

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE  
DIREITO DO  
CONSUMO



Vol. VI | n. 24 | Dezembro 2016

#24



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 VI, número 24, dezembro 2016

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](http://www.livrariabonijuris.com.br)

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

Envio de artigos para revista: [contato@bonijuris.com.br](mailto: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  
Francisco Glauberto Bezerra Júnior, Geraldo de Faria Martins da Costa  
Gilberto Giacóia, Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana  
Heloísa Carpena, Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto  
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano  
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal  
Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré  
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira  
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini  
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini  
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto  
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann  
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

### **Conselho Editorial (Portugal/Europa)**

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

### **Patrocínio**

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 obsolescência programada e a precariedade das garantias dos bens de consumo**  
MÁRIO FROTA

### DOCTRINA

- 13 **La relación de consumo como categoría delimitadora del derecho del consumidor. Desafíos ante el nuevo Código Civil y Comercial Argentino**  
SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI
- 49 **A venda de bens de consumo – Os meios de tutela do comprador**  
RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE
- 73 **A ação direta na garantia de coisas móveis**  
MÁRIO FROTA
- 89 **Garantia de usados**  
SOFIA PITA E COSTA
- 105 **As garantias entre os particulares – A esfera da autonomia privada**  
CRISTINA FREITAS
- 127 **A empreitada de imóveis decorrente da compra e venda de consumo**  
MARISA DINIS
- 151 **Durabilidade de produtos e prazos de garantia**  
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
- 173 **Garantia legal e garantia contratual**  
JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO

- 187 **Ensinando o consumidor a reagir, exigindo a qualidade do produto**  
ANTONIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES
- 197 **A mediação e os conflitos de consumo**  
GUILHERME M. MARTINS
- 217 **La mediación de consumo**  
FLÁVIO DE FREITAS GOUVÊA NETO

## JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 279 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**  
Relator: Fabiana Zilles
- 281 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**  
Relator: Ney Wiedemann Neto

## JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 291 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**  
Relator: Alexandre Reis
- 303 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)**  
Relator: M. Safjan



# EDITORIAL

## A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E A PRECARIIDADE DAS GARANTIAS DOS BENS DE CONSUMO

Há uma patente desigualdade de regimes no domínio das garantias dos bens de consumo entre a União Europeia e o Brasil.

O tema que se entendeu trazer primordialmente à liça no número que encerra o 6º ano de edição da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo é o das garantias dos bens objeto de tais negócios jurídicos.

O prazo da garantia é clamorosamente ínfimo no ordenamento jurídico *tupiniquim*, ao invés do que ocorre na União Europeia.

A despeito de prazos mais confortáveis (ou de garantias comerciais que, em decorrência, se mostram mais pródigas), nem sempre o direito posto se cumpre, mormente em Portugal, em que os atropelos sobem de tom na exata medida do entorpecimento das autoridades e da ténue ou nula intervenção dos consumidores, por inércia ou ignorância.

Aliás, não raro deparam-se-nos situações como as que denunciámos em tempos num texto que demos à estampa e neste passo se reproduz: **“GARANTIAS, GARANTIAS – “é um ver se te avias”...**

O consumidor adquire um telemóvel, como se fora novo, num estabelecimento recomendado, surpreendendo-se ao dar-se conta de que nele figura já uma extensa lista telefónica.

Um computador pessoal é adquirido também como novo em multinacional de referência, mas apresenta-se sem o selo de garantia, sinal de que se trata de bem usado....

“A Fnac informa: Trocas de auscultadores e auriculares – só se aceitam nos 30 dias seguintes à compra se estiverem avariados (Decreto-Lei 24/96 – artigo 8º)” (diploma simplesmente... inaplicável!).

E noutro estabelecimento de um grupo transnacional: “Não se aceitam trocas e devoluções de câmaras *reflex* com embalagem violada ou deteriorada.” (embalagem violada?)

Noutra multinacional de renome, indicações específicas sobre cada um dos modelos de computadores:

garantia – 2 anos;

bateria – 6 meses;

garantia – 2 anos;

bateria – 12 meses;

Telemóvel ... garantia – 2 anos;

bateria – 6 meses;

Tablet – bateria – 6 meses...

Veículos automóveis com indicação “regime de bens usados sem garantia”.

Ou então, com o escalonamento que segue:

até 2.000€ – sem garantia;

de 2.000 a 4.000€ – 3 meses de garantia;

a partir de 4.000€ – 6 meses de garantia.

Automóveis híbridos cuja publicidade insinua que os consumos em autoestrada, à velocidade-limite, são da ordem dos 3,8 l/100 Km. Mas o consumo real é, porém, de 8,5...

Ou que a garantia comercial veiculada na publicidade é de 7 anos. No contrato estabelece-se, porém, um sem-número de exclusões, a saber, caixa de velocidade, motor, etc.

Em todas as hipóteses enunciadas há patente violação da lei das garantias.

As duas primeiras configuram, salvo melhor juízo, crime de fraude sobre mercadorias, passível, ao menos, de pena de prisão de 1 ano e multa até 100 dias.

As mais hipóteses constituem também, na desfaçatez, na sem vergonha com que se apresentam, crassas violações da lei.

Confunde-se, por um lado, as estratégias mercadológicas assentes na oferta “satisfeito ou reembolsado” (15, 30 dias) com a garantia legal de coisas móveis duráveis (dois anos).

A garantia de usados é de dois anos, a menos que haja acordo das partes (acordo, registre-se!) em contrário, não podendo ser, porém, inferior a um ano. Mas o que se não pode é vender um bem usado, sem mais, e no momento em que o consumidor, após um ano, se propuser denunciar uma desconformidade (um vício, um defeito, uma avaria...),

fecha-se-lhe a porta, dizendo-se simplesmente, sem suporte fatural, que a “garantia é de um ano”...

E de nada valem também as grelhas com graduações aquém da garantia legal porque “garantia ilegal, a dois anos é igual”...

Quem defrauda o consumidor não tem quem lhe valha na dor... .

A garantia é “a garantia toda de toda a coisa”. Se a garantia legal é de dois anos, não pode a bateria ser garantida por 6 ou 12 meses.

Mas se a publicidade aponta para um consumo infinitamente inferior ao real, a lei da garantia aplica-se em pleno: o consumidor pode pôr termo ao contrato, devolvendo o veículo e exigindo a restituição do preço. Porque há notória desconformidade perante as declarações públicas da marca.

O que se oferece, sem restrições, na publicidade, não pode no cupão da garantia restringir-se. Sete anos são sete anos: garantia toda de toda a coisa. A publicidade prevalece sobre as limitações previstas no contrato.

Importa precaver-mo-nos! As ilegalidades grassam no mercado... em detrimento do consumidor! Os exemplos são reais. Nada têm de fictício!

Garantias... garantias, recusá-las é um “ver se te avias”!”

É que da “*lei nos textos à lei em ação*” pode distar um abismo!

Ponto é que os consumidores tenham informação suficiente para poderem exigir o cumprimento dos seus direitos e as autoridades, perante os desvios detectados, não deixem de intervir para disciplinar um mercado em que os consumidores se mostram deveras sem voz.

Curiosamente, na esteira do que a União Europeia vem decretando também neste particular, há norma imperativa que impõe a determinadas entidades divulgarem os direitos reconhecidos aos consumidores, a fim de as normas não configurarem autêntica “letra morta”, como tantas vezes ocorre!

Ponto é que os consumidores não ignorem os seus direitos e ajam sempre que deles intentem subtraí-los.

Coimbra, Villa Cortez, dezembro de 2016.

**Mário Frota**

Presidente do Conselho de Direção



LA RELACIÓN  
DE CONSUMO  
COMO CATEGORÍA  
DELIMITADORA  
DEL DERECHO DEL  
CONSUMIDOR.  
DESAFÍOS ANTE EL NUEVO  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL  
ARGENTINO

SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI\*

Profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina)

## EXCERTOS

*“La mayoría de las legislaciones europeas y estadounidenses, y aquellas que han sido influenciadas por ellas en Asia, África y Oceanía, delimitan, con diferentes contornos, la aplicación del Derecho del Consumidor a partir del concepto de ‘consumidor’”*

*“El Derecho del Consumidor abandona la idea clásica del derecho mercantil de la habitualidad y pone el acento en la profesionalidad como nota distintiva”*

*“Entendemos que el nuevo Código ha contribuido más a desvanecer los argumentos de quienes propugnan la existencia de un supuesto ‘consumidor empresario’, al prescribir expresamente en el artículo 1.093 que el destino de los bienes y servicios, para ser calificado como consumidor, tiene que ser no solo final, sino también privado”*

*“Se encuentra equiparado al consumidor, el llamado ‘consumidor indirecto’, también llamado ‘usuario no contratante’, ‘consumidor fáctico’, o ‘consumidor extra relación de consumo’”*

*“Los sujetos expuestos a la relación de consumo los caracterizábamos como aquellos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufrían o estaban en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos”*

## I. Introducción

El Derecho del Consumidor en Argentina, como respuesta jurídica a los embates de la “sociedad de consumo” ha tenido impactos significativos ante la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial en 2014 por la Ley 26.994.

Nacido desde la doctrina, tuvo, si se nos permite la analogía religiosa, su “bautismo” con la sanción en 1993 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), con la debilidad de los vetos que le realizó el Poder Ejecutivo de entonces. En 1994 tuvo su “confirmación” con la elevación al rango *iusfundamental* de los derechos de los consumidores al incorporarse en la reforma constitucional el artículo 42 a la Ley Fundamental. Luego tuvo varias modificaciones, la más importante, la de 2008 por la Ley 26.361 que amplió los horizontes del ámbito de aplicación e incorporó y fortaleció diversas instituciones protectorias.

Pero sin dudas que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial ha sido otro hito destacado. El Código Civil y Comercial ha incorporado en su articulado diversas previsiones normativas, que los codificadores han calificado de “núcleo duro de tutela” que “dialogarán” con las previsiones del sistema de protección al consumidor, entre ellas la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), lo que constituye un desafío significativo para los operadores jurídicos en general y la doctrina en particular.

Una de dichas regulaciones doblemente reguladas, en la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial es la relativa al ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor.

La problemática relativa al ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor es, sin duda, es una de los aspectos claves respecto a la delimitación del Derecho del Consumidor. A lo largo del tiempo ha sufrido importantes transformaciones, tanto en nuestro ámbito como en el derecho comparado y no ha estado exenta de polémicas, visiones encontradas y controversias doctrinarias y jurisprudenciales.

En el derecho argentino, dicho ámbito de aplicación está delimitado por una idea-fuerza: la relación de consumo. El nuevo Código Civil y Comercial ha producido modificaciones en dicho ámbito, pero, como

veremos, no ha cambiado los sujetos alcanzados. Como observaremos tenemos una doble regulación: en el Código Civil y Comercial y en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), por lo que es un presupuesto para su aplicación realizar un adecuado “diálogo de fuentes” en la labor hermenéutica.

A lo largo de este capítulo intentaremos abordar el impacto que el Código Civil y Comercial ha producido en la caracterización de la relación de consumo, los sujetos intervinientes, equiparados y excluidos y sus cuestiones conexas y cómo juega en su delimitación del “diálogo de fuentes” y los principios del Derecho del Consumidor.

## **II. Caracterización de la relación de consumo**

Como sostuvimos anteriormente la “relación de consumo” es eje central sobre el cual gira el sistema de protección a los consumidores y usuarios.

Dicha categoría jurídica es patrimonio del derecho iberoamericano. La mayoría de las legislaciones europeas y estadounidenses, y aquellas que han sido influenciadas por ellas en Asia, África y Oceanía, delimitan, con diferentes contornos, la aplicación del Derecho del Consumidor a partir del concepto de “consumidor”. En nuestro país, al igual que en Brasil, Portugal, Perú, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Uruguay<sup>1</sup> se centra la aplicación del marco tuitivo de los consumidores en la “relación jurídica de consumo” o “relaciones de consumo”. Nótese también que esta perspectiva ha tenido influencias también fuera del ámbito geográfico iberoamericano, en los países afro-lusófonos, ya que Angola, Mozambique y Cabo Verde, también adoptan dicha categoría.

Argentina, que no lo había prescripto en la redacción original de la LDC de 1993 incorporó la noción de “relación de consumo” tras la reforma constitucional de 1994, que incorporó en su artículo 42 los derechos de los consumidores y usuarios. De esta manera se erigió en el derecho argentino la categoría “relación de consumo” como el eje sobre el cual gira el Derecho del Consumidor. Con la sanción de la Ley 26.361 se compatibilizó el texto de la LDC a la terminología de nuestra Constitución Nacional incorporándose expresamente la noción de “relación de consumo”. Así, el artículo 3 de la Ley 24.240, modificado



por la Ley 26.361, define a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Esa misma definición adoptó el Código Civil y Comercial en el artículo 1.092. Existe aquí entonces plena compatibilidad entre ambas normativas.

A esta escueta definición legal podemos complementarla con las caracterizaciones que le ha dado ampliamente la doctrina y jurisprudencia, entendiéndola como *“todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios”*<sup>2</sup>; que *“comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación, desde su inicio un acto voluntario –cuando el bien se produce, fabrica o elabora–, cuyo objetivo negocial–indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad–, es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en ésta la promoción del producto, siendo responsables todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”*<sup>3</sup>. Insiste la doctrina que la relación de consumo debe definirse de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender por tanto todas las situaciones posibles<sup>4</sup>.

Toda relación puede ser caracterizada como de consumo; habrá relación de consumo siempre que se pueda identificar en los dos polos de la relación a un consumidor y en el otro, a un proveedor, ambos transaccionando bienes y servicios<sup>5</sup>.

Habrà relación de consumo siempre que se pueda identificar en los dos polos de la relación a un consumidor y en el otro, a un proveedor, ambos transaccionando bienes y servicios

Desde esta perspectiva, la relación de consumo no se refiere sólo las relaciones contractuales en sentido estricto (las partes del contrato, sus sucesores universales y singulares, las estipulaciones a favor de terceros, etc.), sino comprende también a las etapas precontractual<sup>6</sup> y postcontractual<sup>7</sup>, a vínculos no contractuales de derecho público y privado, actos unilaterales del proveedor, a situaciones que clásicamente era inscriptas dentro de la órbita extracontractual o incluso al simple “contacto social”, ofreciendo de esta manera un espectro de protección más amplio que el contrato, siendo éste sólo una especie del género “relación de consumo”. Esta parece ser la interpretación más ajustada a la luz del principio protectorio.

El nuevo Código también ha caracterizado a una de las especies más importantes de la relación de consumo: el contrato de consumo. Así, el artículo 1093 del CCC lo ha conceptualizado como “el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Se desprende, por tanto, que los consumidores serán los depositarios del plexo de derechos en el marco de protección del sistema y los proveedores, junto al Estado, los sujetos obligados.

### **III. El concepto de consumidor ante el nuevo Código Civil y Comercial**

El concepto de consumidor, construido a partir del su reconocimiento como sujeto vulnerable –presunción esta *iure et de iure*– que merece la protección del ordenamiento jurídico positivo y del Estado, ha puesto en jaque los dogmas de la teoría clásica del contrato, que partían de la concepción del mismo como el instrumento por excelencia de intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, en el que sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, pactaban en igualdad de condiciones, logrando un equilibrio, un contrato en un plano de justicia, buscando en paridad un intercambio razonable<sup>8</sup>. Y ello tiene sustento

en que las condiciones en que el legislador decimonónico concibió a los sujetos co-contratantes han variado significativamente merced a las transformaciones políticas, económicas, socioculturales y tecnológicas por las que han atravesado y atraviesan nuestras sociedades, sumado a la visibilización de reivindicaciones de diferentes grupos, como el movimiento consumerista y ambiental, que han puesto de relieve que el consumo tiene pleno impacto en los tres subsistemas que conforman el ambiente (ecológico, económico y social)<sup>9</sup>.

En tal sentido, resulta oportuno tener presente que la categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino<sup>10</sup>.

La Ley 26.994 que aprobó el nuevo CCC, incorporan en su art. 1.092 el concepto de consumidor; también en su anexo de derogaciones y modificaciones sustituyó el art. 1 de la LDC, texto según Ley 26.361, disponiendo similar texto al nuevo art. 1.092 CCC. Asimismo el artículo 1.096 “reubicó” el concepto de “sujetos expuestos a la relación de consumo”. Teniendo en cuenta esta “doble regulación”, corresponde analizar la delimitación de los sujetos protegidos en clave de “diálogo de fuentes”, a la luz de los principios del Derecho del Consumidor.

El concepto de consumidor continúa comprendiendo tres supuestos: el “consumidor directo”, el “consumidor indirecto” y el “consumidor expuesto”.

Analizaremos a continuación cada uno de estos supuestos.

## **1. Consumidor directo**

El concepto de consumidor directo no ha sufrido modificaciones con la sanción del nuevo Código. Se encuentra definido como señaláramos en de manera análoga tanto en la LDC como en el CCC.

El artículo 1.092 del CCC lo conceptualiza como “persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. El artículo 1º de la LDC, por su parte, lo caracteriza como “*toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza*

*bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.*

De dichos artículos surge, en consecuencia que son considerados consumidores:

a) *Tanto las personas humanas como jurídicas.* En este sentido, nuestra legislación comprende dentro de la noción de consumidores tanto a las personas humanas –como las llama el CCC– como a personas jurídicas, en tanto cumplan con el resto de los requisitos (que lo hagan como destinatarios finales, para beneficio propio o de su grupo familiar o social). En cuanto a las personas humanas, la ley no hace distinción entre personas por su poder económico, conocimiento técnico o realidad sociocultural, sin encontrarse expresada, como en algunas legislaciones comparadas, la categoría de consumidor hipervulnerable<sup>11</sup>. Asimismo, pueden encuadrarse dentro de la noción de consumidores, además de las personas humanas, las personas jurídicas no lucrativas: los consorcio de propiedad horizontal, las asociaciones civiles y fundaciones, sindicatos, confesiones religiosas y en general organizaciones sin fines de lucro que adquieran o utilicen bienes o servicios para beneficio de sus socios o adherentes o de las actividades por ellos desarrolladas (v. gr. materiales para el mantenimiento de sus entidades, alimentos para comedores infantiles, insumos para el desarrollo de actividades deportivas, artísticas, culturales o de beneficencia, elementos para el culto religioso, productos o paquetes de servicios adquiridos mediante convenios, etc.), cuando no constituya una actividad comercial. Creemos que esta es la interpretación más acertada ya que en estos casos la persona jurídica es un medio para la satisfacción de necesidades privadas, personales de los consumidores, su familia o grupo de relación.

Entendemos que el nuevo Código ha contribuido más a desvanecer los argumentos de quienes propugnan la existencia de un supuesto “consumidor empresario”<sup>12</sup>, al prescribir expresamente en el artículo 1.093 que el destino de los bienes y servicios, para ser calificado como consumidor, tiene que ser no solo final, sino también privado. Asimismo el nuevo Código regula expresamente los contratos de adhesión, tanto entre dos empresas, como entre empresas y consumidores, en los artículos 984 y subsiguientes, estableciendo prescripciones especiales en

materia de formalismo de protección, interpretación, cláusulas abusivas, entre otros. Por tanto, los argumentos de “pobreza” del ordenamiento jurídico para “estirar” la noción de consumidor, desnaturalizándola y comprendiendo estos supuestos carecen ya, desde nuestro punto de vista, de fundamentos. Como hemos sostenido en otras oportunidades, el Derecho del siglo XXI es el derecho de los vulnerables: pacientes, contribuyentes, migrantes, personas con discapacidad, consumidores, minorías, administrados, trabajadores, pequeñas y medianas empresas y un largo etcétera, encuentran en sus relaciones jurídicas y sociales asimetrías, debilidades y por qué no abusos. La noción de consumidor se construye desde la idea de debilidad y vulnerabilidad, pero no todos los débiles y vulnerables son consumidores. La vulnerabilidad es el género y los consumidores y usuarios una de sus especies. Pero no todos los vulnerables están convidados a la llevar la etiqueta de “consumidores”; sostener lo contrario sería, a nuestro humilde juicio, desnaturalizar la esencia del Derecho del Consumidor<sup>13</sup>.

b) *Que adquieren o utilizan.* Sostiene Ramsay en el derecho comparado que con el correr de las últimas dos décadas hubo un crecimiento de la “consumerización” de relaciones, con gran presión para mayor responsabilidad y por más exposición a fuerzas de mercado. Tal tendencia ha representado también un desafío al mantenimiento de grados elevados de profesionalismo en la prestación de esos servicios. Estos desarrollos reflejan la creciente impersonalidad de las relaciones y el deterioro del profesionalismo<sup>14</sup>. Al haberse eliminado el sistema de *numerus clausus* que establecía el sistema anterior (adquisición o locación de cosas muebles, prestación de servicios, adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda), la extensión de los tipos contractuales a los que es aplicable hoy día el régimen del consumidor permite afirmar que las normas del derecho del consumidor se han “ramificado” por la gran mayoría de los contratos típicos civiles y comerciales y en innumerables contratos atípicos legales o con tipicidad social<sup>15</sup>. También incluye al cesionario de una relación contractual y al tercero beneficiario de una estipulación a favor de terceros. Por otra parte, como señaláramos anteriormente, incluye también a relaciones jurídicas en las que la fuente no es un contrato, tanto de derecho público (adjudicación de viviendas, microcréditos, bienes o servicios

otorgados por entes gubernamentales, usuarios de rutas, etc.) como de derecho privado. También el nuevo Código en las nuevas formas de multipropiedad hace referencia expresa a la aplicación del régimen protectorio, al regular el tiempo compartido (artículo 2100 CCC) y los cementerios privados (artículo 2111).

c) *Bienes o servicios*. Conforme lo señalado anteriormente, el objeto de las relaciones de consumo puede comprender infinidad de bienes o servicios, sin limitaciones, como sí tenía la redacción original de la LDC, comprendiendo así cosas muebles como inmuebles, tanto nuevas como usadas, bienes inmateriales y servicios en sentido amplio –no sólo la figura del contrato de servicios del Código Civil y Comercial, sino que incluye también los contratos de bra, transporte, estacionamiento y/o garaje, depósito, hospedaje, mandato, concesiones viales, servicios turísticos, financieros, bancarios, de seguros, de previsión, comunicaciones (telefonía, transmisión de datos, Internet, postales y mensajería, etc.), de comunicación audiovisual por suscripción (televisión por cable, satelital, etc.), médico-asistenciales (por ej. medicina prepaga, asistencia al viajero, etc.), de esparcimiento, culturales y de ocio, educativos, gastronómicos, animación y/u organización de eventos (v. gr. planificación de bodas, servicios de *catering* o *lunch*), espectáculos públicos, sastrería y costura, peluquería, estética y belleza, fúnebres, custodia y seguridad privada, bancos de datos crediticios, servicios de cobranzas, juegos y apuestas, de reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, servicios públicos domiciliarios y seguramente un largo etcétera –con las exclusiones de las prestaciones de profesionales liberales (artículo 2º, 2º párrafo LDC; salvo en las previsiones de la publicidad o cuando hagan publicidad, según las diferentes interpretaciones<sup>16</sup>) y la aplicación supletoria al transporte aéreo (artículo 63 LDC).

d) *En forma gratuita u onerosa*. No se hace distingo entre relaciones jurídicas a título gratuito u oneroso. La redacción original de la LDC limitaba su aplicación a las operaciones a título oneroso, pero la extensión del régimen tuitivo del consumidor a los supuestos de relaciones jurídicas a título gratuito ya tenía como antecedente el Decreto Reglamentario 1798/94 que en su artículo 1º inciso a), ya contemplaba la aplicación de la LDC a sujetos que “*en función de una*

*eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis)*”. Dentro de la categoría oneroso comprendemos a aquellas relaciones en las que los consumidores acceden a la prestación a cambio de una contraprestación, generalmente una suma de dinero, pero también cuando el consumidor da otras contraprestaciones: cede derechos sobre su imagen, proporciona datos personales, etc. Entre los gratuitos, podemos enumerar v. gr. las muestras gratis de bienes de consumo, regalos, degustación de productos, pases gratuitos de transporte, entradas sin cargo para espectáculos públicos, promociones de uso sin cargo de determinados servicios, premios obtenidos en sorteos o concursos o por sistemas de fidelización de clientes (“millajes”, acumulación de puntos, etc.), atracciones de centros comerciales o determinados supuestos de comodato<sup>17</sup>, sean estos de manera autónoma como accesorios de una prestación principal. En todos estos casos, detrás de dicha aparente “gratuidad” se encuentran generalmente estrategias de *marketing* destinadas a atraer o mantener el caudal de clientes por parte de los proveedores de bienes y servicios<sup>18</sup>.

e) *Como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*. Esta característica constituye el factor definitivo que determina a un sujeto como consumidor. Es el *Endverbraucher* del derecho alemán. Los bienes o servicios que adquiere o utiliza deben ser como último receptor de la cadena de producción, esto es, no ser objeto, *a posteriori*, de reventa o reinserción en el mercado. Asimismo, la causa fin de la adquisición o utilización deber ser la satisfacción de necesidades personales del consumidor, su familia en sentido amplio, abarcando las diferentes realidades de nuestro tiempo, o su grupo social de referencia (amistades, compañeros/as de trabajo o estudio, vivienda, camaradas de actividad deportiva, política o gremial, vínculos de solidaridad u otras actividades no lucrativas, etc). En este sentido la Ley 24.240, en la redacción original del artículo 2º establecía que “no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Si bien este párrafo fue omitido en la redacción actual, cierto es que quien adquiere o utiliza bienes o servicios para su

reventa o para integrarlos a un proceso productivo no cumple con el requisito de hacerlo en beneficio propio o de su grupo familiar o social, por lo que igualmente no se encontraría encuadrado en las normas de protección al consumidor<sup>19</sup>. Tampoco sería encuadrado dentro del concepto de consumidor, a nuestro juicio, el empresario, el profesional liberal o las sociedades comprendidas en la Ley 19.550 que adquieren o utilizan bienes o servicios para el desarrollo de su explotación comercial, industrial, profesional, minera, agropecuaria, etc., con independencia de si dicho bien o servicio constituya o no un insumo productivo directo<sup>20</sup>.

## **2. Sujetos equiparados al consumidor**

En segundo término, se encuentra equiparado al consumidor, el llamado “consumidor indirecto”, también llamado “usuario no contratante”<sup>21</sup>, “consumidor fáctico”<sup>22</sup>, o “consumidor extra relación de consumo”<sup>23</sup>.

Tanto el 2º párrafo de artículo 1 de la LDC como el 2º párrafo del artículo 1.092 lo definen como el que *“sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”*.

En primer término intentaremos desentrañar qué implica la idea de equiparación. Señala el Diccionario de la Real Academia Española<sup>24</sup> que equiparar consiste en *“considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa.”* Por lo tanto las figuras enunciadas en el segundo párrafo del artículo 1 de la LDC, si bien no se encuadren estrictamente en la definición de consumidor del 1º primer párrafo del artículo 1º de la LDC, siendo por tanto sujetos diferentes a esa noción, tendrán iguales o equivalentes tratamientos en el sistema de protección al consumidor.

Nos referimos a quienes, sin ser parte del contrato o vínculo de origen con el proveedor, en virtud de un vínculo con el otro contratante, que puede o no ser consumidor, son los destinatarios finales de la prestación objeto del mismo o de sus efectos jurídicos<sup>25</sup>, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente.



Se encuadran en esta categoría, por ejemplo, quien recibe como regalo o presente de estilo, quien es invitado a una comida en la que se sirven productos contaminados o adulterados, sucesores singulares o universales del consumidor directo, los beneficiarios de contratos a favor de terceros (titulares de extensión de tarjetas de créditos, usuarios de medicina prepaga que comprenden el grupo familiar del titular, beneficiarios de un seguro de riesgos del trabajo o seguros de vida obligatorios, beneficiario-víctima-acreedor en los supuestos de seguros de responsabilidad civil<sup>26</sup>, etc.), el fiador de una deuda que es considerada de consumo, entre otros supuestos.

### **3. Sujetos expuestos a una relación de consumo**

Si uno hiciera una primera lectura gramatical parecería que han desaparecido los sujetos expuestos a la relación de consumo<sup>27</sup>. Recordemos que a los sujetos expuestos a la relación de consumo los caracterizábamos como aquellos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufrían o estaban en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado (oferta a persona indeterminada, publicidad, prácticas de marketing, condiciones generales de la contratación, etc.) como a víctimas no contratantes de daños por defectos de producto o incumplimiento del deber de seguridad.

En el derecho comparado podemos encontrar sus antecedentes en el derecho brasileño (art. 2, 17 y 29 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil), el derecho comunitario europeo (Directiva 85/374/CEE, relativa a la materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos<sup>28</sup>, modificada por la Directiva 1999/34/CE), el Derecho comunitario del Mercosur (Resolución 123/GMC/96 sobre conceptos fundamentales del Derecho del Consumidor y Declaración 10/96 denominada “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo”) y en la figura del “*bystander*”<sup>29</sup> del derecho estadounidense.

Dentro de dicha noción comprendíamos tanto a consumidores potenciales como a víctimas de daños sin vinculación directa o indirecta con el proveedor.

Los consumidores potenciales son los destinatarios de acciones desplegadas en el mercado por los proveedores tendientes a la anudación de una relación de consumo. Encuentran su protección en las regulaciones sobre oferta a persona indeterminada (artículo 7 de la LDC), las regulaciones en materia de publicidad (artículo 8° de la LDC, artículo 5 y 9 de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial, artículos 1101 y ss. CCC y normas especiales), prácticas abusivas (artículo 8 bis LDC y 1097 y 1098 CCC), cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación (artículos 37 a 39 de la LDC, 987, 988, 1117 y concordantes CCC), o violación los deberes de información, trato digno, salud, seguridad, libertad de elección u otros derechos de los consumidores de manera uniforme y generalizada (derechos de incidencia colectiva).

En cuanto a las víctimas no consumidoras, dicha conceptualización comprende a las potenciales y/o efectivas víctimas, ajenos a la relación de consumo (esto es, distinto de las personas del consumidor o de los diferentes miembros de la cadena de proveedores), que tampoco son dependientes de este último<sup>30</sup>, que sufra un daño como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes, las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidados, o los consumidores en la relación del consumo o los bienes o servicios introducidos por ellos en el mercado, ya sea por incumplimiento del deber de seguridad (art. 5 y 6 LDC), o por vicios o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (art. 40 LDC)<sup>31</sup>. Este es el criterio que había ya adoptado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, del 6 de marzo de 2007. De esta manera se procura alcanzar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes<sup>32</sup>. Se sostiene que el vínculo se concreta con la materialización de los efectos de una relación de consumo que

refleja sus consecuencias en terceros o con el riesgo de que ello ocurra., comprendiendo a la gran masa de consumidores espectadores de las relaciones de consumo que los circundan, por lo cual se trata de relaciones de consumo de vínculo indeterminado *ex ante*<sup>33</sup>.

Pero tal aparente “derogación” o “limitación” no es así, ya que los sujetos expuestos no han sido “eliminados” del concepto de consumidor sino “reubicados” en el artículo 1.096 del CCC. Dicho artículo prescribe: *“Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”*. Vale tener presente que dicho artículo está inserto en la Sección 1ª, titulada “Prácticas abusivas, que reglamenta las cuestiones referidas a los derechos al trato digno, al trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar de los consumidores y que la Sección 2ª, titulada “Información y publicidad dirigida a los consumidores”, regula el derecho/deber de información, las ilicitudes publicitarias y los efectos de la publicidad.

Los consumidores potenciales son los destinatarios de acciones desplegadas en el mercado por los proveedores tendientes a la anudación de una relación de consumo

Resulta, por tanto, decisivo echar luz sobre el alcance del concepto de “prácticas comerciales”, para determinar entonces el alcance del concepto de sujeto expuesto a la relación de consumo. Al respecto, señala Rubén Stiglitz que las prácticas comerciales son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción y que se trata de un concepto extremadamente amplio que incluye el marketing, las garantías, los servicios posventa, la ejecución del contrato y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos<sup>34</sup>.

En el derecho comparado, la Directiva Comunitaria 29/2005 de la Unión Europea, ha caracterizado a las “prácticas comerciales” como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente

de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”. Por tanto, entendemos que constituyen supuestos de prácticas comerciales: la emisión de ilicitudes publicitarias; las restricciones a la libertad de elección; el desarrollo de prácticas abusivas, desleales y agresivas; incumplir con los deberes de información, seguridad y trato digno e, incluso, introducir en el mercado productos defectuosos. Es decir, todas las actividades desplegadas por el proveedor en el mercado tendientes a la provisión de bienes y servicios a consumidores que actual o potencialmente son susceptibles de causar un daño.

Sostenemos esto, teniendo presente las reglas *in dubio pro consumidor* y de la condición más beneficiosa, ambas derivativas del principio protectorio. Por tanto, la noción de expuesto a una relación de consumo continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales; como las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originado por el incumplimiento el deber de seguridad o por un defecto del producto o servicio, especialmente fundamentado en el defecto de información sobre riesgos y daños. Por consiguiente, el concepto de consumidor no ha sufrido morigeración alguna, sino que han sido pulidas ciertas indefiniciones que despertaban dudas y controversias<sup>35</sup>.

#### **IV. El concepto de proveedor y el nuevo Código Civil y Comercial**

La contracara de la relación de consumo, frente a los consumidores, son los proveedores. Señala la LDC que todo proveedor está obligado al cumplimiento de la ley, estableciendo en cabeza de los mismos determinados deberes y responsabilidades. Dichas previsiones tienen su fundamento en la situación de asimetría que se vislumbra en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores, asimetría que se proyecta tanto en el plano económico, técnico, informativo, jurídico y en algunos casos hasta sociocultural. En el marco de las relaciones de mercado imperantes en nuestro tiempo, confluyen del lado de la oferta de bienes y servicios diferentes sujetos, con diferentes roles y relaciones jurídicas entre sí. A efectos de proteger a los

consumidores y usuarios el Derecho del Consumidor engloba a todos los partícipes de la actividad económica de oferta de bienes y servicios como sujetos obligados.

En este sentido, en cuanto a la conceptualización de los proveedores, el artículo 2 de la LDC lo conceptualiza como:

*I. La persona física o jurídica.* La provisión de bienes y servicios a consumidores puede ser realizada tanto por personas humanas actuando de manera individual como por personas de existencia ideal. Dichos entes pueden o no tener ánimo de lucro en su actividad. Ejemplo de ellos pueden ser tanto sociedades, cooperativas, mutuales, como otros entes de derecho público o privado que realizan actividades de provisión de bienes o servicios; v. gr. asociaciones civiles que regentean el *buffet* de un establecimiento, sindicatos o mutuales que brindan productos o servicios a sus afiliados con o sin retención de haberes, fundaciones o confesiones religiosas que organizan festivales o ferias, etc. Comprende también a personas humanas organizadas en forma de empresa o cuasi-empresa.

*II. De naturaleza pública o privada.* El legislador no distingue entre sujetos públicos o privados. Por tanto podemos hablar de los siguientes sujetos obligados: I) empresas de capital privado, II) empresas de capital total o parcialmente de capital público (nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal), esto es, el Estado como empresario (ejemplos de ellos lo constituyen, v. gr., el Correo Oficial de la República Argentina SA, Agua y Saneamientos Argentinos SA, Lotería Nacional Sociedad del Estado, bancos públicos, compañías de seguros provinciales, empresas provinciales de energía, de transportes, etc.; y III) cuando el Estado provee bienes y servicios, con o sin contraprestación (planes de vivienda, distribución de medicamentos, libros escolares, usuarios de rutas, microcréditos de fomento, rutas con peaje, cobertura de salud, etc.)<sup>36</sup>.

*II. Que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente.* El Derecho del Consumidor abandona la idea clásica del derecho mercantil de la habitualidad y pone el acento en la profesionalidad como nota distintiva. No obstante, la propia norma atenúa el carácter profesional, ya que también se incluirán aquellas relaciones en las que el proveedor realiza dicha actividad ocasionalmente<sup>37</sup>.

Respecto del requisito de profesionalidad, sostiene Santarelli<sup>38</sup> que constituyen algunas de sus notas distintivas las siguientes:

a. Debe mediar una vocación de oferta a persona indeterminada; es decir una perspectiva de “clientela” destinada a captar y mantener a varios adquirentes de una clase o segmento por reducido o selecto que éste sea.

b. Además, –dentro del contexto expuesto– debe estarse al del fin de lucro (directo o indirecto) en el desarrollo de la actividad de mercado.

c. Debe también estarse a la arista organizacional del proveedor de bienes y servicios, en tanto, la realización organizada de una actividad de producción, distribución y/o comercialización de bienes y servicios.

d. La profesionalidad se distingue por el agregado de valor dirigido a satisfacer una necesidad de consumo, en el sentido de adicionar al producto alguna cualidad intrínseca (diseño, utilidad, etc.) o bien participando en la cadena de comercialización, así en las transacciones entre profesionales, lo ofrecido adquiere carácter de bien de cambio, o de insumo. Siguiendo con estas generalizaciones, la adquisición por el consumidor final, tiene carácter de bien de uso.

Creemos en este sentido, que el requisito del fin de lucro debe interpretarse de manera amplia, incluyendo por ejemplo las actividades de provisión de bienes y servicios por organizaciones no lucrativas (v. gr. una asociación que explota la concesión de un buffet, una fundación titular de un sanatorio, un sindicato que provee bienes o servicios a sus afiliados por retención de haberes, etc.) como sostuviéramos anteriormente, cuando es el Estado quien provee bienes o servicios, con o sin contraprestación por parte de los beneficiarios.

En este sentido, el nuevo Código en el artículo 1.093, al regular el contrato de consumo, pone en pie de igualdad al profesional como el ocasional, comprendiendo tanto a las organizaciones empresarias como las cuasi-empresas (sujetos que desarrollan de manera ocasional una actividad de provisión de bienes y servicios en el mercado, aunque sea por única vez.).

*III. Actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios.* En este punto, es importante tener presente que cuando hablamos de proveedores, abarcamos a todos los

sujetos que intervienen en la oferta de bienes y servicios en el mercado, esto es, a todos los agentes económicos intervinientes en el proceso de producción, circulación, distribución y comercialización<sup>39</sup>.

La LDC enumera los siguientes:

1) Producción: Comprende a los actores responsables de las actividades primarias (bienes producto de explotaciones agrícolas, pesqueras, mineras, forestales, de caza o recolección de frutos), secundarias (productos industriales elaborados) y terciarios (servicios) de la actividad económica.

2) Montaje: Técnicamente es la combinación de las piezas de un objeto. Molina Sandoval sostiene que es la combinación de acciones para la utilización del bien por parte del consumidor<sup>40</sup>. El montaje, incluso, puede incluir servicios posteriores al efectivo montaje o instalación del artefacto o utilización del servicio. En cierto modo, esta noción incluye nociones conexas tales como la puesta a disposición del consumidor, instalación, establecimiento del producto, organización y preparación de los elementos que permiten la adquisición o utilización del bien o servicio adquirido por el consumidor<sup>41</sup>.

Se incluye aquí, por ejemplo, el ensamble o montaje de: piezas de productos cuyas piezas son fabricadas en el extranjero o la organización de un evento social o espectáculo o la instalación de maquinarias, electrodomésticos, antenas, etc.

3) Creación: se refiere no a la idea de manufactura de un bien, idea comprendida en el concepto de producción, sino a la invención intelectual de un bien o servicio, registrado como patente<sup>42</sup>, modelo industrial<sup>43</sup>, software<sup>44</sup> u otro tipo de propiedad intelectual<sup>45</sup>. La inclusión del creador o inventor resulta de vital importancia ante eventuales daños por defectos de diseño o información.

4) Construcción: Implica la realización material o objetiva de un producto. Usualmente está prevista para “inmuebles”, pero también puede incluir maquinarias, vehículos, artefactos electrónicos u otros muebles<sup>46</sup>.

5) Transformación: La “transformación”, por su parte, incluye la realización de actividades sobre un producto ya existente con la finalidad de realizar o coadyuvar para la preparación del producto de consumo. La transformación no sólo incluye un cambio radical de

la forma de un producto, sino que también incluye el mejoramiento de ciertos productos. En materia de inmuebles, y teniendo en cuenta que los inmuebles usados se incluyen en el espectro de la ley, podría abarcar las tareas de modificación o mejoramiento de la construcción ya realizada<sup>47</sup>.

6) Importación: El artículo 9º inciso 1 del Código Aduanero establece que importación es la introducción de cualquier mercadería a un territorio aduanero (ámbito terrestre, acuático y aéreo sometido a la soberanía de la Nación Argentina). El artículo 10 de dicho Código establece que es mercadería todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado. El apartado 2 agrega que se consideran igualmente como si se tratara de mercadería:

a) las locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el exterior, cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, excluido todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios;

b) los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual.

Por su parte, el artículo 91 del Código Aduanero dispone que son importadores las personas que en su nombre importan mercadería, ya sea que la trajeren consigo o que un tercero la trajere para ellos. En los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 10, serán considerados importadores las personas que sean prestatarias y/o cesionarias de los servicios y/o derechos allí involucrados.

7) Concesión de marcas: Este concepto debe tener un alcance amplio y debe abarcar la posibilidad de que el proveedor de producto o servicio pueda utilizar la marca en el producto o servicio o en la forma de su comercialización. Incluye no sólo la “licencia” de la marca en sentido estricto, sino también cabe entender lo siguiente:

(i) Puede tratarse de una marca registrada o no, ya que también podría incluirse designación de actividades, con o sin fines de lucro (art. 27, ley 22.362), marcas notoria o directamente marcas que no han sido inscriptas.

(ii) Puede consistir en una marca registrada que no haya sido renovada dentro de los cinco años previos a su vencimiento (art. 5, ley 22.362), ya que el fundamento de la inclusión en la noción de proveedor radica en la apariencia o garantía que genera la marca frente a terceros.



(iii) Incluye las marcas adquiridas por cualquier medio, inscripción, transferencia, reivindicación u otras formas.

(iv) La concesión (*latu sensu*) puede estar incluida en cualquier convenio o licencia que permita o autorice a utilizar la marca a un tercero y no es necesario que sea un contrato autónomo sino que puede ser incluido en el marco de otros contratos más amplios (franquicia, distribución, comercialización, etc.) o incluso en la transferencia de un fondo de comercio (art. 7, ley 22.362).

(v) Las limitaciones contractuales que se establecen para la explotación de la marca no son oponibles al consumidor

Por ello, si el empresario (que explota una marca ajena) comercializa el producto en contravención a lo pactado (v.gr., lo hace dentro de un radio geográfico no permitido o en un mercado especialmente restringido). Tampoco es oponible al consumidor la exención de responsabilidad pactada entre el titular de la marca y el licenciante.

Eventualmente, y en lo que resarcimiento se refiere, deberá demostrar el titular de la marca o designación que la causa del daño le ha sido ajena para eximirse de los daños que pudieran serle imputables.

(vi) Si la utilización de la marca se ha realizado de manera clandestina (esto es, sin licencia, “concesión” o autorización del titular) es razonable interpretar que no puede responsabilizarse al titular de la marca por los daños que se han ocasionado con productos viciosos (ni menos exigir el cumplimiento de las disposiciones en la LDC).

(vii) La licencia de la marca puede abarcar la consignación de la marca en el producto (o incluso ser comercializado un producto de una determinada marca directamente por el distribuidor) o la denominación del negocio o empresa en el cual se comercializan productos variados. En este último caso, y dependiendo de las circunstancias del caso, deberá analizarse el grado de confusión que puede generar en los consumidores la utilización de la marca en el negocio explotado.<sup>48</sup>

Comprende, por tanto, los supuestos de los sujetos de los contratos de *merchandising*, *sponsorio*, a quienes realizan “alianzas de marcas” (contratos de *joint branding* o *cobranding*<sup>49</sup>) y al franquiciante en el contrato de *franchising*, en concordancia con el artículo 40 de la LDC que hace referencia a “todo aquel que ha puesto su marca”.

8) Distribución: Aquí cabe señalar que no debe entenderse distribución en sentido estricto, sino incluir a todos los contratos que tienen una finalidad económica de distribución de bienes con fines de comercialización: concesión, agencia, distribución, suministro, franquicia, consignación. También quedan incluidas aquellas categorías de contratos que tienen por objeto la sola distribución, sin un objeto de comercialización que integre la causa del negocio<sup>50</sup>, como por ejemplo, agencia, concesión, franquicia, etc.

9) Comercialización: En este apartado incluimos a toda persona que ofrece bienes o servicios, esté o no comprendido dentro de la definición de comerciante del Código de Comercio, ya sea mayorista o minorista. Incluye aquí a los vendedores mencionados en el artículo 12 de la LDC.

