir que las tres jurisdicciones verifican adecuadamente la solvencia o capacidad de pago del deudor de manera previa a la contratación de tarjetas de crédito; y pese a las diferencias en su regulación que hemos visto anteriormente, estos países tienen como objetivo reforzar la estabilidad del mercado de crédito, evitando la aprobación sin sustento de tarjetas de crédito.

C. Divulgación de información relativa al uso del producto

Hemos visto que la divulgación de información es fundamental durante la existencia de la relación comercial entre los emisores y los consumidores. Cuando los consumidores se encuentran mejor informados tienden a realizar mejores decisiones de consumo, lo cual genera, en el agregado, bienestar en el mercado. Asimismo, hemos visto que las regulaciones bajo análisis consistentemente obligan a los emisores a proveer a los consumidores de información relevante inclusive de manera previa a la contratación de tarjetas de crédito. Sin embargo, la información que estos emisores bajo dichas regulaciones se encuentran obligados a proveer es aquella relativa a los atributos del producto, como por ejemplo, tasas de interés, comisiones o gastos.

De esta manera, lo que se propone es que la regulación optimice estas obligaciones de divulgación, combinando la información relativa a los atributos del producto con la información relativa al uso del producto¹²⁴. Este tipo de información relativa al uso del producto puede darse de manera agregada-promediada o individual. Esta última es más efectiva que la primera. En muchos casos, la información agregada-promediada puede perder valor dado que existen millones de consumidores que tienen distintas preferencias. Sin embargo, la información relativa al uso del producto otorgada de manera individual impacta directamente en un consumidor que probablemente tenga sesgos cognitivos¹²⁵. En este documento hemos presentado ejemplos de este tipo de información. Por ejemplo, esto se cumple cuando los emisores les indican a los consumidores cuántos meses les tomaría pagar el monto total de la deuda si es que únicamente realiza pagos mínimos.

Sin embargo, la regulación puede ir más allá. No es difícil reconocer que los emisores cuentan con mucha información de los consumidores¹²⁶, por lo que no sería tan oneroso para ellos si es que son obligados, por ejemplo, a proveer información a los consumidores sobre cuántas veces han pagado una penalidad determinada o cuánto ha sido el monto de dicha penalidad en un año¹²⁷. Inclusive, dicha información individual puede otorgarse en la publicidad o en el material usado para captar clientes¹²⁸. Las posibilidades son numerosas, entre otras, se puede incluir este tipo de información en los puntos de venta.

Esto implicaría, por ejemplo, que el consumidor tenga conocimiento acerca de la eventual aplicación de una comisión por exceso de línea de crédito. La idea final sobre este punto es que cuanto más adecuada sea la información que se divulgue a los consumidores, estos podrán elegir de manera más razonable, evitando que tomen decisiones que atenten o reduzcan su bienestar, y así, promoviendo la eficiencia en el mercado.

V. Conclusión

Los mercados de tarjetas de crédito no son perfectos, por lo que necesitan estar regulados. Y dada la importancia de los mercados de tarjeta de crédito para el desarrollo de las economías nacionales, la regulación de dichos mercados debe apuntar a hacerlos más eficientes. Esta eficiencia puede ser alcanzada cuando se beneficia a los consumidores sin generar costos irrazonables para los emisores o restricciones en el ejercicio de sus libertades de acción o de contratación. El reto está en encontrar un balance entre las acciones regulatorias gubernamentales y las fuerzas de competencia en el mercado¹²⁹.

Habiendo analizado los mercados de Estados Unidos, Perú y Portugal, podemos concluir que las tres jurisdicciones regulan de manera apropiada sus propios mercados de tarjetas de crédito, sin embargo, hay algunas prácticas foráneas que estos pueden tener en consideración. Cabe resaltar sobre este punto que una de las recomendaciones de la encuesta *Eurobarometer* es la de aprender de las mejores prácticas foráneas, especialmente en relación con la eficacia y efectividad de dichos programas.

Así, Perú podría tratar de utilizar formatos estandarizados para la presentación de la información previa a la contratación de tarjetas de crédito a fin de que los consumidores puedan comparar de manera rápida y eficiente la información presentada. Asimismo, la regulación peruana podría establecer que cualquier modificación de la línea de crédito no debería afectar los saldos pendientes de pago a menos que dicha modificación aplique de manera más beneficiosa a los consumidores. Por su parte, Estados Unidos y Portugal podrían tratar evitar regular de manera directa los precios de las tarjetas de crédito, en el sentido de establecer límites máximos a las tasas de interés, comisiones

o gastos, dado que ello puede generar un doble efecto negativo, por un lado genera actividades para los emisores y costos innecesarios para los consumidores. Finalmente, las tres jurisdicciones materia de análisis deberían pensar en regular de una manera más efectiva el uso de información relativa al uso del producto.

Las sugerencias establecidas en el presente artículo no pretenden agotar las posibilidades de mejora en las regulaciones nacionales analizadas. Es más, pueden existir serias discrepancias con otros estudios o encuestas. Asimismo, no podemos determinar que estos países deben adoptar estas sugerencias a rajatablas, dado que una intervención estatal eficiente debe tomar en cuenta la realidad social y económica del país, requiriendo la realización de análisis costo-beneficio. Sin embargo, estas sugerencias pueden ser razonablemente interpretadas como una serie de pasos para lograr ese balance entre intervención estatal y libre actividad de mercado. Finalmente, es necesario indicar que si bien es cierto que estos países ya han tomado algunas medidas aquí sugeridas, sería interesante que estos refuercen las mismas para el beneficio de sus mercados de tarjetas de crédito y los consumidores de dichos mercados.

Notas

- * Victor De la Flor. Estagiário no Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra em cooperação com a Universidade do Arizona. Doutorando na Universidade do Arizona.
1. Scott Schmith, *Credit Card Market: Economic Benefits and Industry Trends* (2008), disponible en http://corporate.visa.com/_media/ita-credit-card-report.pdf
 2. *Id.* El autor señala que las redes de pago electrónicas (en Estados Unidos) tienen el potencial de proveer un ahorro de por lo menos 1% del PIB anual sobre las transacciones realizadas con soporte papel, dado que las redes de pago electrónica incrementan la velocidad y reducen las fricciones de las transacciones, bajando de esta manera los costos asociados a las mismas.
 3. Alejandra Anastasi et al, *Bancarization and Determinants of Availability of Banking Services in Argentina* (2006), p. 3, disponible en http://www.bcra.gov.ar/pdfs/investigaciones/WP%202006%2015_i.pdf
 4. Joshua Wright y Douglas Ginsburg, *Free to Err? Behavioral Law and Economics and Its Implications to Liberty*, Library of Law and Liberty (2012, 16 de febrero), disponible en <http://www.libertylawsite.org/liberty-forum/free-to-err-behavioral-law-and-economics-and-its-implications-for-liberty/>

5. Si bien la doctrina de los sesgos cognitivos ha sido desarrollada en Estados Unidos, creemos que pueden aplicar de la misma manera en los consumidores de Perú y Portugal.
6. Oren Bar-Gill, *Seduction by Plastic*, 98 Nw. U. L. Rev. 1373, 1375-77 (2004) y Cass R. Sustein, *Boundedly Rational Borrowing*, 73 U. Chi. L. Rev. 249, 251-54 (2006).
7. Bar-Gill, *id.* p. 1394.
8. *Id.*, p. 1398-99.
9. *Id.*, p. 1375.
10. Se denomina “contingente de la deuda” porque el monto a pagar depende de la cantidad de deuda acumulada.
11. *Id.*, p. 1376.
12. The World Bank, GDP Current (US\$) – Data, <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD> (last visited Jul. 28, 2015).
13. *Id.*
14. *Id.*
15. The World Bank, <http://data.worldbank.org/country/united-states> (última visita Ago. 18, 2015).
16. The World Bank, <http://data.worldbank.org/country/peru> (última visita Ago. 18, 2015).
17. The World Bank, <http://data.worldbank.org/country/portugal> (última visita Ago. 18, 2015).
18. International Monetary Fund, *World Economic Outlook Update*, p. 4, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/update/02/pdf/0715.pdf>
19. International Monetary Fund, April 2015, *World Economic Outlook*, p. 58, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/01/pdf/text.pdf>
20. The European Commission, *European Economic Forecast Spring 2015*, disponible en http://ec.europa.eu/economy_finance/eu/countries/portugal_en.htm
21. U.S. Census Bureau, *Statistical Abstract of the United States: 2012*, disponible en <http://www.census.gov/compendia/statab/2012/tables/12s1188.pdf>
22. Asociación de Bancos del Perú – ASBANC, Consolidados del Sistema Financiero, <http://www.asbanc.pe/contenidoweb/Default.aspx?ref=7&cont=23>. Estas estadísticas están referidas únicamente a las tarjetas de crédito de personas naturales. La Asociación de Bancos del Perú es una asociación privada conformada por los bancos que operan en el Perú. Fue creada con el objetivo de representar, desarrollar y administrar los intereses comunes de las instituciones financieras del Perú.
23. Banco de Portugal, *Boletim Estatístico*, p. 131, disponible en https://www.bportugal.pt/en-US/Estatisticas/PublicacoesEstatisticas/BolEstatistico/BEAnteriores/Lists/LinksLitsItemFolder/Attachments/151/BEAbr13_en.pdf. Este monto es el total de número de deudores, el cual incluye deudores de tarjetas de crédito.
24. U.S. Census Bureau, véase supra nota 21.
25. Asociación de Bancos del Perú – ASBANC, véase supra nota 22. El monto en PEN es 45,91 mil millones. El tipo de cambio usado es 1USD=2,55 PEN.

26. Banco de Portugal, véase supra nota 23, p. 130. Este monto es el total de créditos de consumo, el cual incluye las tarjetas de crédito.
27. U.S. Census Bureau, véase supra nota 21.
28. Asociación de Bancos del Perú – ASBANC, véase supra nota 22. El monto en PEN es 12,13 mil millones. El tipo de cambio usado es 1USD=2,55 PEN.
29. The Federal Reserve Bank of New York, *Overall Delinquency Rates Down as Americans Paying More Debt on Time* (2012, 29 de agosto), disponible en <http://www.newyorkfed.org/newsevents/news/research/2012/an120829.html>.
30. *Id.*
31. Banco de Portugal, véase supra nota 23, p. 131. Este porcentaje aplica al total de deudores de créditos de consumo, el cual incluye a los de tarjetas de crédito.
32. No se analizará, por ejemplo, otros factores como el tipo de uso de tarjetas de crédito o los tipos de consumidores que estos mercados tienen.
33. El alcance de este artículo no comprende los precios supra-competitivos.
34. En Perú, por ejemplo, todos los pagos parciales realizados a las cuentas de tarjetas de crédito se aplicaban primero a comisiones, luego a intereses y por último, al capital.
35. Truth in Lending Act of 1968, Pub. L. 90-321 (Title I §104), 82 Stat. 147 (1968), codificada en 15 U.S.C. §1601.
36. Regulation Z, 12 C.F.R. 226 (1969).
37. Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act of 2009, Pub. L. 111-24, 123 Stat. 1734 (2009) (codificada en diversas secciones en 5, 11, 15, 20, and 31 U.S.C. (Supp. IV 2010)).
38. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111-203, codificada en 124 Stat 1376.
39. *Id.* en §1026.1(a).
40. The Federal Reserve, *Regulation Z Truth in Lending* at 4, disponible en http://www.federalreserve.gov/boarddocs/caletters/2009/0909/09-9_attachment.pdf.
41. 15 U.S.C., supra nota 35, sección 201(a).
42. Véase el preámbulo de la ley.
43. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha identificado que usualmente los contratos de tarjeta de crédito usan bajos precios de los elementos de corto plazo (por ejemplo, no comisiones anuales o tasa de interés inicial de 0%) a fin de atraer clientes; luego, las empresas financieros imponen altos precios de los elementos de largo plazo (por ejemplo, tasa de interés de incumplimiento y comisiones y penalidades por incumplimiento). Véase Oren Bar-Gill y Ryan Bubb, *Credit Card Pricing: The Card Act and Beyond*, 97 Cornell L. Rev. 967 (2012), quienes proveen una explicación de la razón de la emisión de la Credit Card Act y sus consecuencias en el mercado estadounidense.
44. *Id.* at 969.
45. Véase el preámbulo de la ley.
46. Oficina de Protección del Consumidor Financiero.
47. 12 U.S.C. § 5511(a).
48. Esta Ley fue aprobada el 12 de junio de 1996 y publicada el 09 de diciembre del mismo año.

49. Esta Ley fue aprobada el 14 de agosto de 2010 y publicada el 02 de septiembre del mismo año.
50. Esta Ley fue aprobada el 19 de julio de 2005 y publicada el 21 de julio del mismo año. Esta Ley ha sido modificada por la Ley 29888, aprobada el 04 de junio de 2012 y publicada el 24 de junio del mismo año.
51. Esta Resolución fue aprobada el 30 de octubre de 2013 y se encuentra vigente desde el 1° de abril de 2014.
52. El Reglamento de Transparencia fue aprobado el 25 de octubre de 2012 y se encuentra vigente desde el 01 de enero de 2013. La Resolución SBS 8181-2012 sustituye a la anterior Resolución SBS 1765-2005, la cual fue el Reglamento de Transparencia original.
53. En contraposición a países de derecho anglosajón o del *common law* como Estados Unidos o el Reino Unido.
54. Una “Ley” puede ser considerada como cualquier norma general emitida por el Congreso de la República, o en algunos casos, los Decretos emitidos por el Presidente cuando el Congreso le haya otorgado poderes para legislar. Es usual que luego de que una ley es emitida, las agencias gubernamentales emitan regulación, con el fin de ayudar a la aplicación de las leyes generales.
55. Véase Constitución Política del Perú de 1993 que indica en su artículo 51: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”
56. Si existiese alguna inconsistencia entre la ley y la Constitución, la ley puede ser declarada judicialmente como inconstitucional.
57. El Código de Consumo tiene el objetivo de que los consumidores accedan a bienes y servicios idóneos y que adicionalmente tengan derechos y mecanismos apropiados para la protección de dichos derechos. Así, el Código de Consumo busca reducir asimetrías de información y prevenir y corregir cualesquier actos o prácticas que puedan afectar los intereses de los consumidores.
58. Ellos mencionaron que el mercado financiero peruano se había cuaduplicado durante dicho periodo.
59. Véase Congreso de la República del Perú, *Dictamen de los Proyectos de Ley 12917/2004-CR y 13103/2004-CR, que proponen una Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros (Perú)*, disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/Dictamenes0106.nsf/DictamenesFuturo/EC6BE4BBEF9FA82B052570222005DC6D4/\\$FILE/DEFENSADELCONSUMIDOR12917SEG..pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/Dictamenes0106.nsf/DictamenesFuturo/EC6BE4BBEF9FA82B052570222005DC6D4/$FILE/DEFENSADELCONSUMIDOR12917SEG..pdf).
60. Véase Ley 29888, *supra* nota 50, artículo 2.
61. Véase los considerandos de la LCCC.
62. Véase el considerando (3) de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril.
63. Véase el considerando (4) de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril.
64. Véase el considerando (7) de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril.

65. Véase los considerandos (8) y (9) de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril.
66. Véase *Consumer Protection Aspects of Financial Services*, Directorate-General for Internal Policies, The European Parliament, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507463/IPOL-IMCO_ET%282014%29507463_EN.pdf (2014).
67. Reglamento Z, sección 226.5a(a).
68. Se le denomina “Tabla Schumer” en honor al Senador por el estado de Nueva York, Charles Schumer, quien fue el responsable de la redacción y aprobación de la Ley de Crédito Justo y Divulgación de Información de Tarjetas de 1988 (*Fair Credit and Charge Card Disclosure Act of 1988*) que modificó TILA a fin de requerir el uso de un formato de tabla para este tipo de divulgación de información.
69. Reglamento de Transparencia, artículo 16.
70. *Id.* De manera general, se le denomina formulario contractual al modelo de contrato del producto o servicio financiero antes de que sea firmado. De esta manera, cuando el respectivo formulario contractual es firmado, se convierte automáticamente en el contrato del producto o servicio tomado.
71. Mario Frota, *Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e seus Reflexos em Portugal: A Inversão Do Paradigma*, en *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 1, n. 1, p. 50 (2011).
72. Las normas de los tres países bajo análisis establecen la información que debe ser incluida en sus respectivas “Tabla Schumer”, “Hoja Resumen”, y ficha sobre “Información Estandarizada Europea en Materia de Crédito a los Consumidores”. Véase respectivamente, la sección 226.5a(b) del Reglamento Z; el artículo 18 del Reglamento de Transparencia; y el artículo 6.3 de la Ley de Contratos de Crédito con Consumidores.
73. Véase, para el caso de Estados Unidos, el Anexo G-10 de la sección 226.5a del Reglamento Z, disponible en <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/12/part-226/appendix-G>; y para el caso de Portugal, la Instrucción 12/2013 – (BO 6, 17.06.2013), disponible en <http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/historico/textos/12-2013i.pdf>
74. Reglamento Z, sección 226.9(c)(2)(i). El Reglamento Z establece algunas excepciones, las cuales no se encuentran en el alcance del presente documento.
75. Reglamento de Transparencia, artículos 24, 26 y 29.
76. Mário Frota et al, *Manual dos Serviços Financeiros*, CEDC, p. 55 (2013).
77. *Id.*
78. *Id.*
79. De la misma manera, el artículo 14.1 de la LCCC señala que las modificaciones contractuales deben ser informadas en papel u otro soporte duradero.
80. Véase el texto completo de la Carta-Circular 32/2011/DSC, de 17 de mayo de 2011 en <http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/circulares/textos/32-2011-DSC.pdf>

81. Cabe indicar que la Carta-Circular también señala que los emisores deben obedecer principios de causalidad y proporcionalidad para proceder con las modificaciones por razones de mercado.
82. De acuerdo a los métodos establecidos en la Credit Card Act, los emisores podrán requerir a los consumidores el pago del saldo pendiente en cinco años, o pueden duplicar el porcentaje del balance del consumidor usado para calcular el pago mínimo (lo cual probablemente resulta en un pago más rápido que bajo los términos acordados al inicio).
83. El artículo 30 del Reglamento de Transparencia señala expresamente: “*Los incrementos de la línea de crédito no podrán efectuarse a través de modificaciones unilaterales por parte de las empresas. En ese sentido, no corresponde efectuar un aviso previo conforme lo señala el artículo 26 del Reglamento, sino que deberá requerirse el consentimiento expreso del cliente en cada oportunidad en que este se realice, a través de los mecanismos que para tal efecto pacten las partes, dejando constancia expresa de la fecha a partir de la cual se procederá a realizar el aumento de la línea de crédito. No podrá considerarse el silencio del cliente como señal de aceptación.*”
84. Angela Littwin, *Beyond Usury: A Study of Credit-Card Use and Preference Among Low-Income Consumers*, 86 Tex. L. Rev. 451, 486 (2008).
85. *Id.*
86. Esta propuesta asume que los consumidores estarían en mejor posición si las líneas de crédito no pueden ser unilateralmente incrementadas por los emisores.
87. Una alternativa a esta propuesta sería tener una regla default en que los emisores puedan incrementar las líneas de crédito a menos que los consumidores opten lo contrario al momento de suscripción del respectivo contrato. La mejor alternativa para cada país debe tomar en cuenta algunos factores económicos nacionales o factores de mercado, como por ejemplo, el nivel de endeudamiento de los consumidores, así como factores políticos, como por ejemplo, la promoción del consumo.
88. Véase la sección 148(a)(1) de TILA, codificada como 15 USC § 1665c. Asimismo, véase 12 C.F.R. §1026.59.
89. Véase supra nota 80.
90. 15 U.S.C. §1666i-2(d).
91. Véase Bar-Gill, supra nota 6, quien establece que se necesita un exhaustivo análisis costo-beneficio de una política específica para defender la intervención del mercado.
92. 15 U.S.C. §1667(b)(11)(A)-(B).
93. El texto original en inglés es: “Minimum Payment Warning: Making only the minimum payment will increase the amount of interest you pay and the time it takes to repay your balance”. 15 U.S.C. §1667(b)(11)(A).
94. 15 U.S.C. §1637(b)(11)(B).
95. Artículo 4.1 de la Circular No. B-2206-2012-SBS con referencia a la Metodología de Cálculo del Pago Mínimo en Líneas de Crédito de Tarjetas de Crédito y Otras Modalidades Revolventes, para Créditos a Pequeñas Empresas, Microempresas y de Consumo.

96. Cabe indicar que el Aviso del Banco de Portugal 10/2014 concretiza los deberes de información periódica que las instituciones están obligadas a prestar a sus clientes en el ámbito de los créditos a los consumidores.
97. Dennis Campbell, Claudine Gartenberg y Peter Tufano, *Reframing Behavior: The Impact of the CARD Act on Cardholder Repayment Rates* (2011), <http://files.consumerfinance.gov/f/2011/03/Gartenberg-Presentation-Revised-Final.pdf>
98. Oren Bar-Gill, *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Products*, p. 168 (Oxford University Press, 1st ed. 2012).
99. Es decir que este artículo no analizará en detalle las tasas por incumplimiento o tasas de mora.
100. TILA § 226.22(a)(1) define a la APR como “[t]he annual percentage rate is a measure of the cost of credit, expressed as a yearly rate, that relates the amount and timing of value received by the consumer to the amount and timing of payments made. The annual percentage rate shall be determined in accordance with either the actuarial method or the United States Rule method. [...]”.
101. El artículo 4 del Reglamento de Transparencia señala que “[...] las tasas de interés compensatorio y moratorio deben ser expresadas en forma efectiva anual, debiéndose considerar para tal efecto que se trata de un año de trescientos sesenta (360) días. [...]”.
102. Véase el Anexo 1 del Reglamento de Transparencia.
103. El literal i) del artículo 4.1 de la LCCC define la TAEG como: “*TAEG – taxa anual de encargos efetiva global’ o custo total do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito, acrescido, se for o caso, dos custos previstos no n.º 4 do artigo 24.*”
104. El artículo 24.1 de la LCCC señala expresamente “*A TAEG torna equivalentes, numa base anual, os valores atuais do conjunto das obrigações assumidas, considerando os créditos utilizados, os reembolsos e os encargos, atuais ou futuros, que tenham sido acordados entre o credor e o consumidor.*”
105. Véase Anexo I de la LCCC.
106. Véase supra nota 66.
107. FindLaw, *Usury Laws and Limits on Credit Card Interest Rates*, <http://consumer.findlaw.com/credit-banking-finance/usury-laws.html>
108. Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero, del Sistema de Seguros, y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
109. Véase Frota, supra nota 76, p. 74.
110. *Id.* p. 76.
111. La posición peruana tiene a su favor que el Banco Central de Reserva del Perú ha decidido no intervenir, hasta el momento, en el mercado financiero en relación con la limitación de tasas de interés.
112. Oren Bar-Gill y Ryan Bubb, *Credit Card Pricing: The Card Act and Beyond*, 97 Cornell L. Rev. 967 (2012).
113. De acuerdo al Reglamento Z, esta razonabilidad y proporcionalidad se deben reevaluar una vez al año.
114. Véase Frota, supra nota 76, p. 60.

115. *Id.*
116. Artículo 23.1 de la LCCC.
117. Artículo 23.4 de la LCCC.
118. Véase supra nota 76, p. 58.
119. Reglamento Z §226.51(a)(1)(ii).
120. Board of Governors of the Federal Reserve System, *Consumer Compliance Handbook – Regulation Z Truth in Lending*, disponible en <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/til.pdf>
121. Artículo 222 de la Ley de Bancos.
122. Cabe resaltar la base de datos pública (central de riesgos) mantenida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que se encuentra regida en los artículos 158-160 de la Ley de Bancos. Para mayor información se puede acceder a <http://www.sbs.gob.pe/usuarios/preguntas-frecuentes>
123. Artículo 10.2 de la LCCC.
124. Véase supra nota 95.
125. *Id.* p. 171.
126. *Id.* p. 171.
127. *Id.* p. 172.
128. *Id.* p. 173.
129. Susan L. Rutledge, *Consumer Protection and Financial Literacy: Lessons from Nine Country Studies*, Policy Research Working Paper 5326 – The World Bank, Junio 2010, p. 12, disponible en http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/Consumer_Protection_and_Fin_LiteracyWPS5326.pdf

VULNERABILIDADE
FINANCEIRA E
ECONOMIA POPULAR:
PROMOÇÃO DE BEM
FUNDAMENTAL SOCIAL EM FACE
DA PRÁTICA DE INSTITUTOS
LUCRATIVOS ILUSÓRIOS
(DAS PIRÂMIDES AO
MARKETING MULTINÍVEL)

FERNANDO RODRIGUES MARTINS*

Doutor em Direito Civil pela PUC/SP

KEILA PACHECO FERREIRA**

Doutora em Direito Civil pela USP

RESUMO

As antigas figuras de lucro fácil, sempre reprimidas por leis de proteção à economia popular, surgem novamente com fôlego redobrado, impulsionadas pela sociedade de informação e consumismo. Caracterizam-se por novas técnicas de publicidade e abordagem, pelas descomplicadas formas de contratação e pela aparência de licitude, materializando-se como investimentos fraudulentos prontos a atingir a coletividade de consumidores.

RIASSUNTO

Le antiche figure profitto facile, sempre soppresso dalle leggi di protezione di economia popolare, sorgono nuovamente con respiro raddoppiato, guidato dalla società dell'informazione e consumismo. Sono caratterizzati da nuove tecniche pubblicitarie e di approccio, da forme non complicata di assunzione e l'aspetto della legittimità, materializzando come investimenti fraudolenti pronti per raggiungere i collettivi dei consumatori.

1. Introdução

Casos mundialmente conhecidos e relacionados a esquemas monetários fraudulentos, como os desenvolvidos outrora por Ponzi ou mais recente por Bernard Maddof nas clássicas pirâmides financeiras de recrutamento de consumidores incautos, ou os novas estratégias de arrecadação de divisas, através de constantes apelos na internet e de diversos outros meios de comunicação, denominados *marketing multinível* (a exemplo de algumas pessoas jurídicas: TelexFree, Bbom, MultiClick, Priples), chamam a atenção da sociedade de consumo¹.

Logicamente, causa perplexidade e espécie o massificado e intenso anúncio de repentino acesso ao lucro fácil (incompatível às demais situações econômicas que exigem esforços do interessado ou amplo conhecimento do investidor quanto à empresa alocada em mercado aberto para investimento) sucedido pelo abrupto rompimento da confiança daqueles caracterizados pela vulnerabilidade (fática, técnica e jurídica)², notadamente quando há ruína posterior do empreendimento por falta de bases sólidas.

A questão toma prumo a considerar que os métodos atualmente praticados pelos responsáveis por esses esquemas são completamente diferentes daqueles outrora eleitos como causa subjacente da legislação punitiva de âmbito penal, pelo menos no Brasil, até porque o núcleo do modal proibitivo é exatamente sancionar aquele que obtém ganho ilícito (ou tenta) em detrimento ao povo ou número determinado de pessoas mediante especulações ou meios fraudulentos, nos termos da legislação que data da década de cinquenta e ainda faz-se vigente (Lei federal 1.521/51, art. 2º, inc. IX).

Breve espaço se abre apenas para refletir que quando a citada legislação foi levada à vigência, em homenagem à reserva legal, fixando tipos penais contra os ataques à economia popular, o Brasil vivenciava o pós-guerra com grande abertura para os mercados e ao mesmo tempo sofrendo a ganância e usura desenfreada decorrentes desta nova experiência, o que proporcionou a elaboração de lei sem a utilização de termos polissêmicos, passíveis de função diacrônica. A linguagem aprimorou-se na especificidade, o que a distanciou da realidade ao longo do tempo³.

Para a contemporaneidade é dizer que frente aos comandos constitucionais exigentes do *dever de proteção* quanto à segurança (CF, art. 5º, *caput*) e respeito ao consumidor (CF, art. 5º, inc. XXXII e art. 170, inc. V) os elementos descritos no dispositivo penal (a saber: meios fraudulentos, especulação e ganho ilícito) são, por si só, ‘insuficientes’ para a promoção efetiva do lesado, da economia popular e ainda da confiança coletiva, tendo em vista, por óbvio, a transmutação e os modos de realização desses imbróglis econômicos nesta pós-modernidade hipercomunicativa. Está-se diante o dever de proteção e a proibição de insuficiência atinentes ao vulnerável⁴.

Portanto, a reação jurídica deve ser sistêmica⁵, englobando não apenas o aporte penal de outrora, mas o pluralismo de fontes, iniciando-se por aquelas originárias de valores superiores (essencialmente relativas à ordem constitucional), com nítido acompanhamento das disposições supranacionais (a exemplo das diretivas da comunidade europeia) e das leis temáticas de direito privado, com relevo redobrado ao Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. Ainda é possível ter presente como fonte manifestações particulares que igualmente visem reprimir esse modelo ardiloso, o que pode ser facilmente verificável por meio de negócios jurídicos plurilaterais de proteção ao mercado pelos próprios vulneráveis (associação de investidores).

Evidente que diversas respostas do sistema jurídico são possíveis para questões que envolvam tais estratégias ardilosos, desde o básico reconhecimento de nulidade de transações daí surgidas, com eventuais indenizações ademais das medidas inibitórias para evitar outras situações jurídicas lesivas.

Ao lado desta observação cumpre, democraticamente, auscultar o manejo argumentativo dos *criativos empreendedores* destas atividades com esteio na autonomia privada, encampada constitucionalmente e que, em tese, permite a criação de novos modelos econômicos, sem se descurar que, de margem oposta, existem limites ponderáveis quanto à sua atuação frente a pleitos de ordem pública.

Enesta ótica viceja a economia popular como manifestação de ordem pública a ser tutelada, considerando-a como bem fundamentalmente coletivo.

2. O reconhecimento da vulnerabilidade financeira da pessoa

Inicialmente vale anotar que não há mercado sem pessoa e não há pessoa sem tutela jurídica⁶! Ademais da pessoa essencialmente considerada (*em seus conteúdos nucleares*)⁷ e mesmo da interação primária de conjunto (*grupos familiares*)⁸ há, sobretudo, dimensões coletivas historicamente originadas a partir da solidariedade⁹ e que, quando analisadas à regência de métodos científicos contemporâneos, revelam organização sob a inconstância e incerteza da hipercomplexidade, demonstrando a existência de nichos sistemáticos paralelos que podem se acoplar estruturalmente¹⁰. Estes sistemas, sem a pretensão de exaurir, são conhecidos como sistema social, político, econômico, cultural, ambiental etc.

Fato é que a preocupação quanto à higidez do mercado – que nesse ponto apenas legitima-se enquanto palco de respeito à pessoa – cada vez mais torna-se exigível no plexo comunitário. Seria, então, de abordar a interação ou coordenação entre os sistemas econômico e jurídico¹¹. Evidente que vozes poderosas se erguem contra a regulação do mercado por ‘ferramentas externas’, especialmente do ponto de vista da intervenção jurídica, compreendendo-o simplesmente como abstração democrática, desprovida de táxis e caracterizada por ordem própria e espontânea¹². Sugere-se apenas o contrato (e não a lei) como instrumento jurídico adequado à *lex mercatoria*¹³.

Sem dúvida, no entanto, que a ausência de controles e limites, com nítido abandono das pessoas no âmbito da *aldeia global comercial*, é campo fértil para a colheita de iniquidades, inseguranças, exclusões e, notadamente, sujeição da pessoa ao mercado¹⁴ (situação essa da qual o direito privado, especialmente, busca evoluir há tempos)¹⁵.

Pode-se dizer que não apenas os apontamentos acima, mas em junção com outras situações de intensa vigília, foram motes vívidos do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado. A Resolução 39/245/1985 da Organização das Nações Unidas, ao tratar das linhas gerais de proteção ao consumidor, identifica no item 1 a vulnerabilidade (*imbalances*) do consumidor como pressuposto básico de consolidação das tratativas supranacionais no que respeita esse direito humano.

A recepção deste modelo pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, inciso XXXII) possibilita o *cotejo crítico* quanto ao instituto da incapacidade civil (capacidade de fato) da pessoa, isto porque a vocação alocada no Código Civil (art. 3º e 4º) demonstra-se, sobretudo, de natureza patrimonial, tendente a proteger os desprovidos de maioridade ou com causas patológicas, ébrias e perdulárias na consecução de negócios jurídicos – *nada indicando sobre as relevantíssimas questões existenciais dos ‘sujeitos’ ali tratados*¹⁶. A vulnerabilidade, lado outro, encontra fundamento no princípio da igualdade substancial e parte da presunção de que a intensa discrepância entre os agentes econômicos (fornecedor e consumidor), independentemente do exercício da capacidade, merece promoção e tutela. Portanto, a vulnerabilidade tem intenso arrimo constitucional¹⁷.

E exatamente neste ponto, sob o ângulo de negócios jurídicos caracterizados por objeto ilícito de lucro fácil ou por negócio jurídico ainda não regulado no âmbito legislativo (como na hipótese das empresas de *marketing multinível*, mas prenhe de incertezas e potencialmente danosos aos incautos), é que defendemos *subespécie* de vulnerabilidade: *a financeira*.

Alerte-se não se vindicar inovação alguma, porque ela deriva da vulnerabilidade nas espécies fática (ou econômica), técnica e jurídica. Há, porém, a especificidade de ater-se a duas operações básicas: *empréstimos* (crédito pessoal) e *investimentos* (captação de poupança), quer sejam feitos em instituições bancárias ou não¹⁸.

No primeiro caso, desde já a vulnerabilidade financeira é tranquilamente verificável no surgimento do superendividamento de massa. Na sociedade consumista o vulnerável adere a diversos tipos de contratações bancárias em busca de crédito pessoal comprometendo o mínimo existencial e a qualidade de vida digna¹⁹. Dentre as causas de referida situação financeira humanamente deficitária se verifica o abuso do agente financeiro na omissão de cumprir com a carga principiológica quanto ao *direito fundamental ao crédito responsável ou sustentável*.

Tal direito fundamental deriva da conjunção do art. 4º da Lei federal 10.820/03²⁰ aos vetores constitucionais de defesa do consumidor

e ordem econômica (CF, art. 5º, inciso XXII e art. 170, inc. V): caso claro de *direito fundamental* por derivação (linha argumentativa)²¹. Nesta hipótese normativa, às instituições de crédito cumprem, nos ditames de referidos axiomas, a partir de seus contratos, desencadear aos consumidores ampla e máxima efetivação de seus direitos (*e na sua omissão cabe ao Estado por seus órgãos de proteção ao consumidor fazê-lo*)²² evitando-se (*ex ante*) o flagelo da marginalização e exclusão social, operando créditos em condições adequadas à situação existencial da pessoa; e no eventual rebaixamento da qualidade de vida pelo crédito já concedido e contratado, predispondo-se ao reequilíbrio creditício (*ex post*), através da cláusula geral de boa-fé, rumo ao *dever de renegociação*²³.