Creemos igualmente que la enumeración es enunciativa y abarca a todo el que obtenga provecho de la oferta de bienes y servicios. Debemos agregar, como sujetos obligados, por ejemplo, a los transportistas, mencionados en el artículo 40 de la LDC, a los organizadores de espectáculos públicos, a los concesionarios de rutas con peaje, a los publicistas y agencias publicitarias y protagonista del mensaje publicitario<sup>51</sup>, a los prestadores de servicios conforme el artículo 58 de la LDC y a todos los intermediarios, también en virtud de la norma antes mencionada. En virtud de esta última norma es que podemos incluir, por ejemplo a los agentes auxiliares del comercio<sup>52</sup>.

Por último, y conforme hemos sostenido en diversos foros científicos<sup>53</sup>, creemos importante la inclusión en el ordenamiento del consumo el instituto del levantamiento del velo societario. En tal caso, el juez, de oficio o a pedido de parte, mediante resolución fundada, frente a la acción u omisión en perjuicio del consumidor dispondrá el levantamiento del velo societario cuando la personalidad jurídica encubra la consecución de fines extrasocietarios; constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe; configure abuso del derecho o violación del estatuto o del contrato social; o sea utilizada para frustrar derechos de terceros o del consumidor. Creemos que dicho instituto que se encuentra regulado en otras áreas y es aplicado en numerosos fallos laborales y societarios, puede extenderse razonablemente a la protección de consumidores y usuarios. El

levantamiento del velo societario tiene por finalidad crear un punto de inflexión en la perspectiva limitadora de los riesgos empresarios generales propugnando la no separación de las personalidades involucradas en la organización de negocios, pero siempre frente a determinadas situaciones. Este instituto se encuentra vinculado a las decisiones judiciales y no implica anular la personalidad jurídica, sino apunta al levantamiento del velo en determinados casos, principalmente en aquellos en que la persona jurídica es utilizada para incumplir el ordenamiento jurídico y cumple con la protección de los consumidores y usuarios que es el fin de ordenamiento especial y del mandato constitucional (art. 42 CN). En el Derecho Comparado, contamos con la experiencia de Brasil, a través del Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/1990) y el nuevo Código Civil y Comercial Unificado (Ley 10.406/2002).

*IV. Destinados a consumidores o usuarios.* Los bienes y servicios deben estar destinados a los sujetos protegidos por el sistema para la satisfacción de necesidades personales o de su familia o grupo social. Quedan por tanto excluidas aquellos contratos entre empresas, independientemente de que las mismas sean grandes, medianas o pequeñas, cuando el destino del producto sea un insumo para una actividad productiva, comercial o profesional, sea dicho insumo parte o no de la actividad principal de la actividad. Por ejemplo, la jurisprudencia ha excluido como supuesto de relación de consumo si los vehículos se adquirieron para prestar servicios a terceros (en el caso, 32 autos para flota de remises)<sup>54</sup>.

## **V. Limitaciones respecto a ciertos proveedores**

En el presente apartado analizaremos los casos de aquellos proveedores de bienes y servicios que se encuentran excluidos del sistema de protección a los consumidores, ya sea de manera total o parcial.

### *a) Profesionales liberales*

El segundo párrafo del artículo 2 de la LDC establece que no están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por

colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.

Dicha excepción al régimen protectorio ha merecido numerosas críticas por parte de la doctrina nacional, que la consideran contraria al principio de igualdad y al ejemplo que dichos profesionales deben brindar a la comunidad<sup>55</sup>.

Para poder ser comprendido dentro de esta previsión legal, debe cumplimentarse con los siguientes requisitos:

1) *Debe tratarse de servicios de profesionales liberales.* Cuando hablamos de “profesión” podemos afirmar que se trata de toda actividad desarrollada públicamente, de modo habitual y como fuente principal de ingresos<sup>56</sup>. Constituyen notas características de la profesionalidad: autonomía técnica, habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, sujeción a normas reglamentarias y éticas, no siendo imprescindible el título universitario<sup>57</sup>. Dentro del género “profesión” encontramos a las llamadas “profesiones liberales”, comprendiendo la especie servicios puramente intelectuales. La calificación de “liberal”, apunta a la libertad, a la ausencia de controles, a la autonomía y soberanía con que desarrollan sus actividades<sup>58</sup>. En materia tributaria se consideran profesiones liberales a aquellas que se encuentre regladas por ley, que requieren matriculación o inscripción en los respectivos Colegios o Consejos Profesionales, acreditación del grado universitario con el correspondiente título expedido por universidades nacionales o privadas debidamente reconocidas, realizadas en forma libre, personal y directa y cuya remuneración por la prestación efectuada se manifiesta bajo la forma de honorarios<sup>59</sup>. Esta “libertad”, “autonomía” y casi “soberanía” de los profesionales liberales en la etapa decimonónica en que fue redactado el Código Civil de Vélez Sarsfield ha venido a sufrir importantes transformaciones, como al masificación de las relaciones profesionales, la despersionalización de las condiciones de trato y atención y una creciente “proletarización” de los profesionales liberales, que en muchos casos no son más que trabajadores en relación de dependencia con su autonomía limitada a los aspectos técnicos de su profesión. A aquellos profesionales liberales que ejercen en forma libre su profesión apunta la norma en cuestión. En esta categoría podemos mencionar a los profesionales del derecho

(abogados, escribanos, procuradores, traductores públicos, calígrafos públicos), de la salud (médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros, kinesiólogos, nutricionistas, fonoaudiólogos, radiólogos, bioquímicos, farmacéuticos, obstétricos, veterinarios), de las ciencias económicas (contadores públicos, economistas, actuarios), de las ciencias sociales (trabajadores sociales, sociólogos, politólogos, antropólogos) y otras disciplinas (arquitectos, ingenieros, biólogos, agrimensores, geólogos, etc.). Quedan excluidos por tanto aquellos profesionales donde prima el conocimiento manual y técnico, como electricistas, plomeros, gasistas o carpinteros<sup>60</sup>.

2) *Que requieran para su ejercicio título universitario.* Otro requisito que establece la norma es que la prestación de dichos servicios sea incumbencia profesional exclusiva de graduados de instituciones de educación superior universitaria con título reconocido a nivel nacional por las autoridades educativas, de conformidad con la Ley de Educación Superior (Ley 24.521) En este punto dejamos afuera de la exclusión, y por tanto dentro del sistema de protección al consumidor como proveedores, a los profesionales con títulos de educación secundaria técnico-profesional (maestros mayores de obra, constructores, técnicos electricistas, electrónicos, mecánicos, informáticos, agropecuarios, etc.) o superior no universitaria (técnicos terciarios en sistemas, higiene y seguridad en el trabajo, gastronomía, jardinería, enfermería, locutores, agentes de propaganda médica, etc.) reguladas por las leyes 26.058 de Educación Técnico Profesional y 24.521 de Educación Superior. Cabe dicha aclaración porque en algunos de los casos poseen matrícula profesional e incluso colegiación (v. gr. maestros mayores de obra, gestores, agentes de propaganda médica, etc.).

3) *Con matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.* Debe tratarse de profesiones que requieran para su ejercicio la matriculación obligatoria. Dicha matrícula puede ser organizada por la Administración (por ej., en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, la matrícula de profesionales de la salud) o por entes públicos no estatales, como son colegios o consejos profesionales (por ej., en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, la matrícula de profesionales del derecho y las ciencias económicas). Quedan excluidas de esta previsión

aquellas profesiones universitarias que no requieran matriculación obligatoria.

Esta exclusión general tiene una primera excepción en la publicidad que se haga del ofrecimiento de los servicios de profesionales liberales. Ello implica que si los profesionales utilizan publicidad la misma estará comprendida por el sistema de defensa del consumidor, en cuanto a las previsiones de los artículos 7 y 8 de la LDC y respecto a las regulaciones en materia de ilicitudes publicitarias. Otros autores, en tesis minoritaria en doctrina<sup>61</sup>, entienden que cuando los profesionales en su ejercicio libre hagan publicidad, se someten voluntariamente al régimen de la LDC.

En segundo lugar, podemos mencionar a aquellos profesionales que incurran en las prácticas abusivas prohibidas en el artículo 8 bis (condiciones de atención y trato indigno y/o inequitativo, conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias e intimidatorias, diferenciaciones sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios a consumidores extranjeros u otorgar apariencia de reclamo judicial a reclamos extrajudiciales de deudas). Ante tales prácticas abusivas los profesionales serán pasibles de las sanciones administrativas previstas por el artículo 47 de la LDC y responsables de la reparación de daños a los consumidores, incluidos los daños punitivos o multa civil establecida en el artículo 52 bis de la LDC. El fundamento normativo de dicha afirmación es el último párrafo del artículo 8 bis cuando prevé hacer *“extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.”* Esta previsión tiene especial trascendencia para los profesionales del derecho, especialmente en el supuesto de cobranzas extrajudiciales de deudas<sup>62</sup>.

Otra excepción que hace incluir a las profesiones liberales dentro del régimen tuitivo del consumo son los supuestos de bienes o servicios que no constituyen incumbencias exclusivas de los profesionales involucrados. Así, se inscriben los tratamientos estéticos que puedan brindar médicos dermatólogos o kinesiólogos, productos de perfumería vendidos en una farmacia, el servicio de ambientación o el servicio de decoración de interiores desarrollada por un arquitecto, los llamados “pet shops” dirigidos por un veterinario, etc., En este

entendimiento, la jurisprudencia entendió que resultaban aplicables las normas de defensa del consumidor al supuesto de una persona que había comprado un perro en una veterinaria, que murió a los pocos días<sup>63</sup>.

También se encontrarán comprendidos dentro del ámbito del sistema de defensa de los consumidores los profesionales liberales que desarrollan su actividad organizada en forma de empresa<sup>64</sup>. Así, el médico que dirige una clínica, el contador público que preside una firma de auditoría externa o el abogado que regentea una empresa de atención integral de víctimas de accidentes de tránsito, entre otros. Sostiene Wajtraub que cuando se ejerce la actividad en forma de empresa, se diluye la figura del profesional liberal para conformarse la de proveedor<sup>65</sup>. Establece la norma antes mencionada que ante la presentación de denuncias por los usuarios y consumidores que no se vincularen con la publicidad de los servicios, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

#### b) *Transporte aeronáutico*

El artículo 63 de la LDC establece que para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley.

Dicho artículo había sido derogado por artículo 32 de la Ley 26.361, pero dicha derogación fue observada por artículo 1º del Decreto 565/2008.

En este sentido, cabe formular las siguientes consideraciones. En primer término, cabe recordar que el contrato de transporte aéreo es aquel en virtud del cual, “una parte se obliga a trasladar a personas o cosas, de un lugar a otro, en aeronave y por vía aérea, y la otra a pagar un precio como contraprestación”<sup>66</sup>.

En los casos derivados del contrato de transporte aéreo se aplican las normas del Código Aeronáutico para el transporte interno de cabotaje y la Resolución 1532/98 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos sobre Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo y las convenciones internacionales a las cuales adhirió nuestro país –“Sistema de Varsovia”– para el transporte internacional de pasajeros, equipajes y carga, siendo de carácter

supletorio, sólo lo no previsto por sus normas específicas, las normas del derecho del consumidor<sup>67</sup>.

Esta exclusión entendemos que es inconstitucional, por vulnerar los principios de igualdad y no discriminación; no obstante, no obstan la aplicación de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional en el supuesto de contratos de transporte aéreo (derecho a la información, a la protección de salud, seguridad e intereses económicos, a la libertad de elección, a condiciones de trato digno y equitativo, a sistemas eficaces de prevención y resolución de conflictos y al acceso a la justicia.)

Por consiguiente, excluyendo los supuestos de daños materiales, donde operan las topes indemnizatorios, incumplimientos por inclemencias meteorológicas o averías y prescripción que se rigen por las normas del Derecho Aeronáutico y en el resto de los supuestos se aplicarán las normas del Derecho del Consumidor; por ejemplo, casos de cancelación de vuelos, “*overbooking*” o sobreventa de pasajes, retrasos o trato discriminatorio, etc.<sup>68</sup>

## VI. Palabras finales

De conformidad con todo lo expuesto con anterioridad, podemos formular las siguientes reflexiones finales:

1. El ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor argentino se determina a partir de la existencia de una relación de consumo: vínculo jurídico entre consumidores y proveedores;
2. La categoría de consumidor, nacida de la idea de vulnerabilidad, se estructura a partir del destino final de los bienes y/o servicios a la satisfacción de necesidades privadas, domésticas, personales o no lucrativas del consumidor, su familia o grupo de referencia;
3. El concepto de consumidor comprende tanto a consumidores directos, indirectos como expuestos a prácticas comerciales;
4. El concepto de proveedor comprende a todos los que intervienen en la cadena de producción, importación, distribución y comercialización y directa o indirectamente participan, obtienen ganancias u otros beneficios, en la provisión de bienes o servicios a consumidores, estén no organizados como empresa;



5. A partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial no se han producido cambios en el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor;

6. El nuevo Código Civil y Comercial constituye un aporte significativo en pos de la consolidación y fortalecimiento del Derecho del Consumidor argentino, que expresa las inquietudes, demandas y propuestas de varias generaciones de juristas, que contribuyeron y contribuyen a la construcción del Derecho del Consumidor en nuestro país.

## Notas

- \* Sergio Sebastián Barocelli. Profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).
1. En España y en Chile, si bien no hay referencia normativa expresa a la “relación de consumo” la normativa refiere a las “relaciones” entre consumidores y proveedores o empresarios.
  2. Conf. FARINA, Juan M.; *Defensa del consumidor y del usuario*, Ed. Astrea, Bs. As., 1995, pág. 7, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F”, “*Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otro s/ daños y perjuicios*” y “*Borneo, Mario Blas Andrés c/Camino del Atlántico S.A. s/cobro de sumas de dinero*”, votos de la Dra. Highton de Nolasco.
  3. Conf. RINESSI, Antonio J., *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*, Astrea, Bs. As., 2006, pág. 13.
  4. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 74.
  5. NUNES, Rizzatto, *Curso de Direito do Consumidor*, Saraiva, San Pablo (Brasil), 2009, 4. ed. p. 71.
  6. Sobre este punto ver: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “*Responsabilidad precontractual*”; *aportes para su estudio*, en La Ley 1998-D, 1229.
  7. Sobre este punto ver: LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P., “*La responsabilidad postcontractual*”, La Ley 19.07.2002 y LOPEZ MESA, Marcelo J., “*La responsabilidad postcontractual*”, [www.eldial.com](http://www.eldial.com).
  8. Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor*, ley 24.240, Rubinzal Culzoni, 1a. ed. Santa Fe. 1993, p. 21.
  9. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Los derechos de la sustentabilidad. Desarrollo, consumo y ambiente*. Colihue Universidad, 2007, Bs. As., p. 13.
  10. Conf. Despacho de la Comisión de Consumidor de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en [http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES\\_COMISION\\_8.pdf](http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_8.pdf)
  11. La noción de consumidor *hipervulnerable* no se encuentra expresamente consagrada en nuestro derecho positivo pero si ha sido acogida por la doctrina y jurisprudencia.

- Podría sostenerse que encuentra una mención tangencial, tras la reforma de la Ley 26.361, en el artículo 60 de la LDC, referida a los planes de educación al consumidor, en el que se establece que deberá garantizarse “*la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.*” En las conclusiones de la Comisión de Consumidor de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se estableció que “*Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio.*” ([http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES\\_COMISION\\_8.pdf](http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_8.pdf)). Sobre el concepto de consumidores hipervulnerables, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Los consumidores hipervulnerables como colectivos de especial protección por el Derecho del Consumidor, en STIGLITZ, Gabriel A. – Alvarez Larrondo, Federico M., Derecho del consumidor, *Problemática general del régimen de defensa del consumidor*, Hammurabi, Bs.As, 2013, p. 165 y BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia”, DJ 29/05/2013, 3.
12. Para profundizar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián y ARIAS CÁU, Esteban J., “*Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos*”, LA LEY 05/09/2014, 4.
  13. BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf>
  14. RAMSEY, Ianin, *Consumer Protection Text and Materials*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 11 citado por PORTO MACEDO, Rolando Jr. “*Contratos relacionales y defensa del consumidor*”, LA LEY, BS. AS., 2006, p. 169.
  15. Nos referimos por “tipicidad social”, a los contratos que si bien carecen de regulación legislativa, su frecuente reiteración lleva a que adquieran un “nombre” e incluso una “normativa”, que no está incorporada en ley alguna, pero que surge de los usos y costumbres y llega a ser aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. (Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Contratos atípicos en la doctrina y jurisprudencia argentinas*, en *Doctrina de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, <http://www.acaderc.org.ar>)
  16. Conf. WAJNTRAUB, Javier H., “*La noción de consumidor tras la Reforma de la ley 24.240*”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 153.
  17. Sobre este punto ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*El comodato y el régimen de defensa del consumidor*”, Doctrina Judicial. 19/08/2009.
  18. Conf. SANTARELLI, Fulvio G., “*Hacia el fin de un concepto único de consumidor*”, LA LEY, 7/9/2009
  19. Ciertamente es que ante esta modificación, y aun con la redacción anterior, se dan casos de ciertas situaciones “fronterizas”, tales como el uso promiscuo de bienes

o servicios para personal y comercial o profesional, la situación del adquirente empresario sobre bienes y servicios distinto de su actividad profesional, particularmente en el caso de pequeñas y medianas empresas y sujetos con superioridad técnica y económica (seguros, servicios financieros, etc.), las ventas de subsistencia, entre otras, en las que la doctrina y jurisprudencia no es unívoca respecto a la aplicación del sistema de defensa del consumidor. Ciertamente es también que habrá que analizar cada caso en particular, teniendo en presente los principios del Derecho del Consumo, en particular el de interpretación *favor consumitoris*, como así también, de *lege ferenda* instar a la inclusión de determinados institutos del derecho del consumidor al derecho común.

20. Para profundizar sobre el tema, ver: MORO, Emilio F., *Las Sociedades Comerciales frente al Derecho del Consumidor*, Delta Editora, Paraná, 2014.
21. Conf. WAJNTRAUB, Javier, en MOSSET ITURRASPE, WAJNTRAUB, GOZAÍNI, *La ley de defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni Santa de, 2008, p. 39.
22. Conf. SANTARELLI, Fulvio, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, anotada y comentada.*, La Ley, Bs As. 2009, T. I. p. 51
23. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “*Los centros comerciales ante el derecho del consumo argentino*”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, anotada y comentada.*, La Ley, Bs As. 2009, T. II, p. 603.
24. [www.rae.es/equiparar](http://www.rae.es/equiparar)
25. BAROCELLI, Sergio SEBASTIÁN, “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, DCCyE 2015 (febrero), 63.
26. Para profundizar sobre este punto, ver: Barocelli, Sergio Sebastián, “*Contratos de seguros y derecho del consumidor. Diálogo de fuentes y perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial*”, RDCO 273 – 1021.
27. Para profundizar sobre el punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Los sujetos expuestos a una relación de consumo*”, DJ 11/05/2011, 1., BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Protección de las víctimas expuestas a una relación de consumo por el sistema de defensa del consumo*”, Revista “Trabajos del Centro”, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, n. 9/10 (2011) en <http://cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/114/157> y BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo*, en <http://www.astrea.com.ar/resources.php?what=%2Ffiles%2Farticles%2Fdoctrina0352.pdf>
28. Un producto es defectuoso según el art. 6 de la Directiva “*cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación.*”

29. Según el Cambridge Advanced Learner's Dictionary, "bystander" es: "a person who is standing near and watching something that is happening but is not taking part in it.", esto es, aquella persona que se encuentra cerca de algo o mirando algo, pero sin ser parte. (<http://dictionary.cambridge.org>)
30. En este caso serían de aplicación las normas del Derecho del Trabajo.
31. Posición que sustentáramos en nuestra ponencia en la Comisión de Consumidor de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C8/C8-005.pdf>
32. SANTARELLI, Fulvio Germán, "*Hacia el fin de un concepto único de consumidor*", LA LEY 2009-E, 1055.
33. RUSCONI, Dante D., "*La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumido*", JA 2008-II-1225 – SJA 28/5/2008.
34. STIGLITZ, Rubén S., "*Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 103.
35. BAROCELLI, Sergio Sebastián, "*El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*", <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf>
36. Conf. BAROCELLI, Sergio Sebastián, "*Derecho del Consumidor frente al Estado como proveedor de bienes y servicios*", IJ Editores, 20.12.2010, IJ-XLII-6.
37. En esta tesis, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó que a los fines de establecer la noción de proveedor resultará determinante su carácter profesional; no obstante agregaron los Dres. Frustagli, Flass, Calderón, Bargaballo, Canteros, Gutierrez Juncos, Ramirez, Castillo, Di Giusto, Aita Tagle, Franco, Hernandez y Tinti: que "*a los fines de determinar la noción de proveedor, excepcionalmente, podrá considerarse que es proveedor quien se vale de un profesional para ofrecer productos y servicios en el mercado y, en consecuencia, quedar sujeto al estatuto de defensa del consumidor*". ([http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/com09\\_%20 conclusiones\\_consumidor.doc](http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/com09_%20 conclusiones_consumidor.doc))
38. SANTARELLI, Fulvio G., "*Hacia el fin de un concepto único de consumidor*", LA LEY, 7/9/2009.
39. WEINGARTEN, Celia y otros, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs As, 2007, p. 243.
40. Conf. Molina Sandoval, Carlos A., *Derecho de consumo*, Córdoba, 2008, ADVOCATUS., p. 22.
41. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "*Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor*", LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2008, p. 81 y ss.
42. La Ley 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad, en su art. 4, establece que serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial: a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su

aprovechamiento por el hombre. b) Asimismo será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica. c) Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hechos públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero. d) Habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente. e) Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiendo al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios.

43. En materia de modelos industriales resultarán de aplicación las disposiciones del Decreto-Ley 6.673/63, ratificado por la Ley 16.478, de Modelos y Diseños Industriales, que en su artículo 3 dispone que se considera modelo o diseño industrial a las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieren carácter ornamental.
44. Los programas de computación se encuentran contemplados dentro de las obras protegidas por el Derecho de Autor regulado por la Ley 11.723, merced a la modificación de la Ley 25.036. Cabe igualmente recordar que el art. 5º de la Ley 25.922 de Promoción de la industria del software define al software como la expresión organizada de un conjunto de órdenes o instrucciones en cualquier lenguaje de alto nivel, de nivel intermedio, de ensamblaje o de máquina, organizadas en estructuras de diversas secuencias y combinaciones, almacenadas en medio magnético, óptico, eléctrico, discos, chips, circuitos o cualquier otro que resulte apropiado o que se desarrolle en el futuro, previsto para que una computadora o cualquier máquina con capacidad de procesamiento de información ejecute una función específica, disponiendo o no de datos, directa o indirectamente.
45. El artículo 1º de la Ley 11.723 establece: “A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”

46. Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2.008, p. 81 y ss.
47. Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2.008, p. 81 y ss.
48. Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2.008, p. 81 y ss.
49. Sobre este punto ver: WEINGARTEN, Celia, y otros, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2007, p. 98 y ss.
50. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, 2005, Santa Fe, p. 100.
51. Conf. WEINGARTEN, Celia, y otros, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2007, p. 122.
52. El artículo 87 del Código de Comercio dispone: “Son considerados agentes auxiliares del comercio, y, como tales, sujetos a las leyes comerciales con respecto a las operaciones que ejercen en esa calidad:
  - 1° Los corredores;
  - 2° Los rematadores o martilleros;
  - 3° Los barraqueros y administradores de casas de depósito;
  - 4° Los factores o encargados, y los dependientes de comercio;
  - 5° Los acarreadores, porteadores o empresarios de transportes.”
53. Jornadas preparatorias a las XXII Nacionales de derecho Civil, Resistencia 6 de junio 2009, XXII Nacionales de derecho Civil, Cordoba 24 de septiembre 2009.
54. C Nac. Com., sala B, 21/12/2005, “Blue Way S.A. v. Cidef Argentina S.A. y otro”, Lexis 1/70022923-2.
55. En este sentido: GOZAÍNI, Osvaldo A., “¿Quién es consumidor, a los fines de la protección procesal?”, LL 2003-C, 1054; GHERSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia, *Visión integral de la nueva ley del consumidor*, DJ 23/04/08 y XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1995.
56. NICOLAU, Noemí Lidia (directora), *Fundamentos de Derecho Contractual*, T. II. La Ley, Avellaneda, 2009, p. 349.
57. Conf. Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Lomas de Zamora, 1988; V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro; II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1989, entre otros encuentros jurídicos.
58. NICOLAU, Noemí Lidia (directora), *Fundamentos de Derecho Contractual*, T. II. La Ley, Avellaneda, 2009, p. 351.
59. Artículo 8° de la Resolución 180/88 de la Dirección Provincial de Rentas de Santa Fe.
60. Conf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Hammurabi, Bs., As., 1998, p. 14 y ss.

61. Conf. WAJNTRAUB, Javier H., “*La noción de consumidor tras la Reforma de la ley 24.240*”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 153.
62. En jurisprudencia anterior a la reforma: “Ocasiona un daño moral por su carácter intimidatorio y amenazante la nota con apariencia de cédula judicial que el letrado apoderado del banco enviara a la escuela donde trabajaba la deudora docente, con indicación de la decisión de ejecutar, aviso de embargo, sin indicar monto adeudado ni fijar plazo para recibir el mismo, dando cuenta de la existencia de deuda en mora y de lo infructuoso de las diligencias de cobro intentadas, máxime si la deudora había cuestionado el monto de la deuda”. (CNCom., sala E, 10/02/2006 “*Lloyds TSB. Bank v. F. M. E.*”, JA 2006-III-43).
63. CNFed CA, sala II, “*Poggi, José M. F. c/Secretaría de Comercio e Inversiones*”, 06/05/1999, JA, 2000-III-387, Ed, 189-471.
64. Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102.
65. WAJNTRAUB, Javier H., *Protección jurídica del consumidor*, LexisNexis – Depalma, Bs. As., 2004, Lexis 3201/000704.
66. VIDELA ESCALADA, Federico, *Manual de derecho aeronáutico*, Zavalía, Bs. As., 1996, p. 373.
67. AGOSTINELLI, Carlos, “*Transporte aéreo y derechos de los consumidores*”. Análisis del Decreto 565/2008, en ARIZA, Ariel, *La reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*. Abeledo Perrot, Gerli, 2008, p. 221.
68. MOERMANS, Daniel y VIOLA, Martín Sebastián, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (directores) *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Avellaneda, 2009, T. I., p. 736 y ss.; BELTRAMO, Andrés – ESTEVARENA, Emiliano, “*Derechos del consumidor y derecho de daños en el transporte aeronáutico*”, Revista Jurídica de Daños – Número 7 – Noviembre 2013. Fecha: 19.11.2013. Cita: IJ-LXIX-845.





A VENDA DE BENS DE  
CONSUMO  
— OS MEIOS DE TUTELA DO  
COMPRADOR\*

RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE\*\*  
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

## **EXCERTOS**

*“No concernente à disciplina geral da compra e venda em Portugal, são de fato várias e ponderosas as razões que justificam a existência de um regime especial para a venda de bens de consumo”*

*“Para repor a conformidade, o consumidor pode exigir a reparação do bem, que consiste na eliminação do defeito ou na introdução das alterações necessárias para que o produto adquira o estado contratualmente estabelecido”*

*“A livre escolha do consumidor entre os diversos meios de tutela ao seu dispor, só poderá ser travada quando a sua pretensão representar uma desvantagem muito maior para o vendedor do que a vantagem que ele obtiver, em comparação com as outras soluções”*

*“Os limites à responsabilidade direta do produtor (e do seu representante) perante o consumidor apenas resultam da eventual impossibilidade da solução ou da sua desproporção”*

## Introdução

Entre os objetivos visados pelo legislador comunitário com a adoção da Diretiva 1999/44/CE, respeitante a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, avultou a finalidade de facilitar a livre circulação de mercadorias, evitando distorções de concorrência e eliminando a insegurança criada pela diversidade de regimes, criando um corpo mínimo de regras nucleares que fossem aplicáveis independentemente do Estado-membro em que os bens fossem vendidos.

Para fortalecer esse desiderato, contribuiu também o reconhecimento de que era necessário modernizar as regras nacionais sobre venda de coisas defeituosas, concebidas para reger modelos de produção e aquisição de bens ultrapassados (hoje predomina o modelo da venda de coisas genéricas, ao contrário do que sucedia no passado, em que prevalecia o modelo da venda de coisas específicas) ou sobre relações económicas superadas (entre produtor/vendedor e comprador/consumidor) que, em muitos casos, já não refletem as atuais condições da produção, distribuição e consumo em massa<sup>1</sup>.

### **1. A insuficiente proteção dispensada ao consumidor pelo regime geral da compra e venda**

No que concerne à disciplina geral da compra e venda em Portugal, são de fato várias e ponderosas as razões que justificam a existência de um regime especial para a venda de bens de consumo.

Por um lado, a disciplina comum cria uma distorção grave em prejuízo do comprador, ao excluir a responsabilidade do vendedor quando desconheça sem culpa, nos termos do artigo 914º, CC, o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece, fazendo assim recair sobre o adquirente esse risco. Como o comerciante age como simples distribuidor do produto, não lhe seria difícil ilidir a presunção de culpa que baseia o referido dever de reparar ou substituir a coisa defeituosa, assim como a indenização do dano negativo, prevista no artigo 915º e a própria responsabilidade contratual comum pelo interesse positivo (artigo 799º/1), uma vez que o vendedor se limita em regra a transmitir

a coisa ao consumidor tal e qual como a recebeu do seu fornecedor. Em contrapartida, o vendedor de bens de consumo responde objetivamente perante o consumidor, sem prejuízo do direito de regresso que lhe assiste contra o profissional a quem adquiriu a coisa (artigo 7º, n. 1, do DL 67/2003, de 8 de abril, com as alterações introduzidas pelo DL 84/2008, de 21 de maio).

Por outro, o regime geral também estabelece prazos demasiado curtos de denúncia dos vícios ou defeitos das coisas móveis e de caducidade da ação de garantia (30 dias depois de conhecido o defeito e dentro dos seis meses após a entrega da coisa), sobretudo porque contados a partir da entrega da coisa (artigo 916º/2, *in fine*) e não do momento em que o comprador conheceu ou devia ter conhecido o vício, de forma a não desacautelar os vícios ou defeitos que apenas se revelam com o uso intensivo e prolongado da coisa. Neste último sentido, aponta corretamente o disposto no artigo 5º – A, n. 2, do DL 67/2003, o qual estipula que os prazos de denúncia da falta de conformidade se contam da data em que tenha sido detectada.

Em terceiro lugar, segundo o regime comum, caberia ao consumidor fazer a prova da existência do vício à data da entrega para desencadear o funcionamento da presunção de culpa do vendedor (artigo 799º/1, CC), tarefa que lhe seria em regra praticamente impossível de se desenvolver por incapacidade técnica e económica para custear a intervenção de peritos. Ao invés, o artigo 2º, n. 2, do DL 67/2003 criou quatro presunções de desconformidade que correspondem às situações em que o consumidor está tipicamente carecido de proteção, facilitando consideravelmente o seu trabalho probatório, auxiliado ainda pela presunção de que já existiam à data da entrega as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da entrega de coisa móvel ou imóvel, respectivamente (artigo 3º, n. 2, do DL 67/2003).

Em quarto, o regime geral da compra e venda estabelece uma diferenciação contestadíssima em matéria de coisas defeituosas, cuja aplicação às relações de consumo poderia importar uma considerável desproteção do consumidor.

Com efeito, nos termos conjugados dos artigos 913º e 905º, se a coisa adquirida pelo comprador já era defeituosa ao tempo da

celebração do contrato, a lei entende que existe erro do adquirente ao comprar uma coisa com defeito, sendo o contrato anulável por erro nos termos gerais. Só haverá cumprimento defeituoso se, nos termos do artigo 918º, o defeito na coisa imputável ao vendedor for posterior à celebração do contrato. Esta solução também se aplica aos casos em que a venda tem por objeto uma coisa futura ou indeterminada de certo género, dado que ainda não existindo a coisa ao tempo da celebração do contrato ou não estando determinada, não pode obviamente existir erro do comprador, pelo que se deve aplicar o regime do cumprimento defeituoso.

Tal disparidade de regimes traz consequências inaceitáveis, como tem vindo a ser evidenciado por alguns exemplos sugestivos dados pela doutrina portuguesa. Se o comprador escolher um anel numa ourivesaria e posteriormente descobrir que ele tem um risco, terá que demonstrar que incorreu em erro para obter a anulação do negócio, apenas tendo direito à restituição do preço e a uma indemnização pelos danos emergentes com base no interesse contratual negativo (artigos 915º e 909º), solução que, em regra, ficará muito aquém da cabal satisfação dos interesses do consumidor. Porém, se encomendar um anel à ourivesaria e o vendedor lhe entregar o anel riscado, considera-se existir incumprimento nos termos do artigo 918º, sendo a indemnização delimitada pelo interesse contratual positivo<sup>2</sup>.

Esta dualidade de soluções é de fato injustificável. Em qualquer dos casos existe incumprimento da obrigação de entrega, uma vez que o vendedor deve sempre proceder à entrega da coisa em conformidade com o contrato, o que não se verifica no caso de existir defeito e independentemente de ser anterior ou posterior à celebração do contrato. Para evitar tal aporia, a necessária unificação de regimes sob o quadrante do cumprimento defeituoso foi levada a cabo pela Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias de 1980 e pela Diretiva comunitária 1999/44, sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas, transposta para a ordem jurídica nacional pelo DL 67/2003<sup>3</sup>.

O regime geral  
desconsidera as  
particularidades  
que individualizam  
a posição do  
adquirente  
enquanto  
consumidor

Finalmente, as necessidades de proteção estendem-se igualmente aos terceiros adquirentes, em face dos quais o contrato é uma *res inter alios*, pelo que nunca lhes poderia ser aplicável a disciplina civil da compra e venda. No sentido oposto, determina o artigo 4º, n. 6, do DL67/2003 que os direitos legais do consumidor se transmitem ao terceiro adquirente do bem.

Em suma, o regime geral, porque pensado em abstrato para reger o modelo indiferenciado vendedor/comprador, desconsidera as particularidades que individualizam a posição do adquirente enquanto consumidor, designadamente os fins de uso do bem que o animam em lugar do seu valor de troca, assim como a desigualdade de qualificações técnicas e de poder económico que limitam a sua força negocial, que acabam por o sujeitar a um ónus excessivo de verificação das qualidades e idoneidade da coisa para o fim previsto (*caveat emptor*), ao arrepio do sentido prosseguido pela evolução legislativa das últimas dezenas de anos de reforçar a proteção do comprador contra os defeitos da coisa vendida (*caveat venditor*)<sup>4</sup>.

## **2. O regime especial da venda de bens de consumo. A garantia contratual injuntiva da qualidade dos bens ou serviços destinados ao consumo. A garantia legal de conformidade e a responsabilidade do vendedor pelos vícios da coisa vendida**

Em contrapartida, o regime especial da venda de bens de consumo obedece ao escopo fundamental de proteção do consumidor, reconhecendo-lhe o direito à qualidade dos bens ou serviços destinados ao consumo, consagrado no artigo 4º da Lei 24/96, de 31 de julho, e nos termos do qual tais bens e serviços devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor. Esta garantia contratual injuntivamente imposta pelo artigo 16º do mesmo diploma legal veio depois conhecer uma densa concretização oferecida pelo artigo 2º, n. 1, do DL 67/2003, de 8 de abril, que impôs ao vendedor a obrigação legal de entregar ao consumidor bens que estejam *em conformidade* com o contrato de compra e venda.

## **2.1 Âmbito de aplicação da garantia. A insuficiência do conceito estrito de “consumidor”**

I. O âmbito de vigência material desta garantia legal é dado pelo artigo 1º-A, nºs 1 e 2, do DL 67/2003, que determinam a sua aplicação não só às vendas de bens de consumo celebradas entre profissionais e consumidores mas também aos bens de consumo fornecidos no âmbito de uma empreitada ou outra prestação de serviços, estendendo-a ainda à própria locação de bens de consumo, o que representa uma inovação introduzida pelo legislador português, dado que a extensão à locação não constava da diretiva comunitária.

De todo o modo, o Decreto-Lei 67/2003 aplica-se apenas às relações de consumo, ou seja, às estabelecidas entre um consumidor e um profissional. O profissional pode ser uma pessoa singular (comerciante) ou coletiva (empresa), incluindo os organismos da Administração Pública, as pessoas coletivas públicas, as empresas de capitais públicos ou detidas maioritariamente pelo Estado, as Regiões Autónomas ou autarquias locais e as empresas concessionárias de serviços públicos.

Por seu lado, o artigo 1º-B, alínea a), define consumidor como “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”<sup>5</sup>.

O uso não profissional consiste na utilização dos bens a título pessoal, familiar ou doméstico. Portanto, não é consumidor quem obtém ou utiliza bens ou serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou da empresa. Este estrito conceito legal de consumidor revela-se insuficiente para proteger adquirentes que carecem de idêntica necessidade de defesa pelos dispositivos específicos de tutela do consumidor. Pense-se, por exemplo, no agente comercial que compra um automóvel para as suas deslocações profissionais, o jurista que compra livros de direito para o exercício da sua profissão ou o médico que adquire um aparelho para o seu consultório, sem esquecer as pessoas coletivas quanto aos bens que não se inserem no exercício da sua atividade principal (v. g., o detergente adquirido pelo restaurante para a limpeza do estabelecimento). Em todos estes

casos, as necessidades de proteção dos adquirentes são iguais às do consumidor comum em virtude de se tratar da parte menos preparada tecnicamente em confronto com um contratante profissional, necessariamente conhecedor dos meandros do respectivo negócio<sup>6</sup>, pelo que se justificava o acolhimento da proposta inicial apresentada pela Comissão Europeia de adotar um conceito mais amplo de consumidor, que abrangesse as aquisições de bens ou serviços efetuadas por profissionais para *utilização final*, ainda que no exercício da sua atividade profissional.

Questão diferente é a de saber que regime aplicar quando o bem adquirido se destina simultaneamente a satisfazer necessidades da vida profissional e pessoal, sendo então indispensável determinar qual é o principal uso dado ao bem; se servir essencialmente para a vida privada, deve aplicar-se a disciplina especial da compra e venda de bens de consumo<sup>7</sup>.

II. Desta forma, o regime legal aplica-se:

a) à compra e venda de bens de consumo em geral, sem excetuar as que tenham lugar por via de leilão, penhora ou outra diligência judicial, ao contrário do estabelecido na diretiva. Neste caso, convém contudo precisar que, nos termos das competentes disposições do CPC aplicáveis à venda forçada de coisas oneradas, o responsável pelos vícios da coisa não é o executado mas o credor ou credores a quem tenha sido atribuído o preço da coisa<sup>8</sup>;

b) ao contrato de permuta de bens de consumo (por exemplo, troca de veículos);

c) ao fornecimento de bens de consumo no âmbito de um contrato de empreitada ou de prestação de serviço (construção de uma mobília, independentemente de os materiais serem fornecidos pelo dono da obra ou pelo empreiteiro);

e) ao contrato de locação de bens de consumo, como será o caso do arrendamento para habitação própria ou dos clássicos alugueres de coisas móveis. O aluguer de longa duração (ALD) e a locação financeira (*Leasing*) também se encontram abrangidos;

f) ao contrato de compra e venda ou fornecimento de bens no âmbito de um contrato de prestação de serviço (v. g., venda de peça incluída na reparação de um aspirador);



g) aos serviços de instalação dos bens de consumo vendidos ou fornecidos (montagem de um eletrodoméstico quando efetuada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade).

Em contrapartida, o regime legal da venda de bens de consumo não se aplica aos contratos celebrados entre profissionais nem aos contratos celebrados entre consumidores ou aos contratos de venda “invertida” de bens de consumo (caso, por exemplo, do *stand* que compra um automóvel a um particular).

## **2.2 Objeto do contrato**

Estão abrangidas todas as coisas corpóreas, móveis e imóveis, novas ou usadas, duradouras ou não duradouras, o que representa uma nova extensão do âmbito da diretiva que excluía os bens imóveis.

## **2.3 O direito do consumidor à conformidade dos bens**

O direito nuclear do consumidor está consagrado no artigo 2º do Decreto-Lei 67/2003 e consiste na conformidade dos bens com o contrato, ou seja, o vendedor tem o dever de entregar o bem conforme o que ficou estabelecido no contrato e de garantir o seu bom estado de funcionamento. A desconformidade de que aqui se trata é apenas material, não estando portanto abrangidos os vícios jurídicos, cujo regime continua a ser o geral (artigos 905º e seguintes, CC)<sup>9</sup>.

O vendedor responde independentemente de culpa pela desconformidade do produto<sup>10</sup>, a qual constitui uma situação de pura discrepância objetiva entre o bem que o vendedor deveria entregar de acordo com o contrato e o bem que efetivamente entregou. Consequentemente, o conceito de desconformidade é mais amplo do que o de vício ou defeito da coisa, visto se manifestar ainda que a coisa não conheça deficiências nem sofra de qualquer atributo negativo<sup>11</sup>.

De todo o modo, a desconformidade manifesta-se caracteristicamente em situações patológicas de vício ou defeito do bem (a tampa do telemóvel não fecha ou alguma das teclas do computador não funciona); de falta de qualidade (o relógio antichoque partiu à primeira queda); de diferença de identidade (em vez da impressora Samsung ML-2160 comprada é entregue uma impressora Samsung ML-2165W) ou diferença de quantidade (o consumidor comprou dois televisores mas apenas lhe foi entregue um).

### 2.3.1 Presunções de desconformidade

O legislador tipificou no artigo 2, n. 2, alíneas a) a d), as quatro situações mais correntes de desconformidade que os consumidores enfrentam, presumindo que os bens não são conformes com o contrato<sup>12</sup>:

**Artigo 2, n. 2, alínea a):** Se forem desconformes com a descrição que deles é feita ou não possuam as qualidades apresentadas pelo vendedor, através de uma amostra ou modelo (v. g., o automóvel não tem os sensores de estacionamento descritos no catálogo do vendedor);

**Artigo 2, n. 2, alínea b):** Se não forem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine, desde que, aquando da compra, tenha informado o vendedor, como será o caso de o telemóvel adquirido pelo consumidor para fazer chamadas em *roaming* não permitir o acesso a esse serviço;

**Artigo 2, n. 2, alínea c):** Se não forem adequados à utilização habitualmente dada aos bens do mesmo tipo, ou seja, não permitirem um uso normal (por exemplo, a câmara de vídeo que afinal não consegue capturar imagens em tempo real);

**Artigo 2, n. 2, alínea d):** Se não tiverem as qualidades e o desempenho habituais dos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, ou seja, não correspondam às legítimas expectativas do consumidor, atendendo à natureza do bem e às declarações públicas feitas pelo vendedor, produtor ou outro representante, sobre as características concretas do bem, nomeadamente, através da publicidade ou rotulagem (por exemplo, a velocidade máxima atingida pelo automóvel fica muito aquém do que era anunciado pela publicidade).

Em matéria de publicidade, importa ter presente o n. 5 do artigo 7º da Lei de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem (...) consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”.

O artigo 2º/4 equipara à falta de conformidade a má instalação do bem de consumo pelo vendedor ou efetuada sob sua responsabilidade (a deficiente instalação da máquina de lavar roupa pelo vendedor),

assim como a má instalação do bem de consumo pelo consumidor por incorreções nas instruções de montagem (a desconformidade resultante das incorretas instruções de montagem de um móvel).

### **2.3.2 Exclusão da garantia de desconformidade**

O artigo 2º, n. 3, enumera três situações em que a desconformidade não releva:

a) se o consumidor conhecia a falta de conformidade, *maxime* quando sabia da existência do defeito ou vício. Será o caso de o vendedor de um automóvel usado informar previamente o consumidor da necessidade de substituição dos pneus, por não estarem em condições de rodagem;

b) se o consumidor não puder razoavelmente ignorar o defeito ou vício, como sucederá se no momento da aquisição do veículo for manifestamente visível o mau estado da pintura, o que constitui um afloramento da figura dos vícios aparentes que, por definição, podem ser detectados caso se empregue um nível comum de diligência;

c) se a desconformidade decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor (v.g., o cliente que entrega ao alfaiate tecido de má qualidade, pelo que o fato se rasgou ao fim de pouco tempo).

### **2.3.3 A verificação da desconformidade à data da entrega**

A verificação da desconformidade é feita no momento em que a coisa é entregue ao consumidor, conforme estabelece o artigo 3º/1<sup>13</sup>.