A publicidade
persuade,
convence
e vence

A segunda figura é referente ao consumidor que se vê desprovido de conhecimento das potências dum mercado hipercomplexo e fragmentado, repassando suas economias ao setor empresarial de captação de poupança popular²⁴. Nesta perspectiva, o consumidor – jejuno quanto aos meandros internos do mercado financeiro – aporta suas decisões muito mais sob o impacto da publicidade convidativa do que pela cognoscibilidade do potencial de rentabilidade do investimento realizado.

A força extremada da publicidade é capaz de apagar a lógica preventiva²⁵ dos menos avisados referente aos riscos potenciais em confiar os parcos ganhos mensais e anuais arregimentados com sacrifício, anulando-se exame de autotutela e o juízo crítico, incentivando o repasse das economias (geralmente oriundas da força de trabalho) às empresas que exercem atividade ilícita, mas que desfrutam de ‘fachada’ de idoneidade. A publicidade *persuade, convence e vence*²⁶ o domínio intelectual do vulnerável, que adentra no mercado certo de que o empreendimento é sólido, rígido e incontroverso.

O *vulnerável financeiro* desprovido de conhecimento mínimo que seja sobre as nuances do mercado (que aliás é global, não é regional e nem mesmo nacional) é o destinatário das inúmeras ofertas espargidas na sociedade de consumo, sendo que cria em seu interior cognoscitivo a legítima expectativa de que a aplicação em determinado fundo (às

vezes orientado pelo gerente de banco)²⁷ ou mesmo o repasse das economias à empresa que promete juros e acessórios bem acima do valor de mercado sem a entrega de qualquer produto ou serviço e desprovida de autorização específica para operar no mercado (pirâmide financeira ou empresas de gestão fraudulentas)²⁸ trará êxito e situação de plena lucratividade e rentabilidade, sendo depois surpreendido pela perda patrimonial.

Some-se a isso o fato de que geralmente o surgimento de referidos empreendimentos ardilosos são correspectivos aos momentos em que o mercado de crédito encontra-se fraco, considerando as poucas opções oficiais seguras ou eventuais etapas de crise financeira, sendo que a oferta de rápido e lucrativo retorno cria a expectativa de melhoria das economias para o incauto naquela circunstância de penúria.

3. A economia popular como bem fundamental social: regime e captação

A economia popular tem relevância significativa na manutenção da sociedade em acompanhamento a outras figuras essenciais de vínculos comunitários: tais como patrimônio público, moralidade administrativa, bens e direitos de valor artístico, estético e histórico e meio ambiente. Do exposto, o desprezo à inerente promoção pode gerar efeitos extremamente graves ao plexo social e ao Estado. Deve-se dizer sem recuo: a tutela da economia popular é vital para a estabilidade do grupo social.

Emblemáticos exemplos de ausência de tutela suficiente à economia popular testificam a bancarrota não apenas da sociedade civil como do próprio Estado. O Fundo Monetário Internacional publicou em revista especializada o desastre ocorrido na Albânia, entre 1996 a 1997, descrevendo a existência de guerra civil naquele país: “O fenômeno de esquema de pirâmide na Albânia é importante porque sua escala em relação ao tamanho da economia foi sem precedentes, e as consequências políticas e sociais do colapso desse esquema foram profundas. No seu auge, o valor nominal dos passivos de esquemas de pirâmide ascendeu a quase metade do PIB. Muitos albaneses – cerca de dois terços da população – investiram neles. Quando o esquema entrou

em colapso, houve tumultos incontidos, caiu o governo e o país desceu em anarquia e guerra civil, com aproximadamente 2.000 pessoas mortas. A experiência da Albânia tem implicações significativas para outros países em que as condições são semelhantes às que levaram à ascensão de esquemas na Albânia, e outros podem aprender com a forma como as autoridades albanesas trataram – e maltrataram – a crise²⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro, afora a Lei federal 1.521/51, que trata especificamente sobre crimes praticados contra a economia popular, mantém diversos dispositivos espargidos em leis com objetos diferentes, mas que convergem no sentido da promoção e tutela deste bem fundamental. O escopo da presente pesquisa é aproximar as opções legislativas, contudo ao final maior preponderância será dada à opção sistêmica, por óbvio através da hierarquia de valores.

São verificáveis as seguintes designações dispositivas: *i*) a Lei Complementar federal 135/10, que alterou parte da Lei Complementar 64/90, dispõe sobre as causas de inelegibilidade candidato à eleição (chamada *lei ficha limpa*) e veda a candidatura daquele condenado por crime contra a economia popular (art. 2º, alínea 'e', 1) *ii*) o Código Penal estabelece a hipótese de aumento de pena se o tipo de estelionato contou com projeções contra a economia popular (CP, art. 171, § 3º); *iii*) o Código Civil ao disciplinar a sociedade simples veda que o administrador tenha condenação por crime praticado contra a economia popular (CC, art. 1.011, §1º); *iv*) a Lei federal 4.591/64, no art. 65, dispõe ser crime contra a economia popular promover a incorporação imobiliária a tanto valendo-se de afirmação falsa em contrato ou oferta quanto à constituição do condomínio, instituição da frações ideais ou sobre a construção das edificações; *v*) para os cargos de administração em cooperativas vedam-se as postulações daqueles condenados por crimes contra a economia popular (Lei federal 5.764/61, art. 51); *vi*) na recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, não são admitidos na condução da atividade empresarial o devedor e o administrador condenado por crime contra a economia popular (Lei federal 11.101/05, art. 64, inc. I).

Ao seu turno, a Lei 1.521/51 indica as possibilidades de lesão à economia popular, considerando: desrespeito ao tabelamento de preços em situação de controle estatal; negativa de atendimento às demandas

de prestação de serviços essenciais à subsistência ou sonegação de estoques; exposição à venda de produto que esteja em desacordo com as determinações oficiais de peso e composição; mistura de gêneros e mercadorias de espécies diferentes com exposição à venda como puro; mistura de gêneros de qualidades diferentes para venda com o custo mais alto; exigência de exclusividade de comprador; fraudar pesos ou medidas de produtos, bem como fraudar, nos contratos em parcelamento da prestação, sorteios ou mesmo negando a devolução de parcelas eventualmente já pagas.

Apenas em abordagem sintética vê-se claro que os *fattispecies* contemplados nos artigos 1º e 2º da mencionada legislação têm forte similitude com os desígnios normativos atuais do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, no Brasil, a tutela da economia popular tem cariz de fundamento histórico para a vigência e o desenvolvimento do Código de Defesa do Consumidor³⁰.

Mas em continuidade é de destaque fundamental a proteção da economia popular quanto às regulações a respeito da respectiva *captação*. A ordem jurídica nacional admite a *captação de poupança popular* basicamente em três modalidades: *i*) mediante autorização do Banco Central para as operações próprias (investimento e poupança)³¹; *ii*) nos termos da Lei federal 5.768/71 pelo pressuposto de autorização do Ministério da Fazenda; *iii*) no mercado de capitais, com fiscalização e supervisão da Comissão de Valores Mobiliários.

Às operações bancárias prefere-se não adentrar a considerar o escopo objetivo da pesquisa, contudo isso não descarta a possibilidade de esquema piramidal através de bancos (como se deu, inclusive, no histórico de Ponzi), e nem mesmo o fato das instituições financeiras serem igualmente vítimas desses estratégias.

A Lei federal 5.768/71 teve por substrato fundante, quando da respectiva elaboração, regular a captação de poupança popular por prêmios e brindes distribuídos mediante sorteios e a título de propaganda. Esse fato foi encorajador aos empreendedores dos estrategistas de pirâmides, tendo em vista a não indicação da atividade no rol daquelas ali contempladas, parecendo estarem isentos da vigilância fazendária enquanto logravam lucros desmedidos. Tenha-se, contudo, que o Decreto 70.951/72³² regulamentou a lei mencionada e

inseriu nítida *norma de encerramento*, possibilitando a visualização de outras modalidades de captação sem estarem rigidamente tipificadas, ou seja, mediante o exercício argumentativo e o caso concreto³³.

Paralelo a isso, o ordenamento também possibilita a captação de poupança através do *mercado de capitais*, que se dá por tomadores de recursos diretamente ao investidor, mediante a emissão de ‘valores mobiliários’. Contudo, essa atividade, que tem por função precípua promover o campo empresarial, é adestrada às Leis federais 6.385/76, 7.492/86, 10.198/01 e 10.303/01.

A Lei federal 6.385/76 cria a Comissão de Valores Mobiliários e dá-lhe a competência para autorizar a captação de poupança por distribuição de valores mobiliários; a Lei federal 7.492/86 trata-se de lei penal que define os crimes contra o sistema financeiro; a Lei federal 10.198/01 regula o mercado de títulos e define os contratos de investimento coletivo; e Lei federal 10.303/01 atualiza o sistema³⁴.

Destarte, o instrumento jurídico – diga-se utilizado sem escrúpulos para o exercício ilícito da pirâmide financeira – é o contrato. Entenda-se aqui que, como há coletividade investidora, *in casu*, ainda amoldará à espécie a figura do contrato coletivo de investimento, nos termos da Lei 10.198/01 e que é exigente de autorização da CVM, conforme art. 1º, § 7º.

A doutrina, com base na experiência norte-americana demonstra o desiderato de referido contrato: “contrato de investimento, para fins do Securities Act, significa um contrato, transação ou esquema, por meio do qual uma pessoa investe seu dinheiro em um empreendimento comum e é levada a ter expectativa de auferir lucros decorrentes exclusivamente do esforço do empreendedor ou de terceiros, sendo irrelevante que a participação detida no empreendimento seja evidenciada por meio de certificados formais, ou por interesses nominais nos ativos físicos empregados no empreendimento. Tal definição incorpora um princípio flexível ao invés de estático, capaz de adaptar-se para compreender os incontáveis e variáveis esquemas desenvolvidos por aqueles que buscam utilizar o dinheiro de outros na promessa de lucros”³⁵.

Por fim, é possível verificar a proteção constitucional quando do controle pelo Estado da atividade econômica, sujeitando as pessoas jurídicas (além dos dirigentes) em caso de danos causados à economia popular (CF, art. 173, § 5º).

Em suma, desde a Constituição Federal até legislações de âmbito secundário a economia popular é tratada de forma peculiar, com visão de ampla proteção. Desta abordagem retiram-se, em linhas gerais, conclusões relevantes: *i*) tipos penais contra a economia popular derivam de diversas práticas (afirmação falsa em incorporação imobiliária, descumprimento de tabelas oficiais, mistura de gêneros etc.); *ii*) a lesão à economia popular gera sanções no campo penal, civil, comercial e administrativo, não estando adstrita apenas à Lei federal 1.521/51; *iii*) no âmbito penal a lesão à economia popular também tem por consequência o aumento de pena; *iv*) impede aqueles que foram outrora condenados por práticas a ela irrogadas de ocuparem cargos ou funções, públicas ou privadas, onde a confiança é essencial; *v*) a captação de poupança popular depende de autorização ou do Ministério da Fazenda ou da Comissão de Valores Mobiliários, quando não se tratar de instituições financeiras.

Por conseguinte, a gama de dispositivos emoldurada permite que se chegue à norma como “*resultado da coligação entre as disposições de vários artigos em uma perspectiva unitária e sistemática do ordenamento*”³⁶. Em outras palavras: a economia popular é objeto de ampla tutela, não sendo lícitas atividades que possam mitigar a inerente potência, já que atuante no contexto de formação das bases sólidas da sociedade e (reflexamente) do Estado. E justamente neste ponto que se vislumbra a economia popular como *bem fundamental* para o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Diz-se bem fundamental, porque sua “*acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e, ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados “essenciais” ou “salva-vidas” e similares. Temos assim uma distinção na qual é fácil reconhecer a analogia com a respectiva distinção dos direitos subjetivos em direitos patrimoniais e direitos fundamentais*”³⁷.

Por mais que possa parecer contraditório afirmar que a economia popular seja bem fundamental tendo em conta, por características mais proeminentes, a aproximação ao perfil *patrimonial*, deve-se

ajustá-la ao conceito proposto por Ferrajoli: não pelo que ela aparenta, senão pelo que proporciona. A orientação é, sobretudo, *funcional*. Do mesmo modo, o patrimônio público e o meio ambiente encontram-se tutelados na Constituição Federal (CF, art. 5º, inciso LXXIII) e são bens de todos e insuscetíveis a uso e gozo de titular único, senão da coletividade³⁸.

Tenha-se, em histórico, que a doutrina da época de edição da Lei 1.521/51 já tendia neste sentido, reconhecendo na economia popular uma patrimonialidade funcional à cidadania, o que equivale dizer “resultante do complexo de interesses econômicos domésticos, familiares e individuais, embora como *fictio juris*, constituindo *in abstracto* um patrimônio do povo, na vida em sociedade”³⁹.

Ao advento do Plano Cruzado com toda modificação da carga econômica brasileira (e as crises antes e depois existentes), o tema jurídico respeitante à economia popular novamente ganhou destaque na dogmática que a alçou à noção de interesse difuso, porquanto compreendida como *tertium genus* entre a economia pública e a economia privada e daí com amplo espectro de tutela.

Vale o registro: “não é o patrimônio individual, portanto, que se protege, mas o patrimônio do povo em geral, ameaçado pela ganância dos que pretendem locupletar-se com a exploração das necessidades fundamentais de toda uma comunidade. Para designar esse bem jurídico e os interesses que lhe são sempre correlatos, fala-se, hoje, em *direitos difusos*. Daí conceituar-se a economia popular como um bem coletivo, estimado não apenas pelo que representa de importante para um indivíduo, mas porque essa necessidade individual é a expressão de iguais necessidades relacionadas com todos os componentes no mesmo estrato social”⁴⁰.

Toma-se apenas a classificação apresentada por Luigi Ferrajoli⁴¹ já que enquanto *bem fundamental* a economia popular tem por desiderato fornecer concretude a inúmeros *direitos fundamentais*, especialmente aqueles relativos à pessoa consumidora (saúde, segurança, legítimas

A economia popular tem por desiderato fornecer concretude a inúmeros direitos fundamentais

expectativas, propriedade etc.). Está-se ante antigo aríete jurídico que foi esquecido pela dogmática e que tem muito a contribuir com a defesa do plexo social e dos vulneráveis. O modelo histórico da Albânia é efervescente do ponto de vista empírico: a pirâmide anulou a economia popular (e a partir disso defenestrou o governo; arruinou a estrutura social e sucumbiu com milhares de vidas).

A conclusão aqui aportada é tranquila e factível se entreolharmos o *caráter dinâmico* da dignidade da pessoa humana, qual seja, o livre desenvolvimento da personalidade. Nesta seara, a economia popular, como *bem fundamental social*, se apresenta com função singular na promoção dos diversos membros, configurando base sólida para a formação da comunidade de pessoas livres, até porque traço marcante é a solidariedade.

Hans Carl Nipperdey⁴² ao abordar a dignidade da pessoa humana lembra: “O direito fundamental da dignidade da pessoa e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade são as normas fundamentais decisivas da constituição alemã. No artigo 1 I está em questão a proteção da pessoa na sua essência, no artigo 2 I, a proteção de sua dinâmica. Contudo, essas determinações constitucionais não estão uma ao lado da outra sem relação. Ao contrário, o artigo 2 I remonta ao artigo 1 I, que é última raiz e fonte de todos os direitos fundamentais formulados posteriormente e, com isso, mesmo o direito fundamental principal material. O artigo 2 I faz claro que no âmbito dinâmico da pessoa sua dignidade situa-se no livre desenvolvimento de sua personalidade. O direito fundamental do artigo 2 I não é um direito fundamental clássico; ele é desconhecido de constituições mais antigas. Ele é, indiscutivelmente, uma inovação do nosso direito constitucional. O direito fundamental quer proteger a vontade de vida dada pela natureza do particular, sua energia pessoal e libertar de todas as barreiras não necessárias. Decisivo é o conhecimento, que somente esse direito ao livre desenvolvimento de todos pode criar uma comunidade de pessoas livres e que iniciativa e intuição nos âmbitos da cultura, ciência, da economia e do social afixam também a configuração progressista de todas as condições de vida e a felicidade das pessoas sobre esta terra”.

4. A pirâmide financeira *prêt-à-porter*

Conforme já narrado, a legislação que tratou inicialmente da defesa da economia popular o fez mediante a utilização de linguagem mais aproximada aos acontecimentos de então. O legislador foi desatento em negar linguagem jurídica que pudesse com maior flexibilidade ser utilizada no futuro. Mas, como também ressaltado, é a busca da interpretação pela unidade e ordenação (enfim, preservando o sistema) que sempre restaura equilíbrio hermenêutico para melhor atuação do campo jurídico⁴³.

A vedação ou ilícito penal contido no art. 2º, inciso IX da Lei federal 1.521/51 dispõe como crime contra economia popular obter vantagem (ou tentar obter lucros ilícitos) em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas através de especulações ou meio fraudulentos.

Ressoa claro que a legislação de cunho penal não vedou o ganho ilícito. Vedou o ganho ilícito mediante a prática de especulação ou meio fraudulentos. E o pior: fixou modelos para a fraude, através de exemplos temporais da época: *'bolas de neve, cadeias ou pichardismo'* e outros equivalentes. Cada qual de tais figuras fraudulentas têm histórico próprio.

Com apoio em Elias de Oliveira, Manoel Predo Pimentel perfaz o *iter* de cada figura, da seguinte maneira: “A *bola-de-neve* é um sistema cooperativo de venda em que o povo sai sempre logrado, iludido na sua boa-fé, uma pessoa é induzida a acreditar que, com a compra de um bilhete de pequeno valor, poderá ganhar um rico prêmio. As *cadeias* são um ardil conhecido, vez por outra aparecendo com ares de novidade. São uma espécie de capitalização captadora, em que os últimos sempre ficam espoliados. O terceiro exemplo, o *pichardismo*, que Elias de Oliveira lembra ser assim chamado por derivar do nome do autor do golpe, um italiano chamado Manuel Severo Pichardo, é também comportamento fraudulento consistente em um sistema reintegrativo no qual promete-se ao comprador fornecer-lhe determinada quantidade de mercadoria e, ao cabo de algum tempo, restituir-lhe o dinheiro que pagou”⁴⁴.

Mesmo que haja previsão no citado dispositivo quanto a outros meios *equivalentes* para configuração da fraude, o que na verdade configura interpretação extensiva, é de se ver que considerando

as diretrizes que regem o direito penal (especialmente o direito fundamental à liberdade), a extensão deve acompanhar os modelos propostos no tipo, o que fragiliza muito o consumidor a ponderar que os modos utilizados para as pirâmides atualmente são outros.

O Ministério da Justiça chegou a emitir nota técnica quanto às características das pirâmides: *a)* promessa de retornos financeiros extraordinários; *b)* o fato de que o produto vendido tem pouco ou nenhum valor intrínseco; *c)* a descrição do produto feita pela empresa é bastante vaga; *d)* um fluxo de renda que depende prioritariamente da comissão recebida pelo recrutamento de novos associados ou produtos adquiridos para uso próprio e não de vendas para consumidores que não são participantes do esquema; *e)* a tendência de que só os primeiros investidores/consumidores associados tenham alguma renda real; *f)* garantias de que é perfeitamente legal participar⁴⁵.

De observar, no entanto, que a percepção oficial pareceu bastante deficiente. Aliás, não manifestou sobre o essencial, pois além de tipo penal, trata-se de forma ilícita de captação de poupança popular, afora os ataques aos princípios de direito privado e à própria Constituição Federal.

Vale o destaque que na sociedade da informação, especialmente a *internet* (e, nesse ambiente, as redes sociais), as pirâmides financeiras encontraram *locus fértil* e profícuo para publicizar os ‘milagres’ outrora propagandeados por panfletos. As dimensões da publicidade não têm limites. As características econômicas para a prática do ilícito são plenamente favoráveis, especialmente levando em conta que os ‘contratos’ são despersonalizados, desterritorializados e desmaterializados, culminando apenas em adesão virtual, onde há apenas consentimento (desprovidos das informações essenciais), abrindo espaço à vulnerabilidade financeira e *cyber espacial*⁴⁶.

Pode-se dizer que o número de pirâmides espargidas eletronicamente apenas tende a aumentar considerando a facilidade proporcionada pela hipercomunicação. A existência de inúmeras ações civis públicas e a até força-tarefa do Ministério Público federal e estadual são evidências tenazes desta constatação.

O fato da transação ocorrer em nível virtual e transnacional camufla o engendro criminoso e possibilita empreendimento ‘multilocalizado’,

onde os investidores se fazem distantes uns dos outros e do próprio empreendedor. Igualmente, o recrutamento de novos investidores por meio da rede amplia por demais o alcance dos investimentos e torna quase impossível separá-las do comércio eletrônico lícito, dada a difusidade do ambiente.

Ao lado das pirâmides surgiu o modelo de empresas de ‘*marketing multinível (MMN)*’ que se perfilham de outra forma: *i)* atuam na venda de produtos; *ii)* não obrigam adesão ao sistema; *iii)* os aderentes ao modelo empresarial são remunerados por comissões de vendas realizadas ao público em geral, não pertencente ao circuito interno da empresa; *iv)* os aderentes não são remunerados pelo recrutamento de novos agentes. Daí dizer que algumas destas empresas passaram a gozar de reconhecimento de legitimidade, especialmente a considerar o caráter exógeno das vendas.

Aliás, foi o que decidiu o *Federal Trade Commission* ao julgar a licitude da norte-americana Amway⁴⁷.

É importante que seja averbado, no entanto e com base na mesma decisão, que existem empresas de ‘*marketing multinível (MMN)*’ que remuneram pelo recrutamento de novos ingressantes, exigem adesão, dificultam a retirada de aderente e efetuam venda apenas ao público interno (endogenamente), o que as aproxima das pirâmides financeiras⁴⁸.

Entre nós no Brasil, o exemplo da Telex Free restou notabilizado, pois a prestação de serviço (comercialização de *voip*) era apenas pano de fundo para o recrutamento maciço de pessoas, mediante remuneração.

5. A necessidade de uma resposta sistêmica

As ferramentas do direito penal a partir da Lei federal 1.521/51 mostram-se por demais ultrapassadas. Não se trata em desprezar a valiosa dogmática penalista, antes utilizá-la como forma de adicionar ao sistema demais estratégias promocionais ao consumidor⁴⁹. Contudo, a efetividade penal resta enfraquecida se verificar que ao lado do ‘lucro ilícito’ deve haver fraude em modalidades praticadas do início do século XX. Como bem demonstrado, as práticas são outras, as pirâmides camuflam-se ou através de fachadas em *marketing multinível (MMN)* ou pelas redes sociais.

Esse ponto, por si só, merece análise crítica especialmente a considerar que no direito privado contemporâneo vicejam princípios jurídicos que exigem de todos os envolvidos a atuação conforme a lealdade⁵⁰ e os fins econômicos e sociais⁵¹. É dizer que a fraude (nos termos propostos pela lei penal) é prescindível e irrelevante para a vedação da prática das pirâmides financeiras no âmbito civil e consumerista, isto porque a considerar a exigência de tráfego jurídico seguro (boa-fé e confiança) e atuação em consonância com os fins sociais, o contrato – que leva à adesão de milhares de pessoas – deve ser valorado constitucionalmente e neste caso repulsa os efeitos negativos à economia popular como bem fundamental social.

Nesta última etapa, explica Gustavo Tepedino: “a função social, em última análise, importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente [...] A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da república – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”⁵².

Contudo, a lei penal (aliada à própria dimensão da economia popular enquanto bem fundamental social) concede o lado positivo de que o exercício do esquema é claramente ilícito, o que favorece o campo da teoria da invalidade no âmbito privado, nos termos do art. 166, II, do Código Civil, pois nesse caso o negócio jurídico, que dá ensejo ao esquema, nulo é de pleno direito⁵³. Aliás, se houver conhecimento prévio, aproveitamento e acerto com o empreendedor daquele que integra a pirâmide ainda no começo de sua formação (e geralmente esses têm retorno na lucratividade criminosa), daí a nulidade do negócio jurídico já restará com assento no *motivo determinante*, porque a real intenção dos contraentes é lesar os incautos que agregam por último a base do esquema (CC, art. 166, III).

Observe-se que na mesma linha perfilha o Código de Defesa do Consumidor. A exigência do tráfego jurídico mediante a boa-fé (CDC,

art. 4º, inciso III) impõe que o fornecedor atue mediante comportamento probó, com dever de esclarecimento, dever de assistência (cooperação) e acima de tudo lealdade⁵⁴, cumprindo as legítimas expectativas lançadas.

Complemente-se na linha consumerista o fato de que o esquema-pirâmide, caso elevado à prestação de serviços do tomador ao consumidor, não resiste ao exame da *teoria da qualidade*⁵⁵ na modalidade de vício de segurança, até porque ela está contaminada de todos os tipos de defeito (concepção, produção e informação), do qual o empreendedor desde o início tinha ciência cumprindo evitá-lo, porquanto ilícito e afrontoso à economia popular.

De outro lado, considera-se prática abusiva, por parte do fornecedor ‘colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes’, o que com tranquilidade ocorre nas hipóteses de captação de poupança popular, porquanto se a pirâmide for executada em forma de contrato de investimento coletivo estará subordinada à autorização prévia da CVM (consoante as disposições já citadas, Leis 6.385/76 e 10.303/01) e caso seja levada a efeito por outro tipo de negócio jurídico dependerá de inscrição e deferimento no Ministério da Fazenda (Lei 5.768/71 e Decreto 70.951/72).

Some-se a experiência da União Europeia com a edição da Diretiva 2005/29/CE que fazendo efeito nas legislações internas dispõe sobre as práticas comerciais abusivas e desleais que ‘*distorcem*’ o comportamento dos consumidores e ainda lhes causam *prejuízos*. A preocupação do velho continente foi extremamente sábia, porquanto fixou as bases supranacionais não apenas nos danos sofridos, mas essencialmente na educação para o consumo, indicando que atitudes abusivas e desleais no mercado refletem negativamente nas presentes e futuras gerações⁵⁶.

Vale registrar que, considerado isoladamente, o consumidor em situação jurídica subjetiva lesiva pode não representar ponto de preocupação de todo aparelhamento estatal, contudo quando há massa de incautos à beira da ruína a questão passa a ter contornos consequentialistas mais sérios de forma a exigir ampla efetividade de todos os sistemas sociais, especialmente o jurídico para a defesa da economia popular.

Cumpra, pois, dar efetividade promocional ao consumidor, tutelando-o dessas situações jurídicas onde a confiança (especialmente dos consumidores mais humildes)⁵⁷, seu parco patrimônio e a coletividade veem-se mitigados com reiterados vilipêndios. Eis a passagem do *dever-ser* para o *dever-fazer*⁵⁸, basicamente verificada na existência de dois âmbitos da ciência jurídica: a primeira caracterizada pela hermenêutica silogística-dedutiva, dogmaticamente conceitual; a segunda normativa-teleológica, problematizante e carecedora de soluções⁵⁹.

Para encerramento, pois, e com destino à concretude – independentemente das esferas penal, administrativa e tributária que têm quinhões científicos e teleológicos para contribuição no estancamento de referida prática – no âmbito privado a questão pode passar com tranquilidade pelos institutos da autonomia privada, nulidade e responsabilidade civil.

Neste viés, em primeiro lugar, é dizer que a própria autonomia privada põe-se como argumento contrário a estes esquemas ilusórios, porque tal princípio encontra-se entrelaçado a outros de dignidade constitucional e especialmente ancorado numa livre iniciativa que reclama socialidade. Pietro Perlingieri, forte V. Scalisi, informa sobre a passagem do novo direito dos contratos do *poder de regra* ao *dever de equa negociação*, afirmando que: “o direito europeu dos contratos privilegia a estratégia da conformação, mas na perspectiva da realização da autonomia de um tipo novo, chama eficiente, capaz, isto é, não apenas de adimplir a finalidades solidárias, mas sobretudo, de dar vida a regras adequadas à operação contratual perseguida e, ainda, inspiradas em princípios de equidade no comércio”⁶⁰. Portanto, os axiomas constitucionais inspiram a autonomia privada na negação do *rebaixamento da qualidade dogmática do contrato*, enquanto instrumento que potencializa as relações jurídicas fundamentais.

A nulidade dos contratos e negócios jurídicos é manifesta, como já discorrido. No entanto, dela decorre um caráter pedagógico de forma a desencorajar certos interesses ilícitos (quer pela prestação, quer pela causa) que têm grande potencial em causar danos à coletividade e a integridade do tráfego econômico hígido, sério e necessariamente de desenvolvimento da confiança, o que redundará na ordem pública constitucional.

Bruno Miragem, com apoio em Francisco Amaral, aborda o tema com singularidade: “a ordem pública, enquanto conceito indeterminado aplicável ao direito interno, não tem como ser compreendida sem atenção ao que se convencionou denominar *constitucionalização do direito privado*, que se apresenta, de modo destacado, através da denominada *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Não como ordem de conteúdo meramente negativo (de restrição da liberdade), mas, sobretudo, protetivo, promocional de interesses fundamentais da pessoa, razão pela qual se torna conformadora do exercício da autonomia privada. Na lição de Francisco Amaral, seria o “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”⁶¹.

Por fim, a responsabilidade civil que opera em três modos diversificados. Em primeiro lugar, num sentido *ex ante* ou *preventivo* na evitabilidade de danos maiores ou dos danos indesejados pelos incautos, porque não há dúvida que perturbação da tranquilidade e o risco à segurança já merecem indenização (CDC, art. 6º, VI, primeira figura e CC, art. 12)⁶².

Em segundo lugar, *ex post*, na indenização pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais individuais homogêneos (CDC art. 6º, VI, segunda figura e art. 81, III; e CC art. 187 e 927, parágrafo único) e danos morais coletivos (CDC, art. 6º, VI, última figura), este último como caráter punitivo⁶³.

Contudo, no tocante àquele que (mesmo consumidor) sabendo da ilicitude, se aproveita para alocar-se nas primeiras posições piramidais para daí retirar seu proveito em detrimento dos incautos, é de se aplicar o disposto no art. 883 do Código Civil, cabendo ao juiz verter a parte deste agente para instituição filantrópica.

Cabe anotar que, se se tratar de empresa de *marketing multinível* (MMN) onde se camufla a pirâmide financeira, os dispositivos acima também recairão sobre sua atividade. Caso contrário e, portanto, não estando se subsumindo ao funcionamento piramidal, ainda assim haverá ampla aplicação do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que respeitam os deveres da boa-fé objetiva, o princípio da confiança e a equidade contratual.

Todas essas observações devem ser ainda jungidas com as tutelas específicas de obrigação de fazer e não fazer⁶⁴, justamente com o intuito de dar concretude ao bem fundamental social que é a economia popular.

6. Considerações finais

É insuportável pretender conceber licitude aos meios e modos de acessos a lucro fácil em detrimento da ordem jurídica e em enfraquecimento à economia popular, que é bem fundamental social.

Os incrementos hipercomplexos característicos da sociedade da informação permitiram a evolução das atividades necessárias e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade humana, mas também servem de espaço e incentivo à criminalidade organizada e acostumada à velha impunidade da justiça criminal.

A percepção de que o sistema como um conjunto de elementos (coerente, em unidade e ordenado por princípios gerais) tem melhores e mais tenazes condições de êxito no combate aos malogros dos empreendimentos sem base legal e financeira é motivo de júbilo aos axiomas constitucionais.

Todos nós, juristas, estamos diante ao desafio de empunhar maneiras e modos em combater os engenhos milagrosos de ‘rentabilidade automática’ com vista à futura geração, notadamente no que respeita à educação para o consumo: *i*) saber o que é consumir; *ii*) o quanto consumir; *iii*) as responsabilidades de consumir; *iv*) o que consumir; e *v*) para que consumir.

A falta de nossos exemplos e empenhos de combatividade ao ganho fácil e sem mérito, às custas da coletividade, simplesmente é o grande incentivo por vir para uma sociedade leniente, não solidária e pobre no sentido humanitário.

Notas

- * Fernando Rodrigues Martins. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça em Minas Gerais. Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais. Vice-presidente do Instituto de Direito Privado.