Consequentemente, a solução legal representa uma derrogação do regime geral do risco nos contratos de alienação, acolhido no artigo 796º, CC, que faz correr por conta do adquirente o risco de perecimento ou deterioração da coisa a partir da celebração do contrato. Com efeito, ao exigir a conformidade da coisa no momento da entrega, afigura-se que o artigo 3º/1 faz correr por conta do vendedor o risco respeitante ao período que medeia entre a celebração do contrato e a entrega da coisa, não sendo de fato compatível com o escopo de defesa do consumidor que o risco já estivesse a correr por sua conta antes ainda de beneficiar da entrega, sob pena de, por exemplo, ter que suportar a inutilização do eletrodoméstico que se queimou por uma sobrecarga da corrente elétrica no estabelecimento do vendedor<sup>14</sup>.

Além disso, o artigo 3º/2 presume que a falta de conformidade que se manifeste dentro do prazo de 2 anos, para os bens móveis, ou de 5 anos, para os bens imóveis, já existia na data de entrega do bem. Isto significa que, se o consumidor demonstra a desconformidade, cabe ao vendedor provar que esta é posterior à data da entrega, ou seja, que não é de origem. Se não o conseguir fazer, considera-se que a desconformidade já existia quando o bem foi entregue.

Essa presunção também se aplica aos bens usados, embora quanto às coisas móveis usadas se deva ter em atenção o preceituado no artigo 5º/2, que permite a redução do prazo da garantia para um ano, mediante acordo das partes.

### **2.3.4 Os meios de tutela do consumidor em caso de desconformidade do produto**

I. Além do direito à indenização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados pelo fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos, consagrado no artigo 12º/1 da Lei 24/96, o consumidor, quando se verifica uma situação de desconformidade do produto, tem direito à sua reposição sem custos, assistindo-lhe os diferentes meios de tutela estabelecidos no artigo 4º do Decreto-Lei 67/2003 (reparação ou substituição do bem, redução adequada do preço ou resolução do contrato), os quais gozam de carácter imperativo nos termos do artigo 10º, que determina a nulidade do acordo ou cláusula que exclua ou limite os direitos conferidos ao consumidor<sup>15</sup>.

A reposição da conformidade obedece a vários parâmetros normativos, devendo ter lugar sem encargos para o consumidor (artigo 4º/3) e em prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, quando se trate de bem imóvel, ou no prazo máximo de 30 dias, quando se trate de bem móvel, não devendo ainda provocar grave inconveniente ao consumidor.

Para repor a conformidade, o consumidor pode exigir a reparação do bem, que consiste na eliminação do defeito ou na introdução das alterações necessárias para que o produto adquira o estado contratualmente estabelecido.

Por sua vez, a substituição implica a entrega de um segundo bem da mesma categoria e que esteja em conformidade com o contrato.

Caso o consumidor opte pela redução adequada do preço, o vendedor tem que devolver a diferença entre o valor pago pelo consumidor e o valor do bem desconforme.

Por fim, a resolução do contrato consiste na extinção retroativa de todos os efeitos do contrato, devendo o consumidor devolver o bem ao vendedor, que, por sua vez, deve devolver ao consumidor o valor pago.

O artigo 4º/4 determina que o consumidor ainda pode optar pela redução adequada do preço ou pela resolução do contrato, mesmo que o bem tenha perecido ou deteriorado por causa que não lhe seja imputável. A norma carece de interpretação cuidada, porque esta solução não significa que depois da entrega da coisa o risco continua em qualquer caso a correr por conta do vendedor, apenas se aplicando obviamente às hipóteses em que o perecimento ou deterioração se devam a falta de conformidade.

Deste modo, caso o automóvel estacionado na garagem do comprador em virtude de deficiência do sistema elétrico seja, por exemplo, destruído por um incêndio, não só a reparação é impossível como também o será a substituição, caso se trate de um veículo usado, pelo que o consumidor ainda poderá exigir a resolução, desde que lhe seja viável provar a desconformidade de que padecia o veículo<sup>16</sup>. A solução vem assim derrogar o preceituado no artigo 432º/2, CC, que proíbe a resolução do contrato pela parte que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, esteja impedida de restituir o que houver recebido. De todo o modo, afigura-se que este benefício concedido ao consumidor face à disciplina comum, já resultaria do disposto nos artigos 2º/1, 3º/1 e 4º/1, do DL 67/2003, de 8 de abril<sup>17</sup>.

II. O artigo 4º/5 permite que o consumidor opte por qualquer destes meios de tutela, a não ser que a solução seja impossível ou o pedido constitua abuso de direito.

O legislador português afastou-se assim da solução preferível preconizada pela diretiva, que hierarquizava os meios de tutela consoante as circunstâncias do caso, criando um primeiro nível de proteção destinado à conservação do negócio e composto pela reparação ou a substituição do bem desconforme, a menos que isso fosse impossível ou desproporcionado, e um segundo nível de proteção, constituído

pela redução do preço ou a rescisão do contrato, se o consumidor não tivesse direito a reparação nem à substituição da coisa ou se o vendedor não tivesse encontrado uma solução num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor<sup>18</sup>.

Verifica-se, por exemplo, impossibilidade de reparação se o bem tiver perecido ou caso se tenha deteriorado de tal forma que não seja possível repor a conformidade. De igual modo, a substituição será em princípio impossível caso se trate de coisa absolutamente infungível ou se, por hipótese, o concreto modelo do bem já estiver esgotado no mercado e não for mais fabricado.

O outro limite à livre escolha dos meios de tutela pelo consumidor é dado pelo abuso de direito, cujos pressupostos muito exigentes ultrapassam largamente o critério adotado pelo artigo 3º/3 da Diretiva 1999/44/CE, que emprega o conceito de desproporcionalidade, determinando a sua apreciação objetiva e considerando que a solução é desproporcionada quando implique para o vendedor custos que, em comparação com a outra solução, não sejam razoáveis, tendo em conta, por um lado, o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, por outro, a importância da falta de conformidade e ainda a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor. Como observa Menezes Leitão, a simples remissão para o abuso de direito afigura-se manifestamente insuficiente para refletir os critérios escolhidos pela diretiva comunitária<sup>19</sup>.

De fato, a decisão legislativa afigura-se excessivamente protecionista do consumidor, tendo em consideração a diferença fundamental que intercede entre uma atuação que *exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé*, como é exigido pelo abuso de direito, e o dever de agir segundo a boa-fé, como determina, por exemplo, o artigo 762º, n. 2, CC<sup>20</sup>, solução que permitiria um controlo consideravelmente mais estreito da opção tomada caso a caso pelo consumidor. Aliás, a própria hierarquização dos meios de tutela adoptada pela diretiva já representava uma concretização ajustada do princípio da boa-fé, porquanto a redução do preço e a resolução do contrato apenas eram admissíveis caso não pudesse haver lugar à reparação nem à substituição da coisa por uma das três causas previstas na diretiva.

Por conseguinte, a livre escolha do consumidor entre os diversos meios de tutela ao seu dispor só poderá ser travada quando a sua pretensão representar uma desvantagem muito maior para o vendedor do que a vantagem que ele obtiver, em comparação com as outras soluções, o que nos remete para a modalidade peculiar de abuso de direito consubstanciada no exercício em desequilíbrio, designadamente na vertente da desproporção no exercício. Serão, assim, por hipótese, pretensões manifestamente desproporcionadas a exigência de substituição do veículo adquirido apenas por ter um defeito na escova do para-brisas, a imposição da reparação do bem apesar de mais cara do que a substituição ou a resolução do contrato de compra e venda do imóvel somente porque uma parede não está bem pintada<sup>21</sup>.

De todo o modo, a orientação seguida em geral pelos tribunais portugueses tem impedido as piores consequências da solução legal, indeferindo certas pretensões que, embora contrárias à boa-fé, dificilmente se poderia considerar que excediam manifestamente os seus limites como é exigido pelo desenho legal do abuso de direito, havendo alguns casos, inclusive, em que se sustentou a existência de uma *ordem* dos meios de tutela ao dispor do consumidor, na linha do disposto na diretiva comunitária<sup>22</sup>.

Entendeu-se assim que os demandantes incorreram em abuso de direito ao exigirem a resolução do contrato apenas por a reparação de um computador com defeito ter demorado mais três dias além do prazo legal previsto (trinta dias), na medida em que durante todo o procedimento foram trocados sucessivos *mails* que, naturalmente, atrasaram o procedimento de reparação<sup>23</sup>; que uma sucessão de avarias num automóvel de gama alta nos dois anos subsequentes à entrega não legitima por si só o pedido de substituição do veículo, dado que os defeitos denunciados foram sendo eliminados<sup>24</sup>.

Se, pelo contrário, uma embraiagem, apesar de várias substituições, continua a apresentar defeitos, pode o consumidor recusar nova proposta de substituição – a terceira – e requerer a resolução do contrato, sem incorrer em abuso de direito<sup>25</sup>; não existe de igual modo abuso de direito se o consumidor pedir a substituição do veículo que comprovadamente adquiriu com defeito, mas simultaneamente circulando com ele durante

73.000 Km, em virtude de não ter sido oportunamente atendida a sua pretensão no sentido da respectiva substituição<sup>26</sup>.

III. Embora esta segunda venda já não constitua um contrato de consumo dado que o negócio é celebrado entre consumidores, o artigo 4º, n. 6, determina que os meios de defesa legalmente reconhecidos ao consumidor se transmitem ao terceiro adquirente do bem, sem prejuízo dos direitos que assistem ao subadquirente contra o consumidor alienante nos termos gerais dos artigos 913º e seguintes, CC.

### **2.3.5 Prazos de denúncia da falta de conformidade**

O artigo 5º-A, n. 2, fixa os prazos em que o consumidor tem que comunicar ao vendedor a desconformidade (designadamente, os vícios ou defeitos) do bem para permitir a sua reposição.

No caso de bens móveis, a denúncia da falta de conformidade tem obrigatoriamente que ser feita no prazo de dois meses a contar da data em que foi detectada e dentro dos dois anos de garantia, e tratando-se de bens imóveis, um ano a contar da data em que detectou a falta de conformidade e dentro dos cinco anos de garantia. Só a partir deste momento é que o vendedor se pode considerar responsável pela reposição da conformidade do bem.

Não sendo efetuada a denúncia tempestiva, ou seja, se o consumidor não informar o vendedor da desconformidade dentro dos prazos referidos, os direitos atribuídos pelo diploma extinguem-se.

Se a denúncia da desconformidade tiver sido feita dentro dos prazos legais, os meios de tutela atribuídos ao consumidor pelo artigo 4º caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia no caso de bens móveis e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data, constituindo verdadeiros prazos de caducidade da ação.

## **2.4 Prazos da garantia**

Em caso de desconformidade do bem com o contrato, o consumidor tem de exercer os seus direitos à reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato no prazo de 2 anos no caso de bens móveis e 5 anos quando se trate de bens imóveis, sempre a contar da data de entrega (artigo 5º, n. 1), prazos que se aplicam igualmente ao



bem que tenha sido entregue ao consumidor para substituir um bem desconforme (artigo 5º, n. 6).

No caso de bens móveis usados, este prazo pode ser reduzido para um ano desde que exista acordo nesse sentido entre o vendedor e o consumidor (n. 2 do artigo 5º).

## **2.5 Garantias voluntárias<sup>27</sup>**

I. Além da garantia legal que responsabiliza o alienante pela conformidade do bem com o contrato durante dois ou cinco anos, consoante se trate de coisa móvel ou imóvel, tanto o vendedor como o produtor ou qualquer outro intermediário podem oferecer voluntariamente ao consumidor direitos adicionais aos direitos que lhe são reconhecidos por lei<sup>28</sup>, nisso consistindo a denominada garantia voluntária ou comercial, que tanto pode ser gratuita como onerosa<sup>29</sup>.

A garantia voluntária tem que ser entregue ao consumidor por escrito ou noutro suporte durável (por exemplo, em papel ou num CD ou DVD).

Caso o autor da garantia não a forneça em suporte escrito ou durável ou não mencione os elementos referidos na questão anterior, tal não significa que ele não esteja obrigado a cumprir quer as condições da garantia legal quer o que complementarmente tenha prometido ao consumidor. Podendo, no entanto, ser necessário provar que existe uma garantia voluntária, torna-se importante guardar a publicidade que promovia a aquisição de determinado bem, assim como qualquer troca de correspondência ou documentação de que constem os direitos ou benefícios adicionais.

II. A garantia voluntária deve ser redigida de forma clara e objetiva em língua portuguesa, devendo integrar as seguintes menções:

- a) os direitos que são conferidos pela garantia legal e declaração de que estes não são afetados pelas condições da garantia voluntária;
- b) preço da garantia;
- c) os direitos adicionais ou os benefícios conferidos pela garantia voluntária;
- d) as condições de atribuição dos benefícios previstos;
- e) prazo da garantia;

f) âmbito espacial da garantia, ou seja, se a garantia se aplica apenas a um estabelecimento, uma localidade, um país, um continente ou a todo o mundo;

g) contato de quem está a fornecer a garantia, para que o consumidor possa exercer os seus direitos, devendo ser indicado o nome ou firma e um endereço, postal ou eletrónico.

Recorde-se que, nos termos do artigo 7º, n. 5, da Lei 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), se consideram integradas nas condições da garantia voluntária todas as informações concretas e objetivas constantes da publicidade veiculada pelo autor da garantia.

## **2.6 A responsabilidade direta do produtor<sup>30</sup>**

Além dos meios de defesa contra o vendedor que lhe permitem exigir a reposição da conformidade do bem, o artigo 6º, n. 1, ainda concede ao consumidor que tenha adquirido uma coisa defeituosa o direito de reclamar do produtor a sua reparação ou substituição, solução que se compreende dado que, em regra, os defeitos dos bens são imputáveis ao produtor, limitando-se o vendedor a entregar os produtos ao comprador exatamente no estado em que os recebeu.

Este direito do consumidor de exigir a reparação ou substituição do produto defeituoso pode ser exercido em simultâneo contra o vendedor e contra o produtor (e seu representante), os quais respondem solidariamente. De todo o modo, como não é parte no contrato, a responsabilidade do produtor não é idêntica à do vendedor, não podendo obviamente o consumidor impor-lhe a redução do preço ou a resolução do contrato. Não se afigura igualmente viável que o produtor responda pela indenização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos, prevista no artigo 12º, n. 1, LDC, uma vez que o número 2 desta norma restringe a responsabilidade do produtor aos casos previstos na lei e o DL 383/89, de 6 de novembro, alterado pelo DL 131/2001, de 24 de abril, apenas admite no artigo 8º a responsabilidade do produtor em caso de morte ou lesão corporal e danos causados em coisa diversa do produto defeituoso, não abrangendo assim os danos no próprio produto defeituoso<sup>31</sup>.

Os limites à responsabilidade direta do produtor (e do seu representante<sup>32</sup>) perante o consumidor apenas resultam da eventual impossibilidade da solução ou da sua desproporção, “tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor” (artigo 6º, n. 1, parte final).

Todavia, como o produtor só responde pela qualidade e segurança do produto que coloque no mercado, a sua responsabilidade tem como pressuposto a existência de um defeito originário do bem, seja uma deficiência de fabrico ou de concepção. Assim, o produtor (e o seu representante) pode opor-se ao exercício pelo consumidor dos direitos de reparação ou substituição do bem, não sendo responsável nas seguintes situações:

A garantia voluntária tem que ser entregue ao consumidor por escrito ou nouro suporte durável

a) quando o defeito resultar exclusivamente de declarações do vendedor sobre o bem ou a sua utilização, como será o caso do *stand* que promove a comercialização de um certo automóvel, afirmando que o veículo dispõe de suporte para bicicletas sem que o produtor preveja este acessório no bem de série;

b) quando o defeito resultar de uma má utilização (o consumidor que mergulhou com o relógio, apesar de saber que este não é à prova de água, caso em que o vendedor também não será obviamente responsável);

c) quando o produtor não tenha colocado o bem em circulação (o consumidor adquiriu um bem que foi furtado ao produtor);

d) quando se possa considerar que o defeito não existia ao tempo em que o bem foi colocado em circulação (por exemplo, àquela data os extintores ainda não eram obrigatórios nos automóveis);

e) quando o fabrico do bem não teve fins lucrativos nem ocorreu no quadro da sua atividade profissional (será o caso de ter sido adquirido um protótipo de um veículo que apenas servia para fins de demonstração e foi vendido abusivamente pelo vendedor);

f) quando decorreram mais de 10 anos sobre a colocação do bem em circulação.

Em todas essas hipóteses, o produtor (bem como o seu representante) não respondem perante o consumidor, sem embargo de o produtor ser responsável perante o vendedor nos termos do direito de regresso consagrado no artigo 7º.

## Notas

- \* Este texto representa o desenvolvimento da comunicação apresentada no dia 3 de março de 2016 no XIV Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito do Consumo, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre fevereiro e junho de 2016 e organizado pelo IDC – Associação para o Estudo do Direito do Consumo da FDUL.
- \*\* Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
1. Sobre os antecedentes e os fundamentos que explicam a Diretiva 1999/44/CE, Paulo Mota Pinto, *Conformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Diretiva 1999/44/CE e o direito português*, Estudos de Direito do Consumidor/dir. António Pinto Monteiro, Coimbra, n. 2, 2000, p. 208.
  2. Assim, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 111-112. Também PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, Almedina, Coimbra, 2010, 2. ed. (4ª Reimpressão da edição de Maio/2001), p. 133-135, considera absurda a disparidade de soluções, exemplificando com a compra de um computador de modelo idêntico ao que está em exposição ou a aquisição do único computador daquele modelo que está na loja, apresentando defeito em ambos os casos.
  3. Defendendo a uniformização de regimes, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, p. 112 (embora reconhecendo que de *jure condito* foi acolhida a orientação contrária) e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, p. 134-135 e *Cumprimento defeituoso – Em especial, na compra e venda e na empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 294-300.
  4. Sublinhando os diferentes elementos da disciplina comum da compra e venda que revelam a sua idoneidade para assegurar uma protecção eficaz do consumidor, CALVÃO DA SILVA, *A Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 277-284 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, p. 112.
  5. Doravante, os preceitos citados sem indicação de fonte reportam-se ao DL 67/2003, de 8 de abril, com as alterações introduzidas pelo DL 84/2008, de 21 de maio.
  6. Como é óbvio, o médico, pelo fato de o ser, não tem que deter qualquer conhecimento específico sobre o funcionamento técnico de estetoscópios ou oftalmoscópios, assim como o magistrado ou o advogado que compram um

livro jurídico estão tão desprotegidos em relação às folhas rasgadas que possam encontrar como qualquer outro adquirente comum, tal como o agente comercial relativamente à mecânica do automóvel que adquiriu para as suas deslocações profissionais...

7. Em sentido oposto, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, p.128.
8. Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, 4. ed. Almedina, 2010, p. 61-63. JORGE MORAIS CARVALHO, *Venda de bens de consumo*, I Congresso Luso-Brasileiro de Direito – Coimbra, 2014, p. 81, manifesta-se contra a aplicação do diploma às vendas executivas, por não existir nestes casos uma relação jurídica de consumo, além de o artigo 908º, CPC, regular especificamente os casos em que exista falta de conformidade com o que foi anunciado.
9. Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *Conformidade e garantias na venda de bens de consumo: a directiva 1999/44/CE e o direito português*, p. 234.
10. Caso claro de desconformidade em que não houve culpa do vendedor, foi decidido pelo STJ Proc. n. 291/11.1TVLSB.L1.S1 (BETTENCOURT DE FARIA), 18.06.2014, www.dgsi.pt: o consumidor adquiriu numa loja um peixe-espada fresco; ao consumi-lo depois de cozinhado, espetou na boca um anzol que se encontrava na posta do peixe. Contudo, como o anzol estava alojado na massa muscular do peixe, no seu interior, apenas era detectável aquando da sua confecção, pelo que se podia ter ponderado igualmente culpa do terceiro ou do próprio lesado, como de resto sucedeu nas instâncias, embora por motivo diverso do aí apurado, onde apenas se valorou o fato, irrelevante para o caso, de os peixes terem espinhas, pelo que se requereria também da parte do consumidor, uma atenção adequada à remoção das mesmas...
11. Não deixa de haver desconformidade se for entregue um Mercedes em estado impecável do ano de 2011, caso tenha sido comprado um Mercedes de 2010 em mau estado de conservação...  
Salientando a falta de equivalência entre o conceito de “desconformidade” e o de “defeito”, “vício” ou “falta de qualidade”, PAULO MOTA PINTO, *Conformidade e garantias na venda de bens de consumo: a diretiva 1999/44/CE e o direito português*, p. 222.  
Também JANUÁRIO GOMES, *Ser ou não ser conforme, eis a questão: em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*, Estudos de Direito das Garantias, Coimbra, 2010, Volume II, p. 124, sublinha que o conceito de desconformidade cobre um conjunto de situações que o cumprimento defeituoso do CC não abarca.
12. Segundo JORGE MORAIS CARVALHO, *Venda de bens de consumo*, p. 86, o artigo 2º, n. 2, não estabelece verdadeiras presunções de desconformidade, porquanto, verificados os respectivos pressupostos, a desconformidade é irrefutável, não podendo ser ilidida. Porém, nem sempre, por exemplo, a mera discrepância com a descrição se refletirá necessariamente no desempenho efectivo do bem, pelo

que é duvidoso que em todos esses casos haja necessariamente desconformidade. Também MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, p. 134, admite circunstâncias em que o vendedor possa não ser responsabilizado pela desconformidade em relação às características questionadas.

13. Logo, não há obviamente desconformidade se o defeito resultar do mau uso que seja dado ao produto pelo consumidor, como já decorreria, aliás, das regras gerais (v. g., o telemóvel que se deixa cair dentro de água ou a garrafa de leite que ficou aberta fora do frigorífico).
14. Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, p. 140-142, JANUÁRIO GOMES, *Ser ou não ser conforme, eis a questão: em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*, p. 134 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Venda de bens de consumo*, p. 91 (o risco apenas se transfere com a entrega por ser este o momento relevante para aferir a desconformidade).  
Em sentido diferente, CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, p. 99-101, considerando que não houve alteração das regras do risco, tratando-se tão só do cumprimento imperfeito da obrigação de entrega por falta de conformidade. Contudo, esta última solução afigura-se-nos contraditória, porque o referido cumprimento imperfeito não tem obviamente que ser culposo (como reconhece o próprio Calvão da Silva ao afirmar que o comprador goza do direito ao cumprimento perfeito, independentemente de culpa do vendedor), podendo a desconformidade posterior ao contrato e anterior à entrega resultar de caso fortuito que nem por isso exonerará o vendedor (a carpete que apesar de se encontrar devidamente guardada, ficou encharcada na noite anterior à entrega por uma inundação provocada por uma tempestade torrencial).
15. Como observa CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, p. 104, o comprador pode lançar mão destes remédios legais, independentemente de culpa do vendedor no cumprimento inexacto da obrigação de entregar o bem devido em conformidade com o contrato (artigos 2º/1 e 3º/1).
16. Também neste sentido, JANUÁRIO GOMES, *Ser ou não ser conforme, eis a questão: em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*, p. 140, exigindo conexão entre o defeito e o perecimento ou deterioração.
17. Como a desconformidade que funda o recurso aos meios de tutela ao dispor do comprador nunca pode obviamente ser-lhe imputável, CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, p. 110, propõe a releitura da parte final do artigo 4º/4: onde se lê comprador, deve ler-se vendedor. JORGE MORAIS CARVALHO, *Venda de bens de consumo*, p. 97, entende que o direito do comprador de resolver o contrato mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo que não lhe seja imputável, como dispõe o artigo 4º, n. 4, se aplica ao período posterior à denúncia da desconformidade durante o qual o risco corre por conta do vendedor, enquanto não repuser a conformidade do bem, derrogando assim o disposto no artigo 432º/2, CC.

A nosso ver e como resulta do texto acima, a norma tem um campo de aplicação mais vasto, abrangendo os casos em que o perecimento ou a deterioração se deveram à desconformidade da coisa, posto que o consumidor ainda não a tivesse denunciado, desde que, obviamente, ainda estivesse dentro do prazo legal para o fazer (dois meses a contar da data em que a detetou, caso se trate de bens móveis).

Há sempre que provar a desconformidade ou enquadrar o caso numa das presunções legais de falta de conformidade. Por isso, se decidiu bem em STJ Proc. n. 783/11.2TBMGR.C1.S1 (MOREIRA ALVES), 20.03.2014: decorrido cerca de um ano sobre a sua aquisição, incendiou-se um automóvel que estava estacionado à porta do seu proprietário, o qual ficou completamente inutilizado. Não tendo sido provado que o incêndio se devera a qualquer desconformidade do bem, a perda correu naturalmente por conta do consumidor.

18. Dispunha nesse sentido o Considerando 10 da Diretiva 1999/44/CE, bem como o seu artigo 3º. O regime civil de venda de coisas defeituosas também denota uma clara hierarquia dos meios de tutela, em função da gravidade do vício e da viabilidade da sua eliminação.
19. *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, p. 144 (nota 356).
20. Contudo, segundo JANUÁRIO GOMES, *Ser ou não ser conforme, eis a questão: em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*, p. 135, a actuação do consumidor deve pautar-se pelo princípio da boa-fé.
21. Sobre as diversas modalidades do exercício em desequilíbrio, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo IV, *Exercício Jurídico*, 2007, Coimbra, Almedina, p. 341-349.
22. STJ Proc. n. 07A4160 (FONSECA RAMOS), 13-12-2007, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): o comprador de coisa defeituosa pode, por esta ordem, exigir do fornecedor/vendedor: 1º – a reparação da coisa; 2º – a sua substituição; 3º – a redução do preço ou a resolução do contrato, conquanto exerça esse direito, respeitando o prazo de caducidade – art. 12º da LDC. Em STJ Proc. n. 07B4302 (PEREIRA DA SILVA), 24.01.2008, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), sustentou-se que os meios de tutela do consumidor estão subordinados “a uma espécie de sequência lógica: o vendedor, em primeiro lugar, está adstrito a eliminar o defeito, tão só ficando obrigado à substituição, a antolhar-se como não possível, ou demasiado onerosa, a reparação” e na sentença do Julgado de Paz de Coimbra, Proc. n. 295/2014-JP (DANIELA SANTOS COSTA), 27.01.2015, entendeu-se igualmente que a protecção legal é no sentido de que, em primeiro lugar, se deve proceder à reparação do bem, apenas havendo lugar à sua substituição se a reparação não for possível.
23. Julgado de Paz de Coimbra, Proc. n. 391/2014-JP (DANIELA SANTOS COSTA), 27.01.2015, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
24. STJ Proc. 1174/12.3TVLSB.L1.S1, 17.12.2015 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
25. STJ Proc. n. 1725/12.3TBRG.G1.S1O (JOÃO CAMILO), 05.05.2015, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

26. STJ Proc. n. 1056/06.8TVLSB.L1.S1 (SALAZAR CASANOVA), 01.02.2011, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
27. Como observa CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, p. 150, a epígrafe do artigo 9º (garantias voluntárias) não é correcta, já que a garantia legal é imperativa, não resultando da vontade do devedor.
28. Exemplos: direito de livre troca do produto dentro de um determinado prazo, extensão dos prazos legais de garantia contra o pagamento de uma determinada quantia, etc.
29. JORGE MORAIS CARVALHO, *Venda de bens de consumo*, p. 106, salienta a total independência entre a denominada garantia legal, que consiste na obrigação de cumprimento em conformidade com o contrato e a garantia voluntária.
30. O produtor é definido no artigo 1º-B, d), como o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto.
31. Concorde-se com a censura a esta solução feita por MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, p. 149.
32. O artigo 6º, n. 3, estabelece que o representante do produtor na zona de domicílio do consumidor é solidariamente responsável com o produtor perante o consumidor. Por seu lado, o artigo 1º-B, e), define o representante do produtor como qualquer pessoa singular ou colectiva que atue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e ou centro autorizado de serviço pós-venda, à exceção dos vendedores independentes que atuem apenas na qualidade de retalhistas.



# A AÇÃO DIRETA NA GARANTIA DE COISAS MÓVEIS

**MÁRIO FROTA\***

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

## **EXCERTOS**

*“Os direitos de resolução do contrato e de redução adequada do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao consumidor”*

*“Se o consumidor se propuser resolver o contrato por o veículo automóvel se apresentar com uma deficiente pintura numa das portas ou se houver visivelmente sinais de riscos mais ou menos profundos, haverá manifestamente abuso de direito”*

*“Sem prejuízo do regime das condições gerais dos contratos (impropriamente denominado, entre nós, como das cláusulas contratuais gerais), o acordo pelo qual se exclua ou limite antecipadamente o exercício do direito de regresso só produz efeitos se for atribuída ao seu titular uma compensação adequada”*

## I. Preliminares

### 1. A quem cumpre primacialmente a obrigação de garantia

A obrigação de garantia cabe, em primeira linha, ao fornecedor.

Aliás, a própria lei o diz, no seu artigo 3º, sob a epígrafe “*entrega do bem*”:

- 1 – O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue.
- 2 – As faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respectivamente, presumem-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade.<sup>1</sup>

Não têm, pois, cabimento as escusas sistemáticas de tantos fornecedores que intentam “sacudir a água do capote”, como sói dizer-se, ao escudarem-se no fato de não serem produtores, de lhes não ter cabido o fabrico do produto, enjeitando destarte o cumprimento da garantia sempre que acionada pelo consumidor.

Aliás, a obrigação religa-se à que se plasma no n. 1 do artigo 2º do normativo aplicável ao prescrever-se que “o [fornecedor] tem o dever de entregar ao consumidor bens que se [mostrem] conformes com o contrato de compra e venda (e com os mais contratos abarcados pela disciplina legal em análise, a saber, o de empreitada, o de outras prestações de serviço e o de locação tanto mobiliária como imobiliária, ou seja, na derradeira hipótese o arrendamento urbano, como se denomina entre nós)<sup>2</sup>.”

Mas a obrigação que impende sobre o fornecedor surge naturalmente aureolada de deveres complementares, como os que se contemplam no artigo 4º, a saber,

- a de que seja reposta *sem encargos*, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato.

- a de que tratando-se de bens imóveis, a reparação ou a substituição se concretizem dentro prazo razoável, tendo em conta a natureza da desconformidade e,
- tratando-se de bem móvel, num prazo máximo de 30 dias,

em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor.

A expressão «sem encargos» se reporta às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão de obra e material.

Os direitos de resolução do contrato e de redução adequada do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao consumidor. Acresce que o consumidor pode exercer qualquer dos direitos enunciados, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.

Constituirá obviamente abuso de direito se exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito de que se trata. Assim, se o consumidor se propuser resolver o contrato por o veículo automóvel se apresentar com uma deficiente pintura numa das portas ou se houver visivelmente sinais de riscos mais ou menos profundos, haverá manifestamente abuso de direito.

## **2. A obrigação supletiva de garantia**

Recai, a título excepcional, sobre o produtor a obrigação supletiva de garantia.

A lei é expressa em estabelecê-lo no n. 1 do seu artigo 6º: “sem prejuízo dos direitos que lhe assistem perante o fornecedor (directo), o consumidor que haja adquirido coisa não conforme pode optar por exigir do produtor a sua reparação ou substituição.”

Tal só se não verificará se se manifestar impossível ou desproporcionado ante o valor que o bem teria não fora a assinalada desconformidade, a sua importância e a possibilidade de a solução alternativa se concretizar sem grave inconveniente para o consumidor.

Repare-se que o direito se circunscreve à reparação da coisa e à substituição. Ao consumidor é vedado brandir perante o produtor quer a redução adequada do preço quer a resolução do contrato, outros dos remédios previstos por lei. E percebe-se o alcance da medida: o efeito relativo do contrato na sua relação imediata consumidor/fornecedor inibirá remédios que só o contrato poderá consentir. Ao passo que a reparação e a substituição estarão ao alcance do produtor atentas *as leges artis* e a imputação direta da não conformidade a si mesmo. Mas mister será que o fornecedor, ante uma tal faculdade, em si mesmo excepcional, não subverta o sentido e alcance da norma, remetendo o consumidor para o produtor, quantas vezes em lugar remoto e inacessível, a fim de ser reintegrado no seu direito.

Aliás, ainda que em situações comezinhas, há notícia de que os fornecedores empontam sistematicamente, perante a singular exigência da garantia, os consumidores para os produtores para que reiviniquem deles os direitos que a lei estabelece primacialmente devam ser exigidos do fornecedor.

Em exemplo recente, uma multinacional cujo objeto negocial é a comercialização de eletrodomésticos escusou-se perante o consumidor que se apresentara com um computador pessoal, ali adquirido, com uma avaria na tampa, que não abria, alegando que se tratava de uma não conformidade que só o produtor poderia solucionar. Contatado o produtor nipónico, para uma direção central na Europa, veio a escusar-se de análogo modo – e *contra legem* – aduzindo que uma avaria do estilo estaria fora do âmbito de aplicação da garantia!!!

Aliás, a opção cabe ao consumidor, que não ao fornecedor, como se evidenciou, podendo o consumidor – perante a recusa – pôr naturalmente termo ao contrato se a tanto a denúncia da não conformidade for tempestiva e no segmento temporal de dois anos, que é o prazo de garantia das coisas móveis, como no caso.

O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue

### **3. A ação direta: a exceção**

A ação direta é excepcional. Só há, no ordenamento jurídico pátrio, uma situação em tudo similar – a do regime jurídico da responsabilidade do produtor por produtos defeituosos que repousa no DL 383/89, de 6 de novembro<sup>3</sup>. É algo de excepcional, como se alude, em razão da natureza relativa do contrato e seus efeitos.

Mas, à semelhança do que ocorre no regime da responsabilidade objetiva do produtor, há um rol de exclusões, que o dispositivo em vigor acautela<sup>4</sup>.

Com efeito, o produtor pode, nos termos do n. 2 do artigo 6º, opor-se ao exercício dos direitos pelo consumidor verificando-se qualquer dos seguintes fatos:

a) resultar a não conformidade exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização;

b) não ter colocado a coisa em circulação;

c) poder considerar-se, tendo em conta as circunstâncias, que a não conformidade não existia no momento em que colocou a coisa em circulação;

d) não ter fabricado a coisa nem para venda nem para qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não a ter fabricado ou distribuído no quadro da sua atividade profissional;

e) terem decorrido mais de 10 anos sobre a colocação da coisa em circulação<sup>5</sup>.

E, no n. 3, se prescreve que “o representante do produtor na zona de domicílio do consumidor é solidariamente responsável com o produtor perante o consumidor”, sendo-lhe igualmente aplicável o rol de exclusões que vem de enunciar-se.

Na solidariedade se estende também a mancha de causas de exclusão arroladas no passo precedente ao representante do produtor na área do domicílio do consumidor.

## **II. O direito de regresso**

### **1. Cumprimento voluntário da obrigação de garantia**

O fornecedor que haja, a justo título, provido qualquer dos remédios exigidos pelo consumidor (reparação, substituição, redução adequada do preço...) e bem assim aquele contra quem foi exercido o direito de regresso gozam de análogo modo de direito de regresso contra o produtor a quem adquiriram a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício de tais direitos.

A lei prescreve ainda que o disposto no n. 2 do artigo 3º aproveita também ao titular do direito de regresso, contando-se o respectivo prazo a partir da entrega ao consumidor.

Ora, o n. 2 do artigo 3º estabelece o que segue: “As faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respectivamente, presumem-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade.”

O demandado, *in casu* o distribuidor intermédio ou o produtor, pode, porém, afastar o direito de regresso se provar que a não conformidade inexistia quando procedeu à entrega da coisa ou, se a ocorrência for posterior à entrega, que tal não fora por si causado e, por conseguinte, lhe não ser imputável.

Sem prejuízo do regime das condições gerais dos contratos (impropriamente denominado, entre nós, como das cláusulas contratuais gerais), o acordo pelo qual se exclua ou limite antecipadamente o exercício do direito de regresso só produz efeitos se for atribuída ao seu titular uma compensação adequada. Por forma a que não haja uma qualquer situação de locupletamento injusto, de enriquecimento sem causa.

### **2. Ação de cumprimento da obrigação de garantia instaurada contra o fornecedor**

Quer a ação de cumprimento da obrigação seja deduzida pelo consumidor perante tribunal judicial como perante tribunal arbitral, ante a controvérsia gerada em torno da garantia por si reclamada (e

a pretensão resistida pela contraparte), qualquer dos meios se tem como adequado para a tutela dos direitos em geral reconhecidos aos consumidores. De assinalar, porém, que os tribunais arbitrais são de uma via só, acessíveis aos consumidores – e tão só –, não podendo os fornecedores deduzir, por conseguinte, reconvenção.

Para o efeito da observância dos remédios ao alcance do consumidor na refração da relação jurídica de que se trata ante o produtor, qualquer das vias – a jurisdicional e a não jurisdicional – são adequadas para a tutela da posição jurídica do consumidor.

Usando o consumidor qualquer das vias contra o fornecedor, do mesmo passo poderá este, por razões de economia processual e de conexão do *petitum et causa petendi*, aproveitar o impulso processual para deduzir pretensão contra o produtor, seu fornecedor direto ou qualquer dos intermediários do comércio.

### **3. O direito de regresso deduzido na ação de cumprimento da obrigação de garantia**

O fornecedor pode, nos termos do n. 1 artigo 8º da Lei das Garantias dos Bens de Consumo, exercer o direito de regresso na própria ação interposta pelo consumidor.

A Lei mandava, no n. 2 do artigo, aplicar com as necessárias adaptações o disposto no n. 2 do artigo 329º do Código de Processo Civil.

Ora, com a aprovação do Novo Código de Processo Civil, o dispositivo correspondente é o do artigo 317, cujos termos se enunciam como segue, sob a epígrafe “efectivação do direito de regresso”:

1 – Sendo a prestação exigida a algum dos convedores solidários, o chamamento pode ter por fim o reconhecimento e a condenação na satisfação do direito de regresso que lhe possa vir a assistir, se tiver de realizar a totalidade da prestação.

2 – No caso previsto no número anterior, se apenas for impugnada a solidariedade da dívida e a pretensão do autor puder de imediato ser julgada procedente, é o primitivo [demandado] logo condenado no pedido no despacho saneador, prosseguindo a causa entre o autor do chamamento e o chamado, circunscrita à questão do direito de regresso.



O direito de ação comporta, porém, limitações temporais.

O fornecedor goza, contudo, do direito de regresso neste passo previsto durante cinco anos a contar da entrega da coisa pelo produtor ou distribuidor intermédio.

O fornecedor deve exercer, todavia, o seu direito no prazo de dois meses a contar da data da satisfação do direito ao consumidor, sob pena de caducidade.

O prazo de cinco anos suspende-se, no entanto, durante o processo movido pelo consumidor e em que seja também parte o fornecedor.

### **III. A ação de regresso**

#### **1. Exercício autónomo**

O fornecedor que haja satisfeito as legítimas pretensões dos consumidores no quadro das garantias, se não for reembolsado dos dispêndios efetuados voluntária e tempestivamente, poderá, em dados prazos, propor autonomamente ação de condenação contra o produtor ou distribuidor intermédio, se for o caso<sup>6</sup>.

Poderá fazê-lo se acaso nas relações *inter partes* o produtor ou o distribuidor intermédio se recusar a satisfazer quanto o fornecedor dispendeu para acudir ao consumidor reclamante<sup>7</sup>.

É certo que, por razões de economia processual e denexo causal entre ações, poderá fazê-lo, como noutro passo se assinala na ação interposta pelo consumidor. Mas nada o impede de o fazer autonomamente.

Claro que há prazos cuja observância se impõe, como a seu tempo se revelará. E o fato não é despiciendo, tanto mais que no seu encadeamento, por razões de segurança jurídica, pode o fornecedor ver afetado o seu direito se não agir diligentemente contra o produtor ou o distribuidor intermédio.

#### **2. Exercício na ação interposta pelo consumidor**

Neste passo, cumpre remeter o leitor para quanto se prescreve no ponto 3 do capítulo precedente.

Aliás, em ordem à efetivação do direito de regresso, avulta como incidente de instância o do chamamento, ora vertido no artigo 317 do

Código de Processo Civil, para, por um lado, se operar o reconhecimento de um tal direito e, por outro, se consubstanciar a condenação na satisfação do direito de regresso que lhe possa vir a assistir, como diz a lei processual, se acaso tiver de satisfazer, como em regra se observa, a totalidade da prestação.

### **3. Caducidade do direito de ação**

A ação caduca se o produtor arguir e carrear para os autos prova bastante, nos termos da alínea e) do n. 2 do artigo 6º do diploma em análise, segundo a qual hajam decorrido já, à data dos fatos, mais de dez (10) anos sobre a colocação da coisa em circulação no mercado de consumo.

Nesta como noutras hipóteses (no devido lugar enunciadas) naufragará a ação instaurada pelo consumidor contra o produtor, subsistindo a garantia exigível ao fornecedor direto se forem acautelados os prazos previstos no artigo 5º para as coisas móveis: dois (2) meses para a denúncia dos fatos constitutivos da não conformidade e dentro dos dois (2) anos contados da entrega da coisa ao consumidor, ponto que deverá ser obviamente acautelado no momento em que decida socorrer-se da ação direta.

Se o fornecedor tiver satisfeito os direitos reivindicados pelo consumidor, a ação caduca ainda se acaso deixar de exercer o seu direito (o direito de regresso) nos dois (2) meses subsequentes ao tempo em que tal satisfação houver ocorrido.

Há ainda um outro prazo em que convém atentar em detrimento do fornecedor, para que possa fazer circular as mercadorias, escoando-as: o direito de regresso está condicionado ainda, por outro lado, pelo período de cinco (5) anos contados da entrega da coisa ao fornecedor pelo produtor ou distribuidor intermédio.

Tal prazo – o de 5 (cinco) anos – suspender-se-á, porém, durante a pendência dos autos instaurados pelo consumidor contra o fornecedor direto do bem, nos termos do artigo 8º da Lei das Garantias dos Bens de Consumo (DL 67/2003, de 8 de abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio).

## Notas

- \* Mário Frota. Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador e president da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra. Fundador e director da RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Fundador e presidente do Conselho de Direção da Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo.
1. Aliás, em conformidade com a Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, do Parlamento Europeu e do Conselho de Ministros, que reza nos seus *consideranda* 9 e 10, respectivamente, o que segue:
    - (9) Considerando que o vendedor deve ser directamente responsável perante o consumidor pela conformidade dos bens com o contrato; que é essa a solução tradicional consagrada na ordem jurídica dos Estados-Membros; que, não obstante, o vendedor, nos termos do direito nacional, deve gozar de um direito de reparação perante o produtor, um vendedor anterior da mesma cadeia contratual, ou qualquer outro intermediário, salvo se tiver renunciado a esse direito; que a presente directiva não prejudica o princípio da liberdade contratual entre o vendedor, o produtor, um vendedor anterior ou qualquer outro intermediário; que as normas que regem o modo como o vendedor pode exercer esse direito de reparação são determinadas pela legislação nacional;
    - (10) Considerando que, em caso de não conformidade do bem com o contrato, os consumidores devem ter o direito de obter que os bens sejam tornados conformes com ele sem encargos, podendo escolher entre a reparação ou a substituição, ou, se isso não for possível, a redução do preço ou a rescisão do contrato...
  2. *Cfr.* o artigo 1023 do Código Civil que estabelece o seguinte: “A locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel, aluguer quando incide sobre coisa móvel.”
  3. No preâmbulo do diploma se consagra “o princípio fundamental de responsabilidade objectiva do produtor, desenvolvido em sucessivas normas. É a solução preconizada pela doutrina como a mais adequada à protecção do consumidor na produção técnica moderna, em que perpassa o propósito de alcançar uma justa repartição de riscos e um correspondente equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor.”
  4. No artigo 5º do DL 383/89, de 6 de novembro, é ainda assim extenso o rol de exclusões, a saber,
 

O produtor não é responsável se provar:

    - a) que não pôs o produto em circulação;
    - b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação;
    - c) que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional;

- d) que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;
- e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito;
- f) que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.
5. Há também neste particular uma similitude com o regime jurídico da responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, já que nos termos do artigo 12º, sob a epígrafe “caducidade” se estabelece imperativamente que, *“decorridos 10 anos sobre a data em que o produtor pôs em circulação o produto causador do dano, caduca o direito ao ressarcimento, salvo se estiver pendente acção intentada pelo lesado”*.
6. A Diretiva 1999/44/CE, noutro passo referenciada, prescreve no seu artigo 4º, sob a epígrafe “direito de regresso”, o seguinte: “Quando o vendedor final for responsável perante o consumidor pela falta de conformidade resultante de um acto ou omissão do produtor, de um vendedor anterior da mesma cadeia contratual, ou de qualquer outro intermediário, o vendedor final tem direito de regresso contra a pessoa ou pessoas responsáveis da cadeia contratual. O responsável ou os responsáveis contra quem o vendedor final tem direito de regresso, bem como as correspondentes acções e condições de exercício, são determinados pela legislação nacional.”
7. Paulo Mota Pinto, *in* “O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo” (Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 2002 – Ano 62 – Vol. I – Jan. 2002), em momento anterior ao da transposição da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, expendia as considerações cuja transcrição segue:
- “Pode dizer-se que o direito português vigente – aliás, como a grande maioria das ordens jurídicas europeias – não prevê, actualmente, qualquer figura dirigida especificamente à tutela da posição do vendedor final em face do problema suscitado. Nem no Código Civil nem na Lei de Defesa dos Consumidores se consagra, na verdade, qualquer direito de regresso do vendedor final.
- Na falta de estipulação adrede, o vendedor que tenha substituído ou reparado a coisa que padece de um defeito imputável ao fabricante ou a um anterior elemento da “cadeia contratual” apenas poderá dirigir-se contra o seu vendedor (única pessoa com quem tem uma relação contratual) e invocar os seus direitos como comprador. Tal reparação nos termos de cada contrato pode, porém, estar excluída, como vimos, não só pelo decurso do tempo (sem que o vendedor final o pudesse ter impedido), como por cláusulas contratuais, ou pela ausência de culpa de um dos vendedores. E daqui resultará a imposição ao vendedor final – ou ao elemento da “cadeia contratual” que não consiga exercitar tal “regresso” – do prejuízo por defeitos imputáveis a outra pessoa.
- ”

Este resultado também não parece poder ser evitado através de outras formas, em que se poderia pensar, de responsabilizar o produtor, os vendedores anteriores ou qualquer intermediário perante o vendedor final – como é o caso da responsabilidade extracontratual e dos institutos do enriquecimento sem causa e da gestão de negócios (ou do recurso a um hipotético regime geral dos contratos de gestão de interesses alheios).