- ** Keila Pacheco Ferreira. Doutora em Direito Civil pela USP e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Advogada em Minas Gerais. Professora nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Uberlândia. Editora da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenadora do Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento do Escritório de Assessoria Jurídica Popular (ESAJUP) da Universidade Federal de Uberlândia.
1. No Brasil, neste sentido, há episódios ricos para a literatura jurídica interna e internacional os quais mantêm vários tipos de ilicitudes reunidas numa só atividade. Vale a lembrança quanto aos empreendimentos ardilosos realizados através das empresas Fazendas Reunidas Boi Gordo, Avestruz Master, Blackdever, Encol S/A, entre outras.
 2. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 141 e seguintes. É importante verificar a taxonomia da vulnerabilidade. Diz-se técnica quando o consumidor é desprovido de cognoscibilidade sobre os meios de utilização do produto ou serviços e os efeitos colaterais dele decorrente. A jurídica decorrente da ausência de pleno conhecimento da extensão de direitos e obrigações por parte do consumidor. Introduzimos aqui a vulnerabilidade financeira como se observa do texto. Para as hipervulnerabilidades (vulnerabilidade agravada) decorrentes da junção de duas amplas fraquezas setoriais (consumidor e criança; consumidor e idoso), verificar em MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125 e MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, como também DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.
 3. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Aspectos novos da lei de economia popular*. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 264. Pondera: “*Culminando a série de decretos-leis baixados a partir de 1938, a Lei 1.521/51 foi editada em 26.12.51, para vigorar a partir de fevereiro/52. Precedida de largas discussões no Congresso, uma vez que o País já retomara à plenitude democrática, esta lei mostrou-se necessária em razão do momento então vivido. Estávamos no período do pós-guerra, quando a economia mundial se expandia, buscando novos mercados. Os apetites brotados à sombra do surto desenvolvimentista mostravam seu facies cruel, sujeitando a economia popular a insuportável provação. A edição da Lei 1.521/51 visava à proteção desse bem jurídico e dos seus interesses correlatos.*”
 4. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 138. A saber: “*A proibição de insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo*

- ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico constitucionalmente exigido. No controlo da insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, e que bens jurídicos e interesses contrapostos não são sobre-avaliados.”
5. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Para além de indicar o eixo do sistema jurídico através da unidade (coerência) e ordenação (adequação por princípios), explica: “o sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evoluiu e se modifica. A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriade do conhecimento científico”.
 6. STIGLITZ, Rúben S. y Stiglitz Gabriel A. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 7. A advertência é significativa: “Los límites constitucionales al desarrollo de la actividad privada, en cuanto no puede usurpar las esferas de la seguridad, salud, libertad y dignidad humana, advierten que hoy ‘utilidad social’ no es más sinónimo de ‘interés de la producción o del sistema de la empresa’. La prosperidade colectiva exige ahora que la libertad económica privada, aunque subsistiendo como postulado fundamental de los sistemas occidentales, quede sujeta, sin embargo, a una penetrante disciplina a fin de que la actividad realice fines sociales, asegurando la máxima tutela posible de los intereses del público, y excluyendo entonces una organización de la empresa lesiva de los atributos esenciales del consumidor”.
 7. Expressão rica e magnífica Peter Häberle. In: Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 202. Para quem, aliás, a *Grundgesetz*, irradia duas bases fundamentais para a proteção desse *mínimo ético*: a não instrumentalização da pessoa (mero objeto) e o grau de inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais, como garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana.
 8. FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 161. Evolui: “Naquele passo a família era limitada a representar uma aquarela de tonalidades e cores morais e sociais, em lugar de ser uma tela policrômica para o desenho do sentimento e do afeto. Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão. Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão e ao reconhecimento de inúmeros outros tons, a rigor sem modelos excludentes, resultado de uma série de transformações sociais, especialmente ocorridas aos anos que sucederam a gênese da nova ordem constitucional”.
 9. DURKHEIN, Émile. *Da divisão do trabalho social*. v. 1. 2. ed. Lisboa, Editorial Presença, pp. 87 e ss e 131 e ss.
 10. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996, p. 87. Mas é de vínculo mencionar que a teoria dos sistemas e Luhmann, antes de humanista e personalista, é de cariz estrutural-sistêmico onde a pessoa tem quase nenhum significado.
 11. CAFFE, Federico. *Diritto ed Economia: un difficile incontro*. In: problemi attuali dell’impresa in crisi. Studi in onore di Giuseppe Ferri. Padova: Cedam, 1983, p. 11. Adverte sobre a necessidade de vencer as fronteiras entre os diferentes

campos do conhecimento, a fim de facilitar a coordenação disciplinar entre economistas e juristas.

12. HAYEK, F.A., *Lei, legislação e liberdade*. In: A ideia de justiça de Platão a Rawls. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 375. Do mesmo autor: Hayek, F. A. *Law, legislation and liberty*. Volume I: Rules and Order. Chicago: Chicago University Press, 1978.
13. GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 232. Polemiza: *“l'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamo l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative: il quadro del diritto codificato resta immutato. Ma resta immutato perchè sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche. Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto”*.
14. CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Trad. Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 146. Para quem a resposta aos desníveis desproporcionais de classes provocados pelo globalismo se encontram: i) na reconstrução ética dos vínculos sociais; ii) na condição de dignidade da pessoa humana reincorporada ao ordenamento; iii) na desalienação técnica, considerando a distância entre a vida cotidiana e a complexidade das decisões empresariais e governamentais; iv) aproveitamento do princípio da diferença para a proteção das discrepantes individualidades desenvolvidas no pluralismo social. Realça com sensibilidade: *“Os cidadãos são chamados a sacrificar-se a cada crise econômica (isto é: podem ver-se despedidos, aposentados de improviso, empobrecidos, marginalizados) enquanto se estrutura o capital (isto é: quando este se desprende de técnicas produtivas obsoletas, se reierarquiza e amplia o âmbito de seu domínio); e hão de adaptar-se logo a seus ciclos de euforia, ou seja, consumir. Entregar a alma. Consumir qualquer coisa que se produza massivamente. Os cidadãos são livremente servos”*.
15. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 505. Cumpre a advertência altaiva: *“A desenfreada liberdade do mercado se traduz em luta e em conflito, correndo o risco de afogar ‘na água gélida do cálculo egoísta os santos frêmitos da exaltação religiosa’ e ética, de relegar a dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo os sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados à marginalidade. Desse modo, o mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo que não pode encontrar uma redução ou uma mediação na política sem limitar as liberdades econômicas, sem corromper o quadro das liberdades civis e, portanto, a própria democracia. A liberdade econômica torna-se liberdade política; a economia domina a política, e ao livre consenso dos homens não mais compete estabelecer os fins da sociedade; a hipótese é que o homem, capaz de um perfeito cálculo das próprias utilidades, saiba sempre maximizá-las. O mercado assume o papel institucional de organizador de relações sociais e de redistribuidor de riquezas e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de governo privado da sociedade, prestam-se à cooperação e ao patrocínio*

- compatíveis com o próprio egoísmo, mas em nada disponíveis a gestos e formas de sincera solidariedade”.*
16. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85. Aguda observação: *“Não sem sentido, nestes quadrantes, o sujeito não é em si, mas tem para si titularidades. É mesmo pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de ‘outra ordem’), e é mais um individual patrimonial”.*
 17. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2003, p. 35. Neste sentido: *“La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional (...). Hemos afirmado que el Derecho del consumidor es un área del Derecho protectorio, de base constitucional, que tiene manifestaciones en todos los ámbitos en base a un orden público que se impone en las relaciones jurídicas, tanto para proteger, como para ordenar la sociedad en base a principios de socialidad. Existe un supuesto de hecho que es el que demanda la protección, un estado de riesgo colectivo o de una clase o grupo, que el Derecho atiende especialmente. La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la norma de protección”.*
 18. FROTA, Mário. *Serviços financeiros à distância – um tijolo mais na edificação de um espaço económico europeu único*. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (org.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Sem atribuir idêntica conclusão, contribuí ao comentar a Diretiva 2002/65/CE que institui o regime de serviços financeiros à distância: *“O regime que ora se institui assenta no pressuposto de que é do interesse dos consumidores aceder sem discriminações à mais ampla gama de serviços financeiros disponíveis na comunidade, de modo a poderem escolher os que mais se adequam às suas necessidades. E por forma a garantir-se a ‘liberdade de escolha dos consumidores’, que é direito fundamental, indispensável se torna assegurar-lhes um elevado nível de proteção. Só um elevado nível de proteção é susceptível de garantir o reforço da confiança do consumidor nas negociações entretecidas à distância”.*
 19. LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 144. Explica: *“As dificuldades económicas, nem sempre são consequências do desemprego, doença, entre outros motivos semelhantes. Há inúmeras situações denominadas de superendividamento ‘ativo inconsciente’ que decorrem da inexperiência, da pobreza, do reduzido nível de escolaridade entre outras circunstâncias que impossibilitam os consumidores de avaliar corretamente a sua capacidade de reembolso e da concessão abusiva de crédito. Portanto, não seria absurdo afirmar que esses consumidores, salvo prova em contrário, também estariam de boa-fé”.* Ver ainda: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
 20. BRASIL. Lei federal 10.820/03. “Art. 4º A concessão de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil será feita a critério da instituição consignatária,

- sendo os valores e demais condições objeto de livre negociação entre ela e o mutuário, observadas as demais disposições desta Lei e seu regulamento.”
21. Direitos fundamentais necessariamente não necessitam estar escritos na Constituição Federal. Além da existência da *cláusula geral de direitos fundamentais* assentada no § 2º do art. 5º da Constituição Federal (um dos motes da chamada *constituição aberta*), é possível a verificação de direitos fundamentais ‘derivados’, porém não escritos, obtidos por meio de argumentação jurídica, conforme DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136. Aborda: “*uma norma associada é válida, sendo considerada uma norma de direito fundamental, quando, para sua associação a uma norma diretamente estabelecida na Constituição for possível uma correta fundamentação relacionada aos direitos fundamentais [...], à medida que se torna possível realizar relações de fundamento (Grund) e de precisão (Präzisierung), verifica-se que existem outros enunciados linguísticos que originam normas associadas, de modo que as normas de direitos fundamentais podem ser derivadas por meio de fundamentação e pela técnica de argumentação jurídica, que informa o direito como um discurso prático*”.
 22. Para a máxima efetividade, a contribuição da jurisprudência alemã foi incisiva, até porque na dimensão objetiva proporcionou a função ao Estado de garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros. Ou seja, o Estado abandona a categoria de adversário do cidadão para a função de guardião de direitos, através do dever de proteção que pode assim ser escalonado: i) *dever de proibição* (vedação de determinada conduta); ii) *dever de segurança* (proteger o indivíduo contra ataques de terceiros); iii) *dever de evitar riscos* (adotar medidas de proteção ou prevenção em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico). Ver em Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.
 23. MARQUES, Cláudia Lima. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul*. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 268. Leciona: “*Assim, considera a parte majoritária da doutrina alemã que haveria uma espécie de dever ipso jure de adaptação (ipso jure-Anpassungspflicht) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns Obliegenheit) de renegociar (Neuverhandlungspflicht) o contrato*.”
 24. MARQUES, Cláudia Lima. *Relação de consumo entre os depositantes de caderneta de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam poupança popular*. In: Doutrinas essenciais de direito empresarial. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 381. Indica o interessante aspecto daqueles que captam poupança popular, dentre eles os bancos, à base do enriquecimento sem causa: “*Nunca ninguém aduziu que em matéria de administração e gestão do dinheiro alheio depositado nas contas de poupança popular há enriquecimento sem causa ou ilícito*”

- dos bancos (ungerechtfertigte Bereicherung). Há enriquecimento sim, pois lucram com juros de mercado e pagam juros de poupança, mas há causa (...) contratual, bilateral, sinalagmática; há contraprestação por serviços prestados, logo, é a relação sinalagmática, legal e causal, que torna este enriquecimento lícito”.*
25. As publicidades são ousadas, isto porque além da linguagem de fácil acesso para convidar ao investimento e nada informar quanto aos riscos, contam com atores que gozam de credibilidade por parte da opinião pública ou retratam prosperidade e satisfação pelo resultado de pessoas comuns supostamente investidoras nas operações. Vejam os exemplos: i) Boi gordo: <https://www.youtube.com/watch?v=dnV-Gu3oalw>, extraído em 02/01/2015; ii) Avestruz Master: <https://www.youtube.com/watch?v=VesJc5yflLc>, extraído em 02/01/2015; iii) Blackdever: <https://www.youtube.com/watch?v=h-OeDs-WDtG>.
 26. BENJAMIN, Antônio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. In: Revista de Direito do Consumidor. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 27. Esclarece: “*Suas técnicas de persuasão utilizadas no convencimento do consumidor – sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário – lhe dão um grande poder social, enaltecendo mais ainda sua relevância. A publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existentes na sociedade moderna. Não é à toa que é ela percebida como verdadeiro instrumento de controle social.*”
 27. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap 0162181-56.2011.8.26.0100 - 22.^a Câmara de Direito Privado. Responsabilidade civil – Ação indenizatória – Dano material – Banco – Fairfield Sentry Fund – Instituição financeira que permite e recomenda à consumidora aplicação em fundo de investimento fraudulento – Fraude intencionalmente arquitetada, sem a prévia e indispensável *due diligence*, que não constitui risco do aplicador, mas clara e objetiva desídia e negligência de quem deve orientar, encaminhar e providenciar a aplicação financeira – Verba devida – Inteligência dos arts. 186, 927 e 932, III, do CC/2002. Ementa oficial: Ação indenizatória. Investimento no *Fairfield Sentry Fund* administrado por Bernard Madoff. Fundo fraudulento. O risco faz parte do resultado das aplicações financeiras. Entretanto, a fraude, adrede arquitetada, como *in casu*, sem a prévia e indispensável *due diligence*, não constitui risco do aplicador e sim clara e objetiva desídia e negligência de quem deve orientar, encaminhar e providenciar a aplicação financeira. A responsabilidade do apelado, um dos maiores grupos financeiros do país, é evidente. Incidência dos requisitos previstos nos arts. 186, 927 e 932, III, todos do CC/2002. Respeitável sentença reformada. Reparação pelos prejuízos acolhida. Recurso de apelação provido.
 28. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 1.069.028-3. Competência – Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A – Ação ordinária – Concordata preventiva – Contrato de investimento – Natureza – As ações onde se discute a natureza jurídica do contrato de investimento celebrado com a Boi Gordo, e outras, onde pretende-se a restituição dos bois e/ou indenização, processam na comarca da Capital – Inobstante a tramitação da concordata preventiva na cidade de Comodoro – MS, o ato jurídico foi praticado em São Paulo, local onde

reside o agravante e a agravada declina possuir a sede – Local, ainda, onde foram celebrados a maioria dos contratos, revelando ser o centro da atividade empresarial da agravada – Aplicabilidade, também, do art. 6º, inciso VIU, do CDC, no sentido da facilitação da defesa do consumidor – Inaplicabilidade dos artigos 7.º, parágrafo 2.º, 23 e 147 da Lei Falimentar (Lei 7.661/45) – Prevalência, ainda, da regra do art. 100, inc. V, letra “a”, do CPC, sobre as dos arts. 94 e 100, inc. IV, “a”, do mesmo diploma – Precedentes da Corte e do STF – Agravo parcialmente provido”.

- 29 JARVIS, Christopher. *The rise and the fall of Albania's pyramid schemes*. In: Finance & development. International monetary fund. Number 1. v. 37. March 2000. Tradução livre de: “The pyramid scheme phenomenon in Albania is important because its scale relative to the size of the economy was unprecedented, and because the political and social consequences of the collapse of the pyramid schemes were profound. At their peak, the nominal value of the pyramid schemes liabilities amounted to almost half of the countrys GDP. Many Albanians – about two-thirds of the population – invested in them. When the schemes collapsed, there was uncontained rioting, the government fell, and the country descended into anarchy and a near civil war in which some 2,000 people were killed. Albanias experience has significant implications for other countries in which conditions are similar to those that led to the schemes rise in Albania, and others can learn from the way the Albanian authorities handled – and mishandled – the crisis”.
- 30 CÁCERES, Eliana. *Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição*. Revista de Direito do Consumidor. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 61.
- 31 Também admite-se captação de poupança nos casos de instituições financeiras que operam sistema de investimento, cabendo aí autorização do Banco Central, conforme arts. 10, 17 e 18 da Lei federal 4.565/64.
32. Art. 67. *As operações não especificadas*, de captação de poupança popular mediante promessa de conta prestação em bens, direitos ou serviços de qualquer natureza, serão reguladas, no que couber, pelas disposições do Título II deste Regulamento e dos atos normativos que se destinem a complementá-lo.
33. BRASIL. TJDF. AC: 4784598. Ação civil pública – Ministério Público – Legitimidade ativa – Nulidade de cláusulas contratuais lesivas ao consumidor – Tutela das relações de consumo – Captação de economia popular. 1. O Ministério Público é parte legítima para a propositura de ações que visem a anulação de cláusulas contratuais lesivas ao consumidor, na defesa de interesses individuais homogêneos e da ordem econômica. 2 – É abusivo o percentual de 5% a incidir sobre o valor já pago pelo consumidor, a título de taxa de transferência de contrato imobiliário, mostrando-se incompatível com a boa-fé e equilíbrio financeiro que devem reger os atos negociais na relação de consumo.
34. “Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração,

- inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.”
35. MOTTA, Rita de Cássia Luz Teixeira. *O conceito de valor mobiliário no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2002, p. 45.
 36. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 258.
 37. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma carta dos bens fundamentais*. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54.
 38. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma carta dos bens fundamentais*. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56. Comparando-se com os bens patrimoniais a visualização da fundamentabilidade é mais fácil, Veja: “E, analogamente, também os bens patrimoniais são bens singulares, no sentido de que seu desfrute é garantido exclusivamente aos titulares dos direitos patrimoniais dos quais são objeto; são predispostos por normas hipotético-deonticas juntamente com os respectivos direitos, dispostos como efeitos dos atos por elas hipoteticamente previstos; e são, por isso, a par dos direitos dos quais são objeto, disponíveis e alienáveis”.
 39. OLIVEIRA, Elias. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 17.
 40. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Aspectos novos da lei de economia popular*. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 263.
 41. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma carta dos bens fundamentais*. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 58. Dentro da tipologia sugerida pelo Professor Italiano, a economia popular pode ser compreendida como *bem fundamental social*, porquanto os direitos que visa atender são aqueles ligados ao atendimento das necessidades essenciais da pessoa humana”.
 42. NIPPERDEY, Hans Carl. *Livre desenvolvimento da personalidade*. In: Direitos fundamentais e direito privado. Luís Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 71-72.
 43. DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução do sistema jurídico*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 22. Lembra: “Um sistema jurídico pode realmente parecer-se com um organismo, porque as suas várias partes tendem a se compor e ajustar em coerente unidade, devendo todas servir para regular a vida, que em cada momento histórico é necessariamente vinculada e convergente a determinado fins. Essa é a razão daquele perpétuo trabalho, que é característica especial da Jurisprudência – com o fim de coordenar ou harmonizar entre si normas vigentes e aquelas que promanam continuamente da vida social no seu perene fluir com o fim de integrar as primeiras.”

44. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Aspectos novos da lei de economia popular*. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 267. Na bola de neve: “a condição, porém, é que induza outras pessoas a adquirir bilhetes, resgatando parte do dinheiro que gastou na compra do próprio. Ao terminar sua cota de bilhetes, será premiado, mas a decepção será para os compradores sucessivos, que acabarão fatalmente por não encontrar como colocar os seus cupões, pois a rede se estenderá prodigiosamente, e um vasto número deles, embora haja pago, não receberá coisa alguma”. Nas cadeias, “promete-se ganhos fabulosos para quem ingressar na cadeia, colocando seu nome no último lugar de uma lista e enviando uma determinada importância em dinheiro para o primeiro nomeado na mesma lista, distribuindo em seguida, listas novas para as pessoas de suas relações, pedindo que procedam da mesma forma. O lucro advirá para o participante quando o seu nome atingir, com o efeito multiplicador, o topo das listas em curso. A experiência demonstra que muitos concorrentes, sendo retardatários, ficam totalmente fora dessa prometida vantagem”.
45. Ver nota técnica 116/2013 – CATON/CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ.
46. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004, p.73.
47. Decisão 93.618. A decisão norte-americana trouxe efeitos diretos, pois a Amway ampliou seu mercado para o Brasil, logo acompanhada da Herbalife, Amway, Mary Kay, que juntavam à Avon.
48. Ver nota 116/2013 – CATON/CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ.
49. SICA, Leonardo. *O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica*. In: Doutrinas essenciais de direito penal econômico e da empresa. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 592. Esclarece: “A proteção da economia popular e do consumidor, dever ser estimulada por políticas de cunho socioeducativo, como o estímulo à criação de associações de consumidores e fornecedores e o estabelecimento, por estas, de convenções coletivas de consumo, incentivadoras de um controle até extrajudicial. Porém, iniciativas desse jaez, necessitam de tempo para produzir efeitos, trabalho mais elaborado de parte do Poder Público e não possuem o impacto psicológico da sanção criminal, mesmo que desprovida de fins práticos.”
50. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305. Situa: “Em atenção a essa ordem de ideias, o critério objetivo delineado pelo artigo 187 do novo Código Civil remete-se ao princípio da boa-fé, enquanto regra de comportamento que se impõe tanto ao cumprimento das obrigações, como ao exercício de posições jurídicas. Não obstante, sob a égide dessa concepção, a boa-fé possa se apresentar como uma norma em branco, a legislação brasileira abre espaço para consagração das hipóteses típicas sob as quais ela passa a ser concretizada.”
51. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 170. Sustenta: “quando falamos na função social do contrato, já mostramos preferência por concepções finalistas. Se o abuso de direito se traduz realmente pela

- ultrapassagem dos limites do direito subjetivo, não se vê como esses limites possam ser outros que não limites internos do próprio direito”.*
52. TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: Temas de direito civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 149.
 53. LOBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284. Colabora: *“A mais importante causa de nulidade é a ilicitude do objeto do negócio jurídico. Quando o direito proíbe determinada conduta, ou a torna ilícita, não pode o negócio jurídico tê-la como objeto. O objeto do negócio jurídico há de ser lícito, isto é permitido em direito e conforme a moral [...] É ilícita a prestação, por exemplo, de fornecer drogas proibidas, contaminando o negócio jurídico integralmente.”*
 54. MARQUES, Cláudia Lima. *Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob à luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn nº 2.591*. In: Revista de direito do consumidor. v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 329. Acrescenta: *“Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais.”*
 55. BENJAMIN, Antônio Herman. *Teoria da qualidade*. In: Manual de direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 100.
 56. Em Portugal, o Decreto-lei 57/2008 adotando a Diretiva 2005/29/CE trata como *ação considerada enganosa em qualquer circunstância* no art. 8º alínea ‘r’: *“criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema”*. Restou mais frutífero que o direito brasileiro, pois afastou-se da parêntese de figuras antigas, colocando em caráter exigível a eventual remuneração do consumidor na adesão de demais incautos no esquema.
 57. WEINGARTEN, Celia. *El valor económico de la confianza para empresas y consumidores*. In: Revista de Direito do Consumidor. v. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36. Explica a diferenciação da confiança nos estratos sociais e empresariais: *“La logica de la confianza, como vemos, opera de distinto modo en ambos sentidos, desde el consumidor individual con diversidad de pertenencia social desde abajo (donde ante mas incultura mas confiabilidad) y hacia arriba (donde mas cultura, menos confiabilidad porque se requiere mas información, y desde estos hacia la empresa tambien funciona en igual sentido, un consumidor solvente, (verbigracia con pertenencia a la clase alta), hace que su capacidad economica genere en si mismo certeza de cumplimiento; la solvencia entonces sustituye aqui a la confianza, es su equivalente funcional”*.
 58. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 15. Define

peremptoriamente: “em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes”.

59. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a eficácia de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 320. Ao tratar da eficácia jurídica simétrica ou positiva menciona: “seja quando aplicável às regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal”.
60. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 400.
61. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Nulidades das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro*. In: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46. E continua: “No mesmo sentido percebe-se em direito comparado, que de resto identifica como consequência da violação da ordem pública mediante realização de ato jurídico, a nulidade do referido ato. No caso, como ensina Vicent-Legoux, esta nulidade se aplica às cláusulas contratuais que violem a ordem pública econômica de direção. Em verdade, a ordem pública econômica de direção tem a aptidão de limitar todos os aspectos da livre formação dos atos jurídicos, tais como a definição dos seus elementos essenciais, a escolha de com quem contratar, a forma e o processo de celebração do contrato. Assim, é protegida mediante a decretação da nulidade absoluta da cláusula. Estabelece, pois, espécie de restrição da liberdade de criação do direito por intermédio da vontade das partes. É o caso, a toda evidência, das cláusulas contratuais que violam as normas de defesa do consumidor, na medida em que se insere no âmbito da ordem pública constitucional econômica de proteção do vulnerável. E da mesma forma, a ordem pública constitucional de proteção – caso em que se insere a defesa do consumidor, identificando o sujeito a ser protegido a partir da Constituição.”
62. FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva*. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2014, p. 198. Com apoio em Calvo Costa reflete que “o *alterum non laedere* também alcança os modos de prevenção do direito de danos, já que o perigo de dano pode provocar turbação ao gozo de interesses alheios, dignos de tutela”.
63. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263. Manifesta: “É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número

de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.”

64. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a eficácia de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BENJAMIN, Antônio Herman. V. *Teoria da qualidade. Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007.
- _____. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CAFFE, Federico. *Diritto ed Economia: un difficile incontro*. In: *problemi attuali dell'impresa in crisi*. Studi in onore di Giuseppe Ferri. Padova: Cedam, 1983.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Trad. Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia Lima. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução do sistema jurídico*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.
- DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DURKHEIN, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Lisboa, Editorial Presença, v. 1. 1989.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- _____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma carta dos bens fundamentais*. In: *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2014.
- FROTA, Mário. *Serviços financeiros à distância – um tijolo mais na edificação de um espaço económico europeu único*. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (org.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- HAYEK, F.A. *Lei, legislação e liberdade*. In: A ideia de justiça de Platão a Rawls. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Law, legislation and liberty*. Volume 1: Rules and Order. Chicago: Chicago University Press, 1978.
- JARVIS, Christopher. *The rise and the fall of Albania's pyramid schemes*. In: Finance & development. International monetary fund. Number 1. v. 37. March 2000.
- LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LOBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob à luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn 2.591*. In: Revista de direito do consumidor. v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Relação de consumo entre os depositantes de caderneta de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam poupança popular*. In: Doutrinas essenciais de direito empresarial. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul*. In: Marques, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- _____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____; MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Nulidades das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro*. In: Revista de Direito do consumidor. v. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- MOTTA, Rita de Cássia Luz Teixeira. *O conceito de valor mobiliário no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2002.
- NIPPERDEY, Hans Carl. *Livre desenvolvimento da personalidade*. In: Direitos fundamentais e direito privado. Luís Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Elias. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Aspectos novos da lei de economia popular*. RT. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, v. 607.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SICA, Leonardo. *O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica*. In: Doutrinas essenciais de direito penal econômico e da empresa. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- STIGLITZ, Rúben S. y STIGLITZ Gabriel A. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: Temas de direito civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- WEINGARTEN, Celia. *El valor económico de la confianza para empresas y consumidores*. In: Revista de Direito do Consumidor. v. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REPENSANDO AS
CERCANIAS DA MORA
DEBITORIS: UM ENSAIO
INSPIRADO NAS CRISES
ECONÔMICAS QUE ASSOLAM O
SÉCULO XXI

MARCOS CATALAN*

Doutor *summa cum laude* em Direito Civil pela Faculdade do
Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo

RESUMO

Este estudo – rascunhado com contornos epistemológicos de viés crítico e alinhado às correntes pós-positivistas de compreensão do fenômeno jurídico –, depois de promover a arqueologia da mora debitoris, percorre algumas das possibilidades latentes em sua ressignificação diante da valorização do direito fundamental à moradia.

RESUMEN

Este estudio –borrado con contornos epistemológicos de sesgo crítico y alineado a las corrientes post-positivistas de comprensión del fenómeno jurídico–, después de promover la arqueología de la mora debitoris, visita algunas de las posibilidades latentes de significación de aquella frente a valorización del derecho fundamental a la vivienda.

1. A título de introdução: uma tragédia que atravessou o Atlântico

Há pouco menos de uma década, ventos soprados desde a Europa atravessaram o Atlântico trazendo péssimas notícias. Salários cortados na Espanha¹, Grécia², Irlanda³ e Portugal⁴. Na terra de Camões, também, em razão disso, os casos de superendividamento e (ou) de insolvência civil, havidos no período, superaram os de falência e, é factível supor, em boa parte, por isso, as ações de despejo cresceram avassaladoramente⁵.

Quanto aos despejos, aliás, apenas na Espanha foram mais de quatrocentos mil no auge da crise econômica. A frieza dos números apontou que, em dado instante, houve um a cada oito minutos⁶. Isso significa que três (quatro, talvez cinco) famílias foram privadas dos seus lares no mesmo período de tempo que o leitor dispensará – caso não pare por aqui – para concluir a leitura deste opúsculo⁷.

Cento e oitenta famílias perderam seus tetos a cada 24 horas.

Cinco mil e quatrocentas, ao longo de um mês.

A frieza das estatísticas demonstrou, ainda, que, nos Estados Unidos – e isso, apenas no primeiro semestre de 2007 – foram propostas em torno de trezentas e vinte mil execuções hipotecárias⁸.

No Brasil, nos meses vindouros, é factível supor, muitas famílias perderão seu teto e seu chão. E, assim, um número, ainda incerto, de seres humanos será lançado em um “deserto de solidão”⁹ e desespero ignorado nos mapas da sociedade de consumo.

E cada nova lufada de ar parece destinada a ampliar a incerteza e a angústia – sensações que, em um passado muito recente, estavam *muito bem* guardadas¹⁰ – que tanta dor tem causado a uma miríade de seres humanos privados de seus empregos e (ou) de suas casas e, assim, de incomensuráveis possibilidades de vivenciarem (ou não) momentos, cada vez mais raros, de felicidade¹¹. Aliás, antes de dormir, quantos não aventam a hipótese de, ao acordarem, na manhã seguinte, emergirem dos sonhos em um mundo que lembra as profundezas do *Hades*, pesadelo agravado, é razoável aceitar, pela certeza de que *Hércules* não parece estar disposto a resgatá-los.

É difícil conceber um contexto distinto quando se tem acesso às informações acerca (a) do número de desempregados ou (b) de que o

risco de integrar os relatórios acerca da pobreza ou da exclusão social alcançou números assustadores – em torno de quarenta por cento – nos países europeus¹² e, ainda, sem prejuízo de outras situações fáticas não notadas por esse observador, (c) do recrudescimento econômico atravessado pela economia tupiniquim.

Afastadas, aqui, eventuais preocupações hipocondríacas quanto à necessidade de avaliação da exatidão dos dados colhidos, os quais provavelmente foram moldados pelo sopro transformador de *Éolo*¹³, o fato é que tais problemas estão a exigir a atenção e comprometimento dos juristas.

E os exigem, especialmente – e, em especial, não porque outros prismas sejam irrelevantes, mas, por ter sido esse o corte metodológico formulado para fins de investigação –, quando se tem em mente que a crise econômica que *ainda* afeta o mundo tem favorecido a violação de diversos direitos fundamentais – eis a hipótese dessa pesquisa – como o que garante acesso à moradia¹⁴ e a necessidade de manutenção e respeito a esse direito, constitucionalmente, assegurado no Brasil, problema que passa a ser explorado, agora, a partir de um processo *controlado* por uma matriz epistemológica de viés crítico, alinhada às correntes pós-positivistas que se propõem a compreender o fenômeno jurídico.

2. A mora debitoris e a afronta ao Senhor do Tempo

A ideia de violação de dever contratual foi construída na tentativa de sistematizar a intelecção das hipóteses em que a realização dos interesses¹⁵ daqueles que estão, concretamente, imantados a um programa obrigacional, foi obstada, em razão do advento de um fato imputável a um dos parceiros contratuais¹⁶. É possível apontar que ela se manifesta (a) no desrespeito a um dever de prestação ou (b) na ofensa a um dever geral de conduta¹⁷ – lateral, fiduciário, anexo – atado à tutela da integridade psicofísica, do patrimônio ou, dentre outras hipóteses, à necessidade de reequilíbrio de uma relação negocial.

Afixada à primeira das possibilidades e, exsurgindo como uma das três hipóteses de desrespeito a um dever de prestação, a mora¹⁸ exsurge na impossibilidade – *temporal e, apenas temporal*¹⁹, é importante notar, como grafado no código civil português²⁰ – de alcançar o adimplemento²¹.

Etimologicamente ligada à *memor*²² – à demora provocada por uma falha na memória²³ –, a mora consiste no atraso, imputável, a uma das partes que integra a relação jurídica obrigacional, no desempenho de prestação, ainda, possível e que, paralelamente, interesse, objetivamente, ao credor²⁴.

Assim, haverá *mora debitoris* quando um fato imputável ao devedor vier a retardar o adimplemento da prestação devida, desde que a conduta prometida – e, por isso, legitimamente, esperada – continue sendo útil ao credor²⁵. É por isso que em sua aferição, haverá de se indagar se a demora – o retardo, o atraso, o esquecimento – pode ser imputada (ou não) ao devedor, eis que a mora não é mero atraso; é inação qualificada²⁶ e só existirá, portanto, como ofensa injustificável ao tempo gerido por *Chronos*.

3. O projeto de libertação de Sísifo

Projetadas para tutelarem interesses que não refletiam os anseios das camadas menos favorecidas da população, as codificações civis²⁷, em medidas distintas, (a) incorporaram o pensamento liberal vigente nos séculos XVIII e XIX, preferindo a ilusória tranquilidade do tráfego jurídico à promoção da justiça material²⁸, ao mesmo tempo em que, (b) desprezaram que os bens têm, como finalidade precípua, a realização dos seres humanos.

As promessas que consagram, entretanto, em boa parte, ruíram com o projeto inacabado da modernidade, mesmo que o senso comum teórico negue tal fato. Em um primeiro momento, a fragmentação do direito²⁹ e, quase ao mesmo tempo, a publicização de uma infinidade de espaços privados³⁰. Pouco tempo mais tarde, começou a ser trilhado o caminho que poderá conduzir, talvez, à libertação de uma miríade de *Sísifos*³¹ contemporâneos – seres condenados, também pelo direito, a percorrerem, dia após dia, a mesma estrada –, vítimas de uma ontologia excludente, que, por longa data, pautou-se na tutela do patrimônio em detrimento da realização de justiça social e da cidadania material.

Uma trilha indicada – ainda, que, precariamente – por placas que aludem à constitucionalização do direito civil, um processo que, muito além (a) da incorporação, aos textos constitucionais, de regras outrora pertencentes ao domínio exclusivo dos direitos civis³², deve ser

compreendido, (b) pela capacidade que possui de garantir a efetividade, também no âmbito das relações privadas, de direitos fundamentais de distintas dimensões, e (c) pela normatividade contida nos princípios que alberga –, em especial, da solidariedade, da isonomia substancial e da dignidade da pessoa humana –, princípios que, de signos com forte carga retórica, foram transformados em comandos com eficácia vinculante.

Constitucionalização que, note o atento leitor, há de ser compreendida em sua tríplice dimensão – (a) formal, (b) substancial e (c) prospectiva³³ –, e que, utopicamente, viabilizará a construção de um

O direito
construído na
modernidade
desprezou a
necessidade
de promoção
da cidadania
material

direito mais comprometido com a cidadania material³⁴ e com a emancipação de todos os brasileiros e brasileiras espalhados pelo Brasil.

Ao percorrer essa estrada – ignorada por muitos mapas – é possível perceber (a) práticas dialógicas buscando a revisão de um direito cada vez mais preocupado em albergar existências humanas³⁵ imersas em um mundo deveras complexo, que ganha densidade na medida em que (b) avança o processo de desconstrução dos pilares de sustentação da ontologia que impregna o pensamento dogmático, bem como, a pretensão, nele contida, de *dominação do mundo*³⁶.

E apenas ao trilhar esse caminho – uma via com início, mas, certamente, sem fim – é que se notará por que os porquês e as funções dos atos e negócios jurídicos assumem lugar de destaque, quando comparados ao papel outrora exercido pelos elementos estruturantes de um contrato qualquer ou às sanções formalmente antecipadas por uma dogmática em ruínas, eis que qualquer sistema fechado parece fadado à estagnação. Um caminho no qual placas indicam que o exercício da liberdade econômica haverá de moldar-se, imperiosamente, à axiologia que emana de princípios que visam à promoção do ser³⁷ e *outdoors que* retratam cenas com imagens que questionam “para que serve e a quem serve o Direito”³⁸.