Pode, pois, dizer-se que o problema do direito de regresso do vendedor final de bens de consumo não encontra resposta satisfatória de iure condito no nosso direito. Reconhecendo que nem sempre é fácil determinar qualquer deve ser a sua solução, cremos, porém, tratar-se de um problema relevante – pelo menos, na medida em que se considere injusta, por se situar fora do âmbito dos riscos próprios da actividade empresarial do vendedor final (ou por contrária a um princípio geral segundo o qual não deve ser imposta a ninguém a responsabilidade por danos causados por outrem), a imposição, a este vendedor final, por especificidades da protecção legal do último adquirente, dos prejuízos resultantes de defeitos causados por outra pessoa (constituindo tal resultado como que um “reverso” indesejado das normas de protecção do consumidor, que podem sobrecarregar pequenas e médias empresas e comerciantes em nome individual).

## Referências

- BRAGA, Armando. *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – A venda de coisas defeituosas no Código Civil. A venda de bens de consumo*, Porto, 2005.
- CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade Civil do Produtor*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999. *Compra e Venda de Coisas defeituosas, Conformidade e Segurança*, 4. ed. Coimbra, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Venda de Bens de Consumo – Decreto-Lei 67/2003, Diretiva 1999/44/CE*, Coimbra, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A transposição da Diretiva sobre compra e venda de bens de consumo para o direito alemão, *Estudos do Direito do Consumidor*, n. 3, Coimbra, 2001, p. 49-67.
- COSTA GOMES, Manuel Januário da. Ser ou não ser conforme, eis a questão. Em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo, *Cadernos de Direito Privado*, n. 21, Porto, 2008, p. 3-20.
- \_\_\_\_\_. Apontamentos sobre a garantia de conformidade na venda de bens de consumo, RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 43, 2005, p. 11-27.
- Direção-Geral do Consumidor, *Guia das Garantias na Compra e Venda (versão actualizada)*, autoria Cecílie Cardona et alii, actualização: Jorge Morais de Carvalho, Lisboa, 2009, *passim*.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Orientações de política legislativa adoptadas pela Diretiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o Direito português vigente, *Themis*, Vol. II, n. 4, 2004, p. 109-120.

- \_\_\_\_\_. Questões a resolver na transposição da Diretiva e respostas dadas no colóquio, *Themis*, ano II, n. 4, 2004, p. 219-222.
- FRANK, Jérôme. Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *EDC*, n. 2, 2000, p. 159-180.
- FROTA, Mário. Da Garantia das Coisas Móveis Duradouras, RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Coimbra, n. 58, 2008, p. 28-42.
- GRAVATO MORAIS, Fernando. “A Alternatividade dos Meios de Defesa do Consumidor no Caso de Desconformidade da Coisa com o Contrato de Compra e Venda”, *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Direitos dos Consumidores*.
- Instituto do Consumidor. *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda*, Vários, distribuição: Livraria Almedina, 2002.
- MENEZES LEITÃO, Luís. O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, Lisboa, 2005, p. 37-73.
- \_\_\_\_\_. “Caveat Venditor? A Diretiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e as garantias associadas e as suas implicações no regime jurídico da compra e venda – *Estudos em homenagem do professor doutor Inocêncio Galvão Teles*, vol. I, 2002.
- MOTA PINTO, Paulo. Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português, *Estudos de Direito do Consumo*, n. 2, 2000, p. 197-331.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a transposição da Diretiva 1999/44/CE para o Direito Português, *Themis*, ano II, n. 4, 2001, p. 195-218.
- \_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil e Garantias no âmbito do Direito do Consumo – o direito de regresso do vendedor final de bens de consumo, *ROA*, ano 62, I, 2002.
- \_\_\_\_\_. Dano da Privação do Uso, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 8, Coimbra, 2007, p. 229-273.
- MOURA VICENTE, Dário. Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Diretiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980, *Themis*, ano II, n. 4, Coimbra, 2001, p. 121-144.
- PEGADO LIZ, Jorge. Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português, *Forum Iustitiae*, n. 8, 2000, p. 50 e ss.
- ROCHA E CUNHA RODRIGUES MACHADO, Miguel Diogo da. Venda de bens de consumo – Breves Considerações sobre os Meios de Defesa do Consumidor no Caso de Desconformidade da Coisa com o Contrato de Compra e Venda, *Verbo Jurídico*, Lisboa, Janeiro de 2014, *passim*.
- ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Cumprimento Defeituoso em especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, 2001.

- \_\_\_\_\_. Empreitada de bens de consumo – A transposição da Diretiva n. 1999/44/CE pelo Decreto-Lei 67/2003, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, Lisboa, 2005, p. 11-35.
- SANTOS ALVES, Maria Miguel dos. *Os direitos dos consumidores em casos de desconformidade da coisa comprada e a sua articulação com o abuso de direito*, Lisboa, 2011.
- SINDE MONTEIRO, Jorge. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, vol. I, 1998, p. 461-479.





# GARANTIA DE USADOS

**SOFIA PITA E COSTA\***  
Assessora jurídica da APDC

## **EXCERTOS**

*“A garantia dos bens de consumo é obrigatória, as suas disposições decorrem de forma imperativa do ordenamento jurídico, independentemente de eventual garantia voluntária (ou convencional)”*

*“A regra geral do prazo da garantia dos bens de consumo, legalmente consagrada e reconhecida ao consumidor, é de cinco anos e de dois anos, respectivamente para os bens imóveis e para os bens móveis, sejam estes bens novos ou usados”*

*“Perante a nulidade de disposições contratuais limitativas dos direitos do consumidor, prevalece a aplicação da garantia durante o lapso temporal de dois anos, que irá englobar todo o veículo automóvel, incluindo os componentes que o constituem”*

## 1. Preliminares

Nos últimos anos, o mercado dos bens de consumo usados ganhou uma nova dinâmica, começando a proliferar em diversos setores, no comércio retalhista, na internet e nas redes sociais, proporcionando ao consumidor o alargamento do seu campo de escolha e alterando hábitos de consumo, passando ele a considerar a compra de bens usados ou de segunda mão.

No entanto, não obstante a expectativa do consumidor poder ser menor no que se refere à qualidade e desempenho dos bens de consumo usados, a sua aquisição não pode deixar de cumprir as normas regulamentares de segurança, qualidade e desempenho, não eximindo, por isso, o vendedor/fornecedor do cumprimento das suas obrigações, designadamente do dever de entregar a coisa em conformidade com o contrato celebrado.

Na verdade, a transação de bens usados ou de segunda mão, nas relações jurídico-privadas de consumo, não pode desprezar as regras vigentes no ordenamento jurídico no que respeita à proteção dos direitos dos consumidores, em particular as normas jurídicas que regulam a venda de bens de consumo e as garantias a ela inerentes.

## 2. Enquadramento legal

A legislação existente no âmbito do direito do consumo pretende impor, desde logo, uma proteção dos interesses económicos do consumidor nas relações jurídico-privadas de consumo, uma vez que entende o consumidor como a parte mais vulnerável perante a capacidade financeira dos agentes económicos, que exercendo uma atividade com carácter profissional, visam a obtenção de benefícios económicos, *cfr.* n. 1 do artigo 2º da Lei 24/96, de 31 de julho, designada Lei de Defesa do Consumidor (LDC), da qual se infere a noção de consumidor: *“todo aquele a quem são fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”*.

Neste sentido, atenta a desigualdade contratual nas relações de consumo, a LDC estabelece um dever geral de proteção dos interesses do consumidor, na esteira do constitucionalmente reconhecido no artigo 60º da Constituição da República Portuguesa, atribuindo ao consumidor específicos direitos, de caráter injuntivo, elencados no artigo 3º da LDC, de onde se destaca o direito à qualidade dos bens e serviços, prescrevendo o diploma a este respeito que *“os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor”*, cfr. artigo 4º da LDC; o direito à informação para o consumo de molde a *“informar o consumidor de forma clara, objectiva e adequada”*, quer nas negociações, quer na celebração do contrato, cfr. artigo 8º da LDC; e o direito à proteção dos interesses económicos, *“impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência do contrato”*, cfr. artigo 9º da LDC.

No entanto, para além da lei geral neste domínio específico, à colação não pode deixar de se chamar outra legislação avulsa relevante para a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, em concreto, que obrigatoriamente deve ser respeitada quando se afiguram relações jurídicas de consumo, como sejam os Decretos-Leis 57/2008, de 26 de março, referente às Práticas Comerciais Desleais, e 446/85, de 25 de outubro, com todas as alterações introduzidas *a posteriori*, respeitante às cláusulas contratuais gerais, reputados essenciais à proteção dos direitos basilares dos consumidores, enquanto adquirentes de bens de consumo.

Mas é no Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, vulgo Lei das Garantias (LG), cujo regime jurídico subjacente resultou da transposição da Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio, que a proteção dos direitos dos consumidores, mormente o “direito à qualidade dos bens e serviços” encontra a sua regulamentação jurídica especial, através de um conjunto de regras que reforçam os direitos de que estes dispõem no contrato de compra e venda de bens de consumo, no que concerne a certos aspectos.

### 3. Regime jurídico da garantia dos bens de consumo

A regulamentação jurídica específica na LG visa a tutela especial dos bens de consumo adquiridos por um particular/consumidor para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico) a um profissional/vendedor, não estando, por isso, abrangidos os bens adquiridos para uso profissional e os adquiridos a particulares.

No entanto, o regime jurídico da LG, ao contrário da Diretiva 1999/44/CE que esteve na sua génese, não se cinge somente ao contrato de compra e venda; estende este âmbito de aplicação objetivo a todos os negócios jurídicos em que subjazem relações de consumo com diferente qualificação jurídica, mas cuja premente proteção dos interesses da parte contratual mais débil e fraca se torna imprescindível assegurar, *cf.* n. 2 do artigo 1º-A da LG: “*O presente decreto-lei é, ainda, aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo*”. O que significa que, para além da compra e venda, este regime legal aplica-se também ao fornecimento de bens no âmbito de um contrato de prestação de serviços, bem como aos serviços de instalação de bens de consumo vendidos como novos.

Neste contexto de proteção do consumidor, o vendedor tem a obrigação de entregar ao particular os bens adquiridos, sem defraudar as legítimas expectativas deste quanto à plena conformidade do bem com o contrato acordado entre as partes, nos termos em que lhe foi dado a conhecer pelo vendedor (ou representante), de acordo com a publicidade ou descrição na embalagem que dele tenha sido feita, ou não for adequado ao uso pretendido para o qual o consumidor o destine, nos casos em que aquele soube da intenção do consumidor, quer não seja adequado às utilizações habituais dadas a bens do mesmo género, quer, ainda, não apresente as qualidades e desempenho habituais que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza e às declarações públicas sobre as características concretas, eventualmente feitas pelo vendedor, *cf.* artigo 2º da LG, sob pena de o consumidor ativar a garantia por qualquer falta de conformidade que exista no momento da entrega da coisa, *cf.* n. 1 do artigo 3º da LG, independentemente do fato se assiste ou não culpa ao vendedor, presumindo-se que, qualquer

desconformidade que se manifeste durante aquele lapso de tempo, o mesmo já existia no momento da entrega, pois é neste momento que a LG determina a aferição da qualidade do bem, excepto quando *“for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade”*, cfr. n. 2 do artigo 3º da LG.

Desta forma, ultrapassando o regime comum do Código Civil, o legislador foi mais além na tutela dos direitos do consumidor, alargando a sua proteção não só ao defeito do bem, mas a todos os casos de desconformidade deste com o contrato celebrado.

Assim, são garantidos os interesses e expectativas do consumidor quanto aos bens de consumo adquiridos. Neste particular, não seguindo a definição de bens de consumo que resulta da Diretiva 1999/44/CE, a LG determina que todos os bens, móveis ou imóveis, têm de ser acompanhados de uma declaração de garantia que estabelece que esse bem tem inerentes determinadas características, encontrando-se o vendedor/fornecedor obrigado a transmitir *“a existência de garantia de conformidade dos bens, com a indicação do respetivo prazo, e, quando for o caso, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, com descrição das suas condições”*, cfr. alínea i) do artigo 8º da LDC.

### **a. Tipos de garantia e direitos do consumidor**

Neste âmbito específico encontramos dois tipos de proteção do consumidor atinente ao bem de consumo adquirido, que se traduzem na declaração ou compromisso assumido pelo vendedor, produtor ou por qualquer outro intermediário perante aquele, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas, na declaração de garantia ou na respectiva publicidade: a garantia legal, sem quaisquer encargos adicionais, e a garantia voluntária (ou convencional), que pode assumir carácter gratuito ou oneroso, cfr. alíneas f) e g) do artigo 1º-B da LG.

Os direitos atribuídos pela declaração de garantia *“transmitem-se a terceiro adquirente do bem”*, cfr. n. 6 do artigo 4º da LG, não existindo *“declaração em contrário”* convencionalizada pelo vendedor, cfr. n. 4 do artigo 9º da LG.

### – Garantia legal

A garantia de um bem de consumo decorre de uma obrigação legal, pois nenhum bem, em Portugal, pode ser vendido a um consumidor sem a correspondente garantia.

E é nesta perspectiva que a LG consagra um lapso de tempo durante o qual o consumidor pode fruir, inalienavelmente, de um direito legalmente reconhecido quando em causa estejam bens móveis (duradouros) ou imóveis. Ou seja, durante um período de dois ou de cinco anos, respectivamente, a contar da entrega do bem ao consumidor, o vendedor é responsável pela garantia do bem, *cfr.* n. 1 do artigo 5º da LG.

Assim, sempre que, no decurso do período respectivo, seja detectada a falta de conformidade do bem ou o defeito, *“o consumidor tem o direito a que esta seja reposta, sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, a redução adequada do preço ou à resolução do contrato”*, *cfr.* artigo 4º da LG, suspendendo-se o período da garantia, sempre *“que o consumidor estiver privado do uso dos bens com o objectivo de realização das operações de reparação ou substituição”*, *cfr.* n. 4 do artigo 5º-A da LG, impondo-se forçosamente um direito à prorrogação da garantia.

É de realçar que esta disposição normativa não estabelece qualquer hierarquização dos direitos atribuídos ao consumidor no que respeita às diferentes possibilidades de repor a conformidade, ao contrário da hierarquia estabelecida na Diretiva 1999/44/CE, que, num primeiro momento, atende à reparação e à substituição e só depois à redução do preço e à resolução do contrato<sup>1</sup>.

Na LG a escolha dos “remédios” depende, única e exclusivamente, da vontade do consumidor, podendo exigir qualquer uma delas, sem que possam ser cobrados quaisquer encargos (*v.g.* mão de obra, despesas de transporte e de material), *cfr.* n. 3 do artigo 4º da LG. Sendo que os limites que se impõem ao exercício dos direitos do consumidor, em caso de desconformidade, são a impossibilidade e o abuso do direito, *cfr.* n. 5 do artigo 4º da LG e artigo 334º do Código Civil.

Aliás, a imperatividade desses direitos impede qualquer acordo restritivo cujas cláusulas contratuais excluam ou limitem este privilégio do consumidor, antes da denúncia da falta de conformidade, perante o vendedor, *cfr.* artigo 16º da LDC.

Desse modo, a garantia legal como se referiu *supra* tem a duração de dois anos para os bens móveis e de cinco anos para os bens imóveis, sendo inalienável, não podendo nunca ser afastada, sob pena de nulidade, *cfr.* artigo 10º da LG. O que significa que qualquer declaração do consumidor que prescindia de acionar o vendedor, numa situação de falta de conformidade ou defeito, não produz qualquer efeito jurídico, dado o carácter injuntivo e indisponível do direito consagrado no ordenamento jurídico, *cfr.* artigo 16º da LDC.

A garantia dos bens de consumo é obrigatória, as suas disposições decorrem de forma imperativa do ordenamento jurídico, independentemente de eventual garantia voluntária (ou convencional): “À *garantia legal, proteção jurídica do comprador atinente ao objecto adquirido, pode acrescer a garantia comercial oferecida pelo vendedor ou produtor, nas condições estabelecidas no documento de garantia ou na publicidade*”<sup>2</sup>, salvo quando esta confira uma garantia mais duradoura e completa do que a garantia legal, caso em que a imperatividade cede, prevalecendo aquela.

#### – **Garantia voluntária**

Ao contrário da garantia legal que decorre de uma imposição normativa que o vendedor tem que cumprir escrupulosamente, a garantia voluntária não é imposta por nenhum preceito normativo.

A garantia voluntária (ou convencional), suplementar à estipulada por lei, pode ser concedida pelo produtor ou pelo representante, de modo gratuito ou oneroso, através de um compromisso, proferido voluntariamente, que os vincula às condições contratuais que estabelecem no documento de garantia e na publicidade.

Esta “*deve ser entregue ao consumidor por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro a que aquele tenha acesso*”, por exemplo em papel, CD ou DVD, *cfr.* n. 2 do artigo 9º da LG, concedendo informação completa ao consumidor, designadamente duração, âmbito, benefícios e encargos, sendo que, a mesma “*deve ser redigida de forma clara e concisa na língua portuguesa*”, de modo a que o consumidor consiga compreender o conteúdo nela inserido, para poder acioná-la se necessário, não podendo restringir os direitos dos consumidores consagrados pela regulamentação específica nesta área, *cfr.* n. 3 do artigo 3º da LG.



Contudo, a verdade é que se a mesma não for entregue ou não cumprir os requisitos legais obrigatórios, tal fato não invalidará o consumidor de invocá-la e de exigir a sua aplicação pelo vendedor, *cf.* n. 5 do artigo 9º da LG.

Mais, inclusivamente, a LG estabelece que o acordo ou a cláusula contratual que exclua ou limite os direitos do consumidor, “*antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor*”, pode culminar na nulidade, *cf.* artigos 10º da LG e 16º da LDC.

Excepcionalmente a garantia da iniciativa do vendedor ou do produtor pode prevalecer sobre a legal. Mas, como referido anteriormente, somente se for mais completa ou tiver uma duração superior.

#### **4. Regime jurídico da garantia dos bens de consumo usados**

A salvaguarda mínima dos interesses do consumidor na aquisição de bens de consumo não se restringe apenas aos bens de consumo novos, uma vez que, sem qualquer distinção, o regime de proteção legal da LG é também extensível aos bens de consumo usados ou de segunda mão<sup>3,4</sup>.

Assim, a presunção de falta de conformidade ou defeito é aplicável, neste domínio dos bens em segunda mão, aos móveis, e, também, ao contrário do que aconteceu no quadro do regime da Diretiva 1999/44/CE, no qual se excluía, aos imóveis usados, atenta a noção de bem de consumo preceituada na LG<sup>5</sup>, quando a falta de conformidade ou o defeito se manifeste nos dois ou cinco anos posteriores à entrega do bem, respectivamente.

##### **a. Redução do prazo da garantia legal**

A regra geral do prazo da garantia dos bens de consumo, legalmente consagrada e reconhecida ao consumidor, é de cinco anos e de dois anos, respectivamente para os bens imóveis e para os bens móveis, sejam estes bens novos ou usados.

No entanto, quando em causa esteja a garantia de bens de consumo móveis usados, a lei admite, excepcionalmente, a possibilidade do

prazo legal ser ajustado, por acordo expresso das partes contratuais: consumidor e vendedor. O mesmo não acontece com os bens imóveis, cujo prazo se mantém inalterado.

Deste modo, o prazo de garantia legal concedido aos bens móveis pode ser limitado para o período de um ano, *cfr.* n. 2 do artigo 5º da LG: “*Tratando-se de coisa móvel usada, o prazo previsto (...) pode ser reduzido a um ano, por acordo das partes*”; todavia, a restrição da garantia que, eventualmente, seja acordada entre os sujeitos contratuais não pode nunca ser inferior a um ano.

Assim, nos termos das disposições legais aplicáveis, a redução do período durante o qual vigora a garantia tem de resultar, por um lado, da efetiva negociação entre as partes. Isso quer dizer que a redução do período da garantia só pode produzir efeitos jurídicos se tiver havido consentimento por parte do consumidor. E, por outro lado, a convenção não pode ser inferior ao prazo de um ano, sob pena de nulidade, *cfr.* artigo 16º da LDC.

O vendedor deve abster-se de práticas que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores

O regime especial versado na LG pretende garantir que o bem vendido realize as legítimas expectativas do consumidor quanto às suas características, devendo o vendedor, no período da garantia, responder, de forma objetiva, pela desconformidade do bem adquirido pelo consumidor, em cuja esfera jurídica se encontram determinados direitos exercitáveis, isto é, os “remédios” enunciados na LG, bem como direito indenizatório por danos patrimoniais e não patrimoniais, que decorrem do n. 1 do artigo 12º da LDC, para além das demais consequências jurídicas que, eventualmente, possam resultar do regime comum.

No que concerne à garantia dos bens móveis usados, como se referiu, podem as partes convencionar a redução daquela a um período mínimo de um ano; caso contrário, não sendo definido qualquer prazo, o consumidor beneficiará de uma garantia de dois anos.

## **b. Omissão da garantia na compra e venda de usados**

Na celebração do negócio jurídico o vendedor encontra-se adstrito ao cumprimento de um dos princípios prevalentes e relevantes na proteção do consumidor nas relações jurídico-privadas de consumo, impendendo sobre este, tanto nas negociações como na celebração do contrato, a obrigação de veicular, de forma clara, objetiva, detalhada e adequada, toda a informação indispensável ao consumidor, de molde a assegurar uma consciencialização absoluta de todo o conteúdo contratual, cfr. n. 1 do artigo 8º da LDC, onde se inclui nomeadamente a existência da *“garantia de conformidade dos bens, com a indicação do respetivo prazo, e, quando for o caso, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, com descrição das suas condições”*.

Nesta circunstância, a relação jurídica contratual estabelece-se também com respeito pelas disposições que decorrem do regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, regulado no Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, sendo que o respeito pelo direito à informação se impõe, proibindo *“qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço”*, cfr. n. 1 do artigo 5º do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março.

Assim, o vendedor deve abster-se de práticas que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores, designadamente através de uma qualquer ação enganosa *“que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos (...) susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que esta não teria tomado de outro modo: (...) b) As características principais do bem (...), tais como (...) a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade”*, cfr. alínea b) do n. 1 do artigo 7º do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março. E, por outro lado, as práticas que regem a atuação do vendedor não podem postergar informações essenciais a uma decisão esclarecida por parte do consumidor, cfr. artigo 9º do mesmo diploma.

Dessa forma, tal como acontece na compra e venda de bens móveis novos, também no comércio jurídico dos bens móveis usados, inclusive nos contratos celebrados à distância (em *sites* ou em redes sociais), o vendedor está obrigado a cumprir escrupulosamente o dever de informação em todas as suas vertentes, antes, durante e após a celebração do contrato, *cf.* alínea *i*) do n. 8 da LDC e alíneas *q*) e *r*) do artigo 4º do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei 47/2014, de 28 de julho. O que nem sempre acontece!

É no setor do comércio de compra e venda de veículos automóveis usados que ocorrem os mais flagrantes desrespeitos pelos direitos dos consumidores, pois muitos são os “*stands*” que prestam uma informação insuficiente sobre as viaturas usadas que comercializam, designadamente no que respeita ao âmbito da garantia, quer quanto à duração e cobertura, quer quanto ao reconhecimento da responsabilidade.

E são diversos os mecanismos utilizados, numa tentativa de desresponsabilização: omissão do período da garantia legal aplicável; apresentação da garantia de um ano, sem prévio acordo do consumidor; indicação do prazo da garantia de seis meses, inferior ao mínimo legal; aplicação de descontos mediante renúncia ao prazo da garantia, ou apresentação de acordos de garantia cujo conteúdo é composto por cláusulas contratuais ilegais quer por excluírem algumas peças mecânicas, quer por limitação à quilometragem, quer, ainda, por um valor máximo de reparação.

Sem esquecer as situações em que os vendedores concedem a garantia ao consumidor como uma vantagem negocial, fazendo crer àquele que se encontra a beneficiar mais de uma oferta do que propriamente de um direito que lhe assiste por imperatividade legal. Esta é, pois, uma prática comercial tida como enganosa, se se atender ao prescrito na alínea *m*) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março: “*Apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor previstos na lei*”, o que poderá conduzir à resolução do contrato, nos termos do n. 1 do artigo 4º da LG.

### **c. Imperatividade da proteção legal**

Neste particular, em que a atuação dos “*stands*” é contrária às normas jurídicas especiais referentes à responsabilidade pela garantia dos veículos automóveis comercializados, a imperatividade da tutela legal dos interesses do consumidor sobrepõe-se, uma vez que decorre diretamente da lei o caráter injuntivo e indisponível das normas jurídicas de proteção do consumidor, que, como tal, não podem ser afastadas por vontade das partes, sendo as disposições negociais nulas, *cfr.* artigo 10º do LG.

Assim, perante a nulidade de disposições contratuais limitativas dos direitos do consumidor, prevalece a aplicação da garantia durante o lapso temporal de dois anos, que irá englobar todo o veículo automóvel, incluindo os componentes que o constituem<sup>6</sup>.

Nesta situação, a cláusula limitadora é tida como não escrita, *cfr.* artigo 8º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro; todavia, o contrato de compra e venda celebrado subsiste em si mesmo nos termos do artigo 9º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, ao mesmo tempo que se impõe o respeito da norma que resulta do n. 1 do artigo 5º da LG.

Para além de se considerarem como não escritas as cláusulas contratuais *contra legem*, e porque nas relações de consumo impera o direito à informação, também as cláusulas contratuais que constem de acordos convencionados pelo vendedor sem que o teor delas seja comunicado àquele tem como consequência legal a sua exclusão, *cfr.* artigo 8º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, atenta a obrigação pré-contratual que impende sobre o vendedor de diligenciar no sentido de, por um lado, cumprir com o especial dever de comunicar integralmente todas as cláusulas da garantia convencionada, possibilitando ao consumidor um conhecimento da existência daquelas, bem como, por outro lado, o dever de explicar todo o seu conteúdo e alcance prático-jurídico, *cfr.* artigos 5º e 6º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro.

### **Notas**

\* Sofia Pita e Costa. Assessora jurídica da APDC.

1. “Artigo 3º Direitos do consumidor: (...) 2. Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito a que a conformidade do bem seja repostada sem encargos, por

- meio de reparação ou de substituição, nos termos do n. 3, a uma redução adequada do preço, ou à rescisão do contrato no que respeita a esse bem, nos termos dos n.ºs 5 e 6. 3. Em primeiro lugar, o consumidor pode exigir do vendedor a reparação ou a substituição do bem, em qualquer dos casos sem encargos, a menos que isso seja impossível ou desproporcionado. (...) 5. O consumidor pode exigir uma redução adequada do preço, ou a rescisão do contrato: – se o consumidor não tiver direito a reparação nem a substituição, ou – se o vendedor não tiver encontrado uma solução num prazo razoável, ou – se o vendedor não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor. (...)”
2. Ac. TRP, de 14.09.2009, Processo 19739/03.2TJPRT.P1.
  3. Pedro Romano Martinez: “Era usual considerar-se que a responsabilidade por incumprimento defeituoso estaria tacitamente excluído com respeito a coisas usadas, porquanto era de prever que estas tivessem vícios. O devedor só seria responsável no caso de ter garantido determinadas qualidades. Em certos casos, as circunstâncias concretas podem levar a aceitar-se uma exclusão tácita da responsabilidade, mas não é lícito alastrar essa ilação a todas as vendas de objetos usados. Por outro lado, o defeito não se identifica com a deterioração motivada pelo uso ou pelo decurso do tempo. O bem usado pressupõe-se com um desgaste normal, em função da utilização (por ex., o número de quilómetros percorridos) ou do tempo (por ex., número de anos a contar da data de fabrico), mas não tem de ser defeituoso. (...) No sistema jurídico português, a distinção entre coisas novas e usadas não tem consagração legal e não pode ser fundamento para efeitos de excluir a responsabilidade. Todavia, sendo vendida uma coisa usada, o acordo incide sobre o objecto com qualidade inferior e idêntico a um bem novo, razão pela qual o regime do cumprimento defeituoso só encontra aplicação na medida em que essa falta de qualidade exceder o desgaste normal”, in *Cumprimento Defeituoso – em especial na compra e venda e na empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994.
  4. Sentença de 29.09.2011, Processo n. 20/2011JP, Julgado de Paz de Vila Nova de Poiares.
  5. “*Bem de consumo*’, qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão”, cfr. alínea b) do artigo 1º-B da LG.
  6. Ac. TRC, de 25.10.2011, Processo 351/10.6TBPCV.C1: “1. É nula a cláusula contratual pela qual vendedor e comprador/consumidor reduziram a 6 meses o prazo de garantia legal de 2 anos, previsto no art. 5º, n. 1, do DL 67/2003, de 8.4, para protecção dos direitos do consumidor; 2. Tal cláusula deve ser substituída por outra, por imperatividade de norma legal, que fixe esse prazo de garantia no prazo legal geral de 2 anos, e não no prazo legal especial de 1 ano, previsto no n. 2 do referido artigo, para o caso de venda de automóvel usado, prazo este que a lei só admite se houver acordo explícito das partes nesse sentido, o que inexistiu no caso em apreço; 3. No caso de venda ao consumidor de bem defeituoso, o mesmo tem direito indemnizatório por danos patrimoniais e não patrimoniais, como decorre do art. 12º, n. 1, da lei de defesa do consumidor (Lei 24/96, de 31.7, na redacção do DL 67/2003), cumulável com direito à reparação de tal bem, designadamente por privação do uso do seu veículo.”

## Referências

- ANA PRATA, Venda de Bens Usados no quadro da Diretiva 1999/44/CE, *in* Themis, II, 2001.
- CARLOS MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 4. ed. (por Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- JOÃO CALVÃO DA SILVA, Compra e Venda de Coisas Defeituosas (Conformidade e Segurança), Almedina, Coimbra, 2008; Venda de Bens de Consumo – Decreto-Lei 67/2003, Diretiva 1999/44/CE, Almedina, Coimbra, 2010.
- MÁRIO FROTA, Garantia dos Bens de Consumo, *in* Jornal virtual NetConsumo.com Da Garantia das Coisas Móveis Duradouras, *in* RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, n. 58, 2008, p. 28-42.
- PAULO MOTA PINTO, Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo – A Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português, *in* Estudos de Direito do Consumo, n. 2, 2000.
- PEDRO ROMANO MARTINEZ, Cumprimento Defeituoso – em especial na Compra e Venda e na Empreitada, Almedina, Coimbra, 1994.

### Jurisprudência

<http://www.dgsi.pt>

#### **Tribunal da Relação de Coimbra**

Acórdão 25.10.2011, Processo n. 351/10.6TBPCV.C1 (Moreira do Carmo)

#### **Tribunal da Relação do Porto**

Acórdão 14.09.2009, Processo n. 19739/03.2TJPRT.P1 (Anabela Luna de Carvalho)

#### **Julgado de Paz de Vila Nova de Poiares**

Sentença de 29.09.2011, Processo n. 20/2011JP (Filomena Matos)

#### **Julgado de Paz de Cascais**

Sentença de 28.09.2011, Processo n. 178/2011JP (Ascensão Arriaga)





AS GARANTIAS ENTRE  
OS PARTICULARES –  
A ESFERA DA AUTONOMIA  
PRIVADA

CRISTINA FREITAS\*  
Assessora jurídica da apDC

## **EXCERTOS**

*“A conformidade do bem aferir-se-á pela sua funcionalidade para o fim a que se destina, com a qual o adquirente razoavelmente conta”*

*“Para que o comprador, adquirente de um bem defeituoso, na aceção atrás expressa, possa ver o seu direito à qualidade do bem reposto, está, também ele, sujeito a determinadas obrigações, estabelecendo o legislador prazos para o exercício dos direitos que deverá cumprir, uma vez que, ultrapassados, conduzirão à caducidade da ação”*

*“É estabelecido o prazo de seis meses para o comprador intentar a ação de anulação por simples erro, sancionando a lei com a caducidade o não exercício tempestivo do direito de ação, ou seja, o comprador terá de denunciar o defeito no prazo estabelecido por lei e após a denúncia terá seis meses para recorrer à via judicial”*

## 1. Introdução

**A**ntes de entrarmos no tema sobre o qual pretendemos aqui discorrer, que visa o estrito domínio das relações entre os particulares (na sua esfera puramente pessoal), não podemos deixar de referir uma questão que é afluída, já, nas relações jurídico-privadas de consumo, tal como as concebemos (isto é, envolvendo como sujeitos contratuais, por um lado, o profissional e, por outro lado, o consumidor) e que de certa forma constitui o elo de ligação para a temática das garantias entre os particulares.

Falamos, especificamente, da norma contida no n. 6 do artigo 4º da Lei das Garantias – Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio. Muito embora o diploma regule aspectos da compra e venda de bens de consumo e das garantias a ela conexas, sendo, como tal, aplicável às relações jurídico-privadas de consumo, tal como as conhecemos, estabelece, o mencionado preceito, o que segue:

6 – Os direitos atribuídos pelo presente artigo transmitem-se a terceiro adquirente do bem.

É dizer, pressupõe, a disposição transcrita, uma venda subsequente; à primitiva compra e venda, ao negócio jurídico celebrado entre o vendedor (profissional) e o consumidor, sucede-se um outro negócio, realizado entre o consumidor e um terceiro, também ele, particular.

Ora, o artigo 4º, na sua redação originária, estruturava-se em cinco números e, consagrando os direitos do consumidor, em caso de falta de conformidade do bem com o conteúdo do contrato (de acordo com as presunções de falta de conformidade elencadas no artigo 2º do diploma), estabelecia o que segue:

1 – Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato.

2 – A reparação ou substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, e sem grave inconveniente para o consumidor,

tendo em conta a natureza do bem e o fim a que o consumidor o destina.

3 – A expressão ‘sem encargos’, utilizada no n. 1, reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão de obra e material.

4 – Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador.

5 – O consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.

Consagrava, pois, os remédios legais ao dispor do consumidor, caso adquirisse um bem defeituoso (na aceção anteriormente vista): reparação, redução do preço, substituição do bem ou a resolução do contrato, desde que, logicamente, o bem se encontrasse dentro do período de garantia legal (dois ou cinco anos consoante se tratasse de bem móvel ou imóvel) e desde que o consumidor denunciasse tempestivamente o defeito ao profissional, ao agente económico (dois meses, no caso de bens móveis, e um ano, no caso de imóveis).

Isto, reiteramos, no caso de uma típica compra e venda de consumo.

Viria a experiência a demonstrar que um problema ficava em aberto: o caso do consumidor decidir vender ou, simplesmente, doar o bem adquirido a um terceiro, estando ainda o respectivo objeto dentro do prazo de garantia legal. Havia vozes que se pronunciavam sobre a extensão da garantia ao terceiro adquirente e vozes discordantes.

Pois bem, a dúvida quanto à extensão da garantia a um terceiro adquirente do bem (reiteramos, dentro do prazo de garantia legal do mesmo) dissipou-se com a introdução do já referido número 6º do artigo, pela mão do Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio, diploma que alterou e republicou a vulgarmente designada Lei das Garantias. Ficaria assim claro que os direitos referenciados transmitem-se ao terceiro adquirente do bem, ainda que não haja qualquer relação entre o vendedor e o terceiro adquirente do bem. O vendedor responde pela conformidade do bem com o conteúdo contratual durante o prazo de

garantia legal, quer para o consumidor com quem celebrou o contrato, quer para com um terceiro adquirente do bem.

Nesta situação particular, podemos dizer que existe um avanço, ou contorno, em relação à natureza de direitos relativos dos contratos, é dizer, aqueles direitos que só produzem efeitos entre as partes, só podendo ser exercidos perante o sujeito passivo (que tem o correspondente dever).

Introduzida, pois, esta questão, urge centrarmo-nos no domínio das relações entre os particulares, nas garantias entre os sujeitos que atuam no domínio da sua esfera puramente privada.

## **2. As garantias entre particulares**

### **A. O regime jurídico na compra e venda**

*“Num contrato de compra e venda de imóvel, em que a compradora vem invocar a existência de defeitos na coisa vendida, não se pode aplicar o regime do DL 67/2003 de 8/4, se não foi alegado e provado que o vendedor construiu a casa no âmbito de uma atividade profissional, sendo aplicável o regime do CC”*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Fevereiro de 2016.

O excerto retirado do aresto proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em fevereiro passado, constitui a pedra de toque para a análise do estudo que pretendemos levar a cabo sobre o tema das garantias entre particulares.

Com efeito, as relações jurídicas advindas da celebração de um contrato de compra e venda podem classificar-se, atendendo aos sujeitos contratuais em:

a) relações de consumo: aquela estabelecida entre um profissional, que atua no âmbito da sua atividade (vendedor), e o sujeito que adquire o bem de consumo para uso privado (consumidor);

b) relações interempresariais: aquelas estabelecidas entre profissionais, agentes económicos, no exercício das respectivas atividades; e

c) relações entre particulares: relações jurídicas advindas dum contrato de compra e venda celebrado entre dois sujeitos (vendedor e comprador), atuando ambos na sua esfera particular.

Pois bem, é deste terceiro domínio – compra e venda entre particulares e respectivas garantias – que nos ocuparemos.

A compra e venda entre particulares, como é sabido, vem regulada no Código Civil, nossa lei privada comum e geral, aplicável a todas as relações jurídico-privadas, em todos os aspectos que não estiverem previstos especificamente em diploma autónomo, nos artigos 874º e seguintes. Como qualquer outro negócio jurídico bilateral é, portanto, fonte de obrigações para os respectivos sujeitos contratuais e, sinalagmaticamente, gerador de direitos.

### **B. Noção de vícios da coisa – conceito funcional**

Estando nós perante o domínio da autonomia da vontade, logo podendo as partes estabelecer o conteúdo contratual, em tudo aquilo que não seja *contra legem*, contra a ordem pública ou ofensivo dos bons costumes (limites à autonomia da vontade privada – veja-se a este propósito o artigo 280º do Código Civil, que sanciona com a nulidade os negócios assim celebrados) –, vejamos, pois, o que prescreve o Código Civil nesta matéria. No que ora nos interessa, estabelece o artigo 913º da lei o que segue:

1. Se a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim, observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na seção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes.
2. Quando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria.

Da leitura do artigo transcrito, conclui-se que o legislador adotou um conceito funcional de vício da coisa, isto é, toma como critério a idoneidade do bem para o fim a que se destina, a aptidão que o adquirente dela espera. A conformidade do bem aferir-se-á pela sua funcionalidade para o fim a que se destina, com a qual o adquirente razoavelmente conta.

Como se pode ler no n. 2 do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de maio de 2014, sendo relatora a juíza conselheira Maria Clara Sottomaior:

II – O legislador adoptou, no art. 913º do Código Civil, uma definição funcional de vício da coisa, privilegiando a idoneidade do bem para a função a que se destina, a aptidão da coisa ou a utilidade que o adquirente dela espera.

Pode ainda ler-se, no aresto de que se trata, no ponto 2.1.1 “Regime Jurídico aplicável” o que segue:

No comentário ao Código Civil, referem os Professores Pires de Lima e Antunes Varela: “(...) O artigo 913º cria um regime especial (...) para as quatro categorias de vícios que nele são destacadas: a) Vício que desvalorize a coisa; b) Vício que impeça a realização do fim a que ela é destinada; c) Falta das qualidades asseguradas pelo vendedor; d) Falta das qualidades necessárias para a realização do fim a que a coisa se destina (17)”<sup>1</sup>.

Na esteira dos ensinamentos dos professores Pires de Lima e Antunes Varela, acrescenta-se, ainda, no acórdão:

Atende-se, em primeiro lugar, ao fim tido em vista pelas partes, de acordo com uma concepção subjetiva de defeito, pelo que o vício da coisa se apreciará em concreto, por comparação com as especificações do contrato, traduzindo-se numa desconformidade com estas[18].

O vício ou não conformidade reside na discrepância entre a qualidade real ou existencial e a qualidade devida *ex contractu* e, por isso, a inexactidão qualitativa da prestação respeita à fase executiva do negócio e será um caso de incumprimento parcial ou cumprimento imperfeito: o vendedor não cumpre exatamente a prestação devida ao comprador segundo a interpretação objetiva do contrato.

Mas o acordo das partes pode ser completado e integrado pelo padrão objetivo, numa noção subjetiva-objetiva de defeito[19]. Em caso de dúvida sobre o sentido do contrato, o n. 2 do art. 913º, como

disposição interpretativa, manda atender, para a determinação do fim da coisa vendida, à função normal das coisas da mesma categoria[20]. Assim, uma casa é feita para habitar e tem que ter as condições de habitabilidade (de espaço, salubridade, conforto e estética) esperadas pelo comprador.

Na hermenêutica do segmento normativo contido no n. 2 do preceito citado retira-se a intenção do legislador em postergar uma definição conceitual de vício da coisa e em privilegiar a idoneidade do bem para a função a que se destina, adotando um critério funcional, em que o aspecto fundamental é a aptidão da coisa, a utilidade que o adquirente dela espera[21].

Por último, a objetivação do padrão de qualidade da coisa, deve fazer-se pelo recurso ao princípio da boa-fé em nome da justiça comutativa atual, derogador, se necessário, da vontade hipotética ou conjectural das partes[22].

São essenciais, nesta matéria, como critérios interpretativos do contrato e definidores do modo como as obrigações devem ser cumpridas, os deveres de correção, lealdade e lisura decorrentes do princípio da boa-fé (art. 762º, n. 2) e inerentes à cooperação e solidariedade contratual.

Adotando um critério funcional de coisa defeituosa, de cariz subjetivo e objetivo, e especificando que sobre o vendedor recai uma presunção de culpa, veja-se o acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Abril de 2014, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino (Revista n. 1250/11.0TBVLG.P1.S1):

Uma coisa está ervada de defeito, no apontado sentido, quando não se consegue obter dela o efeito ou a utilidade finalística que lhe são atribuídas pelo sentido experiencial em que a utilidade genérica da coisa se inere. A obtenção do efeito prático normal e pretendido pode não ser total, mas tem de assumir uma relevância que torne a coisa inapta ou inábil para o fim que lhe está destinado. Esta aptidão da coisa deve ser aferida de forma objetiva e de acordo com padrões de normalidade, apreciada na perspectiva que o utilizador lhe pretendia conferir, segundo os padrões de normalidade e experiência comuns.

O cumprimento defeituoso pode, no entanto, resultar de específicas e concretas condições apostas no contrato celebrado



entre as partes. Assim tendo as partes contraentes estipulado as características que devem estar reunidas na coisa a transmitir ou a fazer, o desvio, no cumprimento, das específicas e concretas qualidades convencionadas, pode constituir, pela sua relevância na economia e equilíbrio da relação contratual, um cumprimento defeituoso. Incluem-se nesta categoria as condições, características e qualidades que foram anunciadas e que se hajam revelado idóneas e determinantes para a realização do contrato, nos termos em que as partes o quiseram celebrar, v. g. declarações negociais tácitas e que não devam estar estado ausentes do texto contratual.