Trilhas que, talvez, conduzirão à extinção de distintas formas de escravidão ainda existentes no Brasil³⁹. Caminhos que, também, talvez, permitirão afastar a abstração que promove a indiferença que legitima

a exclusão social⁴⁰ decorrente da retomada de imóveis residenciais ofertados como garantia hipotecária ou alienados fiduciariamente, apenas com base na ausência de pagamento, desprezando a leitura sistêmica do direito e aspectos importantes como (a) a elevação do direito à moradia à categoria de direito fundamental, o que condiciona, tanto a conduta do credor ao exercer seu direito creditício, como a do Estado incumbido de tutelar aquele direito fundamental, (b) os influxos que emanam da solidariedade constitucional, conformando o exercício das posições jurídicas creditícias à situação existencial do devedor⁴¹, (c) a tutela do consumidor e sua roupagem constitucional, (d) a necessidade de tutela do patrimônio mínimo⁴² e, talvez, (e) a ressignificação da mora do devedor – *agora pensada como impossibilidade subjetiva*.

4. O décimo terceiro trabalho de Hércules

Como visto, o direito construído na modernidade desprezou a necessidade de promoção da cidadania material⁴³, colaborando, assim, com o processo de exclusão social⁴⁴. Curiosamente, em um tempo em que se comemoram conquistas – dentre elas, a constitucionalização do direito civil –, pessoas são descartadas, literalmente, jogadas na rua, quando seus credores atuam buscando reaver as garantias, *voluntariamente ofertadas* (!?), na formação de uma infinidade de contratos. Um efeito deletério disparado pelo viés patrimonial que informa a compreensão do tema⁴⁵.

Quanto mais serão lançados aos leões?

É evidente que o patrimônio é merecedor de tutela. Isso não justifica, entretanto, que esse artefato, criado pelo direito, possa ser considerado tão importante quanto – e, muito menos, mais valioso que – as histórias humanas, narradas em tempo real em milhões de filmes gravados sem roteiro prévio. E que fique claro que não se almeja libertar os devedores de prestações pecuniárias com gênese em contratos visando à satisfação de necessidades existenciais. Longe disso, busca-se, apenas, equalizar as pretensões creditícias à situação existencial de devedores desempregados ou moribundos. E é por tudo isso que a ressignificação da mora, aqui pensada – equiparando a impossibilidade subjetiva à impossibilidade objetiva⁴⁶ –, parece ser uma boa ferramenta para a densificação de direitos fundamentais, dentre eles, os tangenciados neste estudo.

Assim, havendo justificada impossibilidade subjetiva – aquela que atinge o devedor, concretamente, considerado –, o dever de prestação será, temporariamente, obstado, até que desapareça a causa da impossibilidade ou as partes, de comum acordo, encontrem outra via que possa conduzi-las à superação do conflito.

Em um direito que se reinventa, constantemente, em razão do labor de *Chronos*, a configuração da impossibilidade exoneratória parece estar influenciada, ainda, pelo perfume das flores colhidas na realidade social na qual estamos todos imersos. E, entre as situações mais comuns, tangenciando hipóteses em que há, em regra, abrupta quebra da base negocial ou o (des)respeito aos valores existenciais em pauta, podem ser pensados, a título de exemplo, os efeitos provocados (a) pela perda de empregos, em larga escala (ou não), (b) por problemas de saúde – individuais ou familiares – ou, ainda, pelo (c) superendividamento, ativo ou passivo, mas sempre involuntário.

Nessa onda, aliás, a reforma do código civil alemão equiparou as situações de impossibilidade objetiva e subjetiva ao aludir à impossibilidade fática⁴⁷ e, nesses termos, mesmo que a prestação seja possível, “pode ser impossível para um determinado devedor”, diante do contexto fático em que se encontre envolto⁴⁸.

É evidente que, cessadas as razões que impediram o adimplemento, esse deverá ser promovido⁴⁹, entretanto, perdurando a impossibilidade – involuntária, reafirme-se –, ou qualquer outro quadro revelador de ameaça grave à situação existencial do devedor, a resolução do contrato será obstada, até porque, é sempre oportuno lembrar, ontologicamente a propriedade não possui valor algum⁵⁰.

E é assim que aquele direito civil forjado na tripla dominação burguesa – a econômica, a intelectual e a política –, agora constitucionalizado, promoverá as paixões, fomes e desejos⁵¹ de pessoas imersas em uma sociedade efetivamente “comprometida com a necessidade de prover as condições de possibilidade de desenvolvimento pleno [e] autônomo” de todos que a integram⁵².

A décima terceira tarefa de Hércules?

Humanizar corações corrompidos pelo *mercado*.

Notas

- * Marcos Catalan. Doutor *summa cum laude* em Direito Civil pela Faculdade do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no curso de Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, no curso de Direito da Unisinos e em cursos de especialização pelo Brasil. Advogado, parecerista e consultor jurídico.
1. Capturado em <http://www.valor.com.br/internacional/2751340/funcionalismo-protesta-contrareducao-salarial-na-espanha>, em 01.10.2012.
 2. Capturado em <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1068290-grecia-enfrenta-greve-dos-transportes-contrareducao-salarial.shtml>, em 01.10.2012.
 3. Capturado em <http://comunidade.xl.pt/JNegocios/blogs/massamonetaria/archive/2011/12/01/uma-prolongada-redu-231-227-o-salarial.aspx>, em 01.10.2012.
 4. Visto em http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/02/120211_portugal_manifestacao_jr.shtml, em 01.10.2012.
 5. Capturado em <http://pt.euronews.com/2012/03/28/portugal-os-cidadaos-entram-em-falencia/>, em 01.10.2012.
 6. Capturado em <http://www.esquerda.net/dossier/o-que-sao-plataformas-de-afetados-pela-hipoteca/22266>, em 01.10.2012. “Em Espanha, o preço das casas aumentou de 326€/m² em dezembro de 1985 até um preço máximo de 2905€/m² em dezembro de 2007. Ante esta subida desproporcionada do preço do metro quadrado construído, a única maneira de proporcionar o acesso à habitação a grande parte das famílias e jovens foi o endividamento massivo, que alcançou um nível insustentável. Se somarmos a este endividamento elevadíssimo o crescimento vertiginoso do desemprego (a taxa está a chegar aos 23%), percebemos porque é que em 2007 houve 26 mil despejos, 58 mil em 2008, 93 mil em 2009, mais de 200 mil entre 2010 e 2011.”
 7. Isso se o leitor não nos abandonar, por qualquer razão, antes de alcançar o último dos parágrafos aqui grafados.
 8. DICKERSON, Mechele. O superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, n. 80, p. 153-191, out./dez. 2011. p. 164-166.
 9. ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos seguido de envelhecer e morrer*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 86.
 10. BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 9. Aponta o autor – com grifos nossos – que a origem da recessão decorre do “expediente de fôlego curto, deliberadamente míope, de *transformar em devedores indivíduos desprovidos dos requisitos necessários a um empréstimo* [adotado por conta da] esperança (um tanto astuta, mas vã, em última análise) de que o aumento dos preços das casas, estimulado por uma demanda artificialmente inflada, pudesse garantir, como um círculo que se fecha, *que “os compradores de primeira viagem” pagassem os juros regularmente (pelo menos por algum tempo)”*.”
 11. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin, 2011. p. 33. Com o autor, cabe indagar: “De que nos vale uma vida mais longa [possibilitada pelo avanço tecnológico havido na contemporaneidade],

- se ela for penosa, pobre em alegrias e tão plena de dores [quando devemos pensar na] morte como uma redenção?”
12. Os dados foram obtidos junto à *Eurostat: Statistical Office of the European Union*. Capturado em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-31-12-666/EN/KS-31-12-666-EN.PDF, em 01.10.12.
 13. E, assim, talvez, hoje, os números não sejam os mesmos.
 14. Constituição Federal de 1988: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”
 15. Creditícios, ou não.
 16. E isso, especialmente, quando se percebe que a literatura jurídica que se propõe a explorar o tema, no Brasil, raramente, ultrapassa a dicotomia *mora versus inadimplemento*.
 17. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas: no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, v. 4. p. 76-78. “Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo em cada relação.”
 18. O corte metodológico ora realizado somente autoriza a investigação de questões atadas à mora do devedor.
 19. E isso, mesmo quando se identifica que a codificação vigente dispõe, no art. 394, que se “considera em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”
 20. “Art. 804º [...] 2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido.”
 21. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 123. Adimplemento compreendido, aqui, como a “realização, pelas partes e conforme seus deveres específicos, de todos os interesses envolvidos na relação obrigacional”.
 22. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, t. 23. p. 117. Expressão que, segundo o autor, remete a “lembrar, recordar, tal como “memória.” Originariamente, assistir pensando”.
 23. MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5. p. 224/225.
 24. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 110. “Em outros termos, a viabilidade do cumprimento, porque útil ao credor a prestação tardia, completada pelas perdas e danos, constitui um pressuposto da mora; perdido o interesse, ou desaparecida a possibilidade, quando a prestação se torna irrealizável, surge a figura do não cumprimento definitivo da obrigação [...] é o que se chama caráter transformista da mora.”
 25. Desde que a esse a mora não seja imputável na hipótese.

26. RUSCELLO, Francesco. *Istituzioni di diritto privato: le obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, v. 2. p. 41.
27. RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado, *Revista da PGE*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 11-30, 1979. p. 17.
28. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992. p. 78.
29. IRTI, Natalino. L'età della decodificazione, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 15-33, out./dez. 1979. p. 15-33.
30. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 101-103. "Entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil."
31. BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 43. "À capacidade de *autocorreção* imputada à economia capitalista por alguns economistas de sua corte se resume à destruição periódica de *bolhas* de sucesso (com explosões de falências e desemprego em massa), e isso com um custo imenso para a vida e para as perspectivas daqueles que, supostamente, deveriam ser atendidos pelos benefícios da endêmica criatividade capitalista."
32. ARONNE, Ricardo. *Ulisses e a constituição: uma possível hermenêutica crítica da contemporaneidade civil-constitucional*. *Inédito*.
33. FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional, *Revista de Derecho Comparado*, Santa Fe, n. 15, p. 243-272. 2009. p. 248.
34. BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 162.
35. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 163-165.
36. A chance de êxito desse projeto talvez seja menor que a de projeto semelhante esboçado por Pink e Cérebro.
37. PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.
38. FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 17.
39. Como a que *sujeita* o homem ao *Mercado* e viola direitos dos consumidores.
40. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 42-43.
41. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 118.

42. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 298-299. “A existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade.”
43. AGUIAR, Roberto. O imaginário dos juristas, *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n. 2, p. 18-27, 1993. p. 20-21.
44. LOPES, Mônica Sette. Os sujeitos jurídicos: concepções tangenciadoras do novo código civil, *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, v. 42, p. 191-217, 2002/2003. p. 194.
45. GHERSI, Carlos Alberto. De Velez a Borda un cambio ideológico transcendente, que no se complementó en el rápido acceso a la justicia. In: GHERSI, Carlos Alberto (Dir.). *Responsabilidad: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996. p. 21.
46. OSTI, Giuseppe. Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione, *Rivista di Diritto Civile*, Milano, v. 10, n. 3, p. 209-249, maio/jun. 1918. p. 216-221.
47. CANARIS, Claus-Wilhelm. *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*. Trad. Marcello Farneti; Sonja Haberl. Padova: CEDAM, 2003. p. 13.
48. DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez. Un nuevo derecho de obligaciones. la reforma 2002 del BGB, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, v. 55, n. 3, p. 1133-1227, jul./set. 2002. p. 1166.
49. Pagamento que deverá sofrer os efeitos da correção monetária – enquanto vetor de atualização do poder de compra da moeda –, pois, se não há mora, por consequência, não há possibilidade de suscitar a gênese de juros ou de quaisquer outras consequências atadas, necessariamente, à violação de um dever.
50. PROUDHON, Pierre Joseph. *A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*. Trad. Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 35.
51. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar, *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. p. 101-102.
52. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SAFE, 2002, v. 2. p. 358.

Referências

- AFONSO, Elza Maria Miranda. Prefácio. In: MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- AGUIAR, Roberto. O imaginário dos juristas, *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n. 2, p. 18-27, 1993.
- ARONNE, Ricardo. *Ulisses e a constituição: uma possível hermenêutica crítica da contemporaneidade civil-constitucional*. *Inédito*.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

- _____. *Vida a crédito*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BERDAGUER, Jaime. Las obligaciones de resultado: situación actual y perspectivas futuras. In: FERNÁNDEZ, Carlos López; CAUMONT, Arturo; CAFFERA, Gerardo (Coord.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra*. Montevideo: FCU, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*. Trad. Marcello Farneti; Sonja Haberl. Padova: CEDAM, 2003.
- CASIELLO, Juan José. El pago: concepto y esencia jurídica. In: GESUALDI, Dora Mariana (Coord.). *Derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. *Revista da Faculdade de Direito, Curitiba*, v. 45, p. 99-102, 2006.
- _____. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DICKERSON, Mechele. O superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, n. 80, p. 153-191, out./dez. 2011.
- ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos seguido de envelhecer e morrer*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de Derecho Comparado*, Santa Fe, n. 15, p. 243-272. 2009.
- _____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin, 2011.
- GHERSI, Carlos Alberto. De Velez a Borda un cambio ideológico transcendente, que no se complementó en el rápido acceso a la justicia. In: GHERSI, Carlos Alberto (Dir.). *Responsabilidad: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996.
- IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 15-33, out./dez. 1979.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

- _____. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas: no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, v. 4.
- LOPES, Mônica Sette. Os sujeitos jurídicos: concepções tangenciadoras do novo código civil, *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, v. 42, p. 191-217, 2002/2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.
- MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- OSTI, Giuseppe. Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione, *Rivista di Diritto Civile*, Milano, v. 10, n. 3, p. 209-249, maio/jun. 1918.
- PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- PICASSO, Sebastián. El incumplimiento en las obligaciones contractuales: el problema de la ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación – obligaciones de medios y de resultado. In: GESUALDI, Dora Mariana (Coord.). *Derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, t. 23.
- PROUDHON, Pierre Joseph. *A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*. Trad. Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1998.
- RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado, *Revista da PGE*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 11-30, 1979.
- RUSCELLO, Francesco. *Istituzioni di diritto privato: le obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, v. 2.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar – contributo a partir da hermenêutica filosófica, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 46, n. 2, p. 911-954, 2005. p. 938-939.
- VITA NETO, José Virgílio. *A atribuição da responsabilidade contratual*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2007.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SAFE, 2002, v. 2.
- WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações – parte geral*. Trad. Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983.

IMPACTOS DO CONSUMISMO NO MEIO AMBIENTE E O PAPEL DO CONSUMIDOR NA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA NO ÂMBITO DA SEGURANÇA HUMANA

JULIANA BARBALHO BRASILEIRO*

Coordenadora do Departamento de Segurança do MP PROCON do
Estado da Paraíba

RESUMO

O presente estudo busca investigar a função do consumidor na responsabilidade compartilhada do pós-consumo, ante a perspectiva da segurança humana e da função social. A segurança humana se apresenta como um conceito de segurança não voltado para o Estado, mas sim para os indivíduos, onde todos os cidadãos exercem um papel ativo na defesa da raça humana. Por sua vez, a função social prevê que os institutos jurídicos devem se amoldar aos interesses do bem comum, em detrimento dos interesses meramente individuais. Ademais, também se buscou analisar os comportamentos de consumo de nossa sociedade, e seus impactos no meio ambiente.

ABSTRACT

This study aims to investigate the role of the consumer in the shared responsibility of post-consumerism, under the perspective of human security and social function. Human security is presented as a concept of security which does not benefit the state, but individuals, where all citizens play an active role in defending the human race. In turn, social function provides that legal institutions must conform to the interests of the common good in detriment of purely individual interests. Moreover, this study also seeks to analyze the consumption behaviors of our society, and their impact on the environment.

1. Introdução

Novas situações devem ser enfrentadas com novos comportamentos. Se anteriormente acreditava-se que os recursos naturais eram inesgotáveis, o passar dos anos, baseando-se nessa crença, mostrou o contrário. O grande problema é que apesar do planeta começar a apresentar graves sintomas de que está enfermo, continua-se agindo com poucas modificações da época da crença da inexauribilidade da natureza.

Florestas devastadas, mares e rios contaminados, ecossistemas arruinados... Esses são apenas alguns exemplos das ações do homem para manter o seu modelo econômico baseado no consumo imoderado.

Os dois maiores problemas a serem enfrentados pela sociedade do consumo são: a escassez dos recursos naturais e os resíduos sólidos. Quanto a este último, a excessiva concentração e o descarte inadequado dos resíduos, a quem caberia essa responsabilidade no pós-consumo? apenas para quem auferiu lucro na fabricação e comercialização dos produtos? ou, os consumidores também possuem uma parcela dessa responsabilidade?

Diante desta questão tão relevante para os dias atuais, desenvolveu-se o estudo a seguir no intuito de abordar a temática da responsabilidade compartilhada no pós-consumo sob o prisma dos conceitos da segurança humana e da função social, que se harmonizam perfeitamente com valores tão caros da atualidade, como a solidariedade, a harmonia social e a dignidade da pessoa humana.

Também se buscou traçar a conexão entre os hábitos de consumo da sociedade contemporânea e os danos ambientais.

2. Sociedade do consumo

Todos os grandes filósofos, das mais diversas épocas e culturas, relacionam a felicidade com as virtudes e com a vida interior. Citando apenas alguns deles: “Tudo aquilo que diz respeito à alma quando submetido à razão, conduz à felicidade” (Sócrates); “Quem faz o homem feliz não é o dinheiro, e sim a retidão da prudência” (Demócrito); “A felicidade não se encontra nos bens exteriores. A felicidade só resulta do cultivo da virtude” (Aristóteles). Contudo, apesar dos ensinamentos desses

grandes pensadores, a humanidade segue um caminho diametralmente oposto.

Vivemos num período civilizatório caracterizado pela materialidade excessiva. Tudo é quantificável. Pela nossa incapacidade de lidar com valores mais sutis, mensuramos em dinheiro a extensão de um dano moral, traçamos nossas metas e realizações pessoais apenas na consecução de bens materiais. Indiretamente, acreditamos que a tão almejada felicidade pode ser comprada, sim!

Pela inabilidade humana de se integrar internamente, busca-se sempre algo exterior na vã esperança de que esse algo extrínseco ao ser completo o vazio que existe interiormente. Hoje em dia, busca-se preencher esse hiato adquirindo bens. Como popularmente dizem: “Somos o que consumimos”. E, como chegamos a ser considerados a sociedade do consumo?

Obviamente, o homem sempre consumiu produtos e sempre desejou mais conforto através de bens materiais. Contudo, em outras épocas, comprava-se basicamente o que era necessário, até porque era tudo muito caro, pois o processo de produção era preponderantemente artesanal e não havia muitas opções de produtos a serem adquiridos.

No caminhar do desenvolvimento tecnológico, a humanidade vivenciou a revolução industrial. Passou-se a utilizar máquinas para a fabricação de produtos, o que tornou o processo bem mais célere e, conseqüentemente, diminuiu o custo dos bens manufaturados. Surgiu a produção em massa.

Com os preços mais baixos, as pessoas passaram a consumir mais; com as pessoas consumindo mais, o lucro das empresas aumentou e a economia ficou aquecida e possibilitou a fabricação de ainda mais produtos com preços melhores; e com mais variedade de produtos no mercado com preços melhores, as pessoas consomem mais. E assim surgiu o ciclo vicioso do consumismo.

Nunca se consumiu tanto quanto nesse momento da história das civilizações. Há um forte estímulo para que esse consumismo desenfreado se perpetue. Percebe-se que necessidades são criadas; produtos que nunca existiram, desde o início da existência da humanidade, são agora essenciais na vida de qualquer pessoa. Existe até o fenômeno da obsolescência programada, em que o próprio produtor já projeta o seu produto para que ele fique obsoleto num determinado período de tempo e, assim, surja a nova geração do produto com uma nova tecnologia para substituí-lo. A

publicidade, cõnsia da cobiça humana, brinca com os nossos desejos e nos faz acreditar que nos realizaremos plenamente assim que adquirirmos um determinado produto. Tudo isso para que continuemos consumindo imoderadamente.

O grande problema é que esse modelo, fundado em uma sociedade altamente consumista, é como se fosse uma linha reta ascendente; a quantidade e a variedade de produtos fabricados se ampliam paulatinamente no decorrer do tempo. Contudo, a natureza segue uma lógica diferente; ela é cíclica. Precisa de um tempo para se recompor. Mas os recursos naturais estão sendo extraídos como se fossem inesgotáveis e, logicamente, isso gera consequências.

Dessa forma, as principais características da sociedade de consumo, quais sejam, oferta excedente à procura, produtos produzidos em série a baixo custo e padrões de consumo massificados, vêm causando fortes impactos na natureza.

2.1 Danos ambientais e a sociedade do consumo

Os recursos naturais eram vistos como inesgotáveis. E, para alimentar esse modelo econômico de fomento ao consumo, florestas foram devastadas, rios foram contaminados, ecossistemas sofreram danos incalculáveis, apenas para citar algumas das ofensas causadas à natureza pelo homem. Contudo, acreditava-se que a natureza, pela sua magnitude, sempre teria a capacidade de se recompor.

A população mundial cresceu, e, conseqüentemente, mais e mais recursos naturais foram sendo extraídos indiscriminadamente para conseguir manter o estilo de vida da sociedade pós-revolução industrial.

O homem já havia percebido que impactava à natureza, mas, apenas com a crise do petróleo da década de 70, a preocupação com o meio ambiente começou a tomar força e o homem começou a perceber que o crescimento econômico e mundial era limitado pela disponibilidade dos recursos naturais.

Seguindo a tendência internacional, na década de 80, no Brasil, foi publicada a Lei 6.938/87, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, apresentando as bases para a proteção ambiental, conceituando as expressões meio ambiente, poluidor, poluição e recursos naturais, e responsabilizando objetivamente a figura do poluidor.

Posteriormente, com a carta magna de 1988, conforme seu § 3º do art. 225, “a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, no sistema jurídico brasileiro, é matéria que goza de status constitucional, visto que inserida no capítulo voltado para a proteção do meio ambiente”¹ (ANTUNES, 2010).

Entretanto, apesar de respaldo constitucional, denota-se a dificuldade da proteção do meio ambiente, pois os danos sofridos por esse bem essencial para a vida de todos os seres vivos apresentam características específicas e singulares que nem o direito nem as políticas públicas se encontram aptos para combater.

O dano ambiental, em sua complexidade, envolve a produção de efeitos difusos, concretos e potenciais. Carolina Medeiros Bahia (2012, p.60) cita as seguintes características:

De acordo com Goldenberg e Cafferata (2011), os danos ambientais não são danos comuns (cuja realidade é facilmente comprovável), pois: a) são, frequentemente, despersonalizados ou anônimos, com enormes dificuldades para a determinação do agente; b) podem alcançar e provocar um número elevado de vítimas, um bairro, uma região, um país; c) podem ser o resultado de atividades especializadas que utilizam técnicas específicas, desconhecidas para as vítimas; d) podem também ser um dano certo e grave para o meio ambiente, a água subterrânea ou um lago, mas a respeito das pessoas que o invocam, sem relevância, ou não tê-la na atualidade.²

Assim, extrai-se como principais características do dano ambiental: a invisibilidade, a complexidade, a composição advinda de várias ações integradas, a dificuldade em apontar os agentes causadores, além da transtemporalidade, uma vez que os efeitos podem demorar décadas para aparecerem.

Diante de todo esse enredamento, o poder público, no enfrentamento dos danos ambientais, acaba permanecendo inerte. Para Ulrich Beck, essa complexidade acaba gerando a irresponsabilidade organizada. Citando novamente Carolina Bahia (2012, p. 63):

Essa realidade dá origem a outro conceito central na obra de Beck (2002): a irresponsabilidade organizada. A irresponsabilidade

organizada estaria configurada na contradição vivenciada pelas sociedades de risco, que, vivenciando, uma degradação ambiental, ao mesmo tempo, não se consegue responsabilizar nenhum indivíduo ou instituição por nada.

O autor destaca que o conceito de irresponsabilidade organizada auxilia a compreensão de como e por que as instituições da sociedade moderna, ao mesmo tempo que devem reconhecer a realidade da catástrofe, negam a sua existência, escondendo as suas origens e afastando a possibilidade de compensação e o controle.³

Outras vezes, estamos diante de situações de danos que alastram sua influência perniciososa seja por causa de chuvas, de recursos hídricos ou qualquer outra razão natural, para muito além do foco lesivo original, o que é comum acontecer com loteamentos irregulares ou clandestinos, os quais culminam por estender seus efeitos para outros parcelamentos que possam existir no entorno e mesmo para o SUS, receptáculo final de todas as agressões de massa à saúde popular.

Esses danos também provêm, comumente, de comportamentos sociais massificados, apresentam frequentemente efeitos cumulativos e sinérgicos e podem gerar consequências em regiões bastante longínquas.

Os danos ambientais podem ser provocados pelas mais diversas ocorrências e comportamentos individuais ou coletivos. Paulo Valério dal Pai Moraes (2013, p. 85) aponta que a mais recorrente é a incorreta destinação final dos produtos:

As mais comuns são aquelas contaminações que se constituem pela incorreta destinação final de produtos, embalagens e de resíduos sólidos em geral, sejam eles de limpeza urbana, resíduos domiciliares, de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, industriais, de saúde, de construção civil e outros previstos no artigo 13 da Lei 12.305/10, os quais muitas vezes acabam servindo de base para áreas nas quais serão fixados os alicerces de condomínios, loteamentos e estruturas de moradia.⁴

Existir milhões de toneladas de resíduos e produtos descartados por si só já é um problema alarmante⁵. A situação fica ainda mais crítica quando há o descarte inadequado. Tais incorretas disposições de resíduos sólidos

acabam causando danos substanciais à saúde, à vida, ao patrimônio e à natureza, o que obriga a uma sistematização do problema e à tentativa de contribuir para solucionar as suas variadas implicações.

Em um estudo feito pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE), com dados consolidados do ano de 2014, 29,6 milhões de toneladas foram despejadas em lixões e aterros controlados, locais considerados inadequados e que oferecem riscos à saúde e ao meio ambiente. Isto significa que 78 milhões de brasileiros ou 38,5% da população não têm acesso a serviços de tratamento e destinação adequada de resíduos. Além disso, mais de 20 milhões não contam com coleta regular de lixo, já que 10% do material gerado nas cidades não é coletado.

Em 2010, entrou em vigor a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS. A PNRS tem como prioridades a redução do volume de resíduos gerados, a ampliação da reciclagem, aliada a mecanismos de coleta seletiva com inclusão social de catadores e a extinção dos lixões. Além disso, prevê a implantação de aterros sanitários que receberão apenas dejetos, aquilo que, em última instância, não pode ser aproveitado. Contudo, desde a implantação da PNRS, poucas mudanças foram percebidas na gestão de resíduos sólidos no Brasil. Inclusive, os municípios tinham até 2014 para dar a destinação correta aos resíduos sólidos e para extinguir os lixões, mas pouco da realidade foi modificado. Segundo o Ministério do Meio Ambiente, somente 2.202 municípios, de um total de 5.570 que existem em nosso país, estabeleceram medidas para garantir a destinação adequada do lixo que não pode ser reciclado ou usado em compostagem.

Inúmeros casos de contaminação do solo, no Brasil e no mundo, já foram relatados devido à imprópria destinação dos resíduos sólidos. Para exemplificar, cito a interdição do Shopping Center Norte, localizado na cidade de São Paulo:

Exemplo disso é o shopping Center Norte, na zona norte da cidade de São Paulo. Construído em 1984 sobre um antigo lixão, o local entrou para a lista de áreas contaminadas críticas da CETESB por causa do risco de explosão. Por causa disso, a prefeitura determinou a interdição do local por um dia. Após fazer adaptações de urgência, com a instalação de drenos para a retirada do gás metano, o local foi reaberto.⁶

Ou, ainda, um exemplo mais drástico ocorrido na cidade de Niterói, no Rio de Janeiro:

[...] pelo menos 10 pessoas morreram e dezenas estão desaparecidas [...] A Secretária de Estado do Ambiente, Marilene Ramos, disse que a provável causa do deslizamento no Morro do Bumba, em Viçosa Jardim, Niterói, foi uma explosão do gás metano em decomposição do antigo lixão, situado no alto do local. Dezenas de pessoas continuam desaparecidas na região, onde um deslizamento de terra soterrou mais de 50 casas.⁷

2.2 Resíduos sólidos

De acordo com o art. 3º, inc. XVI, da Lei 12.305/10, a definição de resíduos sólidos é a seguinte:

XVI – resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em copos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Ou seja, são todos os materiais que resultam das atividades humanas e que muitas vezes podem ser aproveitados tanto para reciclagem como para sua reutilização. A denominação “resíduo sólido” é usada para nominar o “lixo” sólido e semissólido, proveniente das residências, das indústrias, dos hospitais, do comércio, de serviços de limpeza urbana ou da agricultura.

Ainda conforme a lei supracitada, esta classifica os resíduos em:

I – quanto à origem:

- a) resíduos domiciliares: os originários de atividades domésticas em residências urbanas;
- b) resíduos de limpeza urbana: os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana;
- c) resíduos sólidos urbanos: os englobados nas alíneas “a” e “b”;

- d) resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos nas alíneas “b”, “e”, “g”, “h” e “j”;
 - e) resíduos dos serviços públicos de saneamento básico: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos na alínea “c”;
 - f) resíduos industriais: os gerados nos processos produtivos e instalações industriais;
 - g) resíduos de serviços de saúde: os gerados nos serviços de saúde, conforme definido em regulamento ou em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS;
 - h) resíduos da construção civil: os gerados nas construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, incluídos os resultantes da preparação e escavação de terrenos para obras civis;
 - i) resíduos agrossilvopastoris: os gerados nas atividades agropecuárias e silviculturais, incluídos os relacionados a insumos utilizados nessas atividades;
 - j) resíduos de serviços de transportes: os originários de portos, aeroportos, terminais alfandegários, rodoviários e ferroviários e passagens de fronteira;
 - k) resíduos de mineração: os gerados na atividade de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios;
- II – quanto à periculosidade:
- a) resíduos perigosos: aqueles que, em razão de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade, carcinogenicidade, teratogenicidade e mutagenicidade, apresentam significativo risco à saúde pública ou à qualidade ambiental, de acordo com lei, regulamento ou norma técnica;
 - b) resíduos não perigosos: aqueles não enquadrados na alínea “a”.

As diretrizes aplicáveis ao gerenciamento dos resíduos sólidos, conforme o art. 9º da Lei 12.305/10, são a não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Quando já há resíduos, deve-se utilizar, dentre outros, o instrumento da logística reversa para diminuir os impactos ao meio ambiente.

Devido a essa problemática dos resíduos sólidos ser considerada uma das questões mais preocupantes da atualidade em relação ao meio

ambiente, apesar de ainda estar longe do ideal, percebe-se um aumento na legislação regulando o descarte adequado e a implementação de políticas públicas na prevenção e na diminuição dos danos.

Fundamentando-se no princípio do poluidor-pagador e na responsabilidade pós-consumo daqueles que auferiram lucro com a fabricação e comercialização de determinados tipos de produtos, inúmeras normas foram criadas em nosso país. Abaixo alguns exemplos:

Art.1º – As empresas fabricantes e as importadoras de pneumáticos ficam obrigadas a coletar e dar destinação final, ambientalmente adequada, aos pneus inservíveis existentes no território nacional, na proporção definida nesta Resolução relativamente às quantidades fabricadas e/ou importadas. (Resolução Conama 258/99)

Art. 1º – Todas as empresas que utilizam garrafas e embalagens plásticas na comercialização de seus produtos são responsáveis pela destinação final ambientalmente adequada das mesmas. Parágrafo único – Considera-se destinação final ambientalmente adequada para os efeitos desta Lei: I – a utilização das garrafas e embalagens plásticas em processos de reciclagem, com vistas à fabricação de embalagens novas ou a outro uso econômico; II – a reutilização das garrafas e embalagens plásticas, respeitadas as vedações e restrições estabelecidas pelos órgãos federais competentes da área de saúde. Art. 2º – As empresas de que trata o art. 1º estabelecerão e manterão, em conjunto, procedimentos para a recompra das garrafas plásticas após o uso do produto pelos consumidores (Lei Estadual 3.369/00 – RJ).

Ademais, as normas e planos que versam sobre logística reversa costumam atingir, apesar de alguns citarem o consumidor nesse processo, apenas o fornecedor⁸ ou o poder público. Como, por exemplo, no caso de medicamentos. No caso da atividade industrial, considerando as várias etapas da cadeia produtiva de medicamentos e o ciclo de vida desses produtos, é oportuno destacar a Portaria 16/95 SVS/MS⁹ e a RDC 17/2010. Quanto ao ciclo pós-industrial, as Resoluções RDC ANVISA 306/04 e Conama 358/05, regulamentam a gestão de resíduos de medicamentos dentro da logística reversa, aplicada ao setor de medicamentos. A parte do ciclo de vida que não se encontra atualmente organizada para viabilizar a destinação ambientalmente adequada dos medicamentos não utilizados

diz respeito ao ciclo pós-consumo domiciliar¹⁰. E essa inércia e não regulamentação dos resíduos domiciliares se repete em relação a tantos outros produtos.

O problema é que essa inexistência de sistemas de descarte de produtos em desuso por parte dos consumidores pode gerar impactos negativos sobre o meio ambiente e a saúde pública, pois muito deles possuem substâncias tóxicas, como lâmpadas, pilhas, baterias, tinta, entre outros. E mesmo que não sejam tóxicos, o grande acúmulo de resíduos sem a destinação correta também acarreta sérios danos à natureza.

Olhando isoladamente, a quantidade de resíduos produzidos por uma pessoa ou por um pequeno grupo talvez pareça irrelevante, contudo, falando apenas do nosso país, somos aproximadamente 205 milhões de pessoas consumindo e descartando cada vez mais produtos sem, praticamente, nenhum tipo de preocupação e comprometimento com esse descarte.

2.3 Desastres ambientais: uma resposta da natureza

Inicialmente, os desastres eram vistos como punições divinas, posteriormente, percebeu-se que o homem também influenciava na ocorrência dos desastres. A grande questão é que mesmo compreendendo que nós, seres humanos, influenciemos diretamente na ocorrência de desastres, consideramo-los sempre imprevisíveis e infalíveis. Normalmente nos preocupamos com os desastres apenas depois de sua ocorrência, onde deveria ser o inverso: atuar na prevenção.