Não constando do contrato uma finalidade específica, como se deixou dito, deverá atender-se e estar presente, na hora de valoração do comportamento e da conduta de cada um dos contraentes, a função típica, usual e normal conferida à coisa. Deste modo, quer o valor normal quer o uso comum ou ordinário devem ser aferidos e perspectivados tendo como padrão e paradigma a utilidade típica e corrente que as partes conferem à coisa objeto do negócio contratualizado, maxime o fim económico e social, ou outro especificamente querido e convencionado, adstrito ao bem transacionado.

A detecção e denúncia da verificação e existência de uma situação de cumprimento defeituoso, consubstanciada num desvio ao aos cânones estabelecidos e convencionados no negócio jurídico, constitui a causa donde emerge a faculdade/direito do lesado pelo cumprimento defeituoso pelo que, pretendendo o accionamento da respectiva pretensão, em juízo, deverá, nos termos do artigo 342º do Código Civil, invocar os fatos (concretos e específicos) donde decorre o direito para que tenciona obter a respectiva tutela jurídica. Tratando-se de defeito da coisa objeto da prestação quem a recebeu deverá provar a existência de um desvio ao que foi convencionado e acordado, do mesmo passo que lhe está cometido o dever de demonstrar que o defeito detectado se revela de tal modo gravoso e decisivo que, pela relevância que assume na utilização (ordinária e normal) da coisa é susceptível de afetar o fim que lhe estava destinado pelo uso normal que lhe cabia.

Do mesmo passo ao vendedor caberá demonstrar que os defeitos, originários ou provindos de uma deficiente execução, lhe não são

imputáveis ou que houve concurso de terceiros ou do próprio credor na produção dos efeitos que determinaram o desvalor e a inutilidade (ou utilidade relativa) da coisa. Naturalmente neste feixe de pendor probatório caberá ao devedor provar que o desvalor ou a carência de aptidão utilitária da coisa não a descaracteriza ao ponto de a tornar incapaz de servir o fim previamente destinado ou, inclusive, que o defeito denunciado era aparente, visível e patente no momento em que a coisa foi entregue e não obstante o comprador a aceitou, sem reservas”. (notas da transcrição 18, 19, 20, 21 e 22, respectivamente, 2, 3, 4, 5 e 6 deste artigo)

Enquadrado, do ponto de vista jurisprudencial e doutrinal, o conceito de vício da coisa, como já referido, conceito funcional e tendo como medida de aferição a aptidão para o fim a que se destina, vejamos, deste passo, as soluções estabelecidas pelo nosso legislador caso a coisa vendida padeça de vício que a desvalorize ou impeça a realização do seu fim.

### **C. Direitos do comprador**

O artigo 914º do Código Civil estipula, sob a epígrafe “Reparação ou substituição da coisa”, o que segue:

O comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a substituição dela; mas esta obrigação não existe, se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece.

Para uma melhor percepção da norma transcrita, socorremo-nos, jurisprudencialmente, do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, a 25 de outubro de 2012, sendo relator o conselheiro Álvaro Rodrigues.

O litígio submetido a apreciação tinha na sua base uma compra e venda celebrada entre autora e ré, ambas empresas, uma dedicada à venda e fornecimento de produtos relacionados com a segurança e a higiene no trabalho e a outra à confecção, fabrico e comercialização de produtos

relacionados com a empresa têxtil, tendo a autora encomendado à ré coletes de alta visibilidade, em cor amarela e conformes determinadas referências e normativas comunitárias.

Viria a verificar-se que os coletes não cumpriam a normativa comunitária, razão pela qual a autora solicitou a retirada dos coletes do seu armazém (85.000 unidades), tendo a ré, no entanto, comunicado o desconhecimento do defeito e prontificando-se a substituí-los, solução esta não aceite pela autora que pretendia a resolução do contrato.

Não aprofundando o litígio objeto de apreciação por parte do tribunal superior (tanto mais que estamos perante um litígio interempresarial), é expressivo, no entanto, o que no mesmo se estabelece a respeito dos direitos do comprador de coisa defeituosa.

Efetivamente, no sumário, pode ler-se:

– Na venda de coisa defeituosa há uma sequência lógica e subsidiária de momentos ou fases na tutela do comprador por força dos defeitos na coisa vendida – eliminação dos defeitos ou substituição da prestação, redução do preço ou resolução do contrato, apenas podendo o comprador reclamar a indemnização, se não houver uma daquelas possibilidades alternativas aptas a satisfazer, numa perspectiva objetiva, os interesses do mesmo.

No Acórdão deste Supremo Tribunal, de 24-05-12, desta mesma Seção, de que foi Relator o Exmº Juiz Conselheiro Serra Baptista, tendo como Adjuntos o ora Relator do presente Acórdão e o Exmº Juiz Conselheiro Fernando Bento, que aqui intervém nessa mesma qualidade, decidiu-se precisamente em tal sentido.

II – Há, todavia, que distinguir atentamente a simples venda de coisa defeituosa, de outra figura mais ampla e, por isso, mais abrangente, que é a do cumprimento defeituoso da obrigação.

III – Acolhemo-nos à lição do saudoso e emérito civilista que foi o Prof. Antunes Varela, no seu douto Parecer, Cumprimento Imperfeito do Contrato de Compra e Venda (a exceção do contrato não cumprido), onde o mesmo escreveu:

“Há venda de coisa defeituosa sempre que no contrato de compra e venda, tendo por objeto a transmissão da propriedade de uma coisa, a coisa vendida sofrer dos vícios ou carecer das qualidades abrangida no art. 913º do Código Civil, quer a coisa entregue

corresponda, quer não, à prestação a que o vendedor se encontra vinculado.

O cumprimento defeituoso da obrigação verifica-se não apenas em relação à obrigação da entrega da coisa proveniente da compra e venda, mas quanto a toda e qualquer outra obrigação, proveniente de contrato ou qualquer outra fonte.

E apenas se dá quando a prestação realizada pelo devedor não corresponde, pela falta de qualidades ou requisitos dela, ao objeto da obrigação a que ele estava adstrito” [Antunes Varela, Cumprimento Imperfeito do Contrato de Compra e Venda (a exceção do contrato não cumprido), Parecer publicado na Col. Jur., ano XII (1987), T. 4, pg. 30].

IV – O artº 799º do Código Civil, como diz A. Varela, coloca o cumprimento defeituoso da obrigação ao lado da falta de cumprimento, dentro da categoria geral da falta culposa de cumprimento a que genericamente se refere o art. 798º do mesmo Código.

V – Não logrando o devedor ilidir a presunção de culpa contida no n. 1 do art. 799º do Código Civil, verifica-se o concurso de todos os pressupostos ou requisitos da sua responsabilidade contratual, na qualidade de devedor adstrito à obrigação de cumprir, nos termos explícitos no texto do acórdão ora sumariado.

A primeira conclusão que podemos retirar, quanto à venda de bens defeituosos, no regime civilístico – por contraposição ao que acontece na compra e venda de bens de consumo, sujeita ao regime jurídico estatuído pelo Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, atualizado e republicado, na qual não existe qualquer hierarquia de direito na compra e venda de bens defeituosos (podendo o consumidor, livremente, optar pela reparação do bem, sua substituição, redução do preço ou resolução do contrato e tendo o vendedor do bem que sujeitar-se à escolha efetuada por aquele –, é a de que neste regime há uma hierarquia na proteção do comprador de coisa defeituosa.

Como se pode ler na fundamentação do acórdão: *“há, efetivamente, uma sequência lógica de momentos ou fases na tutela do comprador por via dos defeitos na coisa vendida – eliminação dos defeitos ou substituição da prestação, redução do preço ou resolução do contrato, apenas podendo*

*o comprador reclamar a indenização se não houver uma daquelas possibilidades alternativas aptas a satisfazer, numa perspectiva objetiva, os interesses do mesmo”.*

No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, desta feita, no acórdão de 24 de maio do mesmo ano, podendo ler-se, no sumário, no que tange à matéria de que tratamos, o seguinte:

No nosso sistema jurídico há uma sequência lógica na tutela do comprador por via dos defeitos na coisa vendida, eliminação dos defeitos ou substituição da prestação, redução do preço ou resolução do contrato, apenas podendo ser pedida indenização, de forma autónoma, sem ser nos casos de cumulação, por violação quer do interesse contratual negativo, quer do interesse contratual positivo, por não haver uma daquelas alternativas que satisfaça os seus interesses.[1]<sup>7</sup>

Também Pedro Romano Martinez segue idêntica orientação. A propósito refere e passamos a citar:

Sendo possível a eliminação dos defeitos ou a nova realização da prestação, ao comprador ou ao dono da obra só cabe escolha entre resolver o contrato e reduzir o preço, caso a contraparte tenha recusado qualquer das prestações de cumprimento ou depois de decorrido um prazo suplementar fixado, nos termos do artº 808º, para a sua efetivação.

Há quem afirme que os pedidos de resolução do contrato e da redução do preço só não são de aceitar, caso haja uma proposta concreta da contraparte no sentido de eliminar os defeitos ou substituir a prestação defeituosa. Esta maneira de ver não parece de aceitar, pois a lei, em caso algum, concede a possibilidade de se optar entre o cumprimento das obrigações e a responsabilidade contratual; tal escolha não é consentida, nem ao credor, nem ao devedor. Enquanto o cumprimento da prestação acordada for possível, mediante a eliminação do defeito ou através da sua substituição, não pode estar aberto o caminho para a resolução do contrato, nem para a redução do preço; estas exigências são colocadas em vez da pretensão de cumprimento.[3]<sup>8</sup>

E continua:

No sistema jurídico português há uma espécie de sequência lógica: em primeiro lugar, o devedor está adstrito a eliminar os defeitos ou a substituir a prestação; frustrando-se estas pretensões, pode ser exigida a redução do preço ou a resolução do contrato. A regra que impõe este seguimento está patente no art. 1222º, n. 1, em relação ao contrato de empreitada, mas, apesar de não haver norma expressa neste sentido no contrato de compra e venda, ela depreende-se dos princípios gerais (arts. 562º, 566º, n. 1, 801º, n. 2 e 808º, n. 1, além de ser defensável a aplicação analógica do n. 1 do art. 1222º, no que se refere à imposição desta sequência, às hipóteses de compra e venda.[4]<sup>9</sup>

#### **D. Prazos para o exercício dos direitos**

Para que o comprador, adquirente de um bem defeituoso, na aceção atrás expressa, possa ver o seu direito à qualidade do bem reposto, está, também ele, sujeito a determinadas obrigações, estabelecendo o legislador prazos para o exercício dos direitos que deverá cumprir, uma vez que, ultrapassados, conduzirão à caducidade da ação.

Por um lado, deverá o comprador denunciar o defeito ao vendedor, interpelando-o, deste modo, ao cumprimento. Estabelecendo a lei prazos distintos consoante estejamos perante um bem móvel ou imóvel, dispõe o artigo 916º do Código Civil:

1. O comprador deve denunciar ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa, exceto se este houver usado de dolo.
2. A denúncia será feita até trinta dias depois de conhecido o defeito e dentro de seis meses após a entrega da coisa.
3. Os prazos referidos no número anterior são, respectivamente, de um e de cinco anos, caso a coisa vendida seja um imóvel.

Estabeleceu, pois, o nosso legislador o prazo de trinta dias e um ano, respectivamente, consoante estejamos perante uma coisa móvel ou imóvel.

Pela análise do artigo chegamos, de igual modo, ao prazo de garantia estabelecido por lei: seis meses, no caso de bens móveis, e cinco anos para os imóveis.

Conclui-se, pois, que, sendo semelhante o prazo de garantia estabelecido para os bens imóveis, é substancialmente inferior a garantia de que gozam os particulares adquirentes de um bem móvel, no regime civilístico, por contraposição à garantia consagrada nas relações jurídicas de consumo (dois anos, conforme o estabelecido no n. 2 do artigo 3º da Lei das Garantias).

Recordemos o que, a este propósito, estabelece o mencionado artigo:

2 – As faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respectivamente, presumem-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade.

Por outro lado a maior proteção de que gozam os compradores caso estejamos perante uma relação de consumo resulta do fato do legislador ter, neste caso, estabelecido uma presunção de falta de conformidade, durante o período de garantia, o que conduz a uma inversão do ónus da prova, é dizer, cabendo ao vendedor provar que o defeito no bem em causa não provém, por assim dizer, de culpa sua, o qual não acontece se estivermos perante garantias entre particulares.

### **E. Do direito de ação: prazo**

Por último, resta-nos deixar um apontamento quanto ao prazo para o exercício judicial dos seus direitos, por parte do comprador, caso estes não sejam voluntariamente repostos pelo vendedor do bem. Reza o artigo 917º, sob a epígrafe “Caducidade da ação”, o que segue:

A ação de anulação por simples erro caduca, findo qualquer dos prazos fixados no artigo anterior sem o comprador ter feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses, sem prejuízo, neste último caso, do disposto no n. 2 do artigo 287º.

É estabelecido, pois, o prazo de seis meses para o comprador intentar a ação de anulação por simples erro, sancionando a lei com a caducidade o não exercício tempestivo do direito de ação, ou seja, o comprador terá de denunciar o defeito no prazo estabelecido por lei (que como já vimos é de trinta dias para os móveis e um ano para os imóveis) e após a denúncia terá seis meses para recorrer à via judicial, intentando a respectiva ação.

Salvaguardam-se, naturalmente, as situações em que o negócio não está cumprido, caso em que a anulabilidade pode ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção (Cfr. n. 2 do art. 287º).

### **F. A especificidade do artigo 921º do Código Civil: A garantia de bom funcionamento**

Antes de concluirmos os nossos apontamentos sobre a temática da garantia entre os particulares, e não prescindindo de tudo o que atrás ficou exposto, nomeadamente no que tange à concepção funcional do bem que se adquire, à sua especial aptidão para o fim a que se destina, chamamos a atenção para a norma ínsita no artigo 921º do Código Civil, sob a epígrafe “Garantia de bom funcionamento”.

Reza, o artigo de que se trata:

1. Se o vendedor estiver obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, cabe-lhe repará-la, ou substituí-la quando a substituição for necessária e a coisa tiver natureza fungível, independentemente de culpa sua ou de erro do comprador.
2. No silêncio do contrato, o prazo da garantia expira seis meses após a entrega da coisa, se os usos não estabelecerem prazo maior.
3. O defeito de funcionamento deve ser denunciado ao vendedor dentro do prazo da garantia e, salvo estipulação em contrário, até trinta dias depois de conhecido.
4. A ação caduca logo que finde o tempo para a denúncia sem o comprador a ter feito, ou passados seis meses sobre a data em que a denúncia foi efetuada.



Em outras palavras, a par da garantia edilícia prevista nos artigos 913º a 915º do Código Civil, é consagrada uma garantia de bom funcionamento, prevista no artigo 921º, se as partes assim o convencionaram, ou os usos o determinam.

Existirá, pois, uma responsabilidade objetiva do vendedor, independente de culpa ou, bem assim, de erro do comprador, que conduzirá à sua obrigação de a reparar ou substituir (na hipótese vertida no n. 1 do artigo 921º) se o vendedor estiver obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o seu bom funcionamento.

A norma pode gerar, à primeira observação, certa confusão, se atentarmos em tudo o que deixámos exposto quanto às garantias entre particulares. Para melhor percepção do alcance da denominada garantia de bom funcionamento socorremo-nos de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 2012, que teve como juiz relator o conselheiro Serra Baptista, o qual, resultado de um recurso de revista, teve na sua base, sumariamente, um litígio relativo à aquisição de um veículo automóvel, alvo de sucessivas anomalias e consequentes reparações, tendo autora e ré convencionado uma garantia de três anos ou 100.000 km e não tendo o veículo automóvel nem uma coisa, nem outra.

Se o vendedor  
estiver obrigado,  
por convenção  
das partes ou por  
força dos usos, a  
garantir o bom  
funcionamento  
da coisa vendida,  
cabe-lhe repará-la,  
ou substituí-la

Como se pode ler no acórdão, a autora peticionava:

- a) a resolução do contrato de compra e venda do veículo que identifica, e a condenação da ré a recebê-lo e a pagar-lhe a quantia de 31.320 €, acrescida de juros à taxa comercial, desde a citação até efetivo pagamento;
- b) subsidiariamente, para o caso de improceder o pedido formulado em a), a condenação da ré a substituir o referido veículo por outro do mesmo modelo ou idênticas características e a pagar-lhe a quantia de 15 € por cada dia desde a citação até efetiva substituição;
- c) subsidiariamente e para o caso de improcedência dos dois

pedidos anteriores, deve a ré ser condenada a, no prazo de 15 dias após o trânsito em julgado da sentença, reparar definitivamente as anomalias com a cominação de, se voltarem a verificar, assistir à autora o direito de unilateralmente rescindir o contrato de compra e venda e haver da ré o preço que por ela havia sido pago e a pagar-lhe a quantia de 15 € por cada dia desde a citação até efetiva reparação; d) A condenação da ré a pagar-lhe a quantia de 1.100 €, a título de indenização, acrescida dos respectivos juros legais desde a citação até efetivo pagamento.

Tendo a questão subido ao Supremo Tribunal e não aprofundando outras questões jurídicas brilhantemente tratadas na decisão proferida pelo tribunal coletivo, no que ora nos interessa, nomeadamente quanto à garantia de bom funcionamento de que trata o artigo 921º, é referido:

Tal garantia é, principalmente, uma garantia de duração, visando, quer pelo sentido usual do termo, quer pelas origens históricas da figura na doutrina e na jurisprudência italianas[30], de modo especial, a venda de máquinas.

Não se exigindo a culpa do vendedor[31], nem o erro do comprador Tratando-se, para além do mais, de uma obrigação assumida no contrato[32].

Consistindo o escopo da garantia ora em apreço em fixar um período de provação ou de “rodagem” da coisa durante o qual o vendedor se responsabiliza porque na sua utilização normal e correta nenhum defeito de funcionamento ocorrerá.

Valendo por isso dizer que o vendedor assegura por certo período um determinado resultado, a manutenção em bom estado ou o bom funcionamento (idoneidade para o uso) da coisa, sendo responsável por todas as anomalias, avarias, falta ou deficiente funcionamento por causa a ela inerente e dentro do uso normal da mesma.

Bastando, assim, ao comprador, beneficiário da garantia em vigor, fazer a prova do mau funcionamento da coisa durante o período de duração da garantia, sem necessidade de identificar ou de individualizar a causa concreta impeditiva do resultado prometido

e assegurado, nem de provar a sua existência no momento da entrega.

Incumbindo antes ao vendedor, que queira ilibar-se de responsabilidade, fazer a prova que a causa concreta do mau funcionamento é posterior à entrega da coisa, assim ilidindo a presunção da anterioridade ou contemporaneidade do defeito (em relação à entrega) que caracteriza a garantia convencional de bom estado e bom funcionamento, sendo imputável ao comprador (v. g. má utilização), a terceiro ou devida acaso fortuito[33]

O art. 921º não exige, assim, por banda do comprador, a identificação da causa do defeito, a anterioridade ou contemporaneidade do mesmo, nem a culpa do vendedor.

Incumbindo àquele, tão só, provar o defeito da coisa durante o prazo da garantia[34] (notas da transcrição 30, 31, 32, 33 e 34, respectivamente, 10, 11, 12, 13 e 14 deste artigo).

Reportando-nos às doudas conclusões daquele tribunal superior, procedemos à sua transcrição:

- 1 – No âmbito do cumprimento defeituoso da prestação, no contrato de compra e venda, presume-se a culpa do vendedor, mas já não os restantes elementos integradores da responsabilidade contratual;
- 2 – O vício ou defeito da coisa, neste mesmo âmbito, deve ser determinado à data do cumprimento, a ela se reportando. Devendo existir, ainda que oculto, nesse momento.
- 3 – Cabe ao comprador, não só alegar e provar a desconformidade da coisa vendida em relação à sua função normal, mas também a alegação e prova de que o denunciado defeito existia à data do cumprimento do contrato, ainda que em germe.
- 4 – Não tendo o autor alegado a anterioridade do defeito que denunciou, tem a ação, com recurso a esta garantia edilícia, desde logo que soçobrar.
- 5 – A par desta garantia, e além do mais, podem as partes ter convencionado a chamada garantia do bom funcionamento.
- 6 – Nela bastando ao comprador, seu beneficiário, fazer a prova do mau funcionamento da coisa durante o período de duração

da garantia, sem necessidade de identificar ou de individualizar a causa concreta impeditiva do resultado prometido ou assegurado, nem de provar (e de alegar) a sua existência no momento da entrega.

7 – Incumbindo antes ao vendedor, que queira ilibar-se da responsabilidade, fazer a prova de que a causa concreta do mau funcionamento é posterior à entrega da coisa, sendo imputável ao comprador, a terceiro ou a caso fortuito.

### 3. Conclusões

Para terminar, e em jeito de conclusão, deixamos, por expressivo, o sumário do aresto proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, a 25 de junho de 2013, no qual foi relator o desembargador Jaime Carlos Ferreira:

I – Decorre do disposto no art. 913º do Código Civil que se a coisa objeto da venda sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim, é reconhecido ao comprador o direito à anulação do contrato – art. 905º do Código Civil –, ou à redução do preço – art. 911º do Código Civil –, e ainda a ser indenizado pelos prejuízos sofridos – arts. 90º e 909º do mesmo diploma legal.

II – Para além do direito à anulação por erro ou dolo, o regime da venda de coisa defeituosa confere ainda ao comprador os direitos à reparação ou substituição da coisa – art. 914º do Código Civil –, à indenização em caso de simples erro – art. 915º do Código Civil –, ao cumprimento coercivo ou à indenização respectiva – art. 918º do Código Civil – e à garantia de bom funcionamento – art. 921º do Código Civil.

III – Os vários meios jurídicos facultados ao comprador de coisa defeituosa pelos arts. 913º e seguintes do Código Civil não podem ser exercidos de forma aleatória ou discricionária; os mesmos acham-se estruturados de forma sequencial e escalonada.

IV – Em primeiro lugar, o vendedor está vinculado à eliminação do defeito: se esta não for possível ou se for demasiado onerosa,

deverá substituir a coisa viciada; frustrando-se qualquer dessas alternativas, assiste ao comprador o direito de exigir a redução do preço e não se mostrando esta medida satisfatória poderá o mesmo pedir a resolução do contrato.

Com qualquer dessas pretensões –, destinada a assegurar o ressarcimento de danos não reparados pode cumular-se a indenização – pelo interesse contratual negativo por aqueles meios jurídicos.

V – Para que o vendedor possa ser responsabilizado pelo cumprimento defeituoso e seja reconhecido o direito ao comprador à eliminação dos defeitos é indispensável que este tempestivamente proceda à sua denúncia, nos termos do art. 916º do Código Civil e, não sendo na sequência dela eliminados, interponha a correspondente ação no prazo fixado no artigo 917º do mesmo diploma.

VI – Numa ação em que a A. parte apenas da já concretizada resolução do contrato, que efetivou por carta, para, com base nessa resolução extrajudicial, pedir à Ré apenas e tão só a devolução do preço que pagou pela máquina, não pode ter aplicação o art. 917º CC, já que a condenação pretendida pela A. deriva apenas do disposto nos arts. 289º, n. 1; 433º; 434º, n. 1; e 436º, n. 1, todos do C. Civil, disposições segundo as quais “a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte, sendo equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico e tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.

VII – A este pedido da A. apenas pode ser aplicável o prazo de prescrição ordinária (artº 309º CC) do crédito da A. em questão.

## Notas

\* Cristina Freitas. Assessora jurídica da apDC.

1. Pires de Lima/Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, p. 210-211).
2. Calvão da Silva, Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança, Almedina, Coimbra, 2004, p. 41.

3. *Ibidem*, p. 42.
4. Cf. Pires de Lima Antunes Varela, ob. cit., p. 211 e Calvão da Silva, ob. cit., p. 42.
5. *Ibidem*, p. 41.
6. *Ibidem*, p. 42.
7. Pº 1288/08.4TBAGD.C1.S1, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
8. Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso em especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Col. Teses, p. 391 e segs.
9. *Idem*, p. 392.
10. Antunes Varela, *Cumprimento Imperfeito do Contrato de Compra e Venda (a exceção do contrato não cumprido)*, Parecer publicado na Col. Jur., ano XII (1987), T. 4, p. 30.
11. O preceito corresponde ao art. 1512º do Código Civil italiano.
12. Tratando-se, assim, de uma garantia objetiva – Mota Pinto e Calvão da Silva, O Direito, n. 121, II vol., p. 291.
13. P. Lima e A. Varela, ob. cit., p. 221.
14. Calvão da Silva, ob. cit., p. 62/63, que temos vindo a seguir de perto.
15. Pedro R. Martinez, ob. cit., p. 473 e ss e Acs do STJ de 12/12/78 (Rui Corte Real), Bol. 282, p. 176, de 31/7/83 (Lopes das Neves), Pº 070950, de 10/7/2001 (Afonso de Melo), Pº 01A2093, de 19/2/2008 (Alves Velho), Pº 07A4655 e de 2/3/2010 (Urbano Dias), Pº 323/05.2TBTBU.C1.S1.

# A EMPREITADA DE IMÓVEIS DECORRENTE DA COMPRA E VENDA DE CONSUMO

MARISA DINIS\*

Doutora em Direito (Universidade de Salamanca)

## **EXCERTOS**

*“Uma das principais preocupações jurídicas inerente ao contrato de compra e venda em geral e ao contrato de compra e venda de consumo em particular reside no regime aplicável à venda de coisas defeituosas”*

*“No caso de a empreitada ter por objeto a construção, a reparação, a modificação de bens imóveis, destinados, pela sua natureza, a longa duração, assistirá ao dono da obra, ou a terceiro adquirente, o direito à eliminação dos defeitos ou à reconstrução da obra”*

*“Efetivamente, na eventualidade de o empreiteiro entender que o defeito não pode ser eliminado, bastar-lhe-á alegar que a solução elegida não é, por exemplo, tecnicamente possível de concretizar”*



## I. Do contrato de empreitada – considerações gerais

**N**os termos da redação do artigo 1207º do Código Civil, “empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”. Como é sabido, apesar de o contrato de empreitada estar regulado de forma autónoma, ele constitui, na verdade, uma das modalidades de prestação de serviços (artigo 1154º do Código Civil), a qual apresenta, no entanto, especificidades muito próprias no que respeita ao objeto.

Recorde-se, neste aspecto, ainda antes de delimitarmos o âmbito da análise do nosso estudo que, como antecipámos no respectivo título, incidirá sobre a empreitada de bens imóveis no âmbito do direito privado<sup>1</sup>, que podem ser vários os objetos do contrato de empreitada, entre bens imóveis e móveis, desde que sobre ele se venha a verificar um resultado material – obra – que pode traduzir-se numa construção, numa reparação, numa modificação ou inclusivamente numa demolição<sup>2</sup>. De fato, a palavra “obra” tem sido, neste particular e no ordenamento jurídico nacional<sup>3</sup>, uma rentável fonte de controvérsia doutrinária e jurisprudencial cujo marco central remonta à conhecida querela entre Ferrer Correia e Henrique Mesquita, por um lado, e Antunes Varela e João Calvão da Silva, por outro, na sequência das anotações que fizeram ao acórdão do STJ de 3 de novembro de 1983<sup>4</sup>. Resumidamente, os primeiros, na defesa de um conceito amplo da palavra “obra”, defenderam que poderia englobar um resultado intelectual, contrariamente aos segundos que, na defesa de um conceito restrito da mesma palavra, entenderam que o contrato de empreitada se traduzia numa obrigação de resultado que incidiria em objetos de natureza corpórea.

Pesem embora as considerações sobreditas, resulta claro que é requisito essencial do contrato de empreitada a realização de uma obra que se traduzirá num resultado material. Não se trata, portanto, de uma prestação do trabalho com o conseqüente vínculo de subordinação que, *in casu*, seria naturalmente do empreiteiro para com o dono da obra, agindo, assim, este sob sua própria direção e não sob os comandos do dono da obra, sendo certo, porém, que sempre caberá ao dono da obra um poder de fiscalização<sup>5</sup>. Veja-se, concomitantemente, o que refere

o artigo 1209º do Código Civil de onde decorre expressamente que o objetivo central deste poder de fiscalização reside em evitar que o empreiteiro encubra defeitos da obra que podem não ser, ao momento da entrega, de fácil apreensão pelo dono da obra. Pretende-se evitar, igualmente, com este direito de fiscalização, defeitos na obra que conduzam ou possam conduzir, *a posteriori*, à não aceitação da obra. Trata-se de um direito que se traduz na verificação da execução da obra e não na possibilidade de dar instruções ou exercer o poder de direção característicos do contrato de trabalho e poderá o dono da obra, se assim o entender, delegar num terceiro, por exemplo, num arquiteto ou num

A empreitada consubstancia uma prestação de serviços autonomamente regulada e, portanto, não se confunde juridicamente com o contrato de compra e venda

engenheiro, este direito de fiscalização, a quem confiará a totalidade ou parte do mesmo. As condições para o exercício deste direito são óbvias e resultam, desde logo, do n. 1 deste artigo 1209º do Código Civil, que declara que as despesas decorrentes da fiscalização ficam a cargo do dono da obra e que esta fiscalização não pode perturbar a boa e normal execução da obra. Atente-se, igualmente, no mencionado no n. 2 do mesmo artigo, que expressa claramente que a fiscalização não impede o dono da obra de exercer, contra o empreiteiro, os seus direitos, “embora sejam aparentes os vícios

da coisa ou notória a má execução do contrato, excepto se tiver havido da sua parte concordância expressa com a obra executada”. Trata-se de um direito que não pode ser afastado nem por vontade unânime dos contraentes<sup>6</sup>.

A empreitada consubstancia, como se disse, uma prestação de serviços autonomamente regulada e, portanto, não se confunde juridicamente com o contrato de compra e venda. Com efeito, enquanto naquela nasce uma obrigação da prestação de fato que se traduz na realização da obra, nesta dá-se a transferência da propriedade da coisa ou do direito objeto do contrato.

Todavia, sempre que os materiais são fornecidos pelo empreiteiro, e sobretudo quando o valor destes é superior ao valor do trabalho, as

dúvidas a respeito da qualificação jurídica do contrato agudizam-se. Sem aprofundarmos em demasia a questão, sempre diremos que, da leitura dos artigos 1210º e 1212º, ambos do Código Civil, o condicionalismo de os materiais serem ministrados pelo empreiteiro não determina a alteração da qualificação jurídica do contrato, continuando este, em princípio, a colher a qualificação de contrato de empreitada. Note-se, neste sentido, o referido no artigo 1212º do Código Civil a respeito da propriedade da obra e da transferência da propriedade dos materiais fornecidos pelo empreiteiro. Daqui denota-se, uma diferença de tratamento jurídico entre este contrato e aquele outro, o de compra e venda.

Na doutrina e na jurisprudência têm sido discutidas as semelhanças e as dissemelhanças entre ambos os contratos em diversas frentes, mas parece-nos que, independentemente da designação atribuída pelas partes ao contrato, há que atender em concreto às reais circunstâncias em que ele se materializa e há que chamar à colação as regras que melhor podem dirimir os conflitos jurídicos daí advenientes, mesmo que tais regras sejam do regime jurídico da compra e venda<sup>7</sup>.

## **II. Do âmbito de aplicação do Contrato de Compra e Venda para Consumo**

Nos termos do disposto no artigo 874º do Código Civil designa-se de compra e venda o contrato “pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço”.

Subtipo do contrato de compra e venda é, como é sabido, o contrato de compra e venda para consumo. Este contrato distingue-se do primeiro pelas características que reveste e pelo regime jurídico que lhe é aplicável. Na verdade, para além das regras gerais do Código Civil, a regulação dos contratos de compra e venda de consumo está sob a alçada de uma série de diplomas que visam a real proteção dos consumidores, atendendo à manifesta falta de equilíbrio das partes num contrato desta natureza.

Assim, nestes contratos há que evocar, sempre que aplicáveis, os regimes dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (Decreto-Lei 47/2014, de 28 de julho), das práticas comerciais desleais (Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, alterado pelo

Decreto-Lei 205/2015, de 23 de setembro), o do Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, que procedeu à transposição para o direito interno da Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas e que foi alterado em 2008, por via do Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio.

Ora, o último diploma referido, e o que procedeu à sua alteração, reveste elevada importância no âmbito das relações do consumo, sendo, na verdade, considerado um dos diplomas-rei nesta área específica do direito. Neste diploma encontram-se enumeradas as consequências jurídicas para a entrega de um bem em desconformidade com os dizeres do contrato.

Vejamos, antes de avançar no estudo deste diploma, qual o âmbito de aplicação que abarca. Como decorre deste introito, o diploma será de aplicar aos contratos de compra e venda de bens de consumo. Com efeito, é precisamente isto que afirma o respectivo artigo 1º ao referir que ele “é aplicável aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores” o que, aliás, decorre diretamente da diretiva que veio transpor. Saliente-se, porém, que este diploma não se aplica em exclusivo às relações de consumo, sendo igualmente chamado a atuar, com as devidas adaptações, quando em causa estão contratos mediante os quais um contraente público compra bens móveis a um fornecedor, nos termos previstos pelo Código dos Contratos Públicos<sup>8</sup>.

Como já mencionámos, o Decreto-Lei 67/2003 procedeu à transposição da Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, mas o âmbito de aplicação que consagrou foi maior do que o âmbito de aplicação definido pela citada diretiva. De fato, para efeitos de aplicação da predita diretiva, define a al. b) do n. 2 do artigo 1º “bem de consumo” como “qualquer bem móvel corpóreo”. Diferentemente, dispõe a al. b) do artigo 1.-B do Decreto-Lei 67/2003 que “bem de consumo” é entendido, para efeitos de aplicação do próprio diploma, como “qualquer bem móvel ou imóvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão”. Veja-se que, apesar de o artigo 1.-B ter sido aditado em 2008, por mão do Decreto-Lei 84/2008, de 24 de maio, o âmbito de aplicação do diploma já alcançava bens móveis e bens imóveis, nos termos dos artigos 4º e 12º da Lei de Defesa do

Consumidor, na redação anterior à dada pelo Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril<sup>10</sup>.

Entre o teor da diretiva e o plasmado no Decreto-Lei 67/2003 avista-se, ainda, outra diferença significativa que influencia diretamente os respectivos âmbitos de aplicação. Assim, enquanto a primeira exclui expressamente a água, o gás (exceto quando postos à venda em volume delimitado ou em quantidade determinada) e, ainda, a eletricidade, o segundo, porque não transpôs para o ordenamento jurídico nacional tais exceções e porque em causa estão bens corpóreos, é de aplicar a estes bens, independentemente de, quando aplicável, serem postos à venda em volume ou quantidade determinados.

Dentro do âmbito de aplicação do diploma cabem, ainda, os bens em segunda mão, desde que a relação em causa seja, obviamente, uma relação de consumo, tal como se subentende do escrito no n. 2 do artigo 5º do Decreto-Lei 67/2003.

O diploma aplica-se também a outros contratos onerosos que impliquem a transmissão de bens como sucede, por exemplo, em contratos que visem a troca de bens de consumo.

Diretamente relacionado com a matéria aqui em análise, refere o n. 2 do artigo 1º que o regime estabelecido no diploma é aplicado “com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo”. Apesar de a redação atual ter sido introduzida em 2008 por intermédio do Decreto-Lei 84/2008, a redação pretérita já previa a aplicação do regime aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir e ainda aos contratos de locação de bens de consumo.

Como bem refere Morais Carvalho, “a diferença entre as duas normas não é, no entanto, muito significativa. Com efeito, quando a lei se refere a bens fornecidos no âmbito de um contrato de prestação de serviços abrange apenas, dentro destes contratos, aqueles em que é entregue ao consumidor um bem de que este não dispunha anteriormente”<sup>11</sup>.

Em face do exposto, não restam dúvidas de que o Decreto-Lei 67/2003 não excluiu do seu âmbito de aplicação o tratamento dos contratos de empreitada de bens imóveis, objeto central desta análise.

Note-se, no entanto, que o diploma não é de aplicar a todos os contratos de empreitada.

Continua Morais Carvalho referindo que, por ser assim, o diploma não tem aplicação relativamente a “todos os contratos de empreitada, mas apenas àqueles em que está em causa uma obra nova não resultante de atividade predominantemente intelectual e que consista num resultado positivo”. Salienta, porém, que “deve entender-se que o diploma também se aplica a um contrato pelo qual o profissional se obriga a transformar um bem do consumidor desde que essa intervenção se destine a torná-lo num bem que possa ser qualificado como novo”. Terminando, no que aos bens imóveis respeita, por afirmar que integra o âmbito de aplicação do diploma o contrato de empreitada “em que seja entregue um bem imóvel a um consumidor, independentemente de este ser ou não o proprietário do terreno e dos materiais”<sup>12</sup>.

Concluimos, pois, que, salvo determinadas exceções, os contratos de empreitada que consubstanciam verdadeiras relações jurídicas de consumo, isto é, que se traduzem em contratos cuja obra, executada com caráter profissional por parte do empreiteiro, não é destinada, pelo respectivo dono, a um fim profissional, independentemente de ter por objeto coisas móveis ou imóveis, recebem um tratamento jurídico distinto do regime plasmado no Código Civil, em particular nos artigos 1207º a 1230º, visto que devem ser submetidos às regras especiais decorrentes do Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio.

Diga-se, igualmente, que os direitos atribuídos pelo diploma, tal como decorre, agora de forma expressa, pela redação do n. 6 do art. 4º, são transmissíveis “a terceiro adquirente do bem”. A discussão surgiu no seio do regime pretérito porquanto a respectiva redação sugeria que apenas o primeiro contraente teria direito aos direitos aí consagrados. No entanto, já à época, se defendia a extensão do regime a contraentes intervenientes em alienações seguintes<sup>13</sup>, o que, aliás, conjugava bem com o regime das garantias voluntárias, de acordo com o n. 4 do artigo 9º, que expressava, e expressa ainda, que, “salvo declaração em contrário, os direitos resultantes da garantia transmitem-se para o adquirente da coisa”.

Há, todavia, que interpretar a norma com algumas cautelas sob pena de suplantar o espírito da lei. Antes de atribuir os direitos decorrentes do diploma ao adquirente da coisa, há que analisar se se trata de um consumidor para efeitos da primeira relação estabelecida. Na verdade, não se poderá atribuir ao adquirente subsequente aquilo não lhe era devido se se tratasse de um adquirente originário. Assim, para que possa fazer uso desses direitos o adquirente terá de ser qualificado como consumidor à luz das circunstâncias inerentes ao primeiro contrato.

Uma última nota sobre o âmbito de aplicação do diploma para relembrar que ele não abarca os contratos de doação para consumo, vulgarmente utilizados por comerciantes para dar a conhecer os seus produtos aos consumidores oferecendo-lhes brindes. Nestas situações, havendo desconformidade, restará ao consumidor apelar às regras gerais, Lei de defesa do consumidor incluída, mas não ao especial regime plasmado neste Decreto-Lei 67/2003<sup>14</sup>.

### **III. Do contrato de empreitada de bens imóveis (decorrente da compra e venda de consumo)**

De acordo com o anteriormente explanado e com o âmbito de aplicação declarado no próprio diploma, ficou, então, claro que o Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, é aplicável aos contratos de empreitada de bens imóveis, sempre que a empreitada é executada por um profissional e desde que o dono da obra seja um consumidor, proprietário ou não do terreno e dos materiais.

O Decreto-Lei 67/2003, na redação dada pelo Decreto-Lei 84/2008, reveste elevada importância na disciplina legal do direito do consumo já que determina, para além do objeto do contrato, as medidas jurídicas a aplicar na eventualidade de se dar o incumprimento do contrato.

Vejamos, agora, as principais medidas resultantes da aplicação deste diploma que, como resulta do exposto, são de empregar ao contrato de empreitada de bens imóveis decorrente da compra e venda de consumo.

Como se sabe, uma das principais preocupações jurídicas inerente ao contrato de compra e venda em geral e ao contrato de compra e venda de consumo em particular reside no regime aplicável à venda

de coisas defeituosas. São várias as disposições legais que versam sobre a questão.

Assim, desde logo, o Código Civil, no artigo 913º e seguintes, consagra ao comprador o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, sendo esta fungível, a sua substituição. Consagra ainda o direito de o comprador exigir indenização em caso de anulação do contrato por ter havido erro. Neste caso, deve o comprador denunciar “ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa, excepto se este houver usado de dolo”, conforme o n. 1 do artigo 916º do Código Civil. Nos termos do n. 2 do mesmo preceito, “a denúncia será feita até trinta dias depois de conhecido o defeito e dentro de seis meses após a entrega da coisa” e, remata, no n. 3, que tais prazos são “respectivamente, de um e de cinco anos, caso a coisa vendida seja um imóvel”. Este n. 3 foi introduzido em 1994, por via do Decreto-Lei 267/94, de 25 de outubro, que, além do mais, alterou a redação dos dois primeiros números do artigo 1225º do Código Civil e lhe acrescentou outros tantos<sup>15</sup>.

Assim, no caso de a empreitada ter por objeto a construção, a reparação, a modificação de bens imóveis, destinados, pela sua natureza, a longa duração, assistirá ao dono da obra, ou a terceiro adquirente, o direito à eliminação dos defeitos ou à reconstrução da obra (artigo 1221º do Código Civil) ou, não tendo sido eliminados os defeitos ou reconstruída a obra, o direito à redução do preço ou à resolução do contrato sempre que a obra não esteja apta, pelos vícios que apresenta, a concretizar o fim a que se destina (artigo 1222º do Código Civil). A estes direitos acresce o direito à indenização nos termos gerais, tal como afirma o artigo 1223º do Código Civil. Estipulou-se, no n. 1 do artigo 1224º do Código Civil, que “os direitos de eliminação dos defeitos, redução do preço, resolução do contrato e indenização caducam, se não forem exercidos dentro de um ano a contar da recusa da aceitação da obra ou da aceitação com reserva”, porém, nos termos do n. 1 do artigo 1220º do mesmo Código, “o dono da obra deve, sob pena de caducidade dos direitos conferidos nos artigos seguintes, denunciar ao empreiteiro os defeitos da obra dentro dos trinta dias seguintes ao seu descobrimento”.

O regime vindo de referir, resultante das regras gerais do Código Civil, sucumbe perante regimes especiais, como sucede, por exemplo,



com o regime decorrente da Lei 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores<sup>16</sup>. À data da sua redação, dispunha a Lei 24/96, no seu artigo 4º, que “os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor”. Dispunha ainda a mesma norma, agora no número 2, que “sem prejuízo do estabelecimento de prazos mais favoráveis por convenção das partes ou pelos usos, o fornecedor de bens móveis não consumíveis está obrigado a garantir o seu bom estado e o seu bom funcionamento por período nunca inferior a um ano”. De seguida, já no número 3, alargava o prazo acabado de referir para um período de cinco anos para imóveis declarando expressamente que “o consumidor tem direito a uma garantia mínima de cinco anos para os imóveis”.

A redação do artigo 4º da Lei 24/96 deveria ser devidamente conjugada com a do artigo 12º, que determinava o direito à reparação de danos estipulando que “o consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito, salvo se dele tivesse sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato, pode exigir, independentemente de culpa do fornecedor do bem, a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato”. Nesta mesma norma, contemplava-se que deveria “denunciar o defeito no prazo de 30 dias, caso se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, após o seu conhecimento”, dentro naturalmente dos prazos de garantia supramencionados (um ano para móveis e cinco anos para imóveis).

Sucedo, contudo, que a redação das normas que acabámos de enunciar foi alterada com o Decreto-Lei 67/2003 que, como já tivemos ocasião de referir, veio proceder à transposição para o direito interno da Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, relativa a determinados aspectos de venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas. Como decorre do preâmbulo do próprio diploma, “entre as principais inovações, há que referir a adoção expressa da noção de conformidade com o contrato, que se presume não verificada sempre que ocorrer algum dos fatos descritos no regime agora aprovado. É equiparada à falta de conformidade a má instalação da

coisa realizada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou resultante de incorreção das respectivas instruções. Para a determinação da falta de conformidade com o contrato releva o momento da entrega da coisa ao consumidor, prevendo-se, porém, que as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel ou de coisa imóvel, respectivamente, se consideram já existentes nessa data.”

No artigo 5º do Decreto-Lei 67/2003 ficaram então consagrados os termos e os prazos aplicáveis para o exercício dos direitos do comprador, estipulados no artigo 4º<sup>17</sup> por ocasião da falta de conformidade do bem. No que aos bens imóveis respeitava, referia o preceito que o comprador poderia exercer os seus direitos caso a falta de conformidade se manifestasse no prazo de cinco anos a contar da data da entrega do bem e os vícios fossem denunciados dentro do prazo de um ano, a contar da data em que houvessem sido detectados. O exercício dos direitos do comprador caducava sempre que tais direitos não eram exercidos dentro do referido prazo e sempre que decorressem seis meses sobre a data da denúncia.