No Brasil, não há muitos estudos a respeito dos desastres no mundo jurídico. Nosso país sempre foi tido como imune a catástrofes naturais e, por isso, nunca se percebeu a necessidade de aprofundar, como em outros países, no chamado direito dos desastres.

Contudo, conforme visto acima, os agentes causadores de um dano ambiental são múltiplos. Segundo Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena (2013, p. 25):

a evolução tecnológica e científica da Sociedade Contemporânea ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeia a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre a natureza, havendo em quase todos os desastres denominados naturais, algum fator antropocêntrico.¹¹

Existe uma dicotomia entre desastres naturais e antropocêntricos, contudo o que se percebe é que na grande maioria dos casos o que ocorre é uma sinergia de fatores naturais e antropocêntricos, sem que se possa perceber a prevalência de um deles, mas sim uma combinação de fatores híbridos num fenômeno de grandes proporções.

Para Jean-Pierre Depuy (2006, p. 1192-1193):

O fato totalmente inédito que caracteriza as nossas sociedades fundadas sobre a ciência e a técnica é que agora somos capazes de desencadear tais processos na e sobre a própria natureza. As secas, os ciclones e os tsunamis de amanhã, ou simplesmente o tempo que fará, este tempo que desde sempre serve de metáfora à natureza, serão produto de nossas ações. [...] Eles serão os produtos inesperados dos processos irreversíveis que teremos desencadeado, na maior parte das vezes sem querermos nem sabermos.¹²

Complementando ideia da irresponsabilidade organizada de Ulrick Beck, o mesmo autor afirma que as instituições da sociedade industrial desenvolvida dispõem de um amplo arsenal para a normalização dos perigos que não são calculáveis. Este processo de normalização dos perigos, segundo o autor, leva a uma depreciação da magnitude destes, forçando a “um anonimato causal e jurídico”¹³ (1993, p. 28).

Na legislação brasileira, conforme disposto no art. 2º, II, do Decreto 7.257/10, desastre é um “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

Várias condutas humanas vêm gerando e contribuindo para a ocorrência de desastres. E pelo que já foi dito acima, fica evidente que um dos grandes causadores de catástrofes é a inabilidade em administrar o problema da grande quantidade de resíduos sólidos gerada pelo consumismo excessivo de nossa civilização. E, repita-se, apesar do fato alarmante de os resíduos domiciliares provocarem seríssimos danos ao meio ambiente e à saúde da população, seja por possuírem substâncias tóxicas, seja devido à grande quantidade de resíduos descartados, pouco é feito para que haja o correto descarte.

Os autores Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena (2013, p.25) também apontam que:

os desastres envolvem também outra espécie de participação humana: o fracasso do sistema legal para enfrentar eficazmente os riscos. Em situação como a dos riscos nucleares, derramamento de petróleo, ondas de calor e enchentes, por exemplo, vê-se uma estreita relação entre um acontecimento súbito e catastrófico com um problema ambiental de longo prazo caracterizado pela falha regulatória. Uma legislação ambiental de qualidade e sua eficaz imposição diminuem a probabilidade e gravidade dos desastres naturais.¹⁴

3. Consumo sustentável

O quadro contemporâneo de degradação ambiental e crise ambiental é fruto dos modelos econômicos experimentados no passado, não tendo sido, além disso, cumprida a promessa de bem-estar para todos como decorrência da revolução industrial, mas sim instalado um contexto de devastação ambiental planetária indiscriminada.

De acordo com Pereira da Silva (2002, p. 17-18):

o Estado Social ‘desconhecera em absoluto’ a problemática ambiental, por estar imbuído de uma ideologia otimista do crescimento econômico, como milagre criador do progresso e de qualidade de vida. Somente com a crise do modelo de Estado Social, surgida no final dos anos 60 e cujos sintomas mais agudos foram sentidos nos anos 70, com a denominada crise do petróleo, que se obrigou a uma tomada generalizada de consciência acerca dos limites do crescimento econômico e da esgotabilidade dos recursos naturais.¹⁵

Há uma tensão permanente entre o objetivo da proteção ambiental e o desenvolvimento econômico. Tanto que um dos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento é “assegurar padrões de consumo e produção sustentáveis”. O conceito de sustentabilidade veio para conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação da natureza.

A proteção ambiental foi constitucionalizada em capítulo próprio, no título Ordem Social, no art. 225 da CF. Pela sua essencialidade, é um direito fundamental da sociedade e do indivíduo.

Daí a afirmação de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p.13) de que um dano ao meio ambiente é uma nova forma de violação dos direitos fundamentais:

A qualidade ambiental deve, portanto, ser reconhecida como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em razão da sua imprescindibilidade à manutenção à manutenção e à existência da vida e de uma vida com qualidade [...]

A adoção do marco jurídico-constitucional socioambiental resulta [...] da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.¹⁶

O que se percebe, perante a realidade da sociedade do consumo, é a dificuldade do Estado em enfrentar uma nova e complexa situação posta no seio da sociedade industrial: a degradação ambiental – que tem o esgotamento de recursos e o acúmulo de resíduos como os principais problemas ambientais. Na defesa desse direito fundamental, Wolfgang Sarlet (2010, p.17) fala em Estado Socioambiental:

Na configuração do Estado Socioambiental de Direito, a questão da segurança ambiental toma um papel central, assumindo o ente estatal a função de resguardar os cidadãos contra novas formas de violação de sua dignidade e de seus direitos fundamentais por força do impacto ambiental (socioambiental) produzido pela sociedade de risco.¹⁷

Faz-se necessário um desenvolvimento mais reforçado de deveres e obrigações decorrentes da dignidade da pessoa humana em vista do futuro da humanidade, o que se justifica especialmente nas dimensões comunitária e ecológica da dignidade humana.

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, em seu relatório Nosso Futuro Comum (*Our Common*

Future), datado de 1987, cunhou o conceito de desenvolvimento sustentável, que seria “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

E para se chegar a esse momento, onde as necessidades serão supridas sem gerar degradação ambiental, tem que haver uma mudança drástica no comportamento tanto de quem produz, quanto de quem consome, havendo uma verdadeira responsabilidade compartilhada por todos os envolvidos na relação de consumo.

3.1 Segurança humana

Quando se fala em segurança, a primeira coisa que vem à mente é a polícia protegendo a sociedade, ou um exército defendendo seu país. Obviamente que isso se trata de segurança, mas o conceito aqui trabalhado de segurança é bem mais amplo; é uma noção centrada mais nas pessoas do que nos Estados. Refere-se a uma visão global de cidadania universal para proteger as pessoas expostas a ameaças e a situações de risco.

Os movimentos sociais dos últimos anos vêm dando lugar a uma nova concepção de segurança frente aos novos riscos e perigos que cercam o direito à vida das pessoas. Dessa forma, urge a necessidade de um novo conceito de segurança, pois as inseguranças de hoje são diferentes das inseguranças de antigamente. Há bem pouco tempo, não existia a internet, agora são recorrentes os crimes cibernéticos, aos quais todos nós estamos sujeitos devido à massificação do uso da rede e que ainda têm o seu combate muito incipiente. Ou seja, surge uma nova forma de insegurança. Outra nova insegurança é a ambiental. Se antigamente achávamos que não interferíamos nos ciclos da natureza, hoje já provocamos desastres. Passamos de um mundo de inimigos para um mundo riscos¹⁸ e perigos.

Nas palavras de Juan Pablo Fernández Pereira (2006, p.29):

la seguridad humana significa una vida libre de amenazas profundas a los derechos de las personas, a su seguridad o incluso a sus propias vidas. La seguridad humana implica proteger las libertades vitales, proteger a las personas expuestas a las amenazas y a situaciones difíciles de tal manera que se puedan crear sistemas o dispositivos de supervivencia, dignidad e medios de vida.¹⁹

Com essa visão, a segurança deixa de ser um tema exclusivo para o Poder Público. Agora engloba também toda a sociedade civil e as pessoas em geral, passando a ser essencial para a harmonia e bem-estar de toda a sociedade. O conceito abarca segurança política, segurança individual, segurança ambiental, segurança alimentar, segurança à saúde, segurança econômica, segurança industrial.

A segurança humana é pertinente a todas as pessoas em qualquer lugar do mundo. Não se limita às fronteiras nacionais, até porque os novos perigos atacam a humanidade em geral, não respeitando espaços delimitados. É da preservação dos seres humanos que estamos tratando, tendo em vista uma comunidade global em que não apenas o Estado tem o papel ativo em garantir a segurança, mas toda a sociedade.

Conforme o citado autor Juan Pablo Fernández Pereira (2006, p. 26):

Entre el Estado y el individuo existe un espacio comunitario en el que la sociedad contribuye decisivamente a la seguridad. Esta perspectiva se inserta en el hecho de que una buena sociedad equilibra de manera adecuada tanto la autonomía como la responsabilidad de las personas. El individualismo actual, que destruye las redes de protección y seguridad, no es un buen marco para la seguridad humana.²⁰

Assim, denota-se que todos os cidadãos se tornaram responsáveis pela segurança da humanidade, devendo reduzir ações que provoquem riscos. Tornaram-se também responsáveis pela harmonia e bem-estar social.

Diante da perspectiva do consumo sustentável e da segurança humana, a responsabilidade pós-consumo deve ser dividida entre todos os atores envolvidos na relação de consumo, inclusive os consumidores. E é exatamente isso que o a Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei 12.305/10, prevê: uma responsabilidade compartilhada.

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

A Constituição brasileira, em seu art. 225, *caput*, também atribui à coletividade a responsabilidade pela preservação do meio ambiente: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Diante dessa norma constitucional, extrai-se o princípio da participação, que é um dos baluartes que norteiam o direito ambiental no Brasil. Nas palavras de Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Robrigues (1997, p. 143-144):

Vejam que o princípio da participação implica não num aconselhamento, mas num dever da coletividade, justamente porque o que resulta dessa omissão participativa é um prejuízo a ser suportado pela própria coletividade. Há que se lembrar que o direito ao meio ambiente possui uma natureza difusa e o fato de sua administração ficar sob custódia do Poder Público não elide o dever do povo atuar na conservação e preservação do qual é titular.²¹

4. Responsabilidade compartilhada

A Lei 12.305/10, art. 3º, inc. XVII, define a responsabilidade compartilhada nos seguintes termos:

XVII – responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei;

No âmbito da responsabilidade compartilhada, o papel dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes tem lugar de destaque, vez que não só iniciam o ciclo de vida dos produtos, mas também o desenvolvem, devendo, assim, ter um conjunto maior de atribuições nos objetivos do sistema. Exemplo disso, é o art. 33 da PNRS, onde:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I – agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II – pilhas e baterias;

III – pneus;

IV – óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V – lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

§ 1º Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no *caput* serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

Ainda, de acordo com o parágrafo 2º do art. 18 do Decreto 7.404/10, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes ficam responsáveis pela realização da logística reversa no limite da proporção dos produtos que colocarem no mercado interno, conforme metas progressivas, intermediárias e finais estabelecidas no instrumento que determinar a implementação da logística reversa.

Analisando a lei e o decreto supracitados, extrai-se que as principais responsabilidades do consumidor são pelos resíduos gerados em ambientes privados (responsabilidade do gerador privado), acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução.

Logicamente, como dito acima, a responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciante é, e deve mesmo ser maior, baseando-se em um esteio importantíssimo do direito ambiental, que é o princípio do poluidor pagador. Contudo, o que se percebe nesse estudo, é que, apesar do consumidor ter responsabilidade no pós-consumo e ser um agente fundamental no processo de logística reversa e da diminuição da contaminação por substâncias tóxicas provocada pelo descarte incorreto de resíduos sólidos, não há praticamente nenhum tipo de estímulo por parte do poder público e dos fornecedores para que os consumidores se engajem e percebam a sua real responsabilidade.

No Brasil, existem algumas iniciativas normativas para incluir a participação dos consumidores no processo da logística reversa, contudo mostram-se incipientes e atingem uma quantidade mínima da população. Como exemplo, cito a Resolução 257/99, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama:

Pilhas e baterias – Resolução Conama 257/99: “Art. 1º – As pilhas e baterias que contenham em suas composições chumbo, cádmio, mercúrio e seus compostos [...], bem como os produtos eletro-eletrônicos que as contenham integradas em sua estrutura de forma não substituível, após seu esgotamento energético, serão entregues pelos usuários aos estabelecimentos que as comercializam ou à rede de assistência técnica autorizada pelas respectivas indústrias, para repasse aos fabricantes ou importadores, para que estes adotem, diretamente ou por meio de terceiros, os procedimentos de reutilização, reciclagem, tratamento ou disposição final ambientalmente adequada.”

Como se percebe, impôs-se ao consumidor a obrigação de entregar o produto, após o seu esgotamento energético, aos estabelecimentos comerciais ou à rede de assistência técnica, entretanto, não houve uma efetiva política para que essa norma fosse de fato implantada e absorvida pelos consumidores.

Sem falar em outras normas que nem sequer incluem o consumidor, como visto acima nos casos dos pneumáticos e garrafas pets.

Não se busca aqui transferir a responsabilidade do pós-consumo para o consumidor, como alguns afirmaram que poderia acontecer ao se

falar em responsabilidade compartilhada, mas apenas chamar a atenção para o óbvio, que parece ser renegado: o consumidor tem a sua parte de responsabilidade no pós-consumo e deve assumir uma postura mais ativa e comprometida com o meio ambiente no descarte dos resíduos dos produtos que consumiu.

O direito do consumidor veio como um grande avanço para reger as relações de consumo, pois as normas civilistas não mais atendiam com justiça esse tipo de relação. Preconizavam apenas a igualdade formal, sem observar a igualdade material. Diante de uma nova realidade, como a produção em massa, contratos de adesão, dentre outros aspectos que caracterizam nossas atuais relações de consumo, percebeu-se a vulnerabilidade do consumidor, e vários direitos, com toda razão, foram concedidos a este, como por exemplo, a flexibilização donexo causal e a inversão do ônus da prova. Contudo, apesar da posição vulnerável e das prerrogativas concedidas aos consumidores no intuito de equilibrar as relações de consumo, não se pode esquecer que estes também têm deveres para uma efetiva implantação de um desenvolvimento sustentável. Além do mais, os consumidores também são agentes ativos na segurança humana.

Os consumidores
não possuem
a real percepção
do impacto
de suas ações

Entretanto, apesar de aqui se defender uma postura mais ativa do consumidor, percebe-se que há um grande entrave, já apontado alhures, para que os consumidores possam até mesmo cumprir seus deveres no pós-consumo: não há uma efetiva política para que os consumidores assumam essa responsabilidade, ficando esta apenas na letra fria da lei.

Não há muitas informações sobre como descartar corretamente os resíduos, nem os malefícios provocados pelo descarte incorreto, nem mesmo informações de que alguns produtos possuem substâncias tóxicas. Além disso, não há uma estrutura nem uma regulamentação robusta para que os consumidores possam exercer esse seu dever. Falta campanhas educativas colimando criar consciência ecológica e estabelecer novas condutas mais condizentes com o consumo sustentável. Os consumidores não possuem a real percepção do impacto de suas ações.

4.1 Princípio da informação e princípio da educação ambiental

Para que o princípio da participação seja efetivado e, assim, haja uma verdadeira responsabilidade compartilhada, faz-se necessário que dois outros princípios sejam observados: o princípio da informação e o princípio da educação ambiental.

O princípio da informação pode ser encarado de duas maneiras: o direito de informar e o direito de ser informado.

Conforme o art. 6º, inc. X, da Lei 12.305/10, também está previsto no art. 225, § 1º, inc. VI, da CF:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Está previsto no art. 220, *caput*, CF, *in verbis*: “A manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Este artigo “engloba não só um direito à informação, mas também um direito a ser informado, direito este de natureza difusa, que é, inclusive, um limitador da liberdade de informar” (FIORILLO, RODRIGUES, 1997, p. 146). Contudo, nenhum princípio é absoluto. O próprio artigo fala em “observado o disposto nesta Constituição”. Assim, para exercer esse direito, as outras normas constitucionais também devem ser respeitadas, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, como pode observado no art. 170, inc. VI, da CF:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

A educação ambiental também encontra-se expressamente prevista no art. 225, § 1º, VI, CF. “Educar ambientalmente significa reduzir os custos ambientais, na medida que a população atuará como guardiã do meio ambiente; efetivar o princípio da prevenção; fixar a ideia de consciência ecológica” (FIORILLO, RODRIGUES, 1997, p. 146). A Lei 10.305, em seu art. 8º, também elenca como um dos instrumentos da PNRS a educação ambiental.

Dessa maneira, a partir do momento que a população desconhece as medidas que devem adotar para um descarte adequado, que não sabem os verdadeiros danos causados pelo descarte incorreto, que não há campanhas eficazes e uma logística para inserir culturalmente a prática de uma postura menos impactante ecologicamente, esses princípios se encontram violados.

4.2. Princípio da função social

Em substituição ao modelo anterior de individualismo, surgiu um movimento sociopolítico e jurídico no sentido de substituir o reconhecimento incondicional e absoluto dos direitos individuais pela noção da função social dos institutos. Isso implica uma maior participação do Estado nas funções da vida social. De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 2), “esta presença estatal dá ao direito nova função instrumental, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas, levando à denominada funcionalização dos institutos jurídicos”²².

Para Judith Martins-Costa (2002, p. 148), a funcionalização é “a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios”²³. A ideia é defender o direito da coletividade em detrimento do meramente individual.

O ser humano é um ser essencialmente social. E vivendo numa coletividade, dificilmente a ação de uma pessoa não afeta em algum aspecto uma outra. Por isso, a colaboração sempre foi necessária nas sociedades.

Diante desse fato, almejando o bem social, não se pode admitir que, no exercício de um direito individual, não sejam analisados os efeitos sociais acarretados por este. Impõe-se adaptar os institutos jurídicos aos interesses do bem comum.

Com esse entendimento, foram instituídas normas limitando e interferindo em relações que anteriormente eram tidas apenas como privadas, sem considerar seu impacto social. Hodiernamente, fala-se em função social da propriedade, função social do contrato, função social da empresa, função social da família.

Nesse contexto, faz-se pertinente falar em função social do consumo. Afinal, consumimos o tempo todo. E esse consumismo é tão exacerbado que ganhamos a denominação de sociedade do consumo. O problema é que não há ação concreta para minimizar os impactos gerados pelos nossos hábitos consumistas.

A finalidade de adquirir produtos, é tornar a vida mais confortável, é trazer satisfação pessoal, mas o exercício da liberdade do consumo, não dá o direito de provocar danos ao meio ambiente, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”²⁴. Nos dizeres de Paulo Afonso Linhares (2002, p. 116), a sociedade caminha em direção ao “que o mais autofágico, brutal e predatório dos animais irracionais não ousa fazer: destruir seu próprio habitat, inviabilizando a sobrevivência de sua espécie no planeta”²⁵.

Dessa forma, diante do conceito de função social, tem que haver uma maior e eficiente normatização quanto ao descarte de resíduos domiciliares, bem como informações massificadas a respeito dos produtos e da forma adequada do seu descarte.

5. Considerações finais

Diante de tudo o que foi exposto, denota-se que o comportamento dos consumidores, em relação ao descarte inadequado dos resíduos dos produtos consumidos, vem contribuindo para gerar danos ambientais. Se esse descarte fosse feito de uma maneira mais racional, fundamentado nos princípios basilares do consumo sustentável, haveria uma promoção mais efetiva da logística reversa e uma redução de substâncias tóxicas que contaminam rios, mares e solos.

Logicamente, diversas outras condutas da sociedade do consumo vêm impactando negativamente a natureza. O descarte inadequado é apenas uma delas, entretanto, é apontado como um dos principais fatores de degradação ambiental. E o que é estarrecedor é que apesar de se ter identificado a responsabilidade e a importância do consumidor no pós-consumo, muito pouco foi feito para que essa obrigação se torne real e seja cumprida.

As normas e planos que versam sobre logística reversa costumam atingir apenas os envolvidos na fabricação e comercialização de produtos e o poder público. É indiscutível que estes, baseando-se no princípio do poluidor-pagador, ou por auferirem lucro com a atividade econômica desenvolvida, ou pelo dever de fiscalização, possuem maiores obrigações, contudo, o consumidor também possui a sua parcela de responsabilidade.

É imprescindível a redução de todos os fatores que causam danos e desastres ambientais

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu art. 225, que a coletividade também é responsável pela preservação do meio ambiente. Por sua vez, a Política Nacional de Resíduos Sólidos instituiu a responsabilidade compartilhada, englobando, assim, os consumidores. Entretanto, como dito anteriormente, essa responsabilidade fica só no papel, uma vez que não há uma efetiva política pública para que os consumidores assumam essa obrigação. Os consumidores não possuem a real extensão do impacto de suas ações. Há uma clara violação dos princípios da informação e da educação ambiental.

Em face da necessidade de preservar o meio ambiente, é imprescindível a redução de todos os fatores que causam danos e desastres ambientais. Por isso, urge que o consumidor assuma um papel mais ativo quanto ao descarte adequado dos resíduos. Afinal, também possuem responsabilidade no pós-consumo. Considerando uma nova percepção do que é segurança, qual seja, a segurança humana, esta deve ser promovida não apenas pelo Estado, mas por todos os cidadãos que compõem a sociedade. Outrossim, a funcionalidade dos institutos jurídicos deve ser observada. Dentro dessa visão, os impactos sociais das ações serão considerados, preterindo o direito puramente individual em face do direito da coletividade, podendo-se falar em função social do consumo.

Por fim, para que o consumidor assuma efetivamente sua responsabilidade no pós-consumo, muito ainda tem que ser feito. Faz-se necessário, principalmente, que sejam construídas políticas públicas, em colaboração com o setor privado, que possibilitem o devido descarte do produto; que o vácuo legislativo existente quanto à participação do consumidor na logística reversa seja preenchido com normas efetivas; e que haja uma intensa massificação de informações e projetos de educação ambiental, para que, assim, haja uma verdadeira mudança cultural e que desperte no consumidor um equilíbrio entre os seus direitos e sua responsabilidade social.

Notas

- * Juliana Barbalho Brasileiro. Coordenadora do Departamento de Segurança do MP PROCON do Estado da Paraíba.
1. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
 2. BAHIA, Carolina Medeiros. *Dano ambiental e nexos de causalidade na sociedade de risco. Dano ambiental na sociedade de risco*. MORATO LEITE, José Rubens (coord.). FERREIRA, Helene Sivini e CAVALCANTI FERREIRA, Maria-Leonor Paes (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.
 3. *Op. cit.*, p.63.
 4. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Macrorrelação ambiental de consumo: responsabilidade pós-consumo e relação coletiva de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
 5. Entre 2003 e 2014, a geração de lixo aumentou 29%, cinco vezes superior à taxa de crescimento populacional do mesmo período, que foi de 6%.
 6. Ver em <www.noticias.r7.com/cidades/noticias/lixoes-terao-que-passar-por-tratamento-riguroso-para-se-tornarem-uteis-20111011.html>
 7. Visto em <www.estadao.com.br/noticias/cidades>
 8. Conforme o art. 3º, CDC, “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.
 9. A Portaria 16/95 SVS/MS determinou o cumprimento das diretrizes estabelecidas pelo Guia de Boas Práticas de Fabricação para a Indústria Farmacêutica, aprovada pela Assembleia Mundial de Saúde em Genebra em 1992.
 10. Em países da União Europeia, como França, Itália, Espanha e Portugal, já existem experiências bem sucedidas na logística reversa de medicamentos.
 11. CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

12. DEPUY, Jean-Pierre. “Ainda há catástrofes naturais?” *Análise social*. Vol. XLI, n.181, 4 trim., 2006, p. 1192-1193.
13. BECK, Ulrich. “De la sociedad industrial a la del riesgo: cuestiones de supervivência, estructura social e ilustración ecológica”. *Revista Occidente*, n. 150, 1993, p. 28.
14. *Op. cit.*, p. 25.
15. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: Cor de direito – Lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p.17-18.
16. SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações*. Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
17. *Op. cit.*, p.17.
18. Risco é um enfoque moderno da previsão e controle das conseqüências futuras das ações humanas.
19. PEREIRA, Juan Pablo Fernández. *La seguridad humana*. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.
20. *Op. cit.*, p.26.
21. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
22. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas SA., 2008.
23. MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
24. Art. 225, *caput*, Constituição Federal.
25. LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu Editora, 2002.

Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BAHIA, Carolina Medeiros. *Dano Ambiental e nexos de causalidade na sociedade de risco. Dano ambiental na sociedade de risco*. MORATO LEITE, José Rubens (coord.). FERREIRA, Heline Sivini e CAVALCANTI FERREIRA, Maria-Leonor Paes (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. “De la sociedad industrial a la del riesgo: cuestiones de supervivência, estructura social e ilustración ecológica”. *Revista Occidente*, n. 150, 1993, p.28.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. “Direito dos Desastres”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- CORTEZ, Ana Tereza Caceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri. *Consumo sustentável: conflitos entre necessidade e desperdício*. São Paulo: Editora Unesp, 2007.
- DEPUY, Jean-Pierre. “Ainda há catástrofes naturais?” *Análise social*. Vol. XLI, n.181, 4 trim., 2006, p. 1192-1193.

- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo. Max Limonad, 1997.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas SA, 2008.
- LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu Editora, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Macrorrelação ambiental de consumo: responsabilidade pós-consumo e relação coletiva de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Juan Pablo Fernández. *La Seguridad Humana*. Barcelona. Editorial Ariel: 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações*. Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Verde: cor de direito – Lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p.17-18.
- VEIGA, José Eli da. *Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Relator: Umberto Guaspari Sudbrack

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Relator: Miguel Ângelo da Silva

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (13.08.2015)

“O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório”

“Na fixação do montante reparatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a reparação se presta, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas”

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (26.08.2015)

“A responsabilidade civil médica, neste sentido, a exemplo da responsabilidade civil em geral, decorre da falta, do descumprimento de um dever”

“O objeto da relação obrigacional médico-paciente, que se caracteriza como regra em uma obrigação de fazer visando à preservação da vida, a cura ou prevenção da doença ou moléstia, assim como a melhoria das suas condições pessoais, vincula-se diretamente à vida e à integridade física e moral da pessoa, espécies de direitos subjetivos cuja violação remete à hipótese de responsabilidade extracontratual”

ACÓRDÃO 1

EMPRESA AÉREA DEVE PAGAR INDENIZAÇÃO POR INFORMAÇÃO ERRÔNEA DADA AO CLIENTE

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **2a. Câm. Cív.**

Relator: **Umberto Guaspari Sudbrack**

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. AÇÃO CONDENATÓRIA POR DANOS MORAIS. FALHA NO TRANSPORTE DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. Tendo em vista a informação – incontroversa – de que os autores foram instruídos por prepostos da empresa ré acerca da desnecessidade de apresentação do Certificado Zoossanitário Internacional, para fins de transporte dos seus animais de estimação, imperativo o reconhecimento da responsabilidade da demandada. Falta do documento em questão que obstou o ingresso dos seus animais no Brasil, acarretando o seu retorno a Portugal e, igualmente, fazendo com que, menos de 48h (quarenta e oito horas) após a sua chegada ao Brasil, o co-autor Rubem Manuel tivesse de regressar àquele país, de modo a obter o documento faltante e, com isso, possibilitar o transporte dos animais sem quaisquer percalços. Situação que desborda da esfera do mero inadimplemento contratual ou dissabor cotidiano e que caracteriza dano moral “in re ipsa”. “Quantum” indenizatório majo-

rado para R\$6.000,00 (seis mil reais), para a co-autora, e para R\$12.000,00 (doze mil reais), para o co-autor. Apelo da ré desprovido. Apelo dos autores provido.

ACÓRDÃO: 70065201592 DATA DO JULGAMENTO: 13/08/2015 ÓRGÃO JULGADOR: 2a. Câm. Cív.

RELATOR: Umberto Guaspari Sudbrack

TRIBUNAL: TJ/RS

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. AÇÃO CONDENATÓRIA POR DANOS MORAIS. FALHA NO TRANSPORTE DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO.

Tendo em vista a informação – incontroversa – de que os autores foram instruídos por prepostos da empresa ré acerca da desnecessidade de apresentação do Certificado Zoossanitário Internacional, para fins de transporte dos seus animais de estimação, imperativo o reconhecimento da responsabilidade da demandada. Falta do documento em questão que obstou o ingresso dos seus animais no Brasil, acarretando o seu retorno a Portugal e, igualmente, fazendo com que, menos de 48h (quarenta e oito horas) após a sua chegada ao Brasil, o co-autor Rubem Manuel tivesse de regressar àquele país, de modo a obter o documento faltante e, com isso, possibilitar o transporte dos animais sem quaisquer percalços. Situação que

desborda da esfera do mero inadimplemento contratual ou dissabor cotidiano e que caracteriza dano moral “in re ipsa”. “Quantum” indenizatório majorado para R\$6.000,00 (seis mil reais), para a co-autora, e para R\$12.000,00 (doze mil reais), para o co-autor.

Apelo da ré desprovido. Apelo dos autores provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo da ré e dar provimento ao apelo dos autores.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. GUINThER SPODE (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. MÁRIO CRESPO BRUM.

Porto Alegre, 13 de agosto de 2015.

DES. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK,

Relator.

RELATÓRIO

DES. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK (RELATOR)

De início, a fim de evitar desnecessária tautologia, transcrevo o relatório da sentença recorrida:

LETÍCIA BITTENCOURT DE AZEREDO e RUBEN MANUEL BATISTA FERNANDES DE AZEREDO,

qualificados nos autos, ajuizaram ação indenizatória em face de TAP AIR PORTUGAL- TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A, igualmente qualificada, sustentando, em síntese, que o autor, português, e a autora, brasileira, juntamente com a filha dela, residiam em Portugal há aproximadamente 03 anos quando decidiram mudar-se para Porto Alegre. Alegam que possuem dois cães de estimação – Black e Pérola – que trariam consigo. Esclarecem que o transporte internacional de animais de estimação possui regras rígidas, razão pela qual foram buscar informações e esclarecimentos junto à empresa ré acerca da documentação necessária bem como dos procedimentos para o transporte de seus cães. Afirmam que seguindo orientação da empresa ré, providenciaram o Registro, o comprovante de vacinação e o passaporte de animal de ambos os cães. Atendidos todos os requisitos que lhe foram repassados pela ré, após serem liberados pela alfândega portuguesa e pela companhia aérea demandada, embarcaram no voo para Porto Alegre. Afirmam que desembarcaram no aeroporto Salgado Filho às 18h e 15min, e, ao passarem na alfândega brasileira, pela Vigilância Agropecuária Internacional (VIGIAGRO), que atua no aeroporto, os autores foram informados que a documentação dos cães estava incompleta, pois faltava o Certificado Zoossanitário Internacional/CZI e que os mesmos deveriam ser imediatamente mandados de volta para Portugal ou seriam sacrificados. Sustentam que diante do drama de

verem seus animais de estimação sacrificados, decidiram que o autor Ruben Manuel regressaria a Portugal com os cães no dia 18/05/2013 para obter o referido certificado, e assim procedeu, de modo que após 48h, aproximadamente, do retorno a Portugal, o autor e os cães regressaram a Porto Alegre, devidamente munidos do Certificado Zoossanitário Internacional/CZI. Alegam que chegaram a questionar a necessidade deste certificado junto à ré, que lhes informou que desde 01/01/2013 não mais era exigido. Sustentam ainda, que o autor quando retornou a Portugal, foi informado pelos funcionários da Vigilância Sanitária de Lisboa, que ele não precisaria ter retornado a Portugal, bastaria que fosse solicitado, por telefone, que a documentação seria encaminhada ao Brasil, no entanto, isso não foi informado aos autores na ocasião do desembarque, pela companhia ré. Juntam reportagens de jornais, no qual o Chefe de Vigilância Sanitária do Aeroporto de Porto Alegre, afirma que o erro ocorreu em Portugal, já que os animais não deveriam ter entrado no avião se não tinham toda documentação. Sustentam ser inquestionável e indiscutível o sofrimento, drama e angústia sofrido pelos autores em decorrência da má prestação de serviços pela empresa demandada, razão pela qual a responsabilidade da ré é objetiva devendo ser indenizados a título de danos morais, no valor de 50 salários mínimos para cada autor. Postulam a concessão da gratuidade da justiça. Juntam os documentos de fls. 18/181.

Foi deferida a gratuidade da justiça aos autores (fl. 190).

Citada (fl. 192), a ré contestou a demanda (fls. 193/209), sustentando que quanto ao embarque dos animais, as informações referentes as responsabilidades no transporte estão devidamente disponibilizadas no seu site. Destaca que em um dos trechos do referido site consta que o passageiro é responsável pela apresentação de todos documentos referentes ao animal, como certificados sanitários, passaportes, entre outros. Nesse contexto, afirma que não teve nenhuma ingerência na situação vivenciada pelos autores. Por outro lado, afirma que toda ocorrência com relação a liberação e embarque dos animais se deu pelas autoridades locais de Porto Alegre, não havendo qualquer intervenção por parte da ré. Assevera que fez tudo o que estava ao seu alcance para impedir que os autores sofressem qualquer tipo de dano, tanto que prestou a assistência devida quando do retorno a Portugal, não os deixando a própria sorte, consoante tentam fazer crer. Sustenta ainda, que a situação vivenciada com os animais de estimação dos autores se deu por culpa exclusiva dos mesmos, razão pela qual não há falar em indenização a título de danos morais. Requer o julgamento de improcedência da demanda. Juntaram os documentos de fls. 210/220.

Réplica a fls. 222/228.

Sobreveio julgamento nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido por LETÍ-

CIA BITTENCOURT DE AZEREDO e RUBEN MANUEL BATISTA FERNANDES DE AZEREDO para condenar a TAP AIR PORTUGAL- TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A, ao pagamento de R\$ 6.000,00 (R\$ 3.000,00 para cada autor), a título de danos morais, a ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, com incidência de juros legais ao patamar de 1% ao mês, desde a data da sentença até o efetivo pagamento.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, no percentual de 15% sobre o valor da condenação, forte no art. Art. 20, § 3º, do CPC.

Inconformadas, ambas as partes recorreram.

A transportadora ré (fls. 236/254) sustentou, primeiramente, a ausência de qualquer responsabilidade quanto aos danos reclamados pelos autores, na medida em que o incidente ocorrido com o embarque dos seus animais de estimação teria tido lugar por sua culpa exclusiva. Em seguida, alegou a não-configuração de danos morais e postulou, sucessivamente, a minoração do “quantum” indenizatório fixado na sentença recorrida, observadas as limitações dadas pela Convenção de Montreal. Requereu o provimento do apelo.

Os autores, por seu turno (fls. 257/264), postularam a majoração do montante indenizatório arbitrado pelo Magistrado “a quo”. Pugnaram pelo provimento do recurso.

Ambas as inconformidades foram contra-arrazoadas (fls. 267/274 e fls. 275/279).

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552, do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK (RELATOR)

Consigno, primeiramente, que, ao contrário do que alegou a empresa aérea ré, nas suas razões recursais, a impossibilidade de ingresso dos animais de estimação dos autores em território brasileiro – os cães Black e Pérola – não se deu por culpa exclusiva dos demandantes. Como bem constou da sentença recorrida, que, no ponto, vai mantida, tornou-se incontroversa, nos autos, por ausência de impugnação da ré, o dado trazido pelos autores de que lhes tinha sido informada, por seus prepostos, a desnecessidade de exibição do Certificado Zoossanitário Internacional (CZI). É o que basta para que se caracterize a responsabilidade da demandada, pois foi justamente a falta do referido documento que obstruiu o ingresso dos cães no Brasil, acarretando, assim, o seu imediato retorno a Portugal e, menos de 48h (quarenta e oito) horas após a chegada dos autores, o deslocamento do co-autor Rubem Manuel de volta àquele país, a fim de obter o documento faltante e, com isso, possibilitar, sem percalços, a consecução do transporte internacional dos animais.

A configuração de dano moral é evidente, no caso concreto, em face aos contratemplos referidos, assim como tendo em vista a angústia e o temor

sofrido, pelos autores, quanto ao potencial extravio ou sacrifício dos seus animais. Não apenas não se cuida de simples dissabor cotidiano ou de mero inadimplemento contratual: a violação ao dever de informação clara e adequada (art. 6º, III, CDC) traduziu-se, igualmente, no caso concreto, em abalo moral “in re ipsa”, inerente ao próprio fato, o que reclama a responsabilização da transportadora ré, impondo-se o dever de indenizar.

Relativamente ao valor da indenização por dano moral, ressalto que possui função diversa daquela referente aos danos patrimoniais, não se podendo aplicar critérios idênticos para sua quantificação. A reparação de tal espécie de dano procura oferecer compensação ao lesado para atenuar o sofrimento havido e, quanto ao causador do dano, objetiva infringir-lhe sanção, a fim de que não torne a incorrer em lesão à personalidade de outrem.

Isso ocorre porque interessa ao direito e à sociedade que o relacionamento entre os cidadãos se mantenha dentro de padrões de equilíbrio e de respeito mútuo. Assim, em hipótese de lesão, cabe ao agente suportar as consequências do seu agir, desestimulando-se, com a atribuição de indenização, atos ilícitos tendentes a afetar os já referidos aspectos da personalidade humana.

É esta a posição de Caio Mário da Silva Pereira:

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de

assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano moral, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima.

Na fixação do montante reparatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a reparação se presta, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas.

Assim, à luz de tais cânones e diretrizes, bem como observando os parâmetros desta Câmara em casos análogos e as circunstâncias do caso acima mencionadas, majoro o montante indenizatório devido à co-autora Letícia para R\$6.000,00 (seis mil reais) e, do mesmo modo, redimensiono para R\$12.000,00 (doze mil reais) o montante devido ao co-autor Rubem Manuel – “quantum” que vai majorado para patamar superior ao da demandante em função dos percalços relativos ao retorno do co-autor a Portugal, menos de 48h (quarenta e oito horas) após a sua chegada ao Brasil, e à obtenção do documento faltante, de modo a possibilitar o embarque dos cães no avião.

Tais montantes deverão ser acrescidos de juros de mora, de 1% ao mês, desde a citação (art. 406, CC, e art. 219, “caput”, CPC), e correção monetária,

pelo IGP-M, desde a presente sessão de julgamento (Súmula n. 362/STJ).

Ante tais comemorativos, nego provimento ao apelo da ré e dou provimento ao apelo dos autores, para majorar os montantes indenizatórios devidos à co-autora Letícia e ao co-autor Rubem Manuel, nessa ordem, para R\$6.000,00 (seis mil reais) e R\$12.000,00 (doze mil reais), com acréscimo de juros de mora, de 1% ao mês, desde a citação, e correção monetária, pelo IGP-M, desde a presente sessão de julgamento.

Quanto aos artigos invocados pelas partes, dou-os por prequestionados, com a finalidade de evitar a oposição

de embargos declaratórios tão-somente para este fim.

DES. GUNTHER SPODE (PRESIDENTE E REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MÁRIO CRESPO BRUM – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. GUNTHER SPODE – Presidente – Apelação Cível nº 70065201592, Comarca de Porto Alegre: “APELO DA RÉ DESPROVIDO. APELO DOS AUTORES PROVIDO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: ALEX GONZALEZ CUSTODIO

ACÓRDÃO 2

INVIÁVEL A INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO QUANDO AUSENTE PROVA DA CONDUTA NEGLIGENTE OU DESIDIOSA DO MÉDICO

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **9a. Câ. Cív.**

Relator: **Miguel Ângelo da Silva**

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS. ART. 14, § 4º, DO CDC.

Cumpra analisar detidamente o conjunto probatório para aferir se restou evidenciada conduta negligente, imperita ou imprudente imputável ao profissional da medicina, para que possa ser responsabilizado civilmente, face o que prevê o § 4º do art. 14 do CDC.

PACIENTE INTERNADO PELO SUS EM HOSPITAL SOB OS CUIDADOS DO MÉDICO RÉU. DOENÇA GRAVE PREEXISTENTE. HIPERTENSÃO PULMONAR – HAP. JÁ HAVIA ABANDONADO ANTERIOR TRATAMENTO NA SANTA CASA DA CAPITAL. PATOLOGIA INCURÁVEL. ALTA HOSPITALAR SEM OPOSIÇÃO DOS FAMILIARES. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O EVENTO FATAL E

O ATENDIMENTO DISPENSADO AO FALECIDO PELO MÉDICO DEMANDADO. SOLUÇÃO SENTENCIAL AMPLAMENTE MOTIVADA E AMPARADA NA PROVA PERICIAL. CONCLUSÕES DA PERÍCIA NÃO INFIRMADAS POR OUTROS DADOS DE PROVA.

O conjunto probatório coligido ao processo não permite concluir tenha havido conduta negligente ou desidiosa do médico que atendeu o familiar dos autores, portador de doença grave e incurável, qual seja, hipertensão pulmonar – HAP, que havia abandonado o tratamento específico disponível na Capital do Estado.

Inexistência denexo causal entre o óbito do familiar dos autores e conduta imputável ao facultativo.

Sentença de improcedência da ação mantida.

APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO: 70061700860 DATA DO JULGAMENTO: 26/08/2015 ÓRGÃO JULGADOR: 9a. Câmara Cív.

RELATOR: Miguel Ângelo da Silva TRIBUNAL: TJ/RS

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS. ART. 14, § 4º, DO CDC.

Cumpra analisar detidamente o conjunto probatório para aferir se restou evidenciada conduta negligente, imperita ou imprudente imputável ao profissional da medicina, para que possa ser responsabilizado civilmente, face o que prevê o § 4º do art. 14 do CDC.

PACIENTE INTERNADO PELO SUS EM HOSPITAL SOB OS CUIDADOS DO MÉDICO RÉU. DOENÇA GRAVE PREEEXISTENTE. HIPERTENSÃO PULMONAR – HAP. JÁ HAVIA ABANDONADO ANTERIOR TRATAMENTO NA SANTA CASA DA CAPITAL. PATOLOGIA INCURÁVEL. ALTA HOSPITALAR SEM OPOSIÇÃO DOS FAMILIARES. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O EVENTO FATAL E O ATENDIMENTO DISPENSADO AO FALECIDO PELO MÉDICO DEMANDADO. SOLUÇÃO SENTENCIAL AMPLAMENTE MOTIVADA E AMPARADA NA PROVA PERICIAL. CONCLUSÕES DA PERÍCIA NÃO INFIRMADAS POR OUTROS DADOS DE PROVA.

O conjunto probatório coligido ao processo não permite concluir tenha havido conduta negligente ou desidiosa do médico que atendeu o familiar dos autores, portador de doença grave e incurável, qual seja, hipertensão pulmonar – HAP, que havia abandonado o tratamento específico disponível na Capital do Estado.

Inexistência denexo causal entre o óbito do familiar dos autores e conduta imputável ao facultativo.

Sentença de improcedência da ação mantida.

APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em desprover o apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO (PRESIDENTE) E DES. CARLOS EDUARDO RICHINITTI.

Porto Alegre, 26 de agosto de 2015.

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA,

Relator.

RELATÓRIO

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA (RELATOR)

R. S. E OUTROS interpõem recurso de apelação da sentença que julgou improcedente a ação de reparação de danos materiais e morais proposta contra R. A. S.

Em razões recursais (fls. 717-722), os apelantes afirmam que está comprovada a gravidade do quadro clínico do “de cujus”, revelando-se precipitada a alta hospitalar determinada pelo médico réu, pois aquele continuava se queixando de tosse e apresentava episódio de vômitos. Argumentam que o falecido Airton deveria ter sido transferido para o nosocômio da cidade de Lajeado, conforme prevê a Resolução CFM

nº 1.672/03. Relatam que tendo sido diagnosticada pneumonia, comprovada pelo exame radiológico, deveria haver um grau de cautela devido à possibilidade de agravamento do quadro clínico que evoluiu para o óbito. A hipertensão pulmonar é uma patologia grave que, associada à pneumonia, é ainda mais grave. Alegam que o médico réu poderia ter evitado o desenlace fatal se tivesse adotado as medidas corretas para encontrar outra instituição hospitalar com a resolutividade abrangente para o caso em tela. Aos familiares pobres não se poderia dar a incumbência de cuidados de patologia tão grave (sic). Aduzem que houve falha na atuação do facultativo ao não encaminhar o paciente que se achava em estado grave para outro hospital e não orientou adequadamente os seus familiares sobre como deveriam proceder, concedendo a alta hospitalar de forma precipitada. Enfatizam que a conclusão do auto de necropsia sobre a causa da morte confirma a gravidade do estado de saúde do paciente Airton, daí que a alta hospitalar precoce configurou conduta culposa. Finalizam requerendo o provimento do apelo para que seja julgada procedente a demanda, condenando-se o médico réu a pagar-lhes pensão e compensá-los pelos danos morais.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 723) e os autos foram de imediato remetidos a esta Corte.

Nesta instância abriu-se vista ao apelado para contrarrazões (fl. 727), oportunamente apresentadas (fls. 731-733).

A douta Procuradoria de Justiça exarou parecer opinando pelo desprovimento do apelo.

Vieram os autos conclusos.

Foram atendidas as formalidades previstas nos artigos 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA (RELATOR)

Conheço do recurso, pois preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

Contudo, voto por desprovê-lo, pelos motivos adiante elencados.

Responsabilidade civil do médico (Art. 14, § 4º, do CDC)

A controvérsia suscitada no feito envolve a responsabilidade civil do profissional da medicina por suposto erro médico.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, como deflui da norma do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Assim, para que se possa constatar, no caso concreto, o dever de indenizar, faz-se mister analisar detidamente a conduta profissional do facultativo contra quem endereçada a pretensão indenizatória, visando identificar se agiu com negligência, imprudência ou imperícia no tratamento ministrado à paciente autora.

Versando em sede doutrinária sobre a responsabilidade dos profissionais liberais por fato do serviço, à luz do regramento consumerista, assim discorre BRUNO MIRAGEM (“in” Curso de direito do consumidor, 4ª ed. rev., atual. e ampl., SP, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 556/557):

“(…)

A responsabilidade civil médica, neste sentido, a exemplo da responsabilidade civil em geral, decorre da falta, do descumprimento de um dever. Este dever, como mencionamos, é um dever genérico (cuidado cautela), ou dever específico (diagnóstico, informação). Já no que se refere à natureza desta responsabilidade, a regra entre os profissionais liberais é a responsabilidade subjetiva (mediante verificação da culpa).

Da mesma forma, o objeto da relação obrigacional médico-paciente, que se caracteriza como regra em uma obrigação de fazer visando à preservação da vida, a cura ou prevenção da doença ou moléstia, assim como a melhoria das suas condições pessoais, vincula-se diretamente à vida e à integridade física e moral da pessoa, espécies de direitos subjetivos cuja violação remete à hipótese de responsabilidade extrac contratual. A responsabilidade médica, contudo, não segue um regime unitário, uma vez que a prestação de serviços médicos tanto poderá decorrer de um contrato previamente estabelecido, quanto simplesmente de uma atuação profissional independente de prévio acordo das partes (um atendimento de

emergência, ou a assistência pública de saúde). Em qualquer, caso, a utilidade da distinção diz respeito à carga de prova atribuída às partes, o que no caso da responsabilidade contratual, admite a presunção de culpa médica, bastando à vítima demonstrar a existência do contrato, o dano e o nexo de causalidade com a conduta do profissional. Necessitando em acréscimo, na hipótese de responsabilidade extracontratual, a demonstração do dolo, negligência, imprudência ou imperícia do médico.”

Em obra clássica, JOSÉ DE AGUIAR DIAS também abordou o tema da responsabilidade civil dos médicos (“in” Da responsabilidade civil, Vol. I, Ed. Revista Forense, RJ, 1950, 2ª ed., p. 274), anotando, a respeito:

“O que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de serviços conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema de França.”

E logo adiante, aduziu o insigne doutrinador, “*verbis*”:

“Do fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha

leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato.” (ob. cit., p. 275) (os grifos são meus).

Destarte, à responsabilização civil do médico por danos advindos de procedimentos a seu encargo, imprescindível fique demonstrado que obrou com culpa “*lato sensu*”, segundo a dicção do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Análise do caso concreto

Os autores, familiares de Airton Shuster, sustentam que ele foi encaminhado ao Hospital São José, no Município de Arroio do Meio, em 27-07-2008, e depois de receber alta faleceu na mesma data.

Não há prova de que foi vítima de erro médico.

A sentença concluiu pela improcedência da ação com base no laudo pericial elaborado por médicos do DMJ, o qual afastou o nexo causal entre o evento fatal (óbito do familiar dos demandantes) e o atendimento a ele prestado pelo facultativo réu.

Visando evitar enfadonha e desnecessária tautologia, principio transcrevendo excerto da sentença objurgada, que realizou acurada análise do

conjunto probatório nestes termos, “in verbis”:

“E a prova técnica que foi realizada pelo Departamento Médico Judiciário, com base no exame dos documentos relativos à internação hospitalar de 200 a 2008 e laudos médicos juntados, atestou, em sua conclusão, de que não ocorreu negligência, imperícia ou imprudência no manejo médico do periciado, com tratamento adequado aos sintomas apresentados (fls. 632-636), indicativo de que inexistia conduta culposa na espécie pelo réu.

Ainda, disse o Sr. Perito que a moléstia apresentada pelo extinto – hipertensão arterial pulmonar em grau severo – “é doença grave, incurável e fatal, sendo que sua sobrevida aos dois, cinco e dez anos de evolução é da ordem de 48, 32 e 12%, respectivamente, e que a sobrevida média após o diagnóstico é de 22 meses (ou menos de dois anos). Os tratamentos atualmente disponíveis não tem potencial de cura, e seu efeito na redução da mortalidade, se existente, ainda é pequeno. A única perspectiva de tratamento com maior potencial resolutivo é o transplante simultâneo de coração e pulmões, que pelas suas próprias características tem aplicação muito reduzida.” (fl. 634), o que referenda a situação de que o óbito após a alta deu-se por condição natural de moléstia com alta taxa de mortalidade e, sobretudo, incurável, que poderia eclodir a qualquer momento.

A este respeito, o expert referiu que a doença era crônica, com pelo menos um ano e oito meses do diagnósti-

co de certeza (resposta ao quesito 6, fl. 634), que a alta hospitalar do paciente não foi considerada precoce (respostas aos quesitos 8, 9, 10 e sobretudo p 14, fl. 634, verso) e seu quadro estava estável, inclusive havia indicação ao paciente para procurar serviço de hemodinâmica em Lajeado (resposta aos quesitos 16, fl. 635 e 11, fl. 348, verso, além do documento da fl. 123), o que vai ao encontro do que fora dito pelo réu em seu depoimento pessoal, por ter melhores condições de estrutura para pacientes portadores da moléstia (fls. 684-686), o que não foi observado pelo falecido ou por seus familiares.

No que diz com a transferência a outro hospital em cidade próxima e com melhores condições, há também menção pelo perito de que não era necessário, na hipótese, transporte especializado (resposta ao quesito 19, fl. 635).

A situação aferida pela perícia técnica não foi afastada pela prova oral colhida no curso da demanda, sendo que nenhuma das testemunhas trazidas pelos demandantes era médico que pudesse elidir tecnicamente o que fora constatado pelo Departamento Médico Judiciário.

Os técnicos de enfermagem ouvidos – Sara Rejane Correa, Renato Antônio Schmidt e Sandra Tereza Stuermer – corroboraram o que fora dito pelo requerido quanto aos procedimentos adotados ao falecido.

Sara Rejane afirmou que verificou a pressão, a frequência cardíaca respiratória e a temperatura, que Air-

ton Schuster estava estável e que fora liberado e encaminhado para hemodinâmica em Lajeado, mas ninguém apareceu no hospital para levá-lo, então ele passou a noite no hospital (fls. 692, verso – 694).

Renato Antônio Schmidt disse que estava presente quando da liberação do paciente, foi explicado aos familiares sobre o serviço de hemodinâmica, que funcionava no Hospital Bruno Born, em Lajeado, dando-lhes inclusive o telefone, encontrando-se Airton bem e tranquilo, sendo que febre é considerada apenas a partir de 38 graus (fls. 694-695).

Sandra Tereza Stuermer relatou que a família estava consciente de que o caso de Airton era bem grave, que ele era um cardiopata grave e que poderia morrer a qualquer momento e que somente um transplante de coração salvaria a vida dele e que ele abandonara o tratamento em Porto Alegre (fls. 696-697).

Percebe-se, portanto, que ainda que estivesse o extinto com o quadro de saúde estável no momento da alta, houve o zelo do réu ao encaminhar o paciente para o hospital melhor aparelhado, dada a insuficiência de recursos do nosocômio local para a moléstia incurável da qual Airton era portador.”

Pois bem.

A confirmação do provimento sentencial é preconizada no parecer de lavra do ilustre Procurador de Justiça Juan Carlos Durán. Conquanto deduzia argumentos não coincidentes com os

expendidos pelo julgador singular, com ele convergem na conclusão.

Portanto, como o parecer ministerial corrobora a conclusão da sentença – que considero acertada –, creio pertinente reproduzi-lo parcialmente, no que mais importa, sempre visando evitar tautologia, “in litteris”:

“A sentença deve ser mantida, mas sob fundamento diverso.

O atestado de óbito de fl. 91 indica como *causa mortis* “Parada Cardíaca Respiratória, Pneumonia, Hipertensão Pulmonar Grave, Aneurisma Hilar Pulmonar à Direita”.

De outro lado, o expert, interpretando os documentos relativos à internação hospitalar ocorrida no dia 29.07.2008 até 31.07.2008, assim referiu: “(...) o periciado foi hospitalizado na noite de 29/7 por quadro de febre (38°C), palidez, tosse produtiva e tonturas. Tinha história de hipertensão pulmonar, em tratamento na Santa Casa. Com PA de 80/60 mmHg. Não há descrição de achados de exame físico. Foi medicado com hidratação parenteral, oxigenioterapia e antibióticos (claritromicina e ampicilina). Foram solicitados exames bioquímicos, ECG de repouso e RX de tórax. Não há nenhuma descrição ou receita médica relativa ao tratamento que o periciado eventualmente fazia para sua doença básica (hipertensão pulmonar). Às 16h de 30/07, foi considerado ‘melhorado’. Os exames laboratoriais não mostravam alterações, mas o RX de tórax demonstrava paredes brônquicas espessadas, grandes opacidades arredondadas nos hilos

pulmonares, provavelmente de origem vascular (interrogava aneurisma), e sugeria a realização de TC de tórax. O ECG (interpretação do perito) indicava ritmo sinusal, sobrecarga atrial esquerda, sugere sobrecarga de VD, mas com desvio do eixo para E, e alterações secundárias da RV. As anotações da enfermagem (fl. 125) demonstram sinais estáveis, tendo apresentado febre ao internar (38°C, às 21h de 29/7). Não há nenhuma referência ao periciado estar apresentando queixa de piora importante, dispneia ou palpitações “ (fl. 632v e 633v.) – grifamos.

Derradeiramente, concluiu o perito: “(...) De fato, o prontuário médico elaborado na internação de julho de 2008 é muito sucinto, não fornecendo muitas informações. Não há nenhuma menção a que tipo de tratamento medicamentoso o periciado fazia na Santa Casa (ou não fazia, o que parece mais provável), e não há descrição do exame físico, em nenhum, momento. No entanto, a hipótese diagnóstica inicial de pneumonia e as condutas empregadas (solicitação de exames, uso de antibióticos) são adequadas ao caso; conforme se observa nas fls. 151 e 152, o periciado tinha recebido tratamento para infecção respiratória uma semana antes da internação; no entanto, o boletim de atendimento referente a esta ocorrência não está disponível. O fato de não terem sido utilizados medicamentos específicos para o tratamento da HAP não parece inadequado, pois não há informação de que o periciado fazia uso prévio destes; e o médico que atendeu

não tinha formação na área de cardiologia ou pneumologia, necessária para poder manejar pacientes com este diagnóstico. Cabe ressaltar que hospital em que o periciado estava internado não tinha os recursos necessários para investigação e tratamento adequado da HAP, sendo necessário encaminhamento para centro de referência. De qualquer forma, a condição clínica do periciado foi considerada estável pelo médico que o atendeu, embora isto não esteja na evolução médica, e nem esteja descrito o exame físico do mesmo na alta. Se realmente a condição clínica do periciado era estável, não era obrigatória a transferência por ambulância. Os dados relativos aos sinais vitais e anotações da enfermagem não permitem afirmar que o periciado apresentava condição clínica instável. Finalmente, a não prescrição de antibióticos na alta, tendo em vista não ter sido confirmado o diagnóstico de pneumonia, não é incorreta. A ocorrência de morte súbita na HAP não é incomum, podendo ocorrer em até 20% dos casos, e às vezes afetando até pacientes sem o diagnóstico clínico da doença, como demonstram estudos de necropsia. Diversas faixas etárias podem ser acometidas, até mesmo crianças. Uma última observação seria que a colocação no atestado de óbito dos diagnósticos de aneurisma e de broncopneumonia não me parece adequada, uma vez que não se tinha certeza destes diagnósticos (...). O que fica com o interrogatório, sem nenhuma explicação nos autos é o seguinte. O Periciado já tinha uma

forte suspeita diagnóstica da sua doença aos 13 anos de idade (com base nos achados das fls. 94 a 113), e a certeza do diagnóstico desde dezembro de 2006 (fls. 133 e 138). Ainda assim, não existe nenhuma evidência de que o periciado tenha concluído a investigação e iniciado o tratamento, o que era imperioso, pois se tratava de uma doença incurável, de alta mortalidade; o retardo no tratamento certamente contribuiu para um agravamento da condição do periciado, previamente à internação de julho de 2008. Da mesma forma, não se pode afirmar que se o periciado tivesse iniciado o tratamento por ocasião de sua última internação o desfecho teria sido diferente. Deve-se entender que a HAP é doença grave, incurável e fatal, sendo que sua sobrevida aos dois, cinco e 10 anos de evolução é da ordem de 48, 32 e 12%, respectivamente, e que a sobrevida média após o diagnóstico é de 22 meses (ou menos de dois anos). Os tratamentos atualmente disponíveis não têm potencial de cura, e seu efeito na redução da mortalidade, se existente, é ainda pequeno. A única perspectiva de tratamento com maior potencial resolutivo é o transplante simultâneo de coração e pulmões, que pelas suas próprias características tem aplicação muito reduzida. Portanto, com base nos dados disponíveis, e com as ressalvas já relatadas, considero que não ocorreu negligência, imperícia ou imprudência no manejo médico do periciado” (fls. 633v., 633 e 634) – grifamos.

Além disso, às fls. 123/124 há referência de que, quando da alta, o

extinto deveria ser encaminhado para serviço de hemodinâmica, em Lajeado, o que foi confirmado pelo demandado em seu depoimento pessoal (fl. 686v.). O réu ainda acrescentou (fls. 684v./685):

“Eu vi o paciente de manhã cedo, avaliei ele, o plantão já tinha avaliado, quem estava de plantão examinou e deixou o caso para mim. Então, o plantão já tinha avaliado, eu vi ele às cinco horas da manhã, cinco e meia da manhã, mais ou menos, avaliei ele, internei ele e no fim da tarde eu fui ver o resultado dos exames e fui falar com ele de novo, daí eu liberei ele no final da tarde. No outro dia de manhã, quando eu cheguei lá, ele ainda não tinha vindo, porque pelo relato da enfermagem, os familiares não tinham vindo buscar ele, daí eu perguntei: Como ele está?’, a enfermeira disse: Ele está bem, está caminhando no corredor, não tem dor, não está com oxigênio, nem falta de ar, está tudo bem doutor, só está esperando os familiares para levar ele para Lajeado’, eu falei: Então tá, então está liberado’.

Autores: O senhor fez algum exame, tocou no paciente nesse momento?

Requerido: De tarde, de manhã eu avaliei ele com todos os dados que o plantonista tinha já obtido, a enfermagem já tinha medido a pressão, temperatura, saturação, todos os exames necessários. No fim da tarde, quando eu tinha os exames eu examinei ele, mais detidamente, conversamos eu e ele e daí encaminhei ele para o serviço de (inaudível).

Com base nos elementos destacados, embora o perito tenha afirmado que as anotações da enfermagem não indicavam condição clínica instável do extinto (quesito complementar “03” formulado à fl. 640 e respondido à fl. 648v.), pode ser reconhecido o equívoco na conduta do médico, na medida em que determinou a transferência do paciente para outro nosocômio, com maior complexidade, sem acompanhamento médico-hospitalar, isto é, sem transporte especializado, embora o *de cujus* possuísse doença grave com alta taxa de mortalidade, com exames RX e ECG alterados, sequer estando suficientemente demonstrado nos autos se, anteriormente à alta ocorrida às 8h do dia 31.07.2008, o requerido efetivamente procedeu a exame mais específico. Com isso, Airton deixou de ter a chance imediata de realizar o tratamento adequado à enfermidade que apresentava, retornando para sua residência quando, então, posteriormente, já em condições precárias, foi encaminhado novamente ao hospital, vindo posteriormente a falecer como decorrência do estado crítico em que se encontrava.

Entretanto, o ponto nodal reside em saber se a conduta adotada foi decisiva ou não para o evento morte, o que, frise-se, é relevante até mesmo para a aplicação da “teoria da perda de uma chance”. Noutras palavras, impõe-se a investigação acerca donexo causal.

Com efeito, o âmbito de aplicação da referida teoria se dá justamente quando é impossível determinar a exis-

tência do nexode causalidade entre a conduta e o dano, sendo suficiente para sua caracterização a demonstração de que o réu deixou de empreender todas as diligências que estavam ao seu alcance no intuito de impedir a ocorrência do evento danoso. Assim impõe-se aferir a exata dimensão da teoria da perda de uma chance, a fim de apurar se é cabível ou não a sua incidência no caso concreto.

De imediato, registra-se que, na teoria em destaque, o dano, consistente no resultado final, “é, por definição, indemonstrável”, na exata medida em que há a interrupção do curso normal dos acontecimentos em face de um ato ilícito que impede o seu termo ordinário. Mais precisamente, vem firmando-se o entendimento de que a teoria da perda de uma chance é caracterizada em situações que apresentam um aspecto de certeza e outro de incerteza. Em outras palavras, a certeza está relacionada à chance perdida, porquanto deve estar demonstrado indubitavelmente que houve um ilícito caracterizador da chance perdida. De outra parte, há a incerteza quanto ao resultado/dano havido, ou seja, não se pode precisar se o resultado/dano teria ou não decorrido do ilícito precedente.

(...)

Acrescenta-se que a análise do grau de probabilidade somente deve repercutir na quantificação do dano e não na caracterização da teoria e na sua respectiva utilização para responsabilizar a parte envolvida. Para a caracterização da perda de uma chance,

repita-se, basta a certeza do ilícito precedente, bem como a real (e séria) probabilidade de que o dano havido possa ser a ele (ilícito) relacionado, ainda que não haja precisão a esse respeito .

Concretamente, porém, percebe-se que a conduta do médico no encaminhamento do paciente não foi precisamente decisiva para o evento morte.

A propósito disso, importa reiterar que o perito afirmou que Airton “já tinha uma forte suspeita diagnóstica da sua doença aos 13 anos de idade (com base nos achados das fls. 94 a 113), e a certeza do diagnóstico desde dezembro de 2006 (fls. 133 e 138)” (fl. 633), sendo que “a HAP é doença grave, incurável e fatal, sendo que sua sobrevida aos dois, cinco e 10 anos de evolução é da ordem de 48, 32 e 12%, respectivamente, e que a sobrevida média após o diagnóstico é de 22 meses (ou menos de dois anos). Os tratamentos atualmente disponíveis não têm potencial de cura, e seu efeito na redução da mortalidade, se existente, é ainda pequeno. A única perspectiva de tratamento com maior potencial resolutivo é o transplante simultâneo de coração e pulmões, que pelas suas próprias características tem aplicação muito reduzida” (fl. 634).

Já conforme a prova oral produzida neste feito, Airton “estava em tratamento em Porto Alegre (fl. 688v.), que, porém, teria sido abandonado (fl. 696v.). A propósito, importa, mais uma vez, reiterar que o perito aduziu que, com base na documentação dos autos, “não existe nenhuma evidência de que

o periciado tenha concluído a investigação e iniciado o tratamento, o que era imperioso, pois se tratava de uma doença incurável, de alta mortalidade” (fls. 633 e 634).

Não se verifica, nessa direção, uma probabilidade real e séria de que o resultado poderia ter sido outro, notadamente porque a sobrevivência de Airton era improvável, sobretudo se for considerado que já tinha, infelizmente, atingido o limite de sobrevida, que é menos de dois anos após o diagnóstico (fl. 634), porquanto a efetiva descoberta da patologia ocorreu em dezembro de 2006 (fls. 133, 138 e 633) e seu óbito em 31.07.2008 (fl. 91), sendo que “A ocorrência de morte súbita na HAP não é incomum, podendo ocorrer em até 20% dos casos, e às vezes afetando até pacientes sem o diagnóstico clínico da doença, como demonstram estudos de necropsia” (fl. 633). Ademais, corrobora o exposto a assertiva do perito de que “não se pode afirmar que se o periciado tivesse iniciado o tratamento por ocasião de sua última internação o desfecho teria sido diferente” (fl. 634). Do mesmo modo, quando questionado se a morte de Airton 30 horas após sua alta era indicativo de agravamento de seu quadro clínico (quesito “24” formulado à fl. 626), o expert respondeu negativamente, acrescentando que “A doença já era grave (com elevada mortalidade, e incurável), pelo menos desde o diagnóstico de certeza (dezembro de 2006), associado com o fato não existir nenhuma evidência de que tenha recebido tratamento específico, até

então” – sic (resposta respectiva constante à fl. 635v.).

Desse modo, reitera-se que, *in casu*, não há real probabilidade de que a morte possa ser relacionada à conduta adotada pelo médico demandado. A propósito, assim já decidiu esta Câmara julgadora:

RECURSO ADESIVO. PROCESSUAL CIVIL. PRAZO DE INTERPOSIÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. [...]. Não caracterização, por outro lado, da teoria da perda de uma chance, considerando que eventual conduta diversa pelo plantonista não evitaria o óbito da paciente, tendo em vista que a enfermidade que a acometia era muito grave e de rápida progressão. Não demonstrado erro de diagnóstico e, por conseguinte,nexo causal entre o alegado dano e a conduta do profissional de medicina que atendeu a demandante no hospital demandado, não há, pois, como vingar a pretensão dos autores. Pretensão ADESIVO NÃO CONHECIDO. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70054071386, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/09/2013) – transcrito na parte que interessa.

Derradeiramente, destaca-se inexistir qualquer prova de que a alta hospitalar ocorreu em decorrência da recusa dos autores em adimplir os honorários médicos.”

Pouco haveria a aduzir.

Apenas acrescento que do detido exame que fiz deste processo cheguei a conclusão idêntica a da sentença, qual

seja, a de que não é possível estabelecer nexos de causalidade entre o óbito do familiar dos autores e o atendimento que lhe dispensou o facultativo demandado.

A conduta do facultativo não foi o fator determinante do óbito.

A solução sentencial de improcedência da ação está amplamente motivada e amparada na conclusão da perícia elaborada no DMJ, cujo acerto não se questionou ou infirmou de forma convincente nas razões de apelo.

O laudo pericial revela que o falecido Airton era portador de hipertensão arterial pulmonar grave (HAP), doença em avançado estágio e que poderia conduzi-lo a óbito a qualquer momento. Ademais, também ficou claro que ele abandonou o tratamento especializado que havia iniciado na Santa Casa de Misericórdia nesta Capital para debelar ou amenizar os problemas decorrentes da grave moléstia de que era portador.

Digo mais.

Se é certo que o perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando – como se colhe da lição doutrinária trazida nas razões de apelo –, não menos certo é que ao julgador não é lícito decidir contrariamente à conclusão pericial.

Descabe julgar com base em convicção pessoais divorciadas da prova. Sobretudo quando não se dispõe de outros elementos dotados de força suficiente para infirmar a conclusão pericial.

E tal se impõe nas demandas em que discute alegação de erro médico e se põe em xeque a reputação de profissionais cuja formação exige muitos anos de estudo e inúmeros esforços. A reputação e o bom nome de um profissional de nível superior são conquistas adquiridas ao longo dos anos. Uma condenação por erro médico é capaz de destruí-la de um dia para o outro.

O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do julgador – adotado pelo nosso CPC – não legitima o magistrado a decidir contra a prova dos autos ou sem embasamento na prova. Se o fizesse estaria incorrendo em ato de arbítrio, exatamente o que essa sistemática visa impedir.

Por fim, somente para corroborar tudo quanto já antes sublinhado, destaco trecho final do parecer ministerial de primeiro grau, com síntese impecável do contexto probatório (fl. 710): “Como se viu, os autores sabiam que Airton era portador de doença grave, incurável e fatal, bem assim que de-

viam encaminhá-lo ao Hospital Bruno Born de Lajeado, que conta com maiores recursos, o que não foi providenciado. Quanto ao procedimento adotado e cuidados dispensados ao paciente pelo médico assistente, a prova dos autos não permite concluir pela falta de prudência do médico em relação ao que seria esperável no caso concreto, de modo que a culpa pela morte do paciente não pode ser a ele imputada”.