Quanto aos bens móveis, verificou-se que os prazos de substituição ou de reparação do bem ultrapassavam, na prática, os limites da razoabilidade e eram, em regra, manifestamente excessivos. Para obviar a esta realidade, o Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio, veio fixar o prazo de trinta dias para estes efeitos sempre que se trata de um bem móvel. Em 2008, como dita o preâmbulo do diploma, fixou-se igualmente “um novo prazo de dois e de três anos a contar da data da denúncia, conforme se trate, respectivamente, de um bem móvel ou imóvel, para a caducidade dos direitos dos consumidores. Esta diferenciação de prazos justifica-se atendendo ao bem em causa e à complexidade de preparação de uma acção judicial consoante se trate de um bem móvel ou imóvel. O decreto-lei estabelece, ainda, um prazo de dois ou de cinco anos de garantia para o bem sucedâneo, substituto, do bem desconforme se se tratar, respectivamente, de um bem móvel ou imóvel e consagra a transmissão dos direitos conferidos pela garantia aos terceiros adquirentes do bem.”

O diploma de 2008 veio ainda precisar o âmbito de aplicação deste regime passando a referir expressamente, no n. 1 do artigo 1º-A, que

o regime é aplicável aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores e, no n. 2 do mesmo preceito, “com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo”. Para efeitos de aplicação deste regime, é tido como “consumidor”, de acordo com o declarado na al. a) do artigo 1º-B, “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n. 1 do artigo 2º da Lei 24/96, de 31 de Julho”, e como “bem de consumo”, nos termos da al. b) da mesma norma, “qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão”. Já na al. c) daquele mesmo preceito, percebe-se que “vendedor”, para estes efeitos, será “qualquer pessoa singular ou coletiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua atividade profissional”.

É, pois, este, o que vimos de expor, o regime atualmente aplicável aos contratos de empreitada de bens imóveis, decorrentes da compra e venda de consumo. Resumindo o referido, perante a falta de conformidade do bem com o contrato, assiste ao comprador a possibilidade de optar por uma das quatro soluções determinadas no n. 1 do artigo 4º do Decreto-Lei 63/2007, para que a conformidade seja devidamente reposta sem encargos: 1) reparação; 2) substituição; 3) redução adequada do preço; 4) resolução do contrato. Contrariamente ao consagrado na diretiva<sup>18</sup> que o diploma veio transpor, o nosso ordenamento jurídico não hierarquizou as soluções jurídicas para a falta de conformidade. Quer isto significar, portanto, que caberá ao comprador optar pela solução jurídica que entender, das quatro ao seu dispor. São apenas dois os limites a esta escolha e residem no fato de a solução elegida não poder consubstanciar uma forma de abuso de direito e ser, naturalmente, possível de concretizar, tal como vem expressamente consagrado no n. 5 do artigo 4º do diploma em análise, que declara que “o consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais”.

A opção do legislador nacional tem sido, no entanto, objeto de algumas críticas. A este propósito, veja-se o que diz Pedro Romano

Martinez: “esta interpretação não parece razoável, primeiro, porque quem tem conhecimentos técnicos para saber se o defeito pode ser eliminado é o empreiteiro e, segundo, na medida em que a exigência de realização de nova obra, que pressupõe, muitas vezes, a demolição da anterior, será normalmente demasiado onerosa para o empreiteiro, em especial se o defeito for eliminável. Assim, a opção entre reparar o defeito ou realizar nova obra não é livre, mas condicionada às circunstâncias do caso.”<sup>19</sup>

Compreendendo a *ratio* subjacente aos argumentos do autor, não nos parece, todavia, que seja e que tenha de ser como refere. Com efeito, por um lado, a letra da lei é clara ao referir que a escolha cabe ao comprador. Por outro lado, os limites consagrados na lei permitirão, por certo, dirimir os problemas levantados pelo autor. Efetivamente, na eventualidade de o empreiteiro entender que o defeito não pode ser eliminado, bastar-lhe-á alegar que a solução elegida não é, por exemplo, tecnicamente possível de concretizar. Por outro lado, a realização de obra nova não poderá, como determina claramente o legislador, consubstanciar uma forma de abuso de direito.

Serão, sem dúvidas, as circunstâncias particulares do caso em concreto que permitirão ver os limites que devem ser imposto ao exercício dos direitos por parte do consumidor. Ou seja, respeitando muito embora os argumentos avançados, cremos que os limites impostos ao comprador, pelo legislador, ao exercício destes direitos são suficientes para permitir que, no nosso ordenamento, não se tenha optado por hierarquizar tais direitos nem se tenha deixado na vontade do empreiteiro a opção pela forma como iria repor a conformidade.

Não se pense, no entanto, que tal solução é pacífica. Se assim fosse, não seriam tantos os desencontros jurisprudenciais que, a este respeito, se têm vindo a verificar. São, na verdade, várias as decisões que clamam, apesar do dito e em nossa opinião de forma contrária ao disposto na letra da lei e ao real espírito da norma, a existência da dita hierarquia. São, no entanto, algumas mais, as decisões jurisprudenciais que contraíam a existência da predita hierarquia e que propugnam pela correta aplicação da lei<sup>20</sup>. Seja como for, grave é, cremos, verificar que não há sintonia dos nossos tribunais num aspecto que reveste elevada importância na concretização do respeito pelos direitos dos

consumidores em contratos que, até pelo objeto que abarcam (bens imóveis), assumem importâncias extremas em termos económicos e sociais.

Também no que respeita à interpretação do abuso de direito para efeitos de aplicação deste regime jurídico, há divergências. Como se sabe, o abuso de direito vem consagrado no artigo 334º do Código Civil, que determina que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Luís Menezes Leitão entende que o legislador deveria ter sido mais cauteloso “uma vez que o conceito da Diretiva é bastante mais preciso, assentando numa ponderação dos custos para ambas as partes”.

Também Pedro Romano Martinez critica a solução da nossa lei referindo que, “para evitar pretensões desequilibradas e, portanto, injustas, a alusão ao abuso de direito deverá ser entendida no sentido de ‘despesas desproporcionadas em relação ao proveito’”<sup>21</sup>.

Cabe, porém, à jurisprudência concretizar a norma analisando as reais circunstâncias da situação em crise. Veja-se, por exemplo, a este propósito, o referido pelo Tribunal da Relação do Porto: “à liberdade do credor, a norma apenas traça o limite da boa-fé, podendo ser-lhe recusada concreta pretensão no caso de abuso do direito. Assim, se pretende a substituição do bem quando, e perante pequena anomalia ou defeito facilmente reparável, o vendedor se dispõe a repará-la prontamente; ou resolve o contrato por defeito insignificante. Nesta situação, em apelo às regras da boa-fé, a pretensão, por abusiva, teria de ser recusada.”<sup>22</sup>

Também, neste âmbito, reza o Tribunal da Relação de Coimbra que, “enquanto no regime do C. Civil vigoram regras relativamente rígidas que estabelecem várias relações de subsidiariedade e de alternatividade entre aqueles direitos, que limitam e condicionam o seu exercício, no âmbito do DL 67/2003 os direitos do dono da obra consumidor são independentes uns dos outros, estando a sua utilização apenas restringida pelos limites impostos pela proibição geral do abuso de direito”<sup>23</sup>.

Querelas doutrinárias e jurisprudenciais de lado, é certo que não cair em abuso de direito implica respeitar uma série de regras e de princípios jurídicos basilares de qualquer um sistema de direito.

Nestes domínios, destacam-se, naturalmente, pela importância que assumem e pela própria definição legal de abuso de direito, a boa-fé, os bons costumes e o fim social ou económico do direito em causa. É notoriamente necessário que o direito seja exercido sob a égide da boa-fé e dos bons costumes e possa cumprir a função económica e social que reveste. É (apenas) esta a tríade que, em nossa opinião, pode limitar a escolha do leque de direitos que o legislador ofereceu, paralelamente, sem qualquer hierarquia, ao consumidor aquando da não conformidade do bem com o contrato.

É notoriamente necessário que o direito seja exercido sob a égide da boa-fé e dos bons costumes e possa cumprir a função económica e social que reveste

Caberá, assim, à jurisprudência e não, *in casu*, ao empreiteiro definir se a solução escolhida pelo dono da obra extravasa o direito que o legislador lhe consagra e cai, portanto, numa situação de abuso de direito ou se, pelo contrário, está dentro de tais limites mesmo que não seja a solução que mais agradaria, por diversos motivos, até de cariz económico, ao empreiteiro.

Como bem refere João Cura Mariano, “o regime dos direitos do dono da obra nas empreitadas de consumo permite uma maior maleabilidade na escolha do direito que melhor satisfaça os interesses deste em obter um resultado conforme com o contratado”. Concordamos igualmente com o autor quando afirma que não há um direito do empreiteiro a reparar as faltas de conformidade da obra. Em nossa opinião, o dono da obra continua a ter ao seu dispor as distintas soluções jurídicas para a falta de conformidade mesmo que tais soluções não sejam, repetimos, as que mais aprazam ao empreiteiro. Por ser assim, segue o estudioso afirmando que “o direito de substituição da obra pode ser exercido mesmo em situações em que a reparação das faltas de conformidade é possível. Os direitos de redução do preço e de resolução do contrato não estão apenas reservados para as hipóteses de incumprimento definitivo ou impossibilidade de cumprimento dos deveres de reparação ou substituição da obra, podendo outras circunstâncias justificarem o recurso prioritário ao exercício destes direitos. E o direito de resolução do contrato não está dependente da obra se revelar inadequada ao fim a

que se destina, bastando apenas que a conformidade verificada não seja insignificante, perante a dimensão da obra”<sup>24</sup>.

Em jeito de síntese, no âmbito de uma empreitada de um bem imóvel decorrente de uma compra e venda de consumo, perante a verificação de não conformidade com o contrato, o respectivo dono da obra tem ao seu dispor os direitos conferidos pelo n. 1 do artigo 4º do Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, com as significativas alterações promovidas pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio. A escolha pela forma como o dono da obra pretende ser ressarcido da falta de conformidade do bem com o contrato é livre, estando apenas limitada pela respectiva possibilidade prática e técnica e pelo respeito aos princípios da boa-fé e dos bons costumes e pela finalidade económico-social do direito escolhido enquanto corolários intrínsecos do abuso de direito. Não abusando do direito que lhe é conferido, cabe ao dono da obra exigir a reposição da conformidade do bem aos termos do contrato por via da reparação ou da substituição (no caso da realização de obra nova). Poderá, em vez de optar pela reparação do defeito (mesmo que possível e mais barata) ou pela realização de obra nova (mesmo que possível e mais barata), escolher a resolução direta do contrato ou a redução adequada do preço a pagar.

O exercício de tais direitos apresenta, igualmente, limites temporais que devem, sob pena de caducidade, ser escrupulosamente respeitados, obrigando o dono da obra, porque de imóvel se trata, nesta análise, a denunciar os defeitos no prazo de um ano a contar da data em que foram detectados e dentro do prazo máximo de 5 anos a contar da data da entrega do bem.

## Notas

- \* Marisa Dinis. Doutora em Direito (Universidade de Salamanca). Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais e licenciada em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Professora-adjunta e Presidente do Conselho Pedagógico da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.
1. O regime jurídico da empreitada de obras públicas está, atualmente, vertido no Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei 18/2008, de 29 de janeiro, com as respetivas atualizações, tendo sido a última introduzida pelo Decreto-Lei 214-G/2015, de 02 de outubro. Trata-se de um contrato administrativo em especial que, de acordo com o disposto no artigo 343º do

mencionado Código, é oneroso e tem “por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção. Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se obra pública o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público”. Daqui resulta a necessidade de definir “contraentes públicos” o que nos conduz de imediato à redação do artigo 3º do mesmo Código que afirma que “para efeitos do presente Código, entende-se por contraentes públicos: a) As entidades referidas no n. 1 do artigo anterior; b) As entidades adjudicantes referidas no n. 2 do artigo anterior sempre que os contratos por si celebrados sejam, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público”. Referindo o número 2 do mesmo artigo que são ainda contraentes públicos quaisquer entidades que, independentemente da sua natureza pública ou privada, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas”. Não trataremos, neste estudo, das empreitadas de obras públicas que apresentam, como se depreende, especificidades muito próprias e um regime jurídico autónomo e bastante distinto do regime jurídico das empreitadas sujeitas ao Direito Privado. Estas autonomia e especificidades verificam-se inclusivamente na própria jurisdição a aplicar ante a presença de conflitos na relação contratual.

2. José Manuel Vilalonga refere que “pode constituir objecto de um contrato de empreitada [, para além da construção de edifícios,] a construção ou reparação de bens móveis, tais como automóveis, navios, mobiliário ou peças de roupa; pode, igualmente, ser objecto deste contrato o desaterro e remoção de terras, a perfuração de túneis e foças, a abertura ou reparação de estradas, a dragagem de portos e estuários, a drenagem de pântanos, etc. Cfr. VILALONGA, José Manuel, “Compra e Venda e Empreitada – Contributo para a Distinção entre os Dois Contratos”, in *ROA*, Ano 57, 1997, páginas 183-228, aqui em concreto página 184.
3. Note-se que em determinados ordenamentos jurídicos estrangeiros o contrato de empreitada abarca a execução de uma obra ou de um serviço. Assim sucede, por exemplo, em Itália. Com efeito, resulta diretamente da noção legal, plasmada no artigo 1655º do *Codice Civile*, de empreitada que se trata de um contrato nos termos do qual uma parte assume o cumprimento de uma obra ou de um serviço (*l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*). O ordenamento jurídico italiano faz ainda referência ao contrato pelo qual “una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV” como el *contratto d'opera*. Distingue este daquele o facto de o primeiro



pressupor a existência de uma empresa. O ordenamento jurídico espanhol, nos termos do artigo 1544º do Código Civil Espanhol refere que: “en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

4. Cfr. Boletim do Ministério da Justiça, n. 331, p. 489 e seguintes.
5. Recordam, a este propósito, Pires de Lima e Antunes Varela: “o empreiteiro deve não só obedecer, na realização da obra, às prescrições do contrato, mas respeitar também as regras da arte ou profissão (arquitectura, engenharia, etc.) em cujo âmbito se insere a execução dessa obra”. LIMA, Pires e VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado”, volume II, 4. ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, Coimbra, p. 864.
6. GUEDES, António Cardoso, “A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada”, in *Contratos: atualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, p. 317.
7. A este propósito *vd.* TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, 7. ed. Coimbra Editora, 1997, página 86; COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 10 ed. Almedina, Coimbra, 2006, página 372 e seguinte; VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10. ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 279 e seguintes; MARTINEZ, Pedro Romano, “Compra e Venda e Empreitada”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, p. 263. Na jurisprudência a matéria também tem merecido atenção: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 02 de junho de 2005.
8. Veja-se a síntese de Jorge Morais Carvalho a este propósito: “embora não trate de relações de consumo, deve salientar-se que o Código dos Contratos Públicos manda aplicar o regime definido no Decreto-Lei 67/2003, com as necessárias adaptações, a qualquer contrato pelo qual um contraente público compre bens móveis a um fornecedor (artigo 437º), contrato que “pode ter por objecto a aquisição de bens a fabricar ou a adaptar em momento posterior à celebração do contrato, de acordo com características específicas estabelecidas pelo contraente público” (artigo 438º). Esta solução resulta do artigo 441º, n. 3, no que respeita à conformidade dos bens com o contrato, e do artigo 444º, n. 1, no que respeita à responsabilidade e obrigações do fornecedor e do produtor e aos direitos do consumidor. Aplica-se ainda este regime, por remissão, aos contratos de locação de bens móveis (artigo 432.º) e aos contratos de aquisição de serviços (artigo 451º)”. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 230.
9. A norma ao declarar expressamente que os bens em causa são corpóreos quis, deliberadamente, afastar a possibilidade de o diploma abranger bens incorpóreos, isto é, bens que não possuem existência física, como sucede com os bens intelectuais e com os direitos.
10. Nestes termos, referia o artigo 4º da Lei 24/96, de 31 de julho, antes da sua alteração em 2003, no que respeita ao direito à qualidade dos bens e serviços que “1) Os bens

e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor; 2) Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor; 3) Sem prejuízo do estabelecimento de prazos mais favoráveis por convenção das partes ou pelos usos, o fornecedor de bens móveis não consumíveis está obrigado a garantir o seu bom estado e o seu bom funcionamento por período nunca inferior a um ano; 4) O consumidor tem direito a uma garantia mínima de cinco anos para os imóveis; 5) O decurso do prazo de garantia suspende-se durante o período de tempo em que o consumidor se achar privado do uso dos bens em virtude das operações de reparação resultantes de defeitos originários”. No mesmo sentido, dispunha o artigo 12º da mesma Lei 24/96 ao expressar, sobre o direito à reparação dos danos, que: “1) O consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito, salvo se dele tivesse sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato, pode exigir, independentemente de culpa do fornecedor do bem, a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato; 2) O consumidor deve denunciar o defeito no prazo de 30 dias, caso se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, após o seu conhecimento e dentro dos prazos de garantia previstos nos nºs 2 e 3 do artigo 4. da presente lei; 3) Os direitos conferidos ao consumidor nos termos do n. 1 caducam findo qualquer dos prazos referidos no número anterior sem que o consumidor tenha feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses, não se contando para o efeito o tempo despendido com as operações de reparação. 4) Sem prejuízo do disposto no número anterior, o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos. 5) O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei”. Defendeu, nesta sede, Calvão da Silva que o diploma abarcava bens imóveis referindo que tal afirmação era “legítima: primeiro, porque estamos fora do domínio de aplicação da Diretiva, num espaço da mais ampla liberdade do legislador nacional; segundo, para evitar um recuo, *ratione rei*, da protecção do consumidor, uma vez que a Lei de Defesa do Consumidor não se confinava a bens móveis [...] nem excepciona quaisquer daqueles bens móveis [...] e a Diretiva reveste natureza mínima”. Cfr. SILVA, João Calvão, *Venda de Bens de Consumo*, 4. ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 60.

11. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais. *Os Contratos de Consumo (...)*, p. 232.
12. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais. *Os Contratos de Consumo (...)*, p. 235.
13. A este propósito veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2010, Processo n. 1048/03.9TBVIS.C1. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
14. Detalhadamente sobre os contratos promocionais, *vd.* Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo (...)*, p. 241-266.

15. Atualmente, e desde 1994, o artigo 1225º do Código Civil apresenta a seguinte redação: “1) sem prejuízo do disposto nos artigos 1219º e seguintes, se a empreitada tiver por objecto a construção, modificação ou reparação de edifícios ou outros imóveis destinados por sua natureza a longa duração e, no decurso de cinco anos a contar da entrega, ou no decurso do prazo de garantia convencionado, a obra, por vício do solo ou da construção, modificação ou reparação, ou por erros na execução dos trabalhos, ruir total ou parcialmente, ou apresentar defeitos, o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente. 2 – A denúncia, em qualquer dos casos, deve ser feita dentro do prazo de um ano e a indemnização deve ser pedida no ano seguinte à denúncia. 3 – Os prazos previstos no número anterior são igualmente aplicáveis ao direito à eliminação dos defeitos, previstos no artigo 1221º 4 – O disposto nos números anteriores é aplicável ao vendedor de imóvel que o tenha construído, modificado ou reparado.”
16. O respetivo âmbito de aplicação, amplamente conhecido, vem descrito no artigo 2º, sob epígrafe “definição e âmbito”. Daqui resulta que, para efeitos de aplicação da lei, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios” e inclui neste âmbito “os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos”.
17. A atual redação do artigo 4º do Decreto-Lei 67/2003 comporta um número 6 que foi aditado pela alteração levada a cabo pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio. Assim, atualmente a redação do artigo, sob a epígrafe “direitos do consumidor”, é a seguinte: “1 – Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato. 2 – Tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias, em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor. 3 – A expressão ‘sem encargos’, utilizada no n. 1, reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material. 4 – Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador. 5 – O consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais. 6 – Os direitos atribuídos pelo presente artigo transmitem-se a terceiro adquirente do bem”.
18. Recorde-se que a Diretiva em causa colhe a classificação de harmonização mínima e, por isso, os Estados-Membros tinham a possibilidade de optar por disposições

mais favoráveis ao consumidor. Esta é, claramente, uma dessas disposições já que, desta forma, o consumidor tem à sua disposição, imediatamente, a possibilidade de optar por qualquer um dos remédios jurídicos para tratar da falta de conformidade do bem. Nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 3.º da Diretiva, o consumidor poderá, numa primeira fase, escolher entre a reparação ou substituição do bem e, apenas numa segunda fase e se nenhuma das soluções da primeira fase tiver reposto a conformidade, poderá avançar para a redução do preço ou para a resolução do contrato.

19. MARTINEZ, Pedro Romano, “Empreitada de Bens de Consumo – A Transposição da Diretiva 1999/44/CE pelo Decreto-Lei 67/2003”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 2005, p. 11-35
20. No sentido da hierarquia *vd.*, entre outros, Acórdão do STJ, de 15 de março de 2005, Acórdão do STJ de 13 de dezembro de 2007, Acórdão do STJ de 24 de janeiro de 2008. Neste último pode ler-se: “na hipótese de compra e venda de coisa defeituosa, os direitos à reparação ou à substituição, contemplados nos arts. 914.º do CC e 12.º n. 1 da Lei 24/96, de 31 de julho (redacção anterior), não constituem paradigma de concorrência electiva de pretensões, não absoluta, embora, por acontecer eticização da escolha do comprador através do princípio da boa fé, antes tais díspares meios jurídicos facultados a quem compra, no caso predito, não podendo ser exercidos em alternativa, por subordinados, antes, estarem a uma espécie de sequência lógica : o vendedor, em primeiro lugar, está adstrito a eliminar o defeito, tão só ficando obrigado à substituição, a antolhar-se como não possível, ou demasiado onerosa, a reparação”. Contra a existência de tal hierarquia, *vd.*, entre outros, Acórdão do STJ, de 3 de junho de 2004, Acórdão do STJ de 6 de julho de 2004, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de abril de 2010. Este último, muito claro na solução que apresenta, refere que: “no contrato de compra e venda de bens de consumo, abrangidos pelo âmbito do DL 67/2003, os direitos do comprador por desconformidades da coisa vendida são independentes uns dos outros, estando a sua utilização apenas condicionada pela impossibilidade manifesta do seu exercício ou abuso de direito. É possível que o comprador peticione a resolução do contrato, sem primeiro pedir a eliminação dos defeitos ou a substituição do bem vendido”. Todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
21. Cfr. LEITÃO, Luís Menezes, – “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, in *Direito Comparado – Perspectivas Luso-Americanas*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, p. 97-129, aqui página 59; MARTINEZ, Pedro Romano, “Empreitada de Bens de Consumo (...)”, p. 30.
22. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de fevereiro de 2010. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
23. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de abril de 2015.
24. Cfr. CURA, Mariano João, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6. ed. Almedina, Coimbra, 2015, p. 229.

## Referências

- CARVALHO, Jorge Morais. *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012.
- COSTA, Almeida. *Direito das Obrigações*. 10. ed. Almedina, Coimbra, 2006.
- CURA, Mariano João. *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6. ed. Almedina, Coimbra, 2015.
- GUEDES, António Cardoso. “A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada”, in *Contratos: atualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997.
- LEITÃO, Luís Menezes. “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, in *Direito Comparado – Perspectivas Luso-Americanas*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, p. 97-129.
- LIMA, Pires e VARELA, Antunes. “Código Civil Anotado”, volume II, 4. ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, Coimbra.
- MARTINEZ, Pedro Romano. “Empreitada de Bens de Consumo – A Transposição da Diretiva 1999/44/CE pelo Decreto-Lei 67/2003”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 200.
- MARTINEZ, Pedro Romano. “Compra e Venda e Empreitada”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007.
- SILVA, João Calvão. *Venda de Bens de Consumo*, 4. ed. Almedina, Coimbra, 2010.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, 7. ed. Coimbra Editora, 1997.
- VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10 ed. Almedina, Coimbra, 2000.
- VILALONGA, José Manuel. “Compra e Venda e Empreitada – Contributo para a Distinção entre os Dois Contratos”, in *ROA*, ano 57, 1997, p. 183-228.



# DURABILIDADE DE PRODUTOS E PRAZOS DE GARANTIA

**JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO\***

Consultor jurídico e professor especialista em direito do consumidor

## **EXCERTOS**

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

*“A questão da prescrição ou decadência quanto a vícios ocultos tem sido interpretada conforme seu termo inicial ligada à garantia, daí a sua importância e conexão à chamada vida útil dos produtos e a obsolescência programada”*

*“Incentivo às entidades representativas dos consumidores, de um lado, e dos fornecedores, de outro, de acordo com cada classe de produtos, para que estabeleçam convenções coletivas de consumo no que diz respeito ao aumento do prazo de garantia e conseqüentemente, o tempo de sua vida útil, sugerindo-se 2 anos, como se faz na União Europeia”*



“... *Que não seja imortal, posto que é chama/  
Mas que seja infinito enquanto dure*”  
(Vinicius de Moraes, no *Soneto da Felicidade*)

## 1. Notas iniciais

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

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

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

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

## 2. Durabilidade: conceito

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

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

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

Também nos lembramos de um refrigerador adquirido por nosso pai na década de 50 dos noventa, ainda importado dos Estados

Unidos da América, que serviu nossa família durante mais de 40 anos e admiravelmente ainda funciona, até hoje, num bar de uma nossa antiga empregada doméstica, a quem foi doado há mais de 15 anos.

Admirável *mundo velho*? Sem dúvida.

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

### 3. Conceitos de qualidade

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

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

Tanto assim que, conforme enunciado pelo inciso VIII do art. 39 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, considera-se *prática abusiva*, dentre outras circunstâncias, a de se “*colocar no mercado de consumo qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial*”<sup>21</sup>.

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

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

Não é tampouco por acaso, por outro lado, que o Código de Defesa do Consumidor consagrou os princípios da *vinculação* e da *transparência* da oferta e da publicidade. Ou seja, consoante dispõe o artigo 30 do estatuto consumerista brasileiro: *“Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser assinado.”*

Ou, em suma: se o fabricante ou prestador de serviços afirma, mediante ofertas públicas ou pelos variados meios publicitários tais e quais características e *qualidades* que seu produto tenha, *deve honrá-las* ao ensejo da formalização da compra pelo consumidor, sob pena de punições, inclusive, de caráter criminal<sup>2</sup>. É o que se denominada o *princípio da vinculação da oferta ou da publicidade*.

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

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

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

## 4. Garantia: sentido etimológico, origens do instituto jurídico, garantias legal e contratual

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

### 4.1 Sentido etimológico e origens do instituto jurídico.

Etimologicamente *garantia* consiste num “*documento com que se assegura a autenticidade e/ou a boa qualidade de um produto ou serviço, e se assume, junto ao comprador ou usuário, o compromisso de ressarcir em caso de ineficiência ou fraude comprovadas*”<sup>3</sup>.

Leizer Lerner<sup>4</sup> revela que o célebre Cícero sempre chamava a atenção nas causas que defendia, para que se assegurasse ao adquirente de bens de consumo duráveis a garantia de que as deficiências ocultas nas operações de compra e venda seriam sanadas ou então, em caso de impossibilidade, haveria a resilição contratual. E clamava, com eloquente advertência: *caveat emptor* (que se acautele o comprador).

Chamava a atenção para a não mais nem menos que a famosa cláusula *ex empto*, que pressupõe a *garantia implícita*, ainda que *non scripta*, que é outorgada por qualquer vendedor ou prestador de serviços<sup>5</sup>.

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

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

*instrução, de instalação e uso de produtos em linguagem didática, com ilustrações.”*

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

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

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

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

Atendendo a uma preliminar levantada pela empresa fabricante do veículo e pela concessionária-vendedora, em litisconsórcio passivo de que a ação redibitória estava prescrita pelo transcurso dos 15 dias, o juízo de primeiro grau julgou a vítima carecedora da ação.

Acabou ela vencendo a demanda no final, todavia, eis que o Tribunal de Justiça do Estado, em sede de apelação – já que, como se sabe, questão de prescrição é de mérito –, entendeu que, como o prazo é bastante curto, e os defeitos ou vícios costumam aparecer no decurso de um prazo razoável dentro das expectativas de durabilidade dos

A chamada  
garantia estendida  
não passa de  
um seguro em  
benefício das  
próprias lojas e  
pagamento de  
comissões àqueles  
funcionários, em  
última análise, e  
não propriamente  
do consumidor

produtos, *para efeitos, inclusive prescricionais, somam-se o prazo de 15 dias (legal) ao prazo dado como garantia (1 ano, nesse caso).*

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

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

Relevantes medidas saneadoras com vistas a apurar e coibir os abusos daí decorrentes foram adotadas pelo operoso Promotor de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Amauri Ártimos da Matta<sup>6</sup>.

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

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

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

O direito de reclamar pelos vícios aparentes e de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1º – Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do

produto ou do término da execução dos serviços. § 2º – Obstat a decadência: I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca (...) III – a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º – “Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

## 5. Cotejo com o Código Civil de 2002 e entendimentos jurisprudenciais

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

Assim é que, no tocante às possibilidades de resilição contratual em decorrência de vícios e defeitos, inovou no que concerne aos prazos para redibir (*i.e.*, não mais os 15 dias do vetusto Código de 1916, nem muito menos de 10 dias do Código Comercial Imperial de 1850).

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

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

E o § 1º complementa essa ordem de ideias, asseverando que, “*quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o*

*prazo contar-se-á do momento em que dele se tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis”.*

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

Com efeito:

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

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

Consumidor – Produto durável – Veículo automotor – Vício oculto – Decadência – Prazo decadencial de 90 dias para reclamação, contados a partir da data em que evidenciado o defeito – Inteligência do art. 26, II, e § 3º, da Lei 8.078/90. TJ/RR. RT 785/382.<sup>7</sup>

Direito do consumidor – Ação ordinária – Decadência. Se o vício é oculto, isto é, aquele capaz de só se manifestar com o uso, o termo inicial da garantia fica em aberto, de tal sorte que somente após constatado o vício é que inicia a contagem do prazo decadencial. Inteligência do art. 26, § 3º, do CDC. Garantia. Vício oculto ou de inadequação. A teor do art. 24 da Lei 8.078/90, “a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso”. Assim, o dever de proceder à substituição do aparelho por outro semelhante se mostra inarredável na hipótese dos autos, em que, remetido o aparelho para conserto, não se mostrou adequado ao uso. Apelo improvido.<sup>8</sup>



Direito do consumidor – Ação redibitória – Decadência. Se o vício é oculto, isto é, só se manifesta com o uso, o termo inicial da garantia fica em aberto, de tal sorte que somente depois de constatado o vício inicia a contagem do prazo decadencial. Inteligência do art. 26, § 3º, do CDC. Vício oculto. O dever de proceder à restituição do valor pago pelo bem se mostra inarredável há hipótese dos autos, em que remetido o mesmo para conserto, não se mostrou adequado ao uso. Responsabilidade civil. Indenização por prejuízos da lavoura. Ausência de prova dos prejuízos sofridos. Incumbe ao autor fazer prova de que os danos sofridos se devem a fato do produto vendido pela outra parte. Prova insuficiente. Danos materiais. O dever de reparar cinge-se aos danos efetivamente demonstrados. Sobre o que não puder ao menos existir uma presunção concreta de existência, deve ser afastado. Apelo provido em parte. Sucumbência redimensionada.<sup>9</sup>

Consumidor – Prestação de serviços – Manutenção de equipamentos duráveis – Reparos em peças internas de tecnologia que não de conhecimento comum – Constatação da permanência do defeito após o prazo de garantia de três meses – Circunstância que não acarreta decadência do direito de reclamar pela má prestação do serviço, pois trata-se de vício oculto – Inteligência do art. 26, § 3º, da Lei 8.78/90. Ementa da Redação: Na prestação de serviços de manutenção de equipamentos duráveis, em que foram realizados reparos em peças internas, de tecnologia que não de conhecimento comum, a constatação da permanência do defeito após o prazo de garantia de três meses não acarreta em decadência do direito do consumidor em reclamar pela má prestação do serviço, pois trata-se de vício oculto, conforme inteligência do art. 26, § 3º, do CDC.<sup>10</sup>

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 984.106, tendo como relator o ministro Luiz Felipe Salomão, entendeu-se que o “*consumidor tem direito a reparação de falha oculta até o fim da vida útil do produto e não só durante a garantia*”<sup>11</sup>.

Na hipótese sob análise tratava-se de uma ação de cobrança pela vendedora de um trator pelos reparos de um *defeito* (na verdade um

*vício*) nele constatado, mas 3 anos após sua venda. A ação fora julgada improcedente em primeira e segunda instâncias, mediante a qual se pedia uma indenização pelo tempo em que a máquina ficou inoperante, sendo certo que o prazo de garantia era de seis meses ou 1.000 horas de uso, tendo a empresa alegado desgaste natural.

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

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

## **6. Durabilidade de produtos, obsolescência programada e garantias**

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

Vejam-se as argumentações do citado acórdão:

O Judiciário deve combater práticas abusivas como a obsolescência programada de produtos duráveis. Para o relator essa prática consiste na redução artificial da durabilidade de produtos e componentes de modo a forçar sua recompra prematura. Independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável

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

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

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

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

Com efeito, assevera:

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

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

Em 1878, o inventor norte-americano Thomas Alva Edson, finalmente, após ingentes esforços, conforme reconheceu – “*a genialidade é 1% de inspiração e 99% de transpiração*” –, logrou acionar sua famosa lâmpada de filamentos metálicos, mais conhecida como *lâmpada incandescente*, por meio de energia elétrica. Na ocasião,

segundo suas próprias previsões, a sua lâmpada duraria cerca de 2.500 horas. E, pela experiência do nosso avô, conforme já relatado, era uma realidade comprovada.

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

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

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

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

Em 1950, adveio uma tese, esposada por Brooks Stevens, chamada de *obsolescência programada induzida*, ou seja, no sentido de *induzir o consumidor, mediante meios publicitários maciços, a adquirir produtos*

*novos, muito embora os já utilizados por ele ainda estivessem bons para o uso a que destinavam.*

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

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

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

Hoje em dia, em plena segunda década do século XXI, o grande avanço foi a lâmpada de LED, cujos fabricantes prometem durarem nada mais, nada menos que 2.500 horas, exatamente como a invenção de Edson, cujos experimentos de uso, todavia, ainda estão no início, e cujos custos são infinitamente maiores do que as antigas lâmpadas incandescentes: LED = R\$ 60,00<sup>12</sup>, enquanto que a outra custa em torno de R\$ 0,80<sup>13</sup>.

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

O que se teria de fazer, isto sim, embora a evolução tecnológica nos tempos que correm seja extremamente veloz, tornando obsoletos – apesar de em pleno funcionamento – produtos que são sucedidos por outros mais sofisticados, sobretudo no campo da indústria eletroeletrônica, seria ampliar o máximo possível o prazo de garantia

Persistindo a  
garantia durante  
toda a vida útil do  
produto para esses  
efeitos, qual seria  
o tempo de sua  
durabilidade?

desses produtos, em prol da economia particular dos consumidores, notadamente dos que dispõem de menor poder aquisitivo.

Na União Europeia, por exemplo, o prazo de *garantia legal* de produtos é de dois anos, enquanto que na Grã-Bretanha é de seis anos. No Brasil, todavia, é de apenas três meses (*ex vi* do disposto no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor).

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

## **7. Razoabilidade de prazos, convenções coletivas de consumo e interpretação mais favorável**

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

**7.1 Prazos razoáveis** – Dispõem o artigo 32 e seu parágrafo único do Código do Consumidor:

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

Já o artigo 107 e parágrafos admitem:

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

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

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

§ 3º – Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.” Ambos os dispositivos e complementos foram inspirados pela chamada Lei Ferrari – Lei Federal 6.729, de 28.11.1979 –, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

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

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

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

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

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

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

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

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

- I – atendimento de veículos automotores em garantia ou revisão (art. 3º, inciso II);
- X – estoques do concessionário (art. 10 e §§ 1º e 2º);
- (...)
- XVII – contratações para prestação de assistência técnica e comercialização de componentes (art. 28);
- XVIII – outras matérias previstas nesta Lei e as que as partes julgarem de interesse comum.

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

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

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

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

Desta forma, *vida útil* de um produto – já que, repita-se, nada é eterno –, somente poderá ser definida de três maneiras: (1) mediante convenção de acordo com as normas do Código do Consumidor; (2) unilateralmente pelos próprios fabricantes; (3) *de lege ferenda*,



mediante a alteração dos prazos de prescrição e decadência, que no nosso sistema equivalem à *garantia legal*.

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

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

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

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

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

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

**7.2 Interpretação mais favorável (ao consumidor)** – Um outro caminho foi trilhado, a partir de um caso concreto, posteriormente coletivizado em ação civil pública movida pela Promotoria de Justiça do Consumidor de Dores do Turvo, Estado do Espírito Santo<sup>14</sup>, conferindo-se uma interpretação pró-consumidor da *cláusula de garantia*.

E isto tendo como fundamento o disposto pelo artigo 47 do Código do Consumidor, segundo o qual “*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”. Além disso, foi invocada a nota de interpretação n. 04 da Portaria SDE – Secretaria de Direito Econômico n. 04, 13 de março de 1998, segundo a qual constitui *prática abusiva* “*impedir o consumidor de se beneficiar do evento, constante do termo de garantia contratual, que lhe seja mais favorável*”.

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

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

Como pedido principal, requereu-se a procedência da ação, ao final, com a condenação das rés na obrigação consistente na obrigação de cumprir o que dispõe o artigo 47 da Lei 8.078/90, sob pena de multa, anulando-se a cláusula contratual de garantia em desfavor do consumidor, bem como reparar o dano causado, pagando indenização ao fundo criado pela Lei 7.347/85, e ressarcindo os consumidores das

quantias indevidamente pagas, pelos usuários de veículos, os quais tiveram despesas com peças e serviços não agraciados pelo artigo 47 da Lei 8.078/90.

Referida decisão liminar, embora mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, foi cassada em sede de embargos de declaração e agravo pelo mencionado STJ, entendendo-se que o Juízo de Dores do Turvo era absolutamente incompetente para conhecer e julgar a ação em pauta, com efeito *erga omnes* para todo o país.

## 8. Possíveis soluções

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

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

**8.2** A fixação do referido prazo de vida útil dos produtos pelos próprios fornecedores, prontificando-se a atender aos reclamos dos consumidores nesse período, quando se tratar de vício ou defeito oculto, mediante *autorregulação espontânea* dos fornecedores.

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

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

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

## Notas

- \* José Geraldo Brito Filomeno. Consultor jurídico e professor especialista em direito do consumidor, presidente da comissão geral de ética do governo do estado de São Paulo (Brasil), foi procurador geral de justiça e vice-presidente da comissão especial que elaborou o vigente código de defesa do consumidor.
1. O CONMETRO passou a ter a denominação de *Conselho Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia*, por força da Lei Federal 12.545, de 14 de dezembro de 2011.
  2. Cf. artigos 56, XII, 66 e 67 do Código de Defesa do Consumidor.
  3. Cf. *Dicionário Novo Aurélio – O Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI*, Editora Nova Fronteira, R.J., 1999.
  4. Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Grupo GEN/Atlas, S.P., 14. ed. 2016, p. 3-4.
  5. Jorge Torres de Mello Rollemberg, *in Proteção ao Consumidor: Seus Problemas e Dificuldades*, Iniciativas na Área Privada Oficializada do Movimento pelo Governo, Escola Superior de Guerra, Trabalho Especial – TE87, Tema 21, 1987.
  6. Cf. artigo *Procon Vinculado ao Ministério Público: estrutura e atuação prática*, *in Tutela Administrativa do Consumidor: atuação dos Procon's, legislação, doutrina jurisprudência*, obra coletiva por nós organizada, ed. Atlas, S.P., 2014, 1ª edição, p. 171-230.
  7. Apud *Código de Defesa do Consumidor Comentado: interpretação doutrinária, jurisprudência comentada, legislação referenciada e prática processual*, Gisele de Lourdes Friso, Editora Primeira Impressão, S.P., 2007, com nosso prefácio.
  8. TJRS – 16ª Câm. Civ. – Apciv 70002393593 – rel. Des. Genacéia da Silva Alberton – j. 05.12.2001.
  9. TJRS – 9ª Câm. Civ. – ApCiv 59707750 – rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins – j. 11.09.2002.
  10. 1º TACiv SP – 7ª Câm. – ApCiv 1.025.451-1 – rel. Juiz Sebastião Alves Junqueira – j. 27.11.2001.
  11. Cf. REsp. n. 984106, 4ª turma, relator o ministro Luiz Felipe Salomão.
  12. Se bem que, decorrido já mais de um ano da proscricção das antigas lâmpadas incandescentes, as de LED estão custando cerca de R\$ 10,00 cada a esta altura.
  13. Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Grupo GEN/Atlas, S.P., 14. ed. 2016, p. 232-233.
  14. Proc. n. 1999/0050594-8 e REsp. n. 218.492-ES.

# GARANTIA LEGAL E GARANTIA CONTRATUAL

**JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO\***

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

## **EXCERTOS**

*“O termo da garantia contratual com todos os esclarecimentos que se fizerem necessários para a efetiva informação do consumidor sobre o produto ou serviço deverá ser preenchido pelo fornecedor na ocasião da conclusão do contrato de consumo”*

*“O direito do consumidor de reclamar pelos vícios dos produtos e dos serviços se submete – como não poderia deixar de ser – a um termo final, já que não se pretende eternizar o que eterno não é”*

*“Na verdade, a aquisição de um determinado bem durável, independentemente da garantia contratual que lhe é conferida, gera a expectativa de uma vida útil superior àquele prazo que lhe é concedido pelo fabricante”*

*“Diante de um vício oculto, o juiz vai sempre ter que atuar casuisticamente, aliás, como faz em outros sistemas legislativos”*

**H**á mais de dois milênios a má qualidade do produto comercializado, verificada posteriormente à sua aquisição, já atormentava o homem, que se sentia ludibriado na sua expectativa de satisfação.

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.

A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança.

Na verdade, o Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre a garantia implícita de adequação do produto ou do serviço, assegura ao consumidor a expectativa de sua utilização por um período razoável de tempo.

Daí a razão de exigir a lei protetiva que os produtos ou serviços sejam disponibilizados ao consumidor com a garantia de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, em atendimento, aliás, ao previsto no art. 4, II, letra 'd', do CDC.

Exatamente por se tratar de garantia, e não de uma simples benesse, não pode ser equiparada a favor ou gentileza, que, como contrapartida, imponha ao consumidor o dever de gratidão permanente. Aliás, é de rigor que, ao lado da garantia, esteja alinhado o direito à informação, princípio fundamental que norteia a relação de consumo.

De fato, prevê o artigo 6º, inciso III, do Código do Consumidor, como direito básico do consumidor, “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem”.

Por certo, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e

segurança dos consumidores, o que não deixa margem a dúvidas sobre a obrigação do fornecedor de prestá-las a bom termo (art. 31 do CDC).

## **Garantia contratual e garantia legal**

Reconhece a legislação consumerista duas espécies de garantia: a contratual, de cunho facultativo de natureza complementar (art. 50, CDC), e a legal, de cunho obrigatório (art. 24, CDC).

A garantia legal, por ser inderrogável, não pode ser excluída; a garantia contratual, por ser complementar à primeira, tem sido, em razão da sua natureza, considerada como mera liberalidade, ou seja, apenas um *plus* em favor do consumidor, ao contrário da garantia legal, que é sempre obrigatória, imposta pela filosofia protetiva do direito consumerista.

Advém, a partir daí, uma primeira indagação: os prazos das garantias – legal e contratual – correm simultaneamente?

No exame da matéria, uma vez que o art. 50 do CDC estipula que a garantia contratual é complementar à legal, é evidente que o propósito do legislador foi destacar que a concessão da garantia contratual não possa, em nenhuma hipótese, afetar os direitos do consumidor decorrentes diretamente do CDC, cujas disposições são de ordem pública e interesse social (art. 1º).

Por conseguinte, para garantir a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais do consumidor (art. 6º, VI, do CDC), não se faz necessário recorrer à soma dos prazos de garantia contratual e legal, basta considerar que se o vício oculto tenha sido no período de vida útil do produto, é possível, no prazo de 90 dias (produtos duráveis) após a manifestação do defeito, o exercício das alternativas indicadas nos incisos do art. 18 do CDC, condutor da dinâmica de responsabilização nestes casos.