Dispositivo:

Do exposto, voto por negar provimento ao apelo.

DES. CARLOS EDUARDO RICHINITTI (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO (PRESIDENTE) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO – Presidente – Apelação Cível nº 70061700860, Comarca de Arroio do Meio: “DESPROVERAM O APELO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: MIGUEL CARPI NEJAR

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Relator: Salazar Casanova

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)
Relator: M. Safjan

EXCERTOS

Do Supremo Tribunal de Justiça (10.09.2015)

“Ainda que se admita que o erro a que alude o art. 252º, nº 2, do CC pode ser unilateral, no caso vertente não se justificaria a alteração do contrato nos termos do art. 437º, nº 1, do CC, pois não se provou que, nas indicadas condições, a utilização do serviço de sms constituísse grave violação dos princípios da boa-fé”

“Não tem o réu direito a indenização por prejuízos resultantes do incumprimento pois não provou que nenhum prejuízo adviesse do incumprimento, não derivando do incumprimento o custo do serviço que a ré suportou e que se obrigou a proporcionar gratuitamente e que, a partir de determinado momento, quis receber do autor”

Do Tribunal de Justiça (03.09.2015)

“Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”

“O juiz nacional que conhece de um litígio que tem por objeto um contrato suscetível de entrar no âmbito de aplicação desta diretiva deve verificar, tendo em conta todos os elementos de prova, designadamente os termos do contrato, se o mutuário pode ser qualificado de ‘consumidor’ na aceção de referida diretiva”

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7ª SECÇÃO

Relator: SALAZAR CASANOVA

Descritores:

TELECOMUNICAÇÕES

TELEMÓVEL

INCUMPRIMENTO DO

CONTRATO

PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO

DA DEFESA

ERRO VICIO

BASE NEGOCIAL

ALTERAÇÃO DAS

CIRCUNSTÂNCIAS

BOA FÉ

ABUSO DO DIREITO

OBJECTO NEGOCIAL

OBJETO NEGOCIAL

Data do Acórdão: 10-09-2015

Decisão: CONCEDIDA EM PARTE
A REVISTA DA RÉ; NEGADA A DO
AUTOR

Área Temática:

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES

JURÍDICAS / FACTOS JURÍDICOS /

NEGÓCIO JURÍDICO / EXERCÍCIO

E TUTELA DE DIREITOS –

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES /

FONTES DAS OBRIGAÇÕES /

CONTRATOS / CUMPRIMENTO

E NÃO CUMPRIMENTO DAS

OBRIGAÇÕES / CONTRATOS EM

ESPECIAL.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL –

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS /

PROCESSO DE DECLARAÇÃO /

ARTICULADOS / RECURSOS.

Doutrina:

– Antunes Varela, “Código Civil”,
Anotado, vol. I, 4ª edição, p. 236.

– Assunção Cristas, «Direito ao
Cumprimento Contratual: Que
Conteúdos?», Themis, Edição
Especial, 2008, p. 292.

– Manuel Gomes da Silva, O Dever de
Prestar e o Dever de Indemnizar, Vol.
I, p. 220.

– Mota Pinto, Teoria Geral do Direito
Civil, 4ª edição, p. 516.

– Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria
Geral do Direito Civil, p. 568.

– Vaz Serra, “Obrigação de
Indemnização”, B.M.J., nº 84, março
de 1959, p. 127.

Legislação Nacional:

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGOS
251º, Nº 2, 252º, Nº 2, 334º, 405º,
437º, 564º, Nº 1, 762º, Nº 2, 798º,
799º, 1154º.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
(NCPC) /2013: – ARTIGOS 3º, 7º,
573º, Nº1 E 2, 588º, Nº 1, 635º, Nº 5.

Jurisprudência Nacional:

ACÓRDÃOS DO SUPREMO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

-DE 8-5-2013, PROCESSO Nº
3166/07, DE 18-12-2012, PROCESSO
Nº 10339/06, DE 18-6-2013,
PROCESSO Nº 291/09.

Sumário:

I – O Supremo Tribunal, atento o
princípio da concentração dos meios
de defesa que consta do art. 573º, nº 1,
do NCPC (2013), não pode considerar

suscitada a exceção perentória do erro sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio (art. 252º, nº 2, do CC) se ela não foi invocada na contestação nem tão pouco o foi por via de articulado superveniente considerando factualidade que se revelou na sequência de convite dirigido pelo juiz ao autor.

II – Ainda que se admita que o erro a que alude o art. 252º, nº 2, do CC pode ser unilateral, no caso vertente não se justificaria a alteração do contrato nos termos do art. 437º, nº 1, do CC, pois não se provou que, nas indicadas condições, a utilização do serviço de sms constituísse grave violação dos princípios da boa fé e o facto de a ré pretender auferir pelos sms excessivos o pagamento de determinada quantia revela que os riscos do contrato se reconduziam exclusivamente à perda dessas quantias que foram contratualmente assumidas pela própria ré, ou seja, a exigência da prestação de serviço ilimitado estava coberta pelos riscos do próprio contrato.

III – Considerando que a ré se obrigou a proporcionar ao autor “acesso gratuito” e “sem limites” para a sua rede, a ré incorre em incumprimento se deixa de prestar esse serviço alegando excesso de utilização do serviço gratuito.

IV – Não estando o autor vinculado por cláusulas contratuais gerais que não constavam do contrato celebrado quando adquiriu a embalagem com o material que lhe dava acesso ao aludido

serviço e que nem constavam ao tempo do site da ré, o autor, ainda que haja enviado mensagens em número muito superior ao que é normalmente enviado pelos utilizadores do serviço, não incorre em grave abuso do direito, designadamente quando se reconhece que fez essa utilização tendo em vista a divulgação de serviços de informática que tinha em mente realizar.

V – Tal utilização, ainda que de natureza comercial e executada por via não manual, não estava contratualmente excluída, estando, por conseguinte, abrangida pela obrigação contratualmente assumida pela ré de proporcionar acesso ilimitado e não tinha em vista nenhuma finalidade ilícita, nem se vê que fosse exercida com objetivo de puro desperdício.

VI – Não incorrendo o autor num grave abuso do direito, excede todavia manifestamente os limites impostos pela boa fé no exercício do direito que é reclamada no art. 762º do CC, incorrendo em abuso do direito (art. 334º do CC) se, aproveitando a possibilidade de acesso gratuito e ilimitado, envia mensagens sms em número mínimo de 2000/dia, ou seja, de 60 000/mês, quantidade esta que ultrapassa a razoabilidade e proporcionalidade de utilização que estão necessariamente implícitas na atribuição do acesso gratuito e ilimitado.

VII – O reconhecimento desse exercício abusivo não exclui o incumprimento da ré que decidiu alterar unilateralmente o contrato,

passando a cobrar um determinado valor por chamada em sms sem fixar um mínimo francamente amplo ao qual o autor pudesse continuar a aceder gratuitamente, não atuando a ré também de boa fé quando se propõe fixar discricionariamente em função de referenciados perfis de clientes o número de chamadas que cada cliente pode efetuar gratuitamente sem disso informar o cliente previamente.

VIII – Não tem o réu direito a indemnização por prejuízos resultantes do incumprimento pois não provou que nenhum prejuízo adviesse do incumprimento, não derivando do incumprimento o custo do serviço que a ré suportou e que se obrigou a proporcionar gratuitamente e que, a partir de determinado momento, quis receber do autor.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

1. AA propôs no dia 3-6-2011 ação declarativa com processo comum ordinário contra BB – Comunicações, SA pedindo a sua condenação:

– A prestar ao autor, gratuitamente, o serviço de envio de mensagens e chamadas para outros utilizadores da sua rede de telefones móveis;

– a pagar ao autor a quantia de 77.520 euros a título de danos patrimoniais causados pelo incumprimento do contrato até à data da apresentação desta ação;

– a pagar ao autor a quantia de 120 euros por dia desde o dia seguinte

à apresentação desta ação até que se ache restabelecida “para sempre” e gratuitamente o serviço de envio de mensagens e realização das chamadas para outros utilizadores das redes de telefones móveis da ré.

2. Alegou que em 28-7-2008 adquiriu cartão para realizar chamadas por telemóvel e enviar mensagens curtas, utilizando a rede de telecomunicações da ré; o carregamento dos cartões permitia-lhe o acesso a utilizadores das redes telefónicas mediante determinado custo por chamada e por mensagem escrita, salvo no que respeita às chamadas de voz e mensagens escritas para outros utilizadores da rede da ré.

3. Quanto a estas, a ré proporcionava o acesso gratuito “para sempre” e “sem limites”.

4. No dia 25-8-2009 a ré deixou de prestar ao autor o aludido serviço gratuito.

5. O autor, nessa data, recebeu comunicação, informando-o de que o tarifário tinha sido alterado, passando a ré a cobrar o valor de 0,06 cêntimos por cada mensagem escrita dirigida a outros utilizadores da ré.

6. O autor vinha enviando cerca de 2000 mensagens escritas para outros utilizadores da ré.

7. O autor ficou impedido de enviar mensagens por não poder suportar o custo.

8. A indemnização reclamada de 77.520 euros corresponde ao custo das mensagens diárias correspondentes ao

período que decorre de 25-8-2009 a 3-6-2011, data de apresentação da ação.

9. A ré, na contestação, considera que as condições gerais do tarifário se encontravam publicadas no *site* da ré, referindo-se aí no que respeita a “Comunicações entre BB sujeitas a Política de Utilização Responsável” que “a BB” reserva-se o direito de definir uma Política de Utilização responsável aplicável às comunicações entre BB realizadas por clientes com este tarifário. O valor máximo de utilização responsável será definido com base nos perfis de utilização dos clientes particulares com o tarifário em causa e será revisto periodicamente em função da evolução desses perfis. No âmbito dessa política, a BB notificará, mediante o envio de um SMS, os clientes que excederem o nível de utilização razoável do serviço, reservando-se o direito, após esse aviso, de cobrar as comunicações efetuadas para além do nível de utilização razoável”.

10. O autor não cumpriu essa Política de Utilização razoável pois enviava cerca de 3000 SMS/dia.

11. No dia 25-8-2009 o autor foi informado pela ré de que, “dada a situação que tinha excedido o nível e utilização previsto, se ia proceder à alteração do tarifário”

12. A ré procedeu à alteração do tarifário dando indicação ao autor em 8-10-2009 de que as SMS gratuitas ficavam sujeitas a uma Política de Utilização Responsável de 1500 SMS gratuitas por semana; ultrapassado este limite, as mesmas seriam cobradas a

0,115€/SMS, tarifário residencial e para utilização pessoal de serviço.

13. Tal tarifário foi alterado novamente em 28-10-2009 para Livre Base por não ter o autor efetuado a partir de 23-8-2009 os carregamentos a que o Plano de Tarifário obrigava.

14. Houve, pois, incumprimento do autor no que respeita à obrigação de cumprimento da aludida Política de Utilização Responsável e os valores reclamados não constituem danos.

15. A ação foi julgada parcialmente procedente, condenando-se a ré a prestar ao autor, gratuitamente, o serviço de envio de mensagens e chamadas para outros utilizadores da sua rede de telefones móveis e a pagar ao autor o que se liquidar em execução de sentença relativamente aos prejuízos provocados com a alteração do tarifário desse 25-8-2009 até que se ache restabelecido, para sempre e gratuitamente, o serviço de envio de mensagens e realização de chamadas para outros utilizadores das redes de telefones móveis da ré.

16. O Tribunal da Relação do Porto alterou a matéria de facto e, com voto de vencido, julgou parcialmente procedentes as apelações interpostas, condenando a ré a pagar ao autor a título de indemnização por danos não patrimoniais por este sofridos em consequência da atuação ilícita da ré a quantia de 2000 euros, acrescida de juros de mora que venham a vencer-se desde a data da presente decisão à taxa atualmente em vigor ou outra que venha entretanto a vigorar até integral pagamento; confirmou a sentença

recorrida na parte em que condenou a ré a “prestar ao autor, gratuitamente, o serviço de envio de mensagens e chamadas para outros utilizadores da sua rede de telefones móveis, relativamente ao cartão com o número 93...43”.

17. Do acórdão foi interposto recurso pela CC – Comunicações, SA (anteriormente com a designação BB-Comunicações, SA) e também pelo autor.

18. A CC considera que se justifica ampliar a matéria de facto aditando-se os seguintes factos:

a) As 3000 mensagens enviada diretamente a custo zero pelo autor para outros utilizadores da rede da ré eram feitas com recurso a um sistema informático

b) Tais mensagens destinavam-se à divulgação dos serviços de informática que o autor pretendia realizar.

c) O tarifário contratado pelo autor à ré era residencial, pressupondo, portanto, uma utilização pessoal

19. Tais factos, segundo a recorrente, são factos confessados pelo autor, relevando enquanto confissão judicial escrita nos termos do artigo 358º/1 do Código Civil e resultaram de declaração do autor na sequência de convite que lhe foi dirigido pelo Tribunal após os articulados.

20. A CC sustenta ainda que se está em face de um caso de erro sobre as bases do negócio (artigo 252º/2 do Código Civil) visto que desconhecia, quando celebrou o contrato, porque o autor disso não a informou, que ele iria utilizar um sistema informático

(SPAM) para o envio de mensagens, limitado àquelas que eram gratuitas, circunstâncias essas que, por isso, não foram tomadas em consideração pela ré; o serviço não estava a ser utilizado para fins pessoais do autor, mas também para fins comerciais, constituindo esta situação um caso de abuso ou utilização indevida do serviço contratado que originou a excessiva onerosidade económica da prestação devida pela ré que não estava coberta pelos riscos próprios do contrato, devendo imperar a modificação do contrato, ou seja, passando o seu tarifário a ficar sujeito ao pagamento de 0,06 euros por cada mensagem escrita dirigida aos outros utilizadores da rede da ré.

21. Considera ainda a recorrente que estão verificados os requisitos exigidos pelo artigo 437º do Código Civil, atuando, por conseguinte, a recorrente no exercício do direito ao modificar o contrato, o que importa a sua absolvição do pedido, violando o acórdão recorrido os artigos 358º/1, 252º/2 e 437º do Código Civil.

22. O autor, por sua vez, interpôs recurso de revista limitado à questão da fixação do montante da indemnização a suportar pela ré pela reparação dos danos causados pelo autor com o seu comportamento ilícito.

23. O recorrente discorda do entendimento de que por não se ter demonstrado que, em resultado da conduta da ré, ele acabou por não suportar nenhum custo com as mensagens escritas, a indemnização não é devida, sugerindo esse entendimento

que, se acaso tivesse suportado o custo do envio de 2000 mensagens por dia, a indemnização seria fixada de acordo com esse custo.

24. Ora uma vez provado que o autor ficou impedido de enviar aquelas mensagens por não ter dinheiro para suportar o custo imposto, não há dúvida de que o autor deixou de beneficiar do valor que o envio das mensagens representa, valor que deve ser fixado por referência ao seu custo, para mais se este for o custo considerado pela própria ré.

25. Argumento este que é similar ao que decorre da reparação do dano da privação do uso dos bens que se há de encontrar por referência ao valor locativo das coisas.

26. A decisão proferida constitui, para o recorrente, um prémio para o inadimplente, pois não existe justificação legal para exigir do lesado, como condição para haver o valor substitutivo do serviço em falta, a comprovação de que suportou o custo equivalente ou sequer a demonstração do uso que pretendia fazer do serviço em falta e das vantagens isso lhe traria. A recomposição da situação danosa reclama que, pela única via então possível, ou seja, pela atribuição de um equivalente pecuniário, o lesado consiga ser reintegrado “a posteriori”.

27. Equilibrado se mostra, segundo o recorrente, a fixação dos valores pedidos à razão de 0,06 euros por mensagem que o autor ficou impedido de enviar, o que representa 120 euros por dia, ou seja, uma quantia total de

77.520 euros no que respeita ao vencido até à data de propositura da ação a que acresce a quantia de 120 euros/dia desde o dia seguinte à apresentação da ação até ao restabelecimento do serviço contratado, mostrando-se, assim, violado o disposto nos artigos 566º/3 e 564º/2 do Código Civil.

28. Factos provados:

1. A ré é uma sociedade anónima que tem por objeto a prestação de serviços de telecomunicações, designadamente de comunicações de voz e dados através de telemóveis.

2. Para aquele objetivo, a ré detém uma rede de distribuição de sinal de telemóvel espalhada pelo país.

3. Em 28 de julho de 2008, o autor deslocou-se a uma loja da ré na Avenida da Liberdade, da cidade de Braga, pretendendo adquirir um cartão para realizar chamadas e enviar mensagens curtas, utilizando a rede de telecomunicações da ré.

4. Ali chegado, e entre outros, a ré, contra o recebimento da quantia de 9,90€ (nove euros e noventa cêntimos), entregava dois cartões de telemóvel com 20.00 (vinte euros) em chamadas, sendo 10,00€ (dez euros) em cada cartão, sendo 5,00€ (cinco euros) de saldo inicial em cada um e outros 5,00€ (cinco euros) após o primeiro carregamento a efetuar até quinze dias após a ativação de cada cartão.

5. [...] Com a possibilidade de escolha do tarifário “BB zero”, através do qual se obrigava a proporcionar aos seus clientes o serviço de telefone móvel.

6. [...] Cobrando a quantia de 0,599€ (cinquenta e nove vírgula nove cêntimos) por minuto por comunicações de voz para utilizadores de outras redes telefónicas.

7. [...] Cobrando a quantia de 0,112€ (onze vírgula dois cêntimos de euro) por cada mensagem escrita para utilizadores de outras redes telefónicas.

8. As comunicações da Voz e SMS para outros utilizadores da rede da ré eram a 0 cêntimos para sempre e sem limites (matéria de facto constante do acórdão da Relação)

9. O cliente tinha acesso a este tarifário de acordo com os carregamentos efetuados.

10. Assim, caso carregasse o seu cartão ou cartões com 5,00€ (cinco euros) podia fazer chamadas e enviar mensagens àqueles preços, durante oito dias; caso carregasse o seu cartão ou cartões com 7,50€ sete euros e cinquenta cêntimos) podia fazer chamadas enviar mensagens àqueles preços, durante doze dias; caso carregasse o seu cartão ou cartões com 10,00€ (dez euros) podia fazer chamadas enviar mensagens àqueles preços, durante dezasseis dias; caso carregasse o seu cartão ou cartões com 15,00€ (quinze euros) podia fazer chamadas enviar mensagens àqueles preços, durante vinte e quatro dias; e, caso carregasse o seu cartão ou cartões com mais de 15,00€ (quinze euros), mas sempre em múltiplos de 5,00€ (cinco euros) podia fazer chamadas por mais oito dias por cada 5,00€ (cinco euros).

11. O autor adquiriu aqueles cartões os quais trouxe consigo no mesmo dia.

12. Nos quinze dias seguintes, o autor ativou um dos cartões que adquiriu.

13. E a ré passou a prestar-lhe o serviço de telecomunicações nos termos anteriormente referidos, começando a cumprir a sua obrigação.

14. Em 25 de agosto de 2009, a ré decidiu deixar de prestar ao autor o serviço em que se comprometeu “para sempre”.

15. Nesse dia, o autor recebeu uma mensagem escrita da ré dando-lhe conta de que tinham alterado o tarifário do seu telemóvel, passando a cobrar-lhe o valor de EUR 0,06 (seis cêntimos) por cada mensagem escrita dirigida a outros utilizadores da rede da ré.

16. O autor nunca deu o seu consentimento para qualquer alteração do tarifário.

16-A. Após constatar o número diário de mensagens enviadas pelo autor para outros utilizadores da ré, esta, em data não concretamente apurada, contactou-o telefonicamente propondo-lhe a alteração do tarifário que permitia o uso de cerca de 1500 mensagens semanais, o que não foi aceite pelo autor. Que, em face de o autor não ter aceitado qualquer esclarecimento da ré e não pretender escolher o tarifário para ser migrado, foi enviada SMS do seguinte teor: “Caro Cliente em seguimento da nossa conversa telefónica o seu plano tarifário

foi alterado para Livre Total Bónus. Obrigada.”(Matéria de facto dada como provada pela Relação em alteração dos pontos 6 a 9 dos factos não provados)

17. O autor vinha enviando um número não concretamente apurado, mas não inferior a 2000, de mensagens escritas por dia para outros utilizadores da rede da ré (Matéria de facto constante do acórdão da Relação).

18. Desde que a ré, unilateralmente e sem o seu consentimento, lhe alterou o tarifário, o autor ficou impedido de enviar aquelas mensagens, pois não tinha dinheiro para suportar o custo imposto.

19. Em consequência do comportamento da ré, o autor deixou de enviar o número de mensagens escritas por dia que até então enviava.

20. Os dois cartões pré-pagos entregues ao autor, aludidos em 10, tinham os números 93...43 e 93...44, respetivamente.

21. A ativação do tarifário BB Zero no cartão com o nº 93...44 ocorreu logo em 28/07/2008, pelas 22:06:24.

22. Em 27/08/2008, pelas 09:50:38, o plano de tarifário BB Zero foi alterado para Livre Base por o autor não ter cumprido a obrigação de efetuar o carregamento dentro do prazo previsto.

23. O autor foi avisado desta alteração através de SMS, enviadas em 07/08/2008, 12/08/2008 e 22/08/2008, com os seguintes conteúdos, respetivamente:

SMS 07/08/2008 – O prazo de carregamento do seu cartão está a terminar. Para continuar a falar e

manter o seu tarifário deverá carregar um mínimo de 7.5 Euro até dia 12/08.

SMS 12/08/2008 – O prazo limite de carregamento do seu cartão termina hoje, dia 12/08. Para poder continuar a falar e manter o seu tarifário deverá carregar um mínimo de 7.5 Euro.

SMS 22/08/2008 – Caro Cliente para poder realizar chamadas e para manter o seu tarifário atual deverá efetuar um carregamento nos próximos 4 dias.

24. Uma vez que esses prazos não foram cumpridos, na data da alteração de plano tarifário (27/08/2008), a ré enviou ao autor novo SMS com o conteúdo “Caro Cliente por ter ultrapassado o prazo de carregamento o seu tarifário foi alterado para 0.32EUR por minuto e a 0.15EUR para todas as redes nacionais”, referindo desta forma as novas tarifas que passavam a ser aplicadas a partir daquele momento.

25. Não tendo o cartão com o nº 93...44 sido carregado pelo autor a partir daquela data.

26. No cartão com o nº 93...43 – em causa nos autos – a ativação do tarifário BB Zero ocorreu em 12/08/2008, pelas 10:22:30.

27. Em 25/08/2009, pelas 17:23:18, o plano de tarifário BB Zero relativo a esse cartão (nº 93...) foi alterado para Livre Total Bónus.

28. O cartão com o nº 93...43 não mais foi carregado pelo autor a partir de 23/08/2009.

29– Em 9-9-2009 a ré tomou conhecimento da reclamação apresentada pelo autor junto do CIAB

– Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo.

Factos não provados:

1. Que as Condições Gerais do tarifário BB Zero se encontravam publicadas no *site* da ré.

2. Que eram as seguintes tais Condições Gerais: “Condições Gerais:

– Faturação em períodos de 10 segundos após 1º minuto.

– Valores com IVA incluído.

– Comunicações entre BB sujeitas a Política de Utilização Responsável.

– A adesão a este tarifário implica a desativação do extra sms BB.

– As chamadas efetuadas deste tarifário para os tarifários com bónus pelas chamadas recebidas, não geram bónus.”

3. Que uma dessas condições era que as comunicações entre BB estavam sujeitas a uma Política de Utilização Responsável, de forma a garantir a prestação de um serviço de qualidade a todos os seus clientes, definindo um volume máximo de utilização com base no perfil do Cliente.

4. Que era a seguinte a POLÍTICA DE UTILIZAÇÃO RESPONSÁVEL BB ZERO divulgada no *site* da Ré: “De forma a garantir a prestação de um serviço de qualidade a todos os seus Clientes, a BB reserva-se o direito de definir uma Política de Utilização Responsável aplicável às comunicações entre BB realizadas por Clientes com este tarifário. O valor máximo de utilização responsável será definido com base CC perfis de utilização dos Clientes Particulares

com o tarifário em causa e será revisto periodicamente em função da evolução desses perfis. No âmbito desta política, a BB notificará, mediante o envio de um SMS, os Clientes que excederem o nível de utilização razoável do serviço, reservando-se o direito, após esse aviso, de cobrar as comunicações efetuadas para além do nível de utilização razoável.”

5. Que a alteração do tarifário a que se alude em III-A27 deveu-se ao facto de o autor não ter cumprido a Política de Utilização Responsável associada a este plano de tarifário e que, como tal, o autor aceitara cumprir.

6 a 9. Após constatar o número diário de mensagens enviadas pelo autor para outros utilizadores da ré, esta, em data não concretamente apurada, contactou-o telefonicamente propondo-lhe a alteração do tarifário que permitia o uso de cerca de 1500 mensagens semanais, o que não foi aceite pelo autor. Que, em face de o autor não ter aceitado qualquer esclarecimento da ré e não pretender escolher o tarifário para ser migrado, foi enviada SMS do seguinte teor: “Caro Cliente em seguimento da nossa conversa telefónica o seu plano tarifário foi alterado para Livre Total Bónus. Obrigada.”(Matéria de facto alterada pela Relação).

10. Que, em face de o autor não ter aceitado qualquer esclarecimento da ré e não pretender escolher o tarifário para ser migrado, foi enviada SMS do seguinte teor: “Caro Cliente em seguimento da nossa conversa telefónica

o seu plano tarifário foi alterado para Livre Total Bónus. Obrigada.”

11. Eliminado (Matéria de facto alterada pela Relação)

12. Que no dia 07/10/2009 o autor foi contactado pela ré, CC seguintes termos: “Contactei Cliente facultei indicação relativamente à PUR e à utilização residencial e que faremos alteração para BB Zero com um valor máximo definido para utilização do serviço que serão 1500 mensagens semanais. Cliente indicou que este não é plano que adquiri. Indiquei que a política de utilização responsável está associada a esta plano de tarifário, Este indicou que já havia ligado para a ANACOM e que este indicaram que o plano de tarifário não podia ter sido alterado pelo que referiu o processo já estar em andamento e que fizessemos como entendêssemos. Indiquei que iremos efetuar a alteração e que será enviada SMS caso seja ultrapassado o que consideremos ser uma utilização razoável do serviço.”

13. Que a ré acedeu a alterar o plano de tarifário novamente para BB Zero, dando indicação ao autor de que as SMS gratuitas ficavam sujeitas a uma política de utilização responsável de 1500 SMS por semana e que ultrapassado o limite, as mesmas eram cobradas a 0,115/SMS€ (valor das SMS para outras rede que não a da ré).

14. Que a ré indicou ainda ao autor de que tarifário era residencial e para uma utilização pessoal do serviço, pelo que não pressupunha o envio de 3000 mensagens diárias.

15. Que a alteração do tarifário a que se alude em III-A27 foi efetuada na condição acima descrita.

16. Que, em 2009/10/28, pelas 01:59:21, o tarifário foi alterado para Livre Base, o que se deveu ao incumprimento por parte do autor em efetuar os carregamentos a que o plano de tarifário BB Zero obrigava.

17. Que o autor foi avisado desta alteração através de SMS enviada em 28/10/2009, consoante o seguinte quadro, do qual constam todas as SMS e seus conteúdos enviadas para o nº 93...43 a propósito do cumprimento dos carregamentos.

Apreciando

A) Recurso interposto pela ré

29. A ré pretende que se considere ampliada a matéria de facto, por via de confissão judicial, relativamente às questões de facto referidas em **18 a), b) e c) supra**.

30. O Tribunal da Relação não aditou esta matéria – a das alíneas a) e b), únicas a que a recorrente se referia na apelação – por considerá-la irrelevante. No entanto a ré invocava para justificar o aditamento a confissão de tais factos. Com efeito, tais factos tinham sido mencionados pelo autor (fls. 112) na sequência de convite para esclarecimento feito pelo Tribunal. Ora, assim sendo, devem considerar-se adquiridos por via de confissão judicial que “pode ser feita em depoimento de parte ou em prestação de informações ou esclarecimentos ao tribunal” (artigo 356º/2 do Código Civil). Não vale o

que se acabou de expor para o facto mencionado na alínea c) visto que não consta de nenhum esclarecimento prestado pelo autor. Procede, nesta medida, o recurso.

31. Sustenta a ré que estes factos seriam determinantes para a celebração do contrato e, não tendo sido tomados em consideração pela ré ao celebrar o contrato com o autor, o autor não podia deixar de os aceitar “como um condicionamento do negócio sob pena de violação do princípio da boa fé”. Estamos, assim, face a um caso de erro sobre a base do negócio (artigo 252º/2 do Código Civil) a impor a modificação do negócio segundo juízos de equidade (artigo 437º do Código Civil).

32. Os requisitos previstos no artigo 437º do Código Civil justificam-se, a seu ver, considerando que:

a) o cartão do autor associado ao tarifário BB Zero não era para ser colocado em máquinas/computadores para o envio automático de mensagens (spam) congestionando a segurança da rede e os sistemas do operador;

b) o serviço não estava a ser utilizado para fins pessoais do autor mas essencialmente para fins comerciais, originando uma situação de abuso ou utilização indevida do serviço contratado;

c) a utilização do serviço por parte do autor acarretou uma excessiva onerosidade económica da prestação devida pela ré que não estava coberta pelos riscos próprios do contrato.

33. Resulta do artigo 573º/1 do C.P.C./2013 que «toda a defesa deve ser

deduzida na contestação», norma que traduz o princípio da concentração dos meios de defesa. Dele flui que «o lugar e o momento para o réu apresentar a sua defesa é a contestação [...]. O corolário do princípio da concentração da defesa é o princípio da preclusão” (ver Ac. do S.T.J. de 23-2-2012, rel. João Trindade, revista nº 2336/06). No mesmo sentido, Ac. do S.T.J. de 29-1-2014, rel. Fernando Bento, rev. nº 5509/10, C.J.,1, pág. 81)

34. A ré na contestação considerou que em 25-8-2008 alterou o plano tarifário contratado por ter constatado que o autor se encontrava a enviar 3000 SMS/dia “o que se deveu ao facto de o autor não ter cumprido a Política de Utilização Responsável” associada a este plano de tarifário. Está, no entanto, no caso aqui em apreço afastada a questão da aplicabilidade ao contrato das regras constantes dessa Política que integrava cláusulas contratuais gerais que não vinculavam o autor – vejam-se os factos 14, 15, 16, 27 e 28 – considerando que tais cláusulas não constavam do *pack* que adquiriu e considerando ainda que não constavam do *site* da ré quando o autor aderiu à proposta contratual: ver 4 a 10 e 1 dos factos não provados.

35. Não suscitou a ré na contestação nenhuma questão atinente ao uso abusivo do cartão considerando que o elevadíssimo número de mensagens enviadas não podia obviamente ser efetuada manualmente e/ou considerando ainda que a utilização ilimitada pressupunha que as mensagens não fossem enviadas por via mecânica

ou informática; tão pouco alegou que tal utilização afetava a integridade da rede, como agora em alegações de revista menciona (ver 32 *supra*).

36. Resulta do exposto que a ré, independentemente dos esclarecimentos que foram ulteriormente prestados pelo autor quanto ao modo como as mensagens eram enviadas, dispunha desde logo dos elementos de facto suficientes – o número de mensagens enviadas diariamente excluía a possibilidade de envio manual pelo utilizador – de uma base de facto que viabilizava a alegação de factos e o pedido de modificação do contrato com base em erro sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio.

37. Refira-se ainda que o envio de sms em tão grande quantidade não suscitou qualquer dificuldade para a segurança da rede ou para o risco de congestionamento, pois, se assim fosse, a ré não reclamaria alteração do tarifário, mas a impossibilidade de cumprimento da prestação a que se vinculava, a saber: “as comunicações da Voz e SMS para outros utilizadores da rede da ré eram a 0 cêntimos para sempre e sem limites” (8 *supra* da matéria de facto).

38. É também evidente que a ré não incorreu em erro sobre as circunstâncias de facto que constituem a base do negócio, pois a ré bem sabia, quando publicou no *site* as condições de Política de Utilização Responsável, ser, para si, inconveniente, no que respeita aos custos a suportar, um serviço gratuito de utilização da rede em que

houvesse uma utilização excessiva do utilizador.

39. As circunstâncias de facto, que a ré agora invoca, não relevavam para a formação da vontade de contratar desde que ao contrato fosse aplicável a possibilidade de alteração se não houvesse uma utilização razoável do serviço nos termos que seriam determinados em função dos critérios fixados pela própria ré. Daqui resulta que não era afinal um erro de facto o erro que aqui se poderia considerar, mas o erro de direito, ou seja, a convicção – errada – por parte da ré de que o contrato estava sujeito às cláusulas contratuais gerais em que se estipulava esse condicionamento de Utilização Responsável.

40. Quando se trata da figura do erro sobre os motivos considera-se que deve existir “uma representação comum de ambas as partes da existência de certa circunstância, sobre a qual ambas edificaram, de um modo essencial, a sua vontade negocial” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Mota Pinto, pág. 516).

41. No caso uma tal representação não existiu nem se provou que pudesse existir considerando desde logo que nem sequer se provou que as referidas condições gerais de tarifário que incluíam a mencionada Política de Utilização Responsável constassem do *site* quando o contrato foi celebrado.

42. A existência de um erro bilateral – erro bilateral existiria se ambas as partes estivessem convencidas de que as regras sobre o Regime da

Política de Utilização Responsável se aplicavam ao contrato – levaria, quando afinal se reconhecesse que esse Regime era afinal inaplicável ao contrato em causa, à necessidade de se ponderar se o contrato devia afinal ser alterado à luz do disposto no artigo 437º do Código Civil, considerando-se que “a exigência das obrigações por ela assumidas afeta gravemente os princípios da boa fé” não estando «coberta pelos riscos próprios do contrato».

43. Tem-se por certo que o autor aproveitou a possibilidade de utilização gratuita de sms para proceder ao seu envio numa quantidade cujo pagamento não poderia suportar, mas é difícil conceptualizar aqui um uso “gravemente” violador dos princípios da boa fé, como exige o artigo 437º do Código Civil, quando se provou que o autor afinal não se aproveitou dessa possibilidade contratual sem nenhum propósito útil, pois, tal como o próprio referiu e a ré aceitou, fê-lo para “visar a divulgação de serviços de informática que tinha em mente poder realizar».