Por outro lado, apesar de prever o Código apenas os requisitos mínimos para a garantia contratual, outros podem, de acordo com a vontade das partes, vir a ser estabelecidos.

Já em relação à garantia legal, veda a lei do consumidor a possibilidade de exonerar-se o fornecedor do dever de prestá-la (art.



24), da mesma forma que é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de se indenizar o consumidor pelo fato ou pelo vício do produto ou do serviço (arts. 25 e 51, I, CDC).

A garantia, como prevê o art. 24 do Código, é de adequação do produto ou serviço, o que significa dizer qualidade para o atingimento do fim a que se destina o produto ou o serviço, segurança, para não causar danos ao consumidor, durabilidade e desempenho.

Enquanto a garantia legal independe de termo expresso (art. 24, CDC), a garantia contratual exige, ao revés, termo escrito (art. 50), que deve ser padronizado, visando esclarecer, de maneira uniforme, em que consistem a garantia, a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada além dos ônus a cargo do consumidor (parágrafo único do art. 50, CDC).

O termo da garantia contratual com todos os esclarecimentos que se fizerem necessários para a efetiva informação do consumidor sobre o produto ou serviço deverá ser preenchido pelo fornecedor na ocasião da conclusão do contrato de consumo. Não se admite mais a entrega pura e simples do termo de garantia, sem que esteja devidamente preenchido.

Aliás, tipifica crime de perigo, de natureza formal, a omissão na entrega de termos de garantia contratual (art. 74, CDC).

## **Garantia legal: prazo decadencial**

Superadas essas primeiras indagações, pergunta-se: cuidando-se de garantia legal, qual o prazo para que a reclamação junto ao fornecedor seja tempestivamente realizada?

A princípio, a questão não envolve nenhuma controvérsia, já que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 26, estabelece os seguintes prazos: trinta dias, para serviços e produtos não duráveis (inciso I), e noventa dias, para serviços e produtos duráveis (inciso II).

Obsta, porém, o início do prazo decadencial, como assim prevê o art. 26, § 2º, do CDC, a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor, até que a resposta negativa lhe seja transmitida de forma inequívoca. O que se obsta é o surgimento do

*dies a quo* e não de suspensão ou interrupção de prazo, uma vez que a contagem ainda não se iniciara. Não prossegue onde parou (suspensão) e nem se reinicia (interrupção), causas, aliás, que não se coadunam com os prazos decadenciais.

## Garantia e vício oculto

Até aí, tudo bem. O problema maior surge quando, em se tratando de garantia legal, o vício se mantém oculto, só sendo revelado após o término da garantia contratual, ou seja, quando findo o prazo fixado pelo fornecedor.

São três as posições doutrinárias a respeito do tema: Paulo Jorge Scartezzini Guimarães propõe a aplicação subsidiária do Código Civil, que prevê o prazo de 180 dias durante o qual o vício oculto pode se manifestar (art. 445, *caput* e §1º), argumentando que este limite é suficiente para a “descoberta de qualquer falta de qualidade ou quantidade no produto”. Já Paulo Luiz Netto Lôbo doutrina que o prazo de garantia legal deve ser o mesmo prazo da garantia contratual concedido pelo fabricante, que pressupõe a atribuição de vida útil ao produto que o lança no mercado e é o que melhor corresponde ao princípio da equivalência entre fornecedores e consumidores. Por fim, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin defende o critério de vida útil do produto para definição do limite temporal da garantia legal. Sustenta o ministro-professor, em breve síntese, que o legislador evitou fixar “um prazo totalmente arbitrário para a garantia, abrangendo todo e qualquer produto”, prazo este que seria “pouco uniforme entre os incontáveis produtos oferecidos no mercado”.

A própria realidade do mercado de consumo mostra o inconveniente em acolher-se qualquer das duas primeiras correntes doutrinárias, a primeira por estar em flagrante confronto com o prazo padrão previsto na lei consumerista, e a segunda pela lonjura a que os termos comparativos analógicos se colocam, restando, assim, apenas o exame da terceira.

A inexistência de regra clara no Código do Consumidor deixa margem a uma nova indagação: em se tratando de vício oculto, uma

vez evidenciado o defeito, até quando poderá o consumidor exercer o direito de reclamar sobre a qualidade do produto ou do serviço?

Na lição do professor Leonardo Roscoe Bessa, “um dos maiores avanços concedidos pelo CDC em relação ao CC/1916 – nem sempre percebido pela doutrina – foi conferido pelo disposto no § 3º do art. 26 da Lei 8.078/90 ao se estabelecer, sem fixar previamente um limite temporal, que ‘tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito’. O dispositivo possibilita que a garantia legal se estenda, conforme o caso, a três, quatro ou cinco anos. Isso é possível porque não há, de propósito, disposição indicando o prazo máximo para aparecimento do vício oculto, a exemplo da disciplina do CC/2002 (§ 1º, art. 455)”.

Por se tratar de produtos ou serviços duráveis, presume-se, sob a ótica do direito consumerista, que permanecerão em condições de uso por um tempo razoável, ou seja, um pouco além do prazo unilateralmente fixado no contrato pelo fornecedor.

A relevância de ser a questão depurada sob a ótica do CDC, considerando-se que as divergências doutrinárias e jurisprudências ainda se mantêm em plena ebulição, é evidente, já que o prazo ora em exame é decadencial: não havendo disposição legal em contrário, não se suspende, nem se interrompe, como assim previsto no art. 207 do Código Civil.

As expressões vício oculto e vício redibitório têm, em linha de resultado, a mesma significação, porquanto representam o mesmo fato jurídico, não cabendo, pois, distingui-los em suas sutis concepções doutrinárias. São vícios, em especial, os relacionados à qualidade dos produtos ou serviços (art. 18, CDC), aqueles capazes de torná-los impróprios, inadequados ao consumo ou que lhes diminuam o valor, como, por exemplo, o defeito no sistema de freio do automóvel ou de refrigeração deste.

Em se tratando de vício oculto, uma vez evidenciado o defeito, até quando poderá o consumidor exercer o direito de reclamar sobre a qualidade do produto ou do serviço?

Em relação à venda, diz De Plácido e Silva: “os vícios ocultos tomam propriamente a denominação de vícios redibitórios”. Logo, como conclui o ilustre professor, “vícios redibitórios e vícios ocultos, pois, têm a mesma significação”.

De fato, no âmbito do Direito Civil, “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor” (art. 441 do CC).

Por conseguinte, cuidando-se de vício oculto, “a responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição” (art. 444, CC).

Colocando um pouco mais de lenha na fogueira doutrinária e jurisprudencial, o ministro Luis Felipe Salomão traz importante contribuição na busca de uma solução para a controvérsia posta em discussão. Diz o ministro Salomão que, *verbis*, “o prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto – a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal. O Código de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este realizar tal providência dentro do prazo legal da decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício”<sup>1</sup>.

Como adiante ressalta Salomão, “por óbvio, o fornecedor não está, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia”<sup>2</sup>.

Enfim, “os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto.

Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos ao projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então”<sup>3</sup>.

### **O diálogo das fontes (Código Civil e CDC)**

Apesar de ser objetiva a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços no CDC, o direito do consumidor de reclamar pelos vícios dos produtos e dos serviços se submete – como não poderia deixar de ser – a um termo final, já que não se pretende eternizar o que eterno não é. Daí a necessidade de os dois ordenamentos jurídicos – Código Civil e Código do Consumidor – serem compatibilizados, possibilitando ao intérprete, assim, promover o diálogo das fontes, com “a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes”.

De fato, realizando paralelo entre o CDC e o Código Civil, é obvio que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares no âmbito da complexidade do ordenamento jurídico, e, sem qualquer dúvida, instrumentos necessários para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais.

O CDC é, em relação ao Código Civil, norma especial que considera, preponderantemente, a vulnerabilidade do consumidor no mercado. Esta inteligência se coaduna com o pensamento de que a matéria transita, com algum conforto adaptativo, pelo universo das leis de simultâneos efeitos, embora de diferentes origens cronológicas, sob a proteção do princípio inserto no art. 2º, parágrafo 2º, da LICC.

Comparando a disciplina dos vícios redibitórios do Código Civil de 1916 com a do regime adotado pelo Código de Defesa do Consumidor,

a teoria da qualidade não afronta a teoria dos vícios redibitórios. Ao revés, trata-se de uma releitura das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa. Busca-se, com ela, dar, pelo menos no plano teórico, unidade de fundamento à responsabilidade civil do fornecedor em relação aos consumidores.

Retorna-se, assim, à indagação anterior, ainda sem resposta: qual será, então, o prazo máximo da garantia legal para a reclamação por vício oculto?

Ora, se o vício é oculto, porque se manifesta somente com o uso, experimentação do produto ou porque se evidenciará muito tempo após a tradição, o limite temporal da garantia legal está em aberto; seu termo inicial, segundo o § 3º do art. 26 é a descoberta do vício. Somente a partir da descoberta do vício (talvez meses ou anos após o contrato) é que passarão a correr os 30 ou 90 dias. Será, então, a nova garantia eterna?

Não, me apresso a responder, pois os bens de consumo possuem, como não poderia deixar de ser, uma durabilidade previsível, ainda que não informada. É a chamada vida útil do produto.

Na verdade, a aquisição de um determinado bem durável, independentemente da garantia contratual que lhe é conferida, gera a expectativa de uma vida útil superior àquele prazo que lhe é concedido pelo fabricante.

Eventual defeito, além de configurar vício de adequação (art. 18, CDC), “evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo”<sup>4</sup>.

Consequentemente, diante de um vício oculto, o juiz vai sempre ter que atuar casuisticamente, aliás, como faz em outros sistemas legislativos. A vida útil do produto ou serviço será um dado relevante na apreciação da garantia.

Fato é que os vícios ocultos só são observados depois de decorridos alguns meses ou anos da data em que os produtos ou serviços foram adquiridos. Por exemplo, os anúncios de *recall* publicados pelos fabricantes de automóveis são muito eloquentes, abrangendo, como

sempre, veículos automotores comercializados, em geral, há mais de dois anos.

Ainda que os vícios não tenham sido observados por todos os adquirentes de determinada série de fabricação, mas que, com toda a certeza, poderão comprometer o normal funcionamento ou causar graves acidentes de consumo, a troca gratuita é promovida sem qualquer custo para o consumidor, independentemente do prazo decorrido.

Dito isto, proponho uma nova reflexão: se, por um lado, a produção em série de um novo veículo automotor, com a eliminação da fase de teste, por exemplo, traz como benefício a redução do custo e, conseqüentemente, do preço final, se estaria, por outro, comprometendo-se a segurança e a longevidade que dele se espera? Penso que sim, pois ao substituir a montadora o controle qualitativo pelo quantitativo, faz do consumidor partícipe da última etapa da cadeia produtiva – teste de qualidade.

A vida útil do produto ou serviço será um dado relevante na apreciação da garantia

Assim, formalizada a reclamação e identificado o vício de fabricação, a montadora promoverá, como se espera, o devido reparo e, a seguir, o recall de toda aquela série, rogando a Deus para que nada de mal aconteça.

Agindo, ainda, de forma preventiva, algumas montadoras também disponibilizam, junto com a garantia contratual, uma garantia adicional de cobertura denominada “estendida” ou “complementar”, o que leva o intérprete a concluir, de maneira irresponsável, que o prazo concedido pelo fornecedor não revela, ou sequer indica, a vida útil do produto ou do serviço.

Em princípio, quanto mais distante estiver o produto ou serviço do final da sua via útil, maior será a possibilidade de se tratar de um vício de qualidade. Se o bem é novo ou recém-adquirido, pode-se, até, falar em presunção relativa da anterioridade do vício. Em resumo: quando o bem for novo, haverá uma presunção relativa de que o vício é de origem, podendo o ônus da prova ser invertido pelo juiz; quando o bem não for novo, deve-se atentar para a vida útil do produto ou serviço, e a prova da anterioridade do vício deve ser feita mediante perícia.

Conclui-se, portanto, que diante de um vício oculto, o prazo decadencial para a reclamação, com base na garantia legal, tem seu termo inicial fixado no momento em que o defeito for pelo consumidor identificado e, a seguir, notificado o fornecedor, por qualquer meio, o que, “além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, releva a importância de análise do caso concreto” (art. 26, § 3º, CDC).

Ademais, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º, da LICC).

## **Conclusão**

Ainda que se reconheça como sustentável a preocupação de alguns doutos de verem fixado um prazo menor como termo final da garantia legal, levando-se em conta também o período correspondente à degradação natural do produto ou do serviço, homenageando, assim, o princípio da segurança das relações contratuais, não me parece ser esta a melhor solução.

Com efeito, dúvidas não há de que o critério de vida útil do produto ou do serviço, cujo prazo venha a ser fixado, no caso concreto, pelo juiz, de acordo com as regras ordinárias de experiência, melhor atende aos interesses dos consumidores, sempre a parte mais fraca na relação de consumo.

Em se tratando de produto ou serviço recém-adquirido ou realizado, há presunção relativa, em prol do consumidor, de que o vício seja de origem. Para as demais hipóteses, quando houver dúvida sobre a existência do vício do produto ou serviço, é lícito ao juiz inverter o ônus da prova, transferindo-se ao fornecedor o encargo de demonstrar o nexo de causalidade, que antes cabia ao consumidor.

Ao adquirir produto ou contratar serviço com uma expectativa legítima de qualidade, durabilidade e funcionamento, o consumidor, diante da boa-fé objetiva que o impulsiona, age na certeza de que disporá do produto ou gozará do serviço por período superior ao que se encontra indicado no contrato.

O vício intrínseco, aquele decorrente de defeito de fabricação relativo a cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, e que somente se torna conhecido depois de algum tempo de utilização,



e que não decorra diretamente da fruição do bem, mas sim de uma característica oculta que esteve latente até então, é da responsabilidade do fornecedor, independentemente do término do prazo de garantia que lhe foi concedido.

O termo final para o exercício do direito à reclamação deve ser fixado pelo julgador quando do exame de cada caso concreto, com prudência e razoabilidade, sem excesso, adotando o critério da vida útil, que “confere coerência ao ordenamento jurídico e prestigia o projeto constitucional de defesa do consumidor, considerando sua vulnerabilidade no mercado de consumo”<sup>5</sup>.

## Notas

- \* José Carlos Maldonado de Carvalho. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Brasil. Presidente da Primeira Câmara Cível do TJRJ. Presidente do Fórum de Direito do Consumidor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Professor de Direito do Consumidor da EMERJ.
1. Superior Tribunal de Justiça, REsp 984106/SC, Quarta Turma, Dj 04/10/2012.
  2. *Ibidem*
  3. *Ibidem*.
  4. Superior Tribunal de Justiça. REsp 984106/SC, Quarta Turma, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Dj 04/10/2012.
  5. BESSA, Leonardo Roscoe. BENJAMIN, Antônio Herman. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 203-5.



ENSINANDO O  
CONSUMIDOR A  
REAGIR, EXIGINDO  
A QUALIDADE DO  
PRODUTO

ANTONIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES\*  
Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

## EXCERTOS

*“O comércio eletrônico amplia as situações em que o consumidor é impedido de manusear o produto no momento da compra, avaliando a qualidade com seus sentidos, e a situação se complica ainda mais quando a responsabilidade pela entrega do produto – pela tradição – é transferida a um terceiro e o pagamento envolve ainda outros intermediários”*

*“No Código do Consumidor, embora o prazo em si não tenha sido muito ampliado – trinta dias para produtos duráveis e noventa dias para não duráveis – o termo inicial do prazo, no caso de vícios ocultos, é o momento em que ficar evidenciado o defeito”*

*“A busca de um ponto de inflexão passa pela melhor compreensão do conceito de dignidade. Da autonomia do consumidor, que deve ser capaz de dizer não ao abuso, não à exploração, não a todas as formas de opressão no mercado”*

Aparentemente, no que diz respeito à garantia dos bens de consumo no Brasil, nada de novo se apresenta. Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor introduziu novidades ao substituir o sistema do Código Civil, que girava em torno dos vícios redibitórios, pela chamada *teoria da qualidade*, com a definição de responsabilidade pelo fato do produto (arts. 8º a 17) e da responsabilidade pelo vício do produto (arts. 18 a 25). No plano normativo, a mudança foi expressiva, rompendo com um modelo forjado para uma sociedade pré-industrial, com mercado incipiente e raros consumidores (no sentido que hoje se atribui a este termo). Na prática, as mudanças demoram a acontecer. Decorridos mais de 25 anos desde a vigência da nova lei, persiste a cultura da irresponsabilidade. O fornecedor raramente cumpre espontaneamente a obrigação de garantia e o consumidor não se dispõe a exigir seu direito.

Basta uma visita a um Procon, associação de consumidores ou órgão equivalente, em qualquer parte do Brasil, em grandes e pequenas cidades, para que se constate a persistência da cultura do abuso, da irresponsabilidade, do descaso com a qualidade do produto e as garantias do comprador. Tem razão o professor Mário Frota quando reafirma, sempre, a prioridade absoluta da formação, também identificada como educação para o consumo, nas políticas de proteção ao consumidor. A lei arrola garantias mas o consumidor tem dificuldades para exigir seu direito e o fornecedor age de forma arrogante e irresponsável, resistindo à pretensão redibitória.

O comércio eletrônico amplia as situações em que o consumidor é impedido de manusear o produto no momento da compra, avaliando a qualidade com seus sentidos, e a situação se complica ainda mais quando a responsabilidade pela entrega do produto – pela tradição – é transferida a um terceiro e o pagamento envolve ainda outros intermediários. A título de exemplo, um relato pessoal: contratei, com uma grande distribuidora, a compra de caixas de som, de marca conhecida mundialmente. Antes da entrega, um vizinho me relatou ter visto caixas, com meu nome, em um restaurante próximo de minha residência. Fui até lá e constatei que o objeto de minha compra estava ali porque as caixas caíram do caminhão do Correio e foram guardadas. O Correio foi avisado e se comprometeu a recolher. Aguardei alguns

dias e, afinal, quando finalmente chegaram até minha casa, com as caixas, indaguei se a queda do caminhão e o extravio das caixas fora registrado. Em face da resposta negativa, não recebi o produto, e entrei em contato com o fabricante. A devolução do dinheiro, sem correção, ocorreu três meses depois.

O objetivo dessas linhas, se aparentemente inexistente grande novidade na matéria, é refletir sobre a necessidade de preparar o consumidor para dizer não. Para confrontar o fornecedor, exigindo qualidade. Trata-se de um imperativo ético, alocado sobre a noção de dignidade que está presente nos tratados de direitos humanos, nas constituições, que a colocam na base dos direitos fundamentais, e na legislação que protege o consumidor. No Brasil, é o art. 4º do CDC que prescreve como objetivo primeiro o atendimento às necessidades do consumidor e o respeito à sua dignidade.

E o que é dignidade, senão a capacidade de reagir, a capacidade de dizer não, a capacidade de se opor à exploração? Trabalhar com a formação do consumidor, em uma cultura que sistematicamente lhe nega o acesso aos direitos, exige mais que a simples informação a respeito dos direitos e a criação de mecanismos institucionais para a sua realização; o primeiro passo é criação de uma disposição para dizer “não”, naquele que ocupa a posição de consumidor.

Com esta finalidade, vamos revisar brevemente o modelo de garantias do comprador vigente no Brasil, sua origem e características, passando em seguida à crítica de uma realidade que teima em negligenciar o cumprimento da lei, violar a ética e negar a dignidade do consumidor.

## **Problema complexo**

Na legislação civil vigente durante as décadas anteriores ao Código do Consumidor, o direito brasileiro separava responsabilidade contratual e extracontratual, assentando aquela, principalmente, no milenar instituto que garantia a redibição. Sendo o propósito deste breve ensaio apenas a ênfase nos aspectos culturais que determinam a necessidade de formação e informação do consumidor, restringe-se a retrospectiva e a análise da legislação vigente aos dispositivos que

tratam dos vícios redibitórios, na legislação civil, e à responsabilidade pelo vício do produto, no Código do Consumidor.

Redibir, conforme a definição de Francisco Fernandes, significa “tornar a vender ao vendedor (a coisa defeituosa que se comprou sem declaração prévia)”<sup>1</sup>. Assim, a redibição, propriamente dita, consiste na devolução do produto ao vendedor, com a restituição do preço pago. O Código Beviláqua, vigente no Brasil a partir de 1916, dispunha que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo” poderia “ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos”, condicionando tal possibilidade à apreciação da gravidade do vício, que deveria tornar a coisa imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminua o valor (art. 1.101). Além da redibição, o sistema previa, como opção satisfativa, o abatimento do preço (art. 1.105). Hoje, são várias as opções satisfativas e, no sistema do Código do Consumidor, a reparação deve ser integral, ou seja, sempre é devida a satisfação por perdas e danos.

Foi sob a vigência do Código Beviláqua que entrou em vigor o novo sistema, estabelecido no Código do Consumidor. O Código Civil brasileiro somente foi renovado em 2002, com a introdução de outras mudanças na responsabilidade por vícios redibitórios em contratos civis. No contrato de consumo, porém, segue valendo o disposto no Código do Consumidor.

As mudanças introduzidas no Código do Consumidor decorrem de uma série de causas. O modelo do Código Beviláqua atendia aos interesses dos fornecedores que, ao lograr a limitação de sua responsabilidade por meio da redução das hipóteses de redibição e à fixação de reduzidíssimo prazo prescricional (quinze dias para bens móveis, seis meses para imóveis), abstinham-se de introduzir o custo da garantia em seus produtos, ampliando os lucros e, conseqüentemente, a acumulação de capital. O sistema transferia quase integralmente para o consumidor todo o custo decorrente da falta de qualidade.

Com o passar do tempo, cada vez mais, o sistema do Código Civil mostrou-se inadequado para a solução dos novos problemas, do aumento da quantidade de danos causados por produtos produzidos em série (produção em massa e dano em massa); da dificuldade de identificar culpados na cadeia de fornecimento (matéria-prima, fabricação, montagem, transporte, distribuição etc.); da repetição de

danos da mesma espécie; da crescente complexidade introduzida nas cadeias produtivas; da comunicação de massa, com o incremento da publicidade e dos meios de afetar a vontade do consumidor.

Entre as principais mudanças estabelecidas pelo Código do Consumidor brasileiro destaca-se a expansão subjetiva da responsabilidade do fornecedor. No sistema anterior, um dos princípios que orientava a teoria contratual era a chamada relatividade das convenções. No direito relativo, vinculavam-se duas pessoas certas. Com a evolução das redes de distribuição surgiu a necessidade de ruptura da relatividade das convenções e a regra passa a ser a solidariedade. Assim, cabe ao consumidor a escolha daquele a quem pretende responsabilizar: o fornecedor imediato, os intermediários, os fabricantes (que podem ser muitos, atrelados a uma montadora) ou o dono da marca (que nem sempre é o fabricante).

Pouco a pouco, a matéria ganha autonomia teórica, com a superação da divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual, a definição de um sistema próprio de prescrição e decadência e a irrelevância da separação entre obrigação de meio e a obrigação de resultado porque o “fazer” não é mera diligência, senão expectativa criada.

## **Um novo modelo**

Os autores do anteprojeto do Código do Consumidor ponderaram, para a definição do modelo de responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto, um rol de deficiências jurídicas e de deficiências fáticas no sistema anterior. O ministro Antonio Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, foi um dos autores do referido anteprojeto e, conforme sua primeira leitura, contemporânea ao início da vigência do Código, as principais deficiências jurídicas foram determinantes para a fixação de um novo modelo. Assim, a partir da comparação entre a garantia do comprador em relação a vícios redibitórios prevista no Código Beviláqua e a garantia prevista no Código do Consumidor, é possível melhor compreender o sentido e o alcance das regras estabelecidas no art. 18 da Lei 8.078, de 1990.



Uma primeira diferença, de suma importância, é a ampliação do rol de alternativas satisfativas. Além da redibição e do abatimento proporcional do preço, o consumidor pode exigir a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso. Também é possível, em alguns casos, a substituição das partes viciadas no prazo de 30 dias.

No sistema anterior, figurava como titular do direito apenas o contratante, ou seja, aquele que figurou como parte do contrato, e, o que é ainda mais restritivo, apenas de algumas espécies de contrato. É o que se extrai da interpretação literal do art. 1.101 daquele Código, que expressamente se refere a contrato comutativo, isto é, aquele no qual as prestações são certas, previamente determinadas. A definição se aperfeiçoa com a oposição que se faz dos contratos comutativos aos contratos aleatórios: aqueles nos quais a prestação de uma das partes depende da álea, depende da sorte, como acontece nos contratos de seguro e nas loterias e apostas. Assim, a rigor, alguém que adquirisse o bem por meio de sorteio não teria direito à redibição – aliás, nesse caso, a redibição propriamente dita seria prejudicial ao consumidor, que não teria pago pelo bem o correspondente a seu valor. A simples restituição do efetivo valor pago resultaria na subtração da vantagem obtida com o sucesso no sorteio.

Entre as principais mudanças estabelecidas pelo Código do Consumidor brasileiro destaca-se a expansão subjetiva da responsabilidade do fornecedor

No Código do Consumidor inexistia limitação. Aquele que adquiriu o bem, mesmo que não tenha figurado como parte no contrato celebrado com o fornecedor, pode reclamar o vício de qualidade. Trata-se de um aspecto da mencionada expansão subjetiva da responsabilidade do fornecedor, que, como se observa em relação a este ponto, não se limita à regra da responsabilidade solidária mas, uma vez superada a limitação imposta pelo princípio da relatividade das convenções, afasta a limitação do vínculo contratual dos requisitos necessários à definição de responsabilidade.

Outro problema identificado no sistema anterior consiste na exiguidade dos prazos assinados para a formulação da reclamação.

Eram apenas quinze dias para produtos móveis e seis meses para imóveis. No Código do Consumidor, embora o prazo em si não tenha sido muito ampliado – trinta dias para produtos duráveis e noventa dias para não duráveis –, o termo inicial do prazo, no caso de vícios ocultos, é o momento em que ficar evidenciado o defeito. O sistema anterior somente protegia o comprador em caso de vícios ocultos, pressupondo que o adquirente deveria inspecionar o produto no momento da tradição e, eventualmente, exercer o direito de recusa. Hoje, mesmo que o consumidor declare ter inspecionado o produto, como exigem algumas lojas, o fornecedor é responsável por vícios aparentes e de fácil constatação, observados logo após a compra.

Sob a perspectiva do fornecedor, a noção de respeito ao consumidor ainda parece distante, incompreendida

Além disso, um aspecto importante, que parece não ser conhecido pelo consumidor (o qual, diga-se, raramente exerce formalmente o direito de recusa ou exige a imediata substituição do produto), o Código do Consumidor garante a satisfação imediata de sua necessidade quando, “em razão da extensão do vício,

a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial”. Nesses casos o fornecedor não conta com o prazo de 30 dias para sanar o vício e deve atender imediatamente a pretensão do consumidor. Esse ponto, embora aparentemente de fácil compreensão e objeto de interpretação unívoca, encontra-se entre aqueles que enfrenta a maior barreira cultural. É comum a resistência do fornecedor, o qual se recusa a satisfazer imediatamente à pretensão do consumidor e, por outro lado, falta a muitos consumidores a disposição para exigir a solução imediata.

Ainda quanto aos prazos, importante inovação se deu em relação à garantia de durabilidade. No sistema anterior arrolavam-se, sucintamente, os prazos de quinze dias para bens móveis e seis meses para imóveis, desconsiderando-se que a durabilidade dos produtos varia muito e, não obstante isso, deve ser garantida. No sistema atual, a distinção entre produtos duráveis e não duráveis, nas regras

sobre prescrição, e a disciplina da garantia contratual – no art. 50 –, em interpretação sistemática, dão maior elasticidade à interpretação, permitindo que o caso concreto interfira no reconhecimento do direito. Cabe ao juiz definir, sendo o produto durável, o termo inicial do prazo prescricional de um vício oculto e, neste caso, a garantia contratual será imprescindível para a ponderação da responsabilidade.

Questão relevante é a definição de vício, e, conseqüentemente, a identificação dos vícios que ensejam direito à redibição e às correspondentes alternativas satisfativas. No sistema do Código Beviláqua somente os vícios graves – assim entendidos os que geravam desvalorização do produto ou o tornavam impróprio ao uso – geravam o nascimento do direito potestativo à redibição. O Código do Consumidor amplia este rol. Agora a garantia abrange também os vícios de quantidade e aqueles decorrentes de disparidade informativa, ou seja, é considerado com vício aquele produto que não atende à expectativa criada pelas indicações constantes no recipiente, na embalagem, na rotulagem ou na mensagem publicitária. O produto que não atende à expectativa criada é defeituoso.

## **Ponto de inflexão**

Um quarto de século após o início da vigência do Código do Consumidor brasileiro, as deficiências fáticas do sistema persistem. Embora tenham sido ampliadas as possibilidades de acesso ao Judiciário, com a implementação de juizados especiais, e a rede de Procons estaduais e municipais, são muitas as situações em que o consumidor permanece privado de seus direitos. O grande volume de reclamações registradas demonstra que não ocorreu ainda a necessária inflexão cultural e muitos fornecedores – grandes e pequenos – mantêm as velhas práticas, dificultando a satisfação do direito do consumidor.

Além disso, a falta de uma política de relações de consumo, tanto na União quanto nos estados e municípios, redundando na precária execução dos poucos programas de formação e informação do consumidor mantidos por órgãos públicos e privados de defesa do consumidor. O movimento inicial, do começo da década de 1990, quando entrou em vigor o Código do Consumidor, parecia apontar para uma grande

mudança cultural. Muitos interpretaram o aumento das reclamações nos Procons como um sinal de cidadania, um indicativo de que o brasileiro estava disposto a dizer não aos abusos. Infelizmente, não é o que se observa no mercado de consumo.

Sob a perspectiva do fornecedor, a noção de respeito ao consumidor ainda parece distante, incompreendida. Nefastos estereótipos naturalizados, como o que é conivente com os exageros de uma “conversa de vendedor”, tornam a coletividade extremamente permissiva em relação a abusos na comunicação publicitária e, individualmente, persiste a dificuldade para dizer não.

A busca de um ponto de inflexão passa pela melhor compreensão do conceito de dignidade, da autonomia do consumidor, que deve ser capaz de dizer não ao abuso, não à exploração, não a todas as formas de opressão no mercado. A garantia de produtos e serviços que atendam às necessidades do consumidor com padrões adequados de qualidade, durabilidade e preço, é direito básico. Direito à dignidade.

## Notas

- \* Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes. Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide – Sevilha – Espanha.
- 1. FERNANDES, Francisco. *Dicionário de verbos e regimes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1963.

# A MEDIAÇÃO E OS CONFLITOS DE CONSUMO

**GUILHERME M. MARTINS\***

Promotor de Justiça titular da 3ª Promotoria Cível  
da Capital – Rio de Janeiro

## **EXCERTOS**

*“A mediação é mais difundida nos casos de conflitos envolvendo pessoas que têm interesses ligados a relações continuadas, como é o caso das relações de vizinhança, família ou emprego, casos em que muito mais importante do que a indenização de um prejuízo é a restauração da convivência entre os envolvidos”*

*“O direito privado passa a conviver a valorizar as especificidades dos grupos vulneráveis, desenvolvendo instrumentos para compensar (não excluir, vitimizar ou acabar) com as diferenças, pois estas identificam os indivíduos da nossa sociedade”*

*“A segunda característica da mediação, indispensável em matéria de relações de consumo, é a anuência de todos os envolvidos, vítimas e responsáveis”*

*“A mediação tem sido aplicada sobretudo aos grandes acidentes de consumo, que envolvem interesses difusos e direitos coletivos ou individuais homogêneos (Lei 8078/90, art. 81, I a III), embora sua aplicabilidade, no Brasil, ainda seja recente, em matéria de Direito do Consumidor”*

## 1. Introdução. A evolução da mediação no Brasil

No Brasil, a partir dos anos 1990, começou a haver um maior interesse pelo instituto da mediação, sobretudo por influência da legislação argentina editada em 1995<sup>1</sup>. No novo Código de Processo Civil, oriundo do PL 166/2010 e já aprovado pelo Congresso Nacional (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), há referência aos institutos da conciliação e mediação, nos artigos 165 a 175<sup>2,3</sup>.

Coroando a evolução do tema, entrou em vigor a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), que dispõe sobre a mediação como meio de composição de conflitos entre particulares e no âmbito da administração pública, com a seguinte definição, no seu artigo 1º:

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Não obstante a recente aprovação do Código de Processo Civil e da Lei 13.140/2015, deve ser dito que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito<sup>4</sup>.

Os métodos alternativos de solução de conflitos constituem uma área na qual a Fundação Ford já em 1978 promovia programa pioneiro, que desencadeou ampla procura daquilo a que se chamou “novos enfoques da solução de conflitos”, com particular atenção para “conflitos complexos sobre políticas públicas”, “conflitos regulatórios”, “conflitos oriundos de programas de bem-estar social”, tudo com a finalidade de “encontrar caminhos para tratar de conflitos fora do sistema formal”<sup>5</sup>.

No direito comunitário europeu, já existe um grande avanço na matéria, a partir da Diretiva 2013/11 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à mediação alternativa de litígios em matéria de consumo<sup>6</sup>, que possui inclusive um regulamento relativo aos meios alternativos de solução de conflito *online* em se tratando de relações de consumo.

Na mediação<sup>7</sup>, não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro<sup>8</sup>. O objetivo é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição dos interessados sobre os fatos que os levaram àquela disputa<sup>9</sup>.

Baseia-se tal técnica de solução de conflitos na autocomposição, lastreada pelo pilar da autonomia da vontade das partes<sup>10</sup>. Trata-se da interferência – em uma negociação ou em um conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões de disputa. A função fundamental do mediador, para José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, é (re)estabelecer a comunicação<sup>11</sup>.

O renascer dos métodos alternativos de solução de conflitos deve-se, em grande parte, à crise atravessada pela Justiça, devida sobretudo ao elevado grau de litigiosidade próprio da sociedade moderna, o qual levou à morosidade, alto custo e burocratização na gestão dos processos<sup>12</sup>.

Antes do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, a principal referência para a mediação nos tribunais brasileiros era a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, cujo artigo 1º estabelece que “fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Seguindo a mesma tendência do Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 118/14<sup>13</sup>, que dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Por consistir a mediação um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, em especial os juízes<sup>14</sup>.

Distingue-se da conciliação, termo proveniente do verbo latino *conciliare*, que é reunir, compor e ajustar os ânimos divergentes. A



mediação é mais ritualística, demorada, enquanto a conciliação é mais ágil, informal e rápida. O conciliador faz propostas de soluções, intervindo diretamente para a obtenção do acordo, diversamente do mediador.

Ambas, mediação e conciliação, mais do que um meio de acesso à justiça fortalecedor da participação social do cidadão, são políticas públicas<sup>15</sup> que vêm ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça, visto que comprovada empiricamente sua eficiência no tratamento de conflitos<sup>16</sup>.

A mediação é mais difundida nos casos de conflitos envolvendo pessoas que têm interesses ligados a relações continuadas<sup>17</sup>, como é o caso das relações de vizinhança, família ou emprego, casos em que muito mais importante do que a indenização de um prejuízo é a restauração da convivência entre os envolvidos<sup>18</sup>.

Uma característica marcada pela doutrina é o equilíbrio das relações entre os envolvidos, sendo “fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas”<sup>19</sup>. Não é por outro motivo que a Lei de Mediação, no seu art. 2º, II, estabelece como um de seus princípios a isonomia entre as partes<sup>20</sup>.

As relações travadas no mundo pós-moderno demandam o desenvolvimento de formas efetivas e adequadas de pacificação social, a fim de reparar e prevenir a ocorrência de danos. Surgem novos danos, não só do ponto de vista quantitativo como também qualitativo, decorrentes de fatores como a degradação do meio ambiente, as biotecnologias, a internet e os respectivos meios de comunicação, as novas doenças, o que fez com que houvesse um aumento no número de demandas perante o Estado-juiz, o qual, praticamente, não acompanhou essa transformação. Daí a importância dos meios não adversariais com a participação da comunidade, como a mediação<sup>21</sup>.

Não obstante serem os conflitos de consumo, por sua natureza, massificados, impessoalizados e marcados pela vulnerabilidade da

Na mediação  
não se busca  
uma decisão  
que ponha um  
ponto final na  
controvérsia

parte mais frágil (art. 4º, I, Lei 8.078/90), ao contrário das relações de emprego, família e vizinhança, onde há um maior equilíbrio entre as partes, o presente e o futuro sinalizam no sentido do aumento do uso da mediação na resolução de tais controvérsias.

O direito privado passa a conviver com e a valorizar as especificidades dos grupos vulneráveis, desenvolvendo instrumentos para compensar (não excluir, vitimizar ou acabar) as diferenças, pois estas identificam os indivíduos da nossa sociedade. A partir dessas assertivas, encontramos a instrumentalidade maior desse paradigma, que não se contenta apenas em endereçar direitos aos vulneráveis, mas impõe que o Estado (este no exercício de qualquer os poderes desempenhados na República) e os particulares concretizem formas de harmonização dessas diferenças.

## **2. O direito do consumidor como direito fundamental e a viabilidade da aplicação das técnicas alternativas de solução de conflitos**

A defesa do consumidor é consagrada nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, ambos da Constituição da República, cabendo àquelas duas normas, na visão de Fábio Konder Comparato, definir o lugar do consumidor no sistema constitucional brasileiro<sup>22</sup>.

Na sistemática constitucional, deve ser a defesa do consumidor, acima de tudo, coligada à cláusula geral de tutela da personalidade, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), considerado ainda o objetivo da República no sentido da erradicação da pobreza e marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III)<sup>23</sup>.

Entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, prevê o art. 4º, V, da Lei 8.078/90 o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo”.

Como meio de efetivação do comando do art. 4º, V, supramencionado, e com base na necessidade de proporcionar alternativas menos custosas e mais céleres para resolver os litígios,

surge a técnica do *design* de sistemas de disputas, envolvendo métodos sistemáticos para solucionar conflitos complexos ou recorrentes. Trata-se de um sistema que envolve procedimentos elaborados sob medida para a resolução de controvérsias, com o objetivo de promover eficiência e reduzir os custos, além de incentivar a participação das partes na satisfação do fim pretendido<sup>24</sup>.

Outra norma principiológica inserida no artigo 4º da Lei 8.078/90 é o seu inciso III, que prevê a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, buscando-se soluções consensuais, que evitem, como ocorre comumente em sede judicial, o acirramento de ânimos entre os envolvidos.

Da mesma forma, a Lei 8.078/90, em seu art. 6º, II, prevê como direito básico dos consumidores a educação, necessária ao abandono dos meios adversariais de solução de litígios, que deverão ser empregados apenas em último caso.

Merecem ser destacadas, em seguida, as principais características dos programas de mediação.

A primeira e mais importante característica dos programas consiste na sua construção como um modelo de mediação aplicável a um caso ou a um grupo de casos específicos, garantindo, na solução de conflitos, o reconhecimento da peculiaridade de cada situação<sup>25</sup>.

Os responsáveis pela criação de programas de mediação devem levar em consideração o universo de lesados, além de empregar os melhores métodos e técnicas para atender ao caso concreto, sendo para tanto imprescindível identificar os temas sobre os quais os conflitos versam e suas consequências, sobretudo nos grandes acidentes de consumo<sup>26</sup>, que envolvam interesses difusos e direitos coletivos ou individuais homogêneos (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I a III).

No caso de um famoso acidente aéreo com uma aeronave da TAM em 2007, foi realizado um programa de mediação extrajudicial (Câmara de Indenização 3054), com a participação da Defensoria Pública, do Ministério Público e do Procon do Estado de São Paulo, além da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, proporcionando aos familiares das vítimas uma opção em relação à via judicial<sup>27</sup>.

A segunda característica da mediação, indispensável em matéria de relações de consumo, é a anuência de todos os envolvidos, vítimas e responsáveis. Logo, os consumidores devem ser dotados de autonomia para optar ou não por tais mecanismos, além de se desligar a qualquer tempo, migrando para a via judicial<sup>28</sup>.

A terceira característica é a previsão de parâmetros preestabelecidos para o cálculo das indenizações, que deverão ser divulgadas de antemão para que os lesados decidam se vão ou não participar, o que decorre do controle de ambas as partes sobre o procedimento e seus resultados. A compensação abrange tanto interesses patrimoniais quanto extrapatrimoniais, em consonância com o princípio da reparação integral (art. 6º, VI, Lei 8.078/90).

A quarta característica apontada pela doutrina é a existência de parâmetros preestabelecidos no cálculo das indenizações, sendo a maioria dos programas disciplinada por um conjunto de normas ou por um regimento interno, aplicáveis somente se divulgados de antemão, para que os lesados decidam se desejam ou não participar<sup>29</sup>.

### **3. A experiência brasileira**

Em 17 de julho de 2007, o voo JJ 3054 da empresa TAM Linhas Aéreas, que saía do município de Porto Alegre em direção à cidade de São Paulo, ultrapassou o final da pista durante o pouso no Aeroporto de Congonhas, chocando-se com um depósito de cargas pertencente à mesma empresa. O resultado foi a morte de todos os 187 passageiros e tripulantes do avião e de 12 pessoas atingidas no solo, contabilizando o total de 199 vítimas. Tendo em vista a comoção causada pelo acidente, bem como o grande número de envolvidos, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), iniciou estudos técnicos que viabilizaram o primeiro programa de mediação brasileiro, com clara inspiração na experiência norte-americana.

Em apenas 14 meses, o programa contou com cerca de 15 mil atendimentos a beneficiários e seus advogados e resultou na celebração de acordos em 92% dos casos, atendendo 207 familiares de 45 vítimas do acidente<sup>30</sup>.

Devido ao grande sucesso de tal iniciativa, realizou-se outro programa nos mesmos moldes por ocasião do acidente aéreo ocorrido com aeronave da Air France em 2009.

Em 31 de maio de 2009, o voo 447 da empresa Air France, que partiu do Rio de Janeiro em direção a Paris, enfrentou turbulência durante passagem por uma tempestade ao cruzar o Oceano Atlântico. Após o envio de uma mensagem automática de pane elétrica, a aeronave sumiu dos radares brasileiros, tendo sido o seu desaparecimento confirmado no dia seguinte. Cerca de quatro dias após, os primeiros destroços do avião foram localizados e os corpos das vítimas começaram a ser resgatados. Faleceram 228 pessoas no mencionado acidente<sup>31</sup>.

Em 10 de dezembro de 2009, o Ministério Público do Rio de Janeiro lançou o Programa de Indenização 447 (PI 447), que contou com a participação da Fundação Procon do Estado do Rio de Janeiro e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com um regimento interno composto por 51 artigos, levando em conta, na quantificação do cálculo das indenizações, a quantidade de beneficiários da vítima, o grau de parentesco e o nível de dependência econômica (art. 15, parágrafo terceiro do regimento)<sup>32</sup>.

Da mesma forma, o Projeto de Lei 283 do Senado, de 2012, modifica o art. 5º, VII, da Lei 8.078/90, para incluir entre os instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo a “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”, como ocorreu em iniciativas pioneiras da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No entanto, trata-se ainda de iniciativas isoladas, destacando a doutrina que não se aplica a mediação aos casos em que haja grande disparidade de poder<sup>33</sup>, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor.

No entanto, a falência do processo judicial, nos moldes individualistas em que foi concebido, levou à falência dos chamados “campeões” na má prestação de produtos e serviços, como é o caso das operadoras de

Não se aplica  
a mediação  
aos casos em  
que haja grande  
disparidade  
de poder

telefonias, planos de saúde e instituições bancárias, que dizem respeito a assuntos complexos e de alta especialização, quando nem sempre é fornecida aos consumidores a prévia informação (Código de Defesa do Consumidor, art. 46). Através da educação de ambas as partes, consumidor e sobretudo fornecedor, devem ser superadas, através da mediação e dos demais meios alternativos de solução de conflitos, as barreiras da litigiosidade, por meio das técnicas de mediação.

O princípio da autonomia da vontade<sup>34</sup>, consagrado em matéria de mediação pelo art. 166, *caput*, do novo Código de Processo Civil e pelo art. 2º, V, da Lei 13.140/15, deve dialogar, nos contratos de adesão, com normas protetivas, como, por analogia, o art. 51, VII, da Lei 8.078/90, que considera abusivas as cláusulas que “determinem a utilização compulsória da arbitragem”, caso em que faltaria o requisito da consensualidade<sup>35</sup>.

O Direito do Consumidor, portanto, tem muito a evoluir com o uso da mediação, cujo objeto não é de modo algum incompatível com os objetivos e princípios da Lei 8.078/90, consoante o art. 3º da Lei 13.140/15, que o delimita: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Na segunda hipótese acima, quando o consenso das partes envolve direitos indisponíveis, mas transigíveis, o fato de se tratar de relação de consumo não exige necessariamente a homologação judicial, com oitiva do Ministério Público (art. 3º, parágrafo segundo, da Lei de Mediação), o que deve ser restrito às hipóteses de intervenção do *parquet* hoje estabelecidas no art. 178 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)<sup>36</sup>.