44. O autor pretendeu – isso resulta do que se provou – atingir um vasto número de destinatários, publicitando serviços de informática que tinha em vista realizar. Não se vê que haja aqui uma grave violação dos princípios da boa fé considerando que a ré lhe proporcionou um acesso ilimitado e gratuito. Aliás, a ré, como se disse, insurge-se essencialmente pelo facto de o autor fazer do serviço uma utilização comercial. Reconhece-se que assim sucedeu, mas isso não

significa que houve uma utilização gravemente abusiva, pois não resultou da obrigação assumida pela ré que uma ampla utilização estivesse vedada e não se vê que ao autor se pudesse representar que a ré, quando fez essa oferta contratual, tivesse em vista apenas mensagens enviadas manualmente e para utilização pessoal. Na verdade, ou uma tal limitação era assumida contratualmente ou não era e, não existindo essa limitação, a contraparte podia utilizar a rede da autora ilimitadamente conquanto para fins lícitos.

45. No que respeita, aos “riscos próprios do contrato” também já se mencionou que o envio de sms em número elevado não afetaria a rede da ré – a rede suportava seguramente esse número, o que a ré não queria era suportar gratuitamente os custos do envio de sms a partir de um número que se lhe afigurasse excessivo – não se verificando, assim, a parte final da previsão constante do artigo 437º do Código Civil.

46. Saliente-se ainda que a argumentação da ré, no tocante à boa fé, pode ser perspectivada contra si própria e, parece-nos, com algum fundamento: se a ré publicitou uma proposta contratual inserida num *pack* destinado a ser adquirido e em que se chamava a atenção para uma oferta manifestamente tentadora como a que foi feita, pretender considerar que era “limitado” aquilo que se oferecia como “ilimitado” pode ser visto como um caso de *venire contra factum proprium*

(artigo 334º do Código Civil). Seria sempre de ponderar, ainda que a ré nesse *pack* tivesse remetido os compradores para um existente *site* do qual constassem cláusulas limitativas, se não estaríamos aqui diante de uma publicidade enganosa, pois o declaratório normal assumiria que a utilização dos serviços da ré seria, na sua rede, sempre ilimitada e sem quaisquer condicionamentos. Do ponto de vista de facto recorde-se uma vez mais que as instâncias não deram como provado que tais condições gerais, quando da venda do *pack*, estivessem publicitadas no *site* da ré.

47. Assim, ainda que se assumisse que o erro sobre a base do negócio a que alude o artigo 251.2º/2 do Código Civil (base objetiva) não carece de ser bilateral (ver *Teoria Geral do Direito Civil* por Pedro Pais de Vasconcelos, pág. 568) – entendimento este que não se seguiu, pois, como refere Antunes Varela “um erro bilateral explica que a lei prescindia do *acordo* sobre a essencialidade do motivo a que se refere o nº1 do artigo 252º” (ver *Código Civil Anotado*, vol I, 4ª edição, pág. 236; ver Ac. do S.T.J. de 8-5-2013, rel. Oliveira Vasconcelos, rev. 3166/07, Ac. do S.T.J. de 18-12-2012, rel. Gabriel Catarino, rev. nº 10339/06, Ac. do S.T.J. de 18-6-2013, rel. Moreira Alves, rev. nº 291/09, – não se pode concluir, não comprovada a publicitação simultânea das condições gerais que foram inseridas no *site* que, quando a ré lançou no mercado os referidos *packs*, tinha em vista proporcionar um

acesso ilimitado mas condicionado à sua alteração para um acesso limitado CC termos que *discricionariamente* à ré se lhe afigurassem preferíveis.

48. Do ponto de vista processual, e retomando o exposto, o esclarecimento prestado pelo autor referenciando esses novos factos poderia viabilizar – mas veja-se o referido em 36. – que a ré apresentasse articulado superveniente, deduzindo a exceção perentória do erro sobre as bases do negócio contemplada no artigo 252º/2 do Código Civil (artigos 573º/2 e 588º/1 do C.P.C./2013). Não o tendo feito, o aproveitamento dos aludidos factos novos não significa que, a seu coberto, o Tribunal possa conhecer de exceção que não foi oportunamente suscitada e que não é do conhecimento oficioso

49. Por isso, e desde logo por razões processuais, o recurso da ré não poderia proceder com fundamento nas previsões constantes dos artigos 251º/2 e 437º do Código Civil, não relevando as razões que, no plano substantivo, foram mencionadas no voto de vencido que acompanhou em parte a argumentação da própria ré na sua minuta de recurso para a Relação e que justificou a admissibilidade da revista para o Supremo Tribunal de Justiça.

50. Dito isto, parece que se imporia negar a revista interposta pela ré.

51. Afigura-se-nos, porém, que os factos provados e a invocação pela ré de um uso abusivo justifica que se pondere se a utilização de um serviço gratuito e ilimitado de um modo que ninguém nega que seja excessivo – e

excessivo sempre seria de considerar a utilização que foi dada pelo réu ainda que paga: veja-se o custo (77. 250€) que o réu teria de pagar se tivesse de pagar os sms enviados – permite considerar que, nestas circunstâncias, o envio de 2000 mensagens sms por dia excede manifestamente os limites impostos pela boa fé no exercício do direito (artigo 334º do Código Civil).

52. A referência que a ré fez à Política de Utilização Responsável não significa coisa diversa do que a lei prescreve no artigo 762º/2 do Código Civil, ou seja, que “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé». Boa fé significa aqui uma utilização do serviço gratuito e ilimitado em termos amplos mas razoáveis.

53. A utilização ilimitada e gratuita significa, assim perspectivadas as coisas, que a empresa proporciona um acesso tão amplo ao serviço que qualquer consumidor e contratante de boa fé sabe que pode fazer uso do serviço sem custos adicionais, não se justificando, assim sendo, considerar que a empresa incorre, ela própria, em abuso do direito quando passa a cobrar o serviço a partir de um amplo número de chamadas. O que não é aceitável é que a empresa se reserve a fixação de perfis de clientes, ou seja, que se reserve um exercício discricionário do que é ou não excessivo sem estabelecer um número mínimo significativo de chamadas e envio de sms. A discricionariedade representa, assim sendo, uma atuação

abusiva, tanto mais censurável quando provém de uma empresa que contrata com consumidores que são, assim sendo, postos perante entendimentos de empresas ou grupos dotados de uma muitíssimo superior capacidade económica apenas sindicáveis com os custos inerentes ao recurso à via judicial a que muitos, para não dizer a grande maioria, acabam por não aceder, preferindo suportar a discricionariedade dos critérios da empresa em vez de os combater.

54. Resulta do exposto que o reconhecimento de que houve manifesto abuso no exercício do direito por parte do autor não significa que a conduta da ré, passando a exigir-lhe o serviço sem proporcionar um acesso francamente aberto à rede – acesso que permitiria o envio de sms para as finalidades visadas pelo autor – esteja justificada, ou seja, a ré incorreu sempre, atuando como atuou, em incumprimento contratual.

55. Dos factos provados resulta que o cartão finalizado com os números 43 foi sujeito em 25-8-2008 a uma alteração para Livre Total Bónus (27) sem que se provasse que a ré tivesse fixado um número de sms gratuito que a todas as luzes se considerasse passível de justificar uma publicidade e uma proposta contratual de acesso gratuito e ilimitado.

56. Trata-se, pois, aqui e agora de fixar o número de mensagens a enviar por sms gratuitos em termos tão amplos que permita simultaneamente considerar que a sua utilização não

é manifestamente excessiva e que a exigência de pagamento por parte da ré, no caso de um exercício excedente, não traduz, ela própria, um comportamento abusivo.

57. É este um caso em que se impõe a observância do princípio do contraditório (artigo 3º do C.P.C./2013) e em que se exige a cooperação das partes (artigo 7º do C.P.C./2013). Na falta de acordo, o Supremo Tribunal fixará um número que ficará obviamente aquém dos 60.000 sms que o autor enviava (ou pretendia enviar) mensalmente, mas que será francamente superior aos 6.000 sms mensais que resultariam da proposta da ré a que se alude em 16-A dos factos provados.

58. Concede-se, assim, e em parte, a revista da ré condenando-se a ré a prestar ao autor, gratuitamente, o serviço de envio de mensagens e chamadas para outros utilizadores da sua rede de telefones móveis, relativamente ao cartão com o número 93...43 em número a indicar depois de, para este exclusivo efeito, serem ouvidas as partes, confirmando-se, quanto ao demais, o acórdão da Relação no tocante ao que foi decidido relativamente à ré.

B) Recurso interposto pelo autor

59. O autor delimitou o objeto do recurso à questão da fixação do montante indemnizatório a suportar pela ré para reparação dos danos causados com o seu comportamento ilícito.

60. O autor celebrou com a ré contrato de prestação de serviços (artigos 405º e 1154º do Código

Civil) por via do qual a ré se obrigou, mediante pagamento de carregamentos a efetuar regularmente pelo autor, a proporcionar-lhe serviço de telemóvel para todas as redes existentes. Mas com uma diferença importante: ao passo que para as demais redes o réu pagaria determinada quantia por mensagem escrita, tratando-se da rede da ré o custo seria gratuito e o acesso ilimitado.

61. O presente litígio resulta do facto de a ré ter deixado de prestar ao autor o aludido serviço gratuito.

62. A ré considerou que estava autorizada contratualmente a alterar o contrato celebrado por ter o autor violado a política de utilização responsável BB zero constante do respetivo *site*.

63. No entanto, nem sequer se provou que tais condições contratuais gerais se encontrassem publicadas no *site* da ré (ver facto 1 dos factos não provados: “1. que as Condições Gerais do tarifário BB Zero se encontravam publicadas no *site* da ré”).

64. O autor, em termos contratuais, apenas dispunha dos elementos que constavam da embalagem que lhe foi fornecida com os cartões onde constava o que se refere em 8 dos factos provados: “as comunicações da Voz e SMS para outros utilizadores da rede da ré eram a 0 cêntimos para sempre e sem limites”.

65. Houve, por conseguinte, incumprimento contratual da ré a partir do momento em que deixou infundadamente de prestar ao autor o aludido serviço gratuito, emergindo

desse incumprimento culposo a obrigação de indemnização (artigos 798º e 799º do Código Civil).

66. O Tribunal da Relação condenou a ré no pagamento de indemnização por danos não patrimoniais no montante de 2000 euros, decisão que não está aqui em discussão face ao disposto no artigo 635º/5 do C.P.C./2013.

67. No entanto, no tocante a danos patrimoniais, a Relação considerou que a quantificação do autor – o autor reclamou a quantia de 77.520 euros correspondentes ao custo de cada SMS que a ré lhe pretendia cobrar com a alteração do contrato multiplicado por 2000 mensagens diárias, considerando-se o período de 647 dias que decorre desde 25-8-2009 (ver 14 dos factos provados) até 3-6-2011 (data em que a presente ação foi proposta) – se mostra “totalmente descabida e infundada já que não resulta demonstrado, até porque nem sequer foi alegado, que o autor a partir da data em que viu alterado pela ré o tarifário prosseguiu com o envio diário das 2000 mensagens escritas, como até ali vinha fazendo, suportando os respetivos custos à razão de 0,06€ por cada uma delas.

Ao invés, resultou comprovado que desde que a ré procedeu à alteração do tarifário cobrando por cada mensagem escrita enviada a importância de 0,06€, o autor deixou de enviar mensagens, tal com o fazia até então – factos 18º e 19º provados.

Assim, à míngua de elementos que permitam imputar à atuação ilícita

da ré quaisquer prejuízos patrimoniais sofridos pelo autor, resta a reparação dos danos não patrimoniais que dela resultaram para o demandante e que, pelo seu relevo, não podem deixar de merecer a tutela do direito”

68. De facto, no que respeita a danos patrimoniais, importa considerar os prejuízos causados; ora nenhum prejuízo sofreu o autor, o que já não sucederia se o autor tivesse suportado o custo de SMS com base no aludido valor – assim como os “benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão” (artigo 564º/1 do Código Civil).

69. Não se provou nem tão pouco se alegou que o lesado tivesse deixado de obter benefícios em consequência da privação do acesso gratuito ao serviço de SMS.

70. O autor, porém, sustenta que o seu prejuízo se reconduz à própria privação do serviço, sendo esta indemnizável tal com se vem sustentando a propósito da privação de uso da coisa danificada.

71. É evidente que o autor pretende ser indemnizado, não pela privação do uso da coisa – o que sucederia se o equipamento se danificasse por ato da responsabilidade da ré e esta não lhe proporcionasse outro em substituição – mas pelo incumprimento da obrigação contratual a que a ré se obrigara.

72. Ora o autor está a fazer corresponder a indemnização pelo incumprimento do contrato ao suposto valor do direito ao cumprimento do contrato, realidades diferentes,

diferença evidenciada pela possibilidade de o credor exigir simultaneamente o cumprimento do contrato e a indemnização pelos danos que lhe advieram do incumprimento.

73. Podia o autor ter pedido o cumprimento do contrato logo que lhe foi comunicada pela ré a alteração unilateral do contrato; não o fez, reclamando apenas o restabelecimento do contrato a partir do dia seguinte à apresentação da presente ação com sujeição da ré à sanção pecuniária compulsória de 120 euros/dia que as instâncias não concederam.

74. Como se disse, o valor passível de ser atribuído ao direito ao cumprimento do contrato consubstanciado na prestação da ré, ou seja, o valor que a ré proporcionou ao autor prestando-lhe um serviço gratuito cujo custo a ré suporta, não coincide nem com o custo que a ré fatura aos clientes que não beneficiem desse serviço gratuito nem com os prejuízos que a sua supressão pode causar aos contratantes.

75. O pedido de cumprimento do contrato não é compatível com a indemnização por reconstituição natural “precisamente porque essa reconstituição natural corresponde ao próprio cumprimento coercivo” (Direito ao Cumprimento Contratual: Que Conteúdos? por Assunção Cristas, *Themis*, Edição Especial, 2008, pág. 292).

76. A indemnização em dinheiro ou por equivalente atribuível em vez da restauração, reconstituição ou reposição natural não corresponde ao valor do serviço prestado ou da coisa

deteriorada, mas à perda patrimonial que a cessação do serviço causou ou ao “valor em que a coisa deteriorada diminuiu em consequência do facto danoso” (“Obrigação de Indemnização”, Vaz Serra, B.M.J., nº 84, março de 1959, pág. 127).

77. Por isso, a indemnização a atribuir em dinheiro ou por equivalente à reconstituição natural – que aqui não foi pedida porque foi pedido foi o direito ao cumprimento – carece sempre da alegação dos prejuízos que o incumprimento determinou.

78. Não olvidemos que a ocorrência de um ato ilícito culposo não implica necessariamente a existência de prejuízos (artigo 483º do Código Civil). Da violação de um direito podem não resultar danos.

79. Não olvidemos também que “a falta da mesma prestação, seja esta ou não dotada de valor pecuniário, pode dar lugar a prejuízos ou não os causar segundo as circunstâncias, e pode dar origem a prejuízos de várias espécies e de montante diferente, os quais são possíveis em maior ou menor número em cada caso concreto, sem que nenhuma dessas variações corresponda a mudanças no valor da prestação, quando ela o possui.

Tudo isto é demonstração mais do que suficiente de que a prestação é suscetível de ser objeto do contrato, ainda quando não tem valor pecuniário, e de que, se na realidade o tem, esse valor não equivale de forma nenhuma ao montante dos danos, os quais constituem o único objeto

da reparação” (*O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol I, Manuel Gomes da Silva, pág. 220).

80. O autor, se a sua pretensão indemnizatória fosse aceite, iria afinal receber da ré aquilo que esta nunca poderia receber do autor pois o cumprimento do contrato impunha à ré a prestação de um serviço gratuito. Os prejuízos do autor reconduzem-se aos gastos por ele suportados pelo facto de a ré ter deixado de lhe prestar esse serviço ou aos benefícios que pela mesma razão deixou de auferir, matéria que não foi alegada. Os prejuízos do autor não se reconduzem ao custo do serviço que a ré suportou e que esta se obrigou a proporcionar gratuitamente.

81. Sustenta o recorrente que a Relação não fixou nenhuma indemnização para compensar os danos que continuam a verificar-se até que se restabeleça o serviço contratado, desrespeitando-se o disposto no artigo 564º do Código Civil. Ora, não provados danos patrimoniais e fixados danos não patrimoniais, a Relação não tinha, sob pena de contradição, que fixar, a esse título, qualquer quantitativo indemnizatório.

82. Nega-se, portanto, a revista do autor.

Concluindo:

I – O Supremo Tribunal, atento o princípio da concentração dos meios de defesa que consta do artigo 573º/1 do C.P.C./2013, não pode considerar suscitada a exceção perentória do erro sobre as circunstâncias que constituem

a base do negócio (artigo 252º/2 do Código Civil) se ela não foi invocada na contestação nem tão pouco o foi por via de articulado superveniente considerando factualidade que se revelou na sequência de convite dirigido pelo juiz ao autor.

II – Ainda que se admita que o erro a que alude o artigo 252º/2 do Código Civil pode ser unilateral, no caso vertente não se justificaria a alteração do contrato nos termos do artigo 437º/1 do Código Civil, pois não se provou que, nas indicadas condições, a utilização do serviço de sms constituísse grave violação dos princípios da boa fé e o facto de a ré pretender auferir pelos sms excessivos o pagamento de determinada quantia revela que os riscos do contrato se reconduziam exclusivamente à perda dessas quantias que foram contratualmente assumidas pela própria ré, ou seja, a exigência da prestação de serviço ilimitado estava coberta pelos riscos do próprio contrato.

III – Considerando que a ré se obrigou a proporcionar ao autor “acesso gratuito” e “sem limites” para a sua rede, a ré incorre em incumprimento se deixa de prestar esse serviço alegando excesso de utilização do serviço gratuito.

IV – Não estando o autor vinculado por cláusulas contratuais gerais que não constavam do contrato celebrado quando adquiriu a embalagem com o material que lhe dava acesso ao aludido serviço e que nem constavam ao tempo do *site* da ré, o autor, ainda que haja enviado mensagens em número

muito superior ao que é normalmente enviado pelos utilizadores do serviço, não incorre em grave abuso do direito, designadamente quando se reconhece que fez essa utilização tendo em vista a divulgação de serviços de informática que tinha em mente realizar.

V – Tal utilização, ainda que de natureza comercial e executada por via não manual, não estava contratualmente excluída, estando, por conseguinte, abrangida pela obrigação contratualmente assumida pela ré de proporcionar acesso ilimitado e não tinha em vista nenhuma finalidade ilícita, nem se vê que fosse exercida com objetivo de puro desperdício.

VI – Não incorrendo o autor num grave abuso do direito, excede todavia manifestamente os limites impostos pela boa fé no exercício do direito que é reclamada no artigo 762º do Código Civil, incorrendo em abuso do direito (artigo 334º do Código Civil) se, aproveitando a possibilidade de acesso gratuito e ilimitado, envia mensagens sms em número mínimo de 2000/dia, ou seja, de 60.000/mês, quantidade esta que ultrapassa a razoabilidade e proporcionalidade de utilização que estão necessariamente implícitas na atribuição do acesso gratuito e ilimitado.

VII – O reconhecimento desse exercício abusivo não exclui o incumprimento da ré que decidiu alterar unilateralmente o contrato, passando a cobrar um determinado valor por chamada em sms sem fixar um mínimo francamente amplo ao

qual o autor pudesse continuar a aceder gratuitamente, não atuando a ré também de boa fé quando se propõe fixar discricionariamente em função de referenciados perfis de clientes o número de chamadas que cada cliente pode efetuar gratuitamente sem disso informar o cliente previamente.

VIII – Não tem o réu direito a indemnização por prejuízos resultantes do incumprimento pois não provou que nenhum prejuízo adviesse do incumprimento, não derivando do incumprimento o custo do serviço que a ré suportou e que se obrigou a proporcionar gratuitamente e que, a partir de determinado momento, quis receber do autor.

Decisão: concede-se em parte a revista da ré condenando-se a ré a prestar ao autor, gratuitamente, o serviço de envio de mensagens e chamadas para outros utilizadores da sua rede de telefones móveis, relativamente ao cartão com o número 93...43 em número que indicaremos depois de, para este exclusivo efeito, serem ouvidas as partes, confirmando-se, quanto ao demais, o acórdão da Relação no tocante ao que foi decidido relativamente à ré; nega-se a revista do autor.

Custas na proporção de 2/3 a suportar pelo autor e de 1/3 a suportar pela ré.

Lisboa, 10-9-2015
Salazar Casanova (Relator)
Lopes do Rego
Orlando Afonso

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

3 de setembro de 2015 (*)

“Reenvio prejudicial – Diretiva 93/13/CEE – Artigo 2º, alínea b) – Conceito de ‘consumidor’ – Contrato de crédito celebrado por uma pessoa singular que exerce a profissão de advogado – Reembolso do crédito garantido por um imóvel que pertence ao escritório de advogados do mutuário – Mutuário que dispõe dos conhecimentos necessários para apreciar o caráter abusivo de uma cláusula antes da assinatura do contrato”

No processo C110/14, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Judecătoria Oradea (Roménia), por decisão de 25 de fevereiro de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 7 de março de 2014, no processo

Horatiu Ovidiu Costea

contra

SC Volksbank România SA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente de secção, K. Jürimäe, J. Malenovský, M. Safjan (relator) e A. Prechal, juízes,

advogadogeral: P. Cruz Villalón,

secretário: L. Carrasco Marco, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 28 de janeiro de 2015,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de H. O.

Costea, por ele próprio,

– em representação do SC

Volksbank România SA, por F. Marinău, avocat,

– em representação do Governo

romeno, por R.H. Radu, R. I. Hațieganu e A. Buzoianu, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo

italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por M. Santoro, avvocato dello Stato,

– em representação do Governo

neerlandês, por M. Bulterman e M. Noort, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão

Europeia, por L. Nicolae e M. van Beek, na qualidade de agentes, ouvidas

as conclusões do advogadogeral na audiência de 23 de abril de 2015, profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 2º, alínea b), da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe H. O. Costea ao SC Volksbank România SA (a seguir “Volksbank”) a propósito de um pedido de declaração do caráter abusivo de uma cláusula de um contrato de empréstimo.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O quinto, nono e décimo considerando da Diretiva nº 93/13 preveem:

“considerando que, regra geral, os consumidores de um EstadoMembro desconhecem as regras por que se regem, nos outros EstadosMembros, os contratos relativos à venda de bens ou à oferta de serviços; que esse desconhecimento pode dissuadir de efetuarem transações diretas de compra de bens ou de fornecimento de serviços noutro EstadoMembro;

[...]

considerando que [...] os adquirentes de bens ou de serviços devem ser protegidos contra abusos de poder dos vendedor[e]s ou dos presta[dores], nomeadamente contra os contratos de adesão e contra a exclusão abusiva de direitos essenciais nos contratos;

considerando que se pode obter uma proteção mais eficaz dos consumidores através da adoção de regras uniformes em matéria de cláusulas abusivas; que essas regras devem ser aplicáveis a todos os contratos celebrados entre um profissional e um consumidor [...]”.

4 Nos termos do artigo 1º, nº 1, desta diretiva:

“A presente diretiva tem por objetivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores.”

5 O artigo 2º da referida diretiva tem a seguinte redação:

“Para efeitos da presente diretiva, entendese por:

[...]

b) ‘consumidor’: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional;

c) ‘profissional’: qualquer pessoa singular ou coletiva que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, seja ativa no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada.”

6 O artigo 6º, nº 1, da mesma diretiva dispõe:

“Os EstadosMembros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.”

Direito romeno

7 O artigo 2º da Lei nº 193/2000, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre comerciantes e consumidores, na sua versão em vigor na data da assinatura do contrato de crédito em causa no processo principal, prevê, nos seus nºs 1 e 2:

“1. Entendese por ‘consumidor’ qualquer pessoa singular ou grupo de pessoas singulares constituído em associação que, com base num

contrato abrangido pelo âmbito de aplicação da presente lei, atue com fins alheios às suas atividades comerciais, industriais ou de produção, artesanais ou liberais.

2. Entendese por ‘comerciante’ qualquer pessoa singular ou coletiva autorizada que, por força de um contrato abrangido pelo âmbito de aplicação da presente lei, atue no contexto das atividades comerciais, industriais ou de produção, artesanais ou liberais, bem como qualquer pessoa que atue no mesmo quadro em nome ou por conta dessa primeira pessoa.”

Litígio no processo principal e questão prejudicial

8 H. O. Costea exerce a profissão de advogado e, a este título, são lhe confiados processos no domínio do direito comercial. Celebrou, em 4 de abril de 2008, um contrato de crédito com o Volksbank. O reembolso deste empréstimo foi garantido por uma hipoteca constituída sobre um imóvel que pertence ao gabinete de advogados de H. O. Costea, denominado “Ovidiu Costea”. Este contrato de crédito foi assinado por H. O. Costea, por um lado, enquanto mutuário e, por outro, enquanto representante do seu escritório de advogados, em razão da qualidade de garante hipotecário deste último. No mesmo dia, esta hipoteca foi constituída por convenção notarial distinta, entre o Volksbank e este escritório de advogados que estava representado, nesse ato, por H. O. Costea.

9 Em 24 de maio de 2013, H. O. Costea apresentou no Judecătoria Oradea (Tribunal de Primeira Instância de Oradea) um pedido destinado a obter, por um lado, a declaração do caráter abusivo de uma cláusula contratual relativa a uma comissão de risco e, por outro, a anulação dessa cláusula e o reembolso dessa comissão recebida pelo Volksbank.

10 Nestas condições, o Judecătoria Oradea suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

“Deve o artigo 2º, alínea b), da Diretiva 93/13[...] ser interpretado, no que respeita à definição do conceito de ‘consumidor’, no sentido de que inclui, ou, pelo contrário, de que exclui dessa definição uma pessoa singular que exerce a profissão de advogado e celebra um contrato de crédito com um banco, sem que se especifique o destino desse crédito, se, no quadro do referido contrato, é especificada a qualidade de garante [hipotecário] do escritório de advogados dessa pessoa singular?”

Quanto à questão prejudicial

Observações preliminares

11 O órgão jurisdicional de reenvio declara, na sua decisão de reenvio, que o contrato de crédito em causa no processo principal não menciona os fins para os quais o crédito foi concedido.

12 Em contrapartida, o Governo romeno e a Comissão Europeia salientam que este contrato precisa, na sua secção relativa ao objeto do

contrato, que o crédito é concedido para a “cobertura das despesas pessoais correntes” de H. O. Costea.

13 Ora, importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, no âmbito do procedimento previsto no artigo 267º TFUE, baseado numa nítida separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, este apenas está habilitado a pronunciarse sobre a interpretação ou a validade de um diploma de direito da União, a partir dos factos que lhe são indicados pelo órgão jurisdicional nacional. No que respeita, em especial, às pretensas lacunas e erros factuais de que enferma a decisão de reenvio, basta recordar que não compete ao Tribunal de Justiça mas ao órgão jurisdicional nacional estabelecer os factos que deram origem ao litígio e tirar deles as consequências para a decisão que tem de proferir (v. acórdão Traum, C492/13, EU:C:2014:2267, nº 19 e jurisprudência referida).

Quanto à questão prejudicial

14 Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2º, alínea b), da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que uma pessoa singular que exerça a profissão de advogado que celebra um contrato de crédito com um banco, sem que nesse contrato esteja determinada a finalidade do crédito, pode ser considerada um “consumidor”, na aceção desta disposição. Além disso, esse órgão jurisdicional

interroga o Tribunal de Justiça acerca da incidência, a este respeito, da circunstância de o crédito nascido do referido contrato ser garantido por uma hipoteca constituída por essa pessoa na qualidade de representante do seu escritório de advogados e que tem por objeto bens destinados ao exercício da atividade profissional da referida pessoa, como um imóvel pertencente a esse escritório.

15 A este propósito, importa salientar que, conforme enunciado no décimo considerando da Diretiva 93/13, as regras uniformes relativas às cláusulas abusivas devem aplicar-se a qualquer contrato celebrado entre “um consumidor” e “um profissional”, conceitos definidos no artigo 2º, alíneas b) e c), desta diretiva.

16 Em conformidade com estas definições, “consumidor” é qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional. Por outro lado, “profissional” é qualquer pessoa singular ou coletiva que, nos contratos abrangidos pela Diretiva 93/13, seja ativa no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada.

17 Assim, é com referência à qualidade dos contratantes, consoante estes atuem ou não no quadro da sua atividade profissional, que a referida diretiva define os contratos aos quais se aplica (acórdãos Asbeek Brusse e de Man Garabito, C488/11, EU:C:2013:341, nº 30, e Šiba, C537/13, EU:C:2015:14, nº 21).

18 Esse critério corresponde à ideia em que assenta o sistema de proteção instituído pela mesma diretiva, a saber, que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional, no que respeita tanto ao poder de negociação como ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas (acórdãos *Asbeek Brusse* e de *Man Garabito*, C488/11, EU:C:2013:341, nº 31, e *Šiba*, C537/13, EU:C:2015:14, nº 22).

19 Tendo em conta essa situação de inferioridade, o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/13 prevê que as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores. Trata-se de uma disposição imperativa destinada a substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e as obrigações dos cocontratantes por um equilíbrio real de molde a restabelecer a igualdade entre estes últimos (acórdão *Sánchez Morcillo e Abril García*, C169/14, EU:C:2014:2099, nº 23 e jurisprudência referida).

20 Ao mesmo tempo, recorde-se que uma só e mesma pessoa pode agir enquanto consumidor no âmbito de certas operações e enquanto profissional no âmbito de outras.

21 O conceito de “consumidor”, na aceção do artigo 2º, alínea b), da Diretiva 93/13, tem, como salientou o advogado-geral nos n.ºs 28 a 33 das suas conclusões, carácter objetivo e é independente dos conhecimentos

concretos que a pessoa em questão possa ter, ou das informações de que essa pessoa realmente dispõe.

22 O juiz nacional que conhece de um litígio que tem por objeto um contrato suscetível de entrar no âmbito de aplicação desta diretiva deve verificar, tendo em conta todos os elementos de prova, designadamente os termos do contrato, se o mutuário pode ser qualificado de “consumidor” na aceção de referida diretiva (v., por analogia, acórdão *Faber*, C497/13, EU:C:2015:357, nº 48).

23 Para tal, o juiz nacional deve ter em conta todas as circunstâncias do caso concreto, designadamente a natureza do bem ou do serviço que constitui objeto do contrato considerado, suscetíveis de demonstrar para que fim o bem ou serviço é adquirido.

24 No que diz respeito às prestações oferecidas pelos advogados no âmbito de contratos de serviços jurídicos, o Tribunal de Justiça já teve em conta a desigualdade entre os “clientes-consumidores” e os advogados, que é devida, nomeadamente, à assimetria da informação entre estas partes nos contratos (v. acórdão *Šiba*, C537/13, EU:C:2015:14, n.ºs 23 e 24).

25 Esta consideração não pode, no entanto, excluir a possibilidade de qualificar um advogado de “consumidor”, na aceção do artigo 2º, alínea b), da referida diretiva, quando esse advogado atua para fins que não entram no quadro da sua atividade profissional (v., por analogia, acórdão

Di Pinto, C361/89, EU:C:1991:118, nº 15).

26 Com efeito, um advogado que celebra, com uma pessoa singular ou coletiva agindo no quadro da sua atividade profissional, um contrato que, por não dizer respeito, designadamente, à atividade do seu escritório, não está ligado ao exercício da sua profissão de advogado encontrase, em relação a essa pessoa, na situação de inferioridade referida no nº 18 do presente acórdão.

27 Nesse caso, embora se deva considerar que um advogado dispõe de um nível elevado de competências técnicas (v. acórdão Šiba, C537/13, EU:C:2015:14, nº 23), isso não permitiria presumir que ele não é uma parte fraca em relação com um profissional. Com efeito, como foi recordado no nº 18 do presente acórdão, a situação de inferioridade do consumidor relativamente ao profissional, que o sistema de proteção instituído pela Diretiva 93/13 se destina a sanar, diz respeito tanto ao nível de informação do consumidor como ao seu poder de negociação em presença de condições erigidas previamente pelo profissional e sobre o conteúdo das quais este consumidor não pode exercer influência.

28 Quanto à circunstância de o crédito que teve origem no contrato em questão ser garantido por uma hipoteca constituída por um advogado na qualidade de representante do seu escritório de advogados e tendo por objeto bens destinados ao exercício da

atividade profissional desse advogado, como um imóvel pertencente a esse escritório, importa observar que, como foi salientado em substância pelo advogado-geral nos nºs 52 a 54 das suas conclusões, tal circunstância é irrelevante para a apreciação evocada nos nºs 22 e 23 do presente acórdão.

29 Com efeito, o processo principal tem por objeto a determinação da qualidade de consumidor ou de profissional da pessoa que celebrou o contrato principal, a saber, o contrato de crédito, e não a qualidade dessa pessoa no quadro do contrato acessório, a saber, a hipoteca, que garante o pagamento da dívida contraída através do contrato principal. Num caso como o que está em causa no processo principal, a qualificação, enquanto consumidor ou profissional, do advogado no âmbito do seu compromisso de garantia hipotecária não pode, por consequência, determinar a sua qualidade no quadro do contrato principal de crédito.

30 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o artigo 2º, alínea b), da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que uma pessoa singular que exerce a profissão de advogado, que celebra um contrato de crédito com um banco, sem que a finalidade do crédito seja precisada nesse contrato, pode ser considerada um “consumidor”, na aceção desta disposição, quando o referido contrato não esteja ligado à atividade profissional desse advogado.

A circunstância de o crédito nascido do referido contrato ser garantido por uma hipoteca constituída por essa pessoa na qualidade de representante do seu escritório de advogados e que tem por objeto bens destinados ao exercício da atividade profissional da referida pessoa, como um imóvel pertencente a esse escritório, não é pertinente a tal respeito.

Quanto às despesas

31 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

O artigo 2º, alínea b), da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os

consumidores, deve ser interpretado no sentido de que uma pessoa singular que exerce a profissão de advogado, que celebra um contrato de crédito com um banco, sem que a finalidade do crédito seja precisada nesse contrato, pode ser considerada um “consumidor”, na aceção desta disposição, quando o referido contrato não esteja ligado à atividade profissional desse advogado. A circunstância de o crédito nascido do referido contrato ser garantido por uma hipoteca constituída por essa pessoa na qualidade de representante do seu escritório de advogados e que tem por objeto bens destinados ao exercício da atividade profissional da referida pessoa, como um imóvel pertencente a esse escritório, não é pertinente a tal respeito.

Assinaturas

* Língua do processo: romeno

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1441965202275&uri=CELEX:62014CJ0110>

Patrocínio



Apoio Institucional