Salvo na hipótese do superendividamento, quando a negociação é necessária ao recomeço (“*fresh start*”) do consumidor que assumiu compromissos impagáveis, à luz do princípio da boa-fé objetiva, as demais hipóteses de mediação acima apontadas dizem respeito a duas catástrofes, causadoras de grande clamor público, sensibilizando, por tal motivo, os fornecedores e vítimas em torno de um objetivo comum, e com a participação do Ministério Público e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Muito temos a aprender com a experiência europeia.

## 4. Conclusão

As transformações sociais e a massificação na aquisição de produtos e serviços originam novos conflitos, demandando formas de pacificação social que proporcionem soluções mais céleres e efetivas.

A mediação tem sido aplicada sobretudo aos grandes acidentes de consumo, que envolvem interesses difusos e direitos coletivos ou individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, I a III), embora sua aplicabilidade, no Brasil, ainda seja recente, em matéria de direito do consumidor.

Do ponto de vista da educação dos consumidores e da harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, a mediação, decorrente de uma política pública e de um plano de ação governamental, traz boas expectativas de atender aos interesses dos consumidores no Brasil.

## Notas

- \* Guilherme M. Martins. Promotor de Justiça titular da 3ª Promotoria Cível da Capital – Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Diretor do Instituto Brasilcon.
- 1. Na Argentina, a Lei 24.573/95 cuida da mediação como um procedimento extrajudicial obrigatório, portanto fora do Poder Judiciário, e que se desenvolve previamente, conforme o respectivo art. 1º: “Institúyese com carácter obligatorio Inmediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.”
- 2. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, v. 6, p. 159-177, jul./ago. 2014. Lembra o autor que a primeira iniciativa legislativa no Brasil ocorreu com o PL 4.827/1998, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, com a definição de mediação e algumas disposições a respeito: “Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94/2002. O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à EC 45, de 08 de dezembro de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos projetos de lei

modificando o Código de Processo Civil, o que levou à um novo relatório do PL 94. Foi aprovado o Substitutivo (Emenda n. 1 – CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então, dele não se teve mais notícia até meados de 2013 quando voltou a tramitar, provavelmente por inspiração dos projetos que já tramitavam no Senado. 4 O Projeto, em sua última versão, logo no art. 1º, propunha a regulamentação da mediação paraprocessual civil, que poderia assumir as seguintes feições: (a) prévia; (b) incidental; (c) judicial; e (d) extrajudicial. A mediação prévia poderia ser judicial ou extrajudicial (art. 29). No caso da mediação judicial, o seu requerimento interromperia a prescrição e deveria ser concluído no prazo máximo de 90 dias. A mediação incidental (art. 34), por outro lado, seria obrigatória, como regra, no processo de conhecimento, salvo nos casos: (a) de ação de interdição; (b) quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; (c) na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; (d) no inventário e no arrolamento; (e) nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; (f) na ação de retificação de registro público; (g) quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; (h) na ação cautelar; (i) quando na mediação prévia não tiver ocorrido acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. A mediação deveria ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-ia continuidade ao processo. Assim, a mera distribuição da petição inicial ao juízo interromperia a prescrição, induziria litispendência e produziria os demais efeitos previstos no art. 263 CPC. Ademais, caso houvesse pedido de liminar, a mediação só teria curso após o exame desta questão pelo magistrado, sendo certo que eventual interposição de recurso contra a decisão provisional não prejudicaria o processo de mediação”.

3. O teor daqueles dispositivos é o seguinte (Seção V – Dos conciliadores e mediadores judiciais):

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento



da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:  
I – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;  
II – atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá

afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação”.

4. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 533.
5. CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 41, p. 406, abr./jun. 2014.
6. Assim estabelece o art. 1º da Diretiva, no tocante ao seu objetivo: “O objetivo da presente diretiva é contribuir, através da realização de um elevado nível de defesa do consumidor, para o bom funcionamento do mercado interno, assegurando que os consumidores possam apresentar, voluntariamente, queixas contra os comerciantes a entidades que facultem procedimentos independentes, imparciais, transparentes, eficazes, céleres e equitativos de resolução de litígios. A presente diretiva aplica-se sem prejuízo da legislação nacional que obriga à participação nesses procedimentos, desde que tal legislação não impeça as partes de exercer o seu direito de acesso ao sistema judicial.”
7. A mediação é definida por José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler como “a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito da satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito”. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem; alternativas à jurisdição*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
8. A distinção entre a conciliação e a mediação aparece nos parágrafos do art. 145 do novo Código de Processo Civil:

“§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”.

9. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *op. cit.*, p. 533.
10. As características mais marcantes da mediação são as seguintes: 1 – trata-se de uma negociação colaborativa facilitada por terceiro; 2 – constitui uma técnica informal, mas estruturada – não está sujeita a regras processuais, mas segue um rito de eficácia que precisa ser seguido, sendo essa a ferramenta do mediador, que lembrará as partes do acordo inicial feito relativamente ao respeito ao procedimento; 3 – proporciona a que as pessoas possam conhecer a diferença entre o que querem e o que necessitam; 4 – ausência de coercitividade; 5 – transformação: – são alteradas as relações entre os litigantes pelo controle da comunicação entre eles, a alteração das suas percepções, o equilíbrio de forças, a partir do empoderamento e educação sobre as técnicas de negociação, para que resolvam no futuro seus conflitos e reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos para a aproximação e humanização pela empatia; 6 – proporciona a inversão de papéis entre os envolvidos; 7 – controle das partes, a quem cabe o deslinde da decisão sobre a controvérsia; 8 – Não opinativa, visto que o mediador não pode expressar opinião sobre o resultado do pleito; 9 – Enfatizada no futuro, não se perquirindo da culpa dos envolvidos ou dos fatos pretéritos; 10 – Confidencial- será desenvolvida em ambiente secreto, somente sendo o seu processo divulgado se for essa a vontade das partes; 11 – Cooperativa; 12 – Exige tempo de interlocução, pois normalmente envolve sentimentos, valores, diferenças culturais e necessidades existenciais.
11. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 131.
12. LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 45.
13. Resolução 118/14 do CNMP. “Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição. Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.”
14. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 132.
15. Cabe ao Conselho Nacional de Justiça, ao implementar esta política pública, voltada para o tratamento e para a solução de conflitos de interesses com incentivo aos métodos autocompositivos, tornar obrigatória a utilização desses métodos por todos os Tribunais de Justiça dos Estados, estabelecendo diretrizes

a serem observadas por estes, e regulamentar detidamente o trabalho dos servidores, dos conciliadores e dos mediadores, através: (a) do estabelecimento de critérios de capacitação mínima; (b) do estabelecimento de critérios de seleção; (c) da exigência de qualidade do serviço, com o estabelecimento de critérios de avaliação permanentes, não só quantitativa (número de usuários e de acordos – banco de dados) como também qualitativa (acompanhamento dos resultados – controle social) do sistema de solução de conflitos; (d) da instituição do Código de Ética para conciliadores e mediadores; e) da exigência de definição, pelos Tribunais, de remuneração condigna a conciliadores e mediadores (art. 6º, I a VIII, Resolução CNJ 125/2010). LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta, *op.cit.*, p. 83.

16. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 167.
17. Uma importante característica da mediação apontada pela doutrina é a existência de relações continuadas, quando as partes acreditam que há a possibilidade de acordo, ou seja, os envolvidos devem estar predispostos à negociação, devem querer encontrar a melhor solução para o conflito e negociar: “podemos dizer que é necessário que os envolvidos tenham afinidades para que através da comunicação facilitada sejam identificados os interesses comuns que permitiram chegar ao acordo; que estejam aptos ao diálogo, expondo seus pontos de vista e ouvindo o outro e suas experiências; que estejam dispostos a confiar no ‘adversário’ e no mediador; que tenham consciência da importância do fator tempo; e que compreendam o processo de ‘dar e receber’, se disposto a agir para encontrar uma solução apropriada com que se comprometam”. MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 342-3.
18. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 133.
19. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 135.
20. Lei 13.140/15, “art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé”.
21. RUIZ, Ivan Aparecido; NOGUEIRA, Luis Fernando. A mediação como instrumento de efetivação do direito humano e fundamental do acesso à Justiça em uma nova face: o ser humano como seu construtor e protagonista. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sergio de Souza. *Mediação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 121.
22. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 68, jul./set. 1977. Mesmo em outras oportunidades aparecem no bojo da Constituição da República disposições relativas à matéria do consumidor, só que de forma mais específica, como no art. 24, que estabelece o âmbito onde pode haver legislação concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, respeitada a lei federal, restando incluída

aqui a normatização sobre produção e consumo e sobre a responsabilidade por dano ao consumidor.

Já no Título IV (relativo à tributação e ao orçamento), Seção II (limitações ao poder de tributar), dispõe o art. 150, § 5º, que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”, demonstrando clara preocupação com o grau de informação que deve ser recebido pelo consumidor. ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13-4.

23. Para Gustavo Tepedino, “o coligamento destes preceitos com os princípios fundamentais da Constituição, que incluem entre os fundamentos da República ‘a dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), e entre os objetivos da República ‘erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III), demonstra a clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista que muitas vezes prevalece no exame dos interesses dos consumidores.

O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor como uma categoria de *per se* considerada.

A proteção jurídica do consumidor, nesta perspectiva, deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana; seja do ponto de vista de seus interesses individuais indisponíveis, seja do ponto de vista dos interesses coletivos e difusos.” TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 249-50.

24. MICHEL, Andressa. Programas de mediação e acidentes de consumo: um estudo prático de métodos alternativos de resolução de conflitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 80, p. 242, out./dez. 2011. A autora aponta três blocos fundamentais para a criação de qualquer programa de mediação: (a) definição de critérios para determinar quem pode participar do programa; (b) forma de ingresso no programa; (c) desenvolvimento de mecanismos práticos para a condução do programa.
25. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 246-7.
26. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 245.
27. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 243.
28. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 246.
29. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 248.
30. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 256-7.
31. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 258-9.

32. MICHEL, Andressa, *op. cit.*, p. 260-1: “o valor final da indenização é fundamentado conforme parâmetros referenciais fixados com base na lei e nas decisões do STJ, tal como ocorria na CI 3054, mas com algumas modificações. Além disso, em ambos os procedimentos, a proposta de indenização tem validade apenas na seara do programa e é irrelevante para fins de prova em um processo judicial”.
33. FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73.
34. Segundo José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler: “o princípio da autonomia da vontade, ao contrário dos demais, diz respeito ao poder de decidir das partes. A mediação ou a conciliação não conduzem à imposição de resultados, mas à condução para que elas, partes, encontrem a melhor forma de resolução do conflito. E isso, em especial ao tratar-se de mediação, somente poderá ser atingido quando os caminhos forem encontrados por meio de diálogo pessoal.  
Além disso, a autonomia da vontade diz respeito também ao interesse e direito das pessoas de concordar e querer participar ou não da mediação/conciliação, de modo que tais procedimentos não são impostos, tão somente fomentados pela norma legal e pelos operadores do direito. Ainda, a autonomia também pode dizer respeito às decisões, dando às partes a opção de homologarem ou não o acordo construído. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas.” *op. cit.*, p. 198.
35. Acerca do tema, esclarece Bruno Miragem que “a simples previsão do recurso à arbitragem, por si, não caracteriza a abusividade, uma vez que a arbitragem só poderá recair sobre direitos disponíveis do consumidor. Todavia, não se deve perder de vista o perigo de o árbitro, nos contratos de consumo, vir a ser designado pelo contratante mais forte (o fornecedor). Daí a importância ressaltada pela norma do artigo 51, VI, de que se assegure, na hipótese de recurso à arbitragem de consumo, que a mesma seja voluntária e não compulsória, retirando os meios do consumidor recorrer ao Poder Judiciário visando à tutela dos seus direitos”. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 356.
36. Lei 13.105/15, art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

## Referências

- ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BASILIO, Ana Tereza Palhares. Mediação: relevante instrumento de pacificação social. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 20. p. 309-324, abr./ jun. 2003.

- CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 41, p. 405-423, abr./jun. 2014.
- COMPARATO, Fabio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 255, p.68, jul./set. 1977.
- FIGLIOLI, José Osmir; FIGLIOLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012
- MICHEL, Andressa. Programas de mediação e acidentes de consumo: um estudo prático de métodos alternativos de resolução de conflitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.80, p. 237-273, out./dez. 2011.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- \_\_\_\_\_. A mediação judicial no novo CPC. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, v. 6, p. 159-177, jul./ago. 2014.
- \_\_\_\_\_; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RUIZ, Ivan Aparecido; NOGUEIRA, Luis Fernando. A mediação como instrumento de efetivação do direito humano e fundamental do acesso à Justiça em uma nova face: o ser humano como seu construtor e protagonista. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sergio de Souza. *Mediação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 249-250.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.



# LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

**FLÁVIO DE FREITAS GOUVÊA NETO\***  
Abogado y mediador. Posgraduado en Mediación

## **EXCERTOS**

*“Los conflictos de consumo van a ser cada vez mas frecuentes e importantes para nuestra sociedad y es necesario que los métodos de resolución de conflictos sean adaptables estos conflictos, que poseen características propias”*

*“En los conflictos de consumo es recomendable tratar las razones por las cuales el consumidor optó por la contratación de determinado producto y servicio, pues así se puede buscar una solución que mejor satisface sus deseos y necesidades”*

*“La estructura de un proceso de mediación de consumo es igual a de cualquier otro proceso de mediación con la única diferencia que en razón de los conflictos de esta naturaleza sean considerados de baja complejidad, las fases y etapas de la mediación pueden ser acortadas y hechas en un espacio de tiempo mas corto”*

*“El conflicto es una oportunidad de aprendizaje para los involucrados y los empresarios y profesionales pueden mirar hacia los conflictos de consumo como una oportunidad para aprendieren con El”*

*“También es muy recomendable que los representantes y abogados de los empresarios sean profesionales entrenados para negociar con los consumidores, para buscar las soluciones que sean económicamente más ventajosa para sus representados, teniendo en cuenta la importancia de la relación entre cliente y empresa, que es vital para el desarrollo de las actividades profesionales de la empresa que él representa”*

## 1. La mediación y los conflictos de consumo

**E**n la sociedad actual las personas satisfacen casi todas sus necesidades a través de relaciones de consumo. Consumir es algo que se hace cada vez con más frecuencia, una consecuencia de la evolución del mercado moderno en lo cual hay más productos, con más acabamientos e intermediarios en la cadena productiva, que prestan más servicios y producen más bienes. El incremento en el número de transacciones de consumo hace con que a menudo cada vez más se produzcan conflictos de esta naturaleza<sup>1</sup>.

Con el desarrollo tecnológico también se verifica un incremento de las contrataciones en línea y así el número de transacciones comerciales se incrementa de una forma sustantiva<sup>2</sup>. Otra consecuencia del comercio electrónico es el aumento de las relaciones comerciales trasfronterizas, entre empresarios, profesionales y consumidores residentes en diferentes partes del planeta.

Los números apuntan que es cada vez más frecuente la compra en línea. Según datos divulgados por la *Comisión Europea*, con base en investigaciones del *European Consumers Centers*, en el año de 2014 alrededor de 50,2% de la población europea hizo alguna compra en línea y 14,6% alguna compra de vendedores residentes en otros países<sup>3</sup>. A cada año estos números crecen y en la última década ha doblado.

También hay otros temas relacionados con el consumo muy importantes que verificamos en los tiempos actuales. El desarrollo tecnológico también está produciendo un cambio profundo en el mercado laboral y hay cada vez más profesionales autónomos y PYMES, hecho con que hace que las transacciones comerciales y de consumo aumenten de una forma sustantiva, con cada vez más empresarios, profesionales e consumidores se relacionando entre sí.

Un ejemplo muy claro de todo el cambio del mercado de consumo es el desarrollo de aplicaciones como el *Uber* y el surgimiento de una economía nombrada colaborativa que pone el profesional autónomo, los pequeños negocios y los particulares en una posición privilegiada en el mercado, lo que hace que sea necesario el desarrollo métodos de solución de conflictos adaptables a este tipo de mercado. Pesar de aún no estar muy claro el papel del consumidor y productor

en esta nueva economía, los eventuales conflictos pueden ser tratados como conflictos de consumo.

Otro punto importante es que con las nuevas tecnologías ya es posible hacer transacciones en línea sin un intermediario, sin una entidad financiera, con el uso de tecnologías como de la cadena de bloques, como del *bitcoin* por ejemplo, y el desarrollo de la mediación y arbitraje en consumo e instituciones independientes de resolución de conflictos puede dar más confianza para los empresarios y consumidores utilizaren estas nuevas tecnologías.

Todo ello, sin duda hace con que sea cada vez mayor el número de pequeñas empresa y profesionales autónomos ofertando sus productos y servicios en el mercado y hay que buscarse formas de garantizar que este nuevo mercado pueda solucionar sus conflictos de una forma eficiente y barata, través de métodos fiables de resolución de conflictos. Súmese a ello el mercado ya existente que cuenta con oligopolios y grandes empresas que producen un grande número de consumidores insatisfechos y muchos conflictos.

Por tanto, los conflictos de consumo van a ser cada vez más frecuentes e importantes para nuestra sociedad y es necesario que los métodos de resolución de conflictos sean adaptables estos conflictos, que poseen características propias.

La mediación puede ser considerada como *“el proceso en el que un tercero neutral e imparcial, ayuda a las partes inmersas en un conflicto a resolver la disputa y a plantear una solución”*<sup>24</sup> y es una herramienta apta para resolver todos los tipos de conflictos, inclusive los de consumo. Para que una mediación pueda ser considerada de consumo es necesaria la existencia de una relación de consumo. ¿Y que es una relación de consumo?

Según el plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, *“por ‘litigio en materia de consumo’, a efectos de la presente comunicación, se entiende cualquier litigio que opone a una persona física, actuando fuera de su actividad profesional, a una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional”*<sup>25</sup>.

Para las normativas europeas consumidor es *“toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales,*

*a su oficio o a su profesión<sup>6</sup> y comerciante toda persona física o persona jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con fines relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión<sup>7</sup>. La misma directiva considera que “si el contrato se celebra con un propósito en parte relacionado con la actividad comercial de la persona (contratos de doble finalidad) y el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro, dicha persona debe ser considerada un consumidor<sup>8</sup>”.*

Los conflictos de consumo son aquellos entre una persona física y un proveedor cuando este actúe en el marco de su actividad profesional y aquél actúe con fines ajenos a su actividad profesional. Es decir, hay una relación de consumo cuando alguien probé algún bien o servicio a una persona física para que esta directamente consuma el bien o servicio.

Otro concepto muy interesante también es lo de la legislación brasileña que trata el consumidor como el destinatario final de una cadena productiva de un bien o servicio<sup>9</sup>, pues hay profesionales y empresarios que se relacionan con grandes empresas y también se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad que un consumidor persona física.

Además, se puede definir la relación de consumo de una forma bilateral en la cual los conflictos de consumo también pueden ser considerados los relacionados a reclamaciones de los empresarios y profesionales contra sus clientes y consumidores, pero la legislación de consumo no adopta este concepto pues es una norma de protección a los consumidores. Los principios y técnicas de la mediación que trata de las reclamaciones de consumo de consumidores contra empresarios también pueden ser aplicables a reclamaciones de empresas a sus consumidores.

En la mediación de consumo es importante comprender qué es una relación de consumo y que esta empieza cuando alguien compra

Muchos  
conflictos de  
consumo pueden  
ser resueltos  
con un abordaje  
en la  
profundidad  
del problema

o contracta un bien o servicio hecho o vendido por un empresario o profesional. Para comprender mejor los conflictos de consumo es interesante comprender como funciona esta dinámica. Según KOTLER, *“el marketing tiene lugar cuando la gente decide satisfacer necesidades y deseos mediante relaciones de intercambio. El intercambio es el acto de obtener de alguien un objeto deseado mediante el ofrecimiento de algo a cambio. En el sentido más amplio, el mercadólogo trata de obtener una respuesta a una oferta de mercado. La respuesta podría ser algo más que la simple compra o intercambio de bienes y servicios.”*<sup>10</sup>

Además de todas las técnicas de mediación<sup>11</sup>, como por ejemplo las de la escuela de negociación de Harvard, ampliamente aceptada por todos expertos en negociación como un método fiable para resolver conflictos, la disciplina del marketing puede ayudar al facilitador y negociador comprender algunos puntos importantes de la disputa. En la óptica de un jurista, por ejemplo, se podría solo considerar que hubo una simple compra y venta de un bien o servicio que debe ser arreglada con base en lo que dice la ley. Al revés de ello, puede ser interesante para las partes buscaren otras alternativas para la solución del conflicto, desde que la solución se encuentre de acuerdo con los derechos fundamentales de las partes, como en cualquier mediación de conflicto. Si las empresas, los profesionales, los consumidores y el mercado buscan soluciones diferentes y más constructivas para sus conflictos, puede ser muy interesante y ventajoso tratar del contenido relacional entre las partes, del deseo y necesidad de ellos, de la importancia del consumidor para el profesional, que él consumidor necesita ser respetado ypreciado por el empresario, y el marketing es una disciplina que estudia justo ello. Por tanto, poseer conocimientos de marketing puede ayudar bastante en la resolución de conflictos de consumo.

Existen tres conceptos claves para se comprender el marketing y la dinámica de las relaciones de consumo. Son las necesidades, deseos y demandas. Las necesidades pueden ser conceptuadas como *“el concepto más básico en que se apoya el marketing es el de las necesidades humanas. Las necesidades humanas son estados de carencia percibida. Incluyen necesidades físicas básicas de alimentos, ropa, calor y seguridad; necesidades sociales de pertenencia y afecto, y necesidades individuales*

*de conocimiento y autoexpresión. Los mercadólogos no inventaron estas necesidades; son un componente básico del ser humano.*<sup>12</sup> Ya “[..] los deseos son la forma que adoptan las necesidades humanas moldeadas por la cultura y la personalidad individual. Un estadounidense necesita alimento pero desea una hamburguesa, papas fritas, y una bebida gaseosa. Un habitante de Mauritania necesita alimento pero desea un mango, arroz, lentejas y frijoles. Los deseos son moldeados por la sociedad en que se vive y se describen en términos de objetos que satisfacen necesidades. Cuando los deseos están respaldados por el poder de compra, se convierten en demandas. Dados sus deseos y recursos, la gente demanda productos cuyos beneficios le producen la mayor satisfacción”<sup>13</sup>.

Así, cuando un consumidor decide contractar un bien o servicio lo hace pues tiene un deseo de algo que satisfaga alguna necesidad suya y para satisfacerlos muchas veces las personas tienen que contractar con alguien que pone a disposición un bien o servicio en el mercado. Según el mismo autor, *“las necesidades y los deseos de los consumidores se satisfacen mediante una oferta de mercado –una combinación de productos, servicios, información o experiencias ofrecidos a un mercado para satisfacer una necesidad o un deseo–. Las ofertas de mercado no están limitadas a productos físicos, también incluyen servicios, que son actividades o beneficios ofrecidos para su venta y son básicamente intangibles y no tienen como resultado la propiedad de algo”*<sup>14</sup>.

Es así que se inicia una relación de consumo. Para la solución de un conflicto de consumo es importante el mediador, profesional facilitador o negociador, llevar esto en cuenta, pues no suele ser positivo abordar un conflicto de consumo como un simple caso de una persona que ha hecho una contratación y se quedó insatisfecha o fue dañada con algún problema que ha pasado, hay que buscar comprender que necesidades y deseos llevaron las partes empezar la relación de consumo, pues este es lo mejor camino hacia una solución que pueda satisfacer sus intereses y hasta conservar su relación, hecho que es muy importante en cualquier actividad empresarial.

Además, la mediación es un proceso por lo cual se puede tratar de los intereses y necesidades subyacentes a las posiciones de las partes, y cumple al mediador de consumo ayudar que las partes comprendan y comuniquen de forma eficaz sus intereses, deseos y necesidades. Existe

un contenido relacional entre las partes que no puede ser olvidado en la hora de mediar conflictos de esta naturaleza.

La posibilidad de establecer un dialogo entre las partes es una ventaja que los métodos de resolución de conflictos tradicionales no presentan, por ello siempre se muestra más positivo intentar negociar o mediar el conflicto antes de iniciarse un proceso de arbitraje o jurisdiccional. Las empresas pueden fácilmente adoptar una postura abierta a la negociación en los conflictos con sus consumidores, través del entrenamiento de sus representantes para negociar de una forma eficaz y colaborativa, tanto en los casos de reclamaciones de consumidores contra la empresa, como también para cuestiones de interés de la empresa, como por ejemplo cobros de insolvencia, hipotecas, etc., hasta para intentar al máximo evitar una demanda judicial que puede ser mucho más costosa y perjudicial para las partes. Es una forma de valorizar al consumidor y buscar respetarlo siempre.

Algunos estudios apuntan que muchos de los conflictos de consumo, o la insatisfacción del consumidor con algún prestador de servicios, son resultado de: *“Según un estudio de TARP – consultoría especializada en la experiencia del cliente –, los clientes pueden dejar, por motivos externos, a la empresa (cambio de domicilio, de actividad u ofertas de la competencia), pero también pueden dejarla por motivos que están estrechamente relacionados con ella: los clientes se van porque están disgustados con el trato que han recibido.”*<sup>15</sup> Según el mismo estudio, *“9% la abandona por ofertas más atractivas o recomendaciones de amigos. El 14% por estar claramente descontentos con el producto/servicio ofrecido y solo desea cambiar de proveedor cuanto antes para castigar a la empresa. La reflexión más preocupante es que, según este estudio, el 68% de los clientes (en la práctica, dos de cada tres) se marchan, en general, disgustados por el trato recibido.”*<sup>16</sup> Los motivos para esto van desde recibir un trato atencioso en el servicio de *call center*, hasta la empresa tardar en contestar alguna reclamación o resolver algún problema.

En otro estudio, específico para el sector de telefonía, se llegó a la conclusión que *“los principales motivos por los que los españoles cambiamos de operador móvil no son las ofertas de la competencia, sino “el no ser reconocido como un cliente valorado”, “llamar al call center y no obtener solución a nuestros problemas” y “llamar al call center y*



*no obtener respuesta”, todas ellas relacionadas con el servicio que el equipo ofrece al cliente”<sup>17</sup>*. Por ello, en la hora de resolver un conflicto de consumo hay que saber que muchas veces el conflicto se instauró por algún fallo en la comunicación entre las partes, más allá que por algún fallo en la prestación por parte del empresario o profesional. La mediación es un espacio para una comunicación eficaz y puede ayudar arreglar estos conflictos.

En los conflictos de consumo es recomendable tratar las razones por las cuales el consumidor optó por la contratación de determinado producto y servicio, pues así se puede buscar una solución que mejor satisface sus deseos y necesidades. Por otro lado, hay que considerar que para el empresario es importante mantener una buena relación con sus consumidores, pues está es su fuente de lucro y del desarrollo de su actividad profesional. Estos dos puntos son claves para una solución colaborativa en un conflicto de consumo.

En una mediación el mediador puede actuar de diferentes formas. Para comprender mejor el tema y relacionarlo con la mediación se puede hacer un análisis de la naturaleza del conflicto y de las diferentes formas de abordarlos. Según un sistema de abordaje de conflictos propuesto por RISKIN, hay dos factores importantes para tenerse en cuenta en una mediación. Según el autor, el primero es la profundidad por la cual se aborda el problema: *“O sistema que proponho descreve mediações com base em duas características representadas, cada uma, em um dos eixo artesanios. O primeiro diz respeito às metas da mediação. Noutras palavras, ele mede o âmbito do problema ou dos problemas que a mediação busca resolver. Num extremo de eixo encontram-se os problemas simples, de resolução imediata, tal como a quantia a ser paga à outra parte. No extremo oposto estão os problemas muito complexos, por exemplo, como melhorar as condições de determinada comunidade ou indústria. Já, no centro desse eixo, estão os problemas de complexidade média, tais como compor interesses das partes ou lidar com elas.”<sup>18</sup>*

Por lo tanto, en una mediación hay cuatro formas de se definir el problema. Se puede definir en la profundidad del objeto litigioso, por lo cual se lleva en cuenta las posiciones de las partes, en el nivel de los intereses comerciales, en la cual el objetivo es satisfacer intereses de la actividad comercial y de las necesidades básicas de los interesados,

en el nivel de las relaciones, intereses personales y profesionales de las partes, en la cual se hace un enfoque más profundizado en aspectos relacionales entre las partes, y en el nivel de los intereses comunitarios, que lleva en cuenta intereses de toda la comunidad y de partes que no están directamente involucradas con el problema<sup>19</sup>.

De otra parte, el mediador puede actuar de dos formas diferentes: *“O outro eixo diz respeito às atividades do mediador. Ele mede as estratégias e técnicas utilizadas pelo mediador na busca de trabalhar ou resolver os problemas que compõem o problema em jogo. Um extremo desse eixo contém as estratégias e técnicas que facilitam a negociação das partes; enquanto no outro estão as estratégias e técnicas que buscam avaliar os assuntos relevantes à mediação.”*<sup>20</sup>

Para el mediador es imprescindible observar ello pues dependiendo de la naturaleza de la relación entre las partes y de la forma que se aborda el problema se puede adoptar diferentes roles. En el sistema propuesto por RISKIN el tercero facilitador puede adoptar una postura más facilitadora y neutral o entonces una postura más directiva y evaluadora. En general, es más aconsejable adoptarse una postura más facilitadora y neutral.

No obstante, una postura más facilitativa sea la que más se adecua a la mediación pura, en los conflictos de consumo el mediador puede adoptar una postura un poco evaluativa, en razón de la naturaleza del conflicto y de la relación entre las partes que es puramente comercial, hecho que puede posibilitar que el proceso se desarrolle de una forma más rápida sin que haga una pérdida en la calidad de la mediación. Según las normativas europeas para la mediación en consumo esto es posible y está de acuerdo con los principios de la mediación. Así, la mediación de consumo también puede desarrollarse como una conciliación<sup>21</sup>.

De hecho, en Brasil por ejemplo el modelo de resolución alternativa de conflicto que inicialmente adoptado por los tribunales fue de la conciliación y la experiencia fue muy positiva, sobretudo en conflictos que no necesitan de un trato tan profundizado como los de consumo. Pero allí el mediador también puede adoptar una postura más facilitativa, menos directiva, más cercana de una mediación pura. Todo ello depende de la naturaleza del conflicto y de la necesidad de las partes en el caso.

Así podemos tener diferentes roles de actuación del mediador. Según RISKIN, relacionando los ejes de la profundidad de la definición del problema y del papel del mediador, hay cuatro tipos de abordajes diferentes en una mediación. El mediador puede actuar como un evaluador restricto, un facilitador restricto, un evaluador amplio o un facilitador amplio<sup>22</sup>.

En las mediaciones de consumo suele ser más positivo el mediador adoptar la postura de un facilitador restricto, pues no hay la necesidad de profundizarse en la relación entre las partes y también la postura facilitativa es la que mejor se adecua a los principios de la mediación, en especial la neutralidad. Las características de este tipo de abordaje son hacer preguntas acerca de los intereses y necesidades de las partes, haciéndolas reflexionar sobre los beneficios de llegarse hacia una solución, ayudar las partes a desarrollaren sus propuestas, en el intercambio y la evaluación de estas<sup>23</sup>.

Muchos conflictos de consumo pueden ser resueltos con un abordaje en la profundidad del problema, hasta mismo través de una negociación distributiva se puede lograr un resultado satisfactorio para las partes y no es imprescindible tratar la relación entre las partes. Todo esto sin duda hace con que una mediación de consumo sea diferente de otros tipos de mediación mercantil, como por ejemplo una mediación que trata de un conflicto entre empresas que mantienen una amplia y duradera relación comercial, en la cual es muy importante tratar la relación entre las partes.

Pódesse citar como una consecuencia de esto es que una mediación de consumo puede ser hecha de una forma más rápida y objetiva que mediaciones sobre temas más profundos y delicados. Para los conflictos de consumo el tiempo que tarda su resolución es muy importante. Por ello, es necesario adaptar las sesiones de mediación a las características de los conflictos en cuestión, pero hay que hacer esto de una forma que los principios de la mediación puedan ser respetados y que no sea dañoso para las partes, en especial al consumidor que es la parte más vulnerable.

En las relaciones de consumo podemos distinguir dos tipos de relaciones entre empresarios y consumidores, las de naturaleza instantáneas, cuyo bien o servicio es consumido de una vez, en los cuales

la relación entre empresario y consumidor termina en el momento que este consume el bien o servicio, o entonces las continuadas, en las cuales los dos mantienen un vínculo continuado al largo del tiempo. En general las contrataciones de suministros suelen tener la naturaleza de un vínculo continuado.

En las relaciones de carácter instantáneo los conflictos pueden ser solucionados en la profundidad del problema. Ya en las continuadas puede ser necesario tratar de la relación entre las partes ya que el conflicto puede ocurrir en razón de algún problema de relacionamiento entre las partes. En la mediación de consumo puede ser interesante un abordaje del conflicto diferente en los dos tipos relaciones.

Con base en la clasificación RISKIN también podemos verificar algunas situaciones distintas. Relacionando esto con los conflictos de consumo, pódese llegar hacia la conclusión que en general los problemas de baja complejidad son aquellos decurrentes de las relaciones instantáneas, en los cuales en la negociación para resolver el conflicto solo hay la necesidad de discutir una cuantía a ser paga a la otra parte o entonces, por ejemplo, cuando el consumidor reclama sobre algún producto defectuoso que ha adquirido.

Ya los conflictos que se pasan en relaciones continuadas suelen ser de mayor complejidad, como por ejemplo, en los casos de un problema entre el prestador de suministros y un usuario, y en estos casos es importante abordar la relación entre las partes ya que al largo del tiempo ellos tienen la necesidad de mantener su vínculo, sea porque la oferta de la empresa es la que mejor satisface las necesidades del consumo o entonces porque no hay mucha competencia en el mercado.

Otras características importantes de los conflictos en relaciones de consumo son la desigualdad de poder entre las partes, presente en gran parte de los casos, el bajo valor de las reclamaciones y los contratos de adhesión, en que las partes no estipularon libremente sus términos. Según ALBA, *“las disputas en materia de consumo, por sus propias características – escaso valor de muchas de las reclamaciones, presencia de condiciones generales en la contratación, posición económica más débil del consumidor, etc. – han dificultado, sino impedido en algunas ocasiones, un acceso fácil y poco costoso de los consumidores a los*

*Tribunales. De ahí que pronto las alternativas extrajudiciales hayan tenido bastante predicamento doctrinal y social*<sup>224</sup>.

Acercas de la desigualdad de poder entre las partes es importante el mediador tener esto en cuenta en la hora de mediar estos casos pues muchas veces hay que abordar el conflicto de una forma que se empodere e informe el consumidor para que las partes puedan negociar en igualdad. La mejor forma de empoderar el consumidor es informarle sobre sus alternativas y derechos básicos y fundamentales. Esto puede ser hecho sin que la imparcialidad del mediador sea comprometida. Una regla básica para hacerlo sin incumplir el deber de imparcialidad puede ser informar las partes de una forma genérica acerca de sus derechos básicos, no aplicada al caso en concreto, ni tampoco proponiendo determinadas soluciones o elecciones de posibles opciones.

La posibilidad del mediador informar el consumidor, que es la parte más débil en una relación de consumo, sobre las ventajas y riesgos de él llegar hacia un acuerdo y algunos de sus derechos básicos hasta puede ajustarse a los principios informadores de la mediación, entre ellos la igualdad y efectividad de la mediación. Aun llevando en cuenta la clasificación de RISKIN también se puede considerar que por la necesidad de informar al consumidor algunos derechos que él posee, el mediador también podría adoptar una postura más evaluadora, por la cual podría hacer algunas recomendaciones de posibles soluciones en las cuales los intereses del consumidor puedan ser respetados y así hacer con que los empresarios no salgan beneficiados de la desinformación de sus consumidores.

La desigualdad de poder económico entre las partes no es una regla en las relaciones de consumo. Hay muchos conflictos entre PYMES y sus consumidores en los cuales los empresarios o profesionales no poseen un gran poder económico y están en igualdad económica con el consumidor. Así, hay que analizar cada caso en concreto para ver si es un caso de desigualdad económica entre las partes, pues en algunos casos también es necesario informar y empoderar al empresario. Esto podría ser hecho través de representantes de asociaciones del consumidor o abogados que puedan asesorar al consumidor en el proceso de negociación y mediación.

Hay que destacar también el papel que los abogados o asesores de las partes pueden desempeñar en una mediación de consumo. Al profesional que asistirá al consumidor en la negociación es importante informar su representado sobre sus derechos y garantizar que él no haga un acuerdo que pueda ser dañoso a sus derechos e intereses. Ya el representante del empresario debe estar preparado para ir un poco allá de defender los derechos de su representado y también puede evaluar cuales son las posibles soluciones más adecuadas a sus intereses, como por ejemplo, buscar mantener la relación con el consumidor o minimizar los efectos de la reclamación haciéndole una propuesta ventajosa para la solución del conflicto<sup>25</sup>.

Todo el cambio que la tecnología ha hecho en el mercado también hace con que sea necesario resolver los conflictos a la distancia, ya que ni en todos los casos es posible y económicamente viable poner las partes físicamente juntas para negociar una solución. Por ello, la mediación de consumo en línea también es una alternativa muy interesante para posibilitar la negociación de las partes en estos casos y debe ser desarrollada y perfeccionada<sup>26</sup>.

La mediación en general y de consumo puede ser hecha de muchas formas. Puede ser hecha de una forma presencial, través de la presencia física de las partes o de sus representantes en un despacho de mediación. También hay como hacerla por medio de videoconferencia, de comunicación no instantánea entre las partes (intercambio de mensajes), por correo electrónico o por teléfono. Independiente de la forma o medio de comunicación adoptado es importante que el mediador sea un profesional entrenado para hacer el servicio con calidad y de acuerdo con los principios de la mediación.

La estructura de un proceso de mediación de consumo es igual a de cualquier otro proceso de mediación con la única diferencia que en razón de los conflictos de esta naturaleza sean considerados de baja complejidad, las fases y etapas de la mediación pueden ser acortadas y hechas en un espacio de tiempo más corto, en una sesión de mediación de 60/90 minutos, por ejemplo.

El proceso de mediación, en el caso de la mediación presencial, empieza con una sesión informativa, en la cual el mediador explica todos los principios y reglas aplicables al procedimiento, los efectos de

un posible acuerdo, las ventajas de resolverse un conflicto de forma amigable y los riesgos de continuar una disputa por otros medios. Al final de la sesión informativa las partes deciden si tienen ganas de empezar la mediación. Estando las partes de acuerdo en participar de la mediación, el mediador inicia la sesión con las narrativas de las partes, en la cual ellas cuentan los hechos y sentimientos relacionados con el conflicto, y se pasa a la búsqueda de intereses y necesidades, que es cuando el mediador hace preguntas acerca de los intereses de las partes y verifica cuales son los puntos relevantes de la disputa. Superada la fase inicial del procedimiento, se establece una agenda, que son los puntos que las partes deben tratar para llegar hacia una solución, y se empieza la negociación sobre los temas de la agenda. En caso de un resultado positivo en la negociación, la mediación termina en un acuerdo<sup>27</sup>.

El mediador es la persona encargada de facilitar la negociación y la comunicación entre las partes del conflicto y debe actuar de una forma imparcial, neutral e independiente. Debe estar capacitado para la mediación y sus conocimientos especializados garantizan la calidad del proceso. Un mediador en temas de consumo debe poseer conocimientos de los métodos de negociación y resolución de conflictos y del Derecho del consumidor. Es recomendable también poseer conocimientos básicos de economía y marketing para que pueda ayudar las partes de una forma más eficaz.

Estas son las principales características de una relación, del conflicto y de la mediación de consumo. Llevando estas particularidades en cuenta, se puede comprender mejor la importancia de la mediación para conflictos de consumo, los principios de la mediación y buscar una forma de adaptar el proceso a este tipo de conflicto.

## **2. Las ventajas de la mediación para consumidores y empresarios**

Según los expertos buscar la mediación para solucionar un conflicto suele ser muy ventajoso. La mediación es un método ágil y sencillo que permite acortar los tiempos, ya que su duración es más corta que un proceso judicial o arbitral, principalmente en razón de su estructura más informal y flexible<sup>28</sup>.

La mediación también reduce el tiempo de incertidumbre cuanto a resolución del conflicto<sup>29</sup>, hecho que es muy positivo en cualquier disputa. Para los conflictos de consumo el tiempo de solución es un factor muy importante pues los consumidores muchas veces necesitan del producto y servicio para suplir alguna necesidad suya y no es aconsejable esperar mucho tiempo para resolver la cuestión.

También representa una economía de costes<sup>30</sup>, tanto para las partes que no necesitan pagar abogados y tasas, cuanto para el Estado que no necesita costear un proceso por lo cual los ciudadanos podrían resolver su disputa de una forma amigable. En el sistema arbitral español la mediación puede representar una forma de reducirse los costes en las juntas arbitrales ya que más reclamaciones pueden ser solucionadas en la fase de mediación sin la necesidad de un laudo arbitral.

Otra característica de la mediación que la hace muy interesante para las partes es su carácter confidencial, lo que posibilita que el conflicto y las tratativas para su solución se queden adscritas a las partes y el contenido de la disputa no trascienda el proceso de mediación<sup>31</sup>. En el contexto de una disputa de consumo esto es muy ventajoso ya que cuestiones relacionadas con la confidencialidad y la propiedad intelectual de algunos tipos de servicios pueden ser tratadas con libertad por las partes.

Es un proceso voluntario. El carácter voluntario se aplica al largo de todo el proceso y las partes tienen el poder de decidir sobre empezar, permanecer y finalizar la mediación, aceptar o no determinada solución<sup>32</sup>. Comparado al arbitraje y otros métodos, la voluntariedad en la mediación es plena, ya que es algo presente en todo el proceso, desde decidir sobre participar, quedar o salir de él, como también aceptar o no determinada solución. En el arbitraje, por ejemplo, la voluntariedad solo se manifiesta en la fase inicial, de aceptar o no participar del proceso y todas las consecuencias de ello son incontrollables por las partes.

También hay la participación directa de las partes en la solución del conflicto. En la mediación las partes tienen control total sobre el resultado del proceso<sup>33</sup> y participar de un proceso autocompositivo reduce el estrés vinculado a falta de este control<sup>34</sup>. Esto hace con que se produzcan menos daños emocionales, pues las personas son



*las verdaderas “protagonistas de la gestión de su conflicto, pudiendo intervenir las veces que tengan por conveniente y expresando todo aquello que les preocupa y quieren tratar.”*<sup>35</sup> En los procesos judiciales y arbitrales es un tercero que dicta la solución y, tal vez, esta sin duda es una de las principales ventajas de la mediación en comparación a los otros métodos, decidir sobre sus propios conflictos.

En los procesos autocompositivos también existe la posibilidad de tomarse en cuenta otros intereses y necesidades de las partes. Esto permite que las partes traten sobre todos los temas que tengan interés y que pueden ayudar en la solución del problema<sup>36</sup>. Es una ventaja que no se verifica en los procesos adversariales en los cuales las partes se ponen una contra otra, se quedan disputando con base en posiciones, y no colaboran para buscar una solución.

En la mediación hay una mayor adecuación de la solución a los intereses de las partes<sup>37</sup> y también a través de ella hay la posibilidad de obtenerse soluciones más amplias y creativas que las que pueden ofrecer una sentencia judicial o un laudo arbitral<sup>38</sup>.

En razón de la participación activa de las partes en la búsqueda por la solución y el acuerdo ser fruto de sus voluntades, la mediación aumenta la responsabilidad de las partes cuanto al cumplimiento de las obligaciones acordadas<sup>39</sup>. Se puede subrayar que *“las ventajas que se suelen atribuir al proceso de mediación en general están relacionadas con el ya señalado aumento de las cuotas de responsabilidad personal en la toma de decisiones y en su posterior cumplimiento, que permite que no existan vencedores ni vencidos, así como la flexibilidad de las decisiones. A lo que debemos añadir la evidente reducción de costes económicos y emocionales”*<sup>40</sup>.

La directiva 2008/22/CE también afirma que *la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos*<sup>41</sup>.

Una solución amigable también posibilita el mantenimiento de la relación entre las partes. Además, cada vez se toma más en consideración

*el mantenimiento de las relaciones comerciales, por lo que ya no sólo interesa resolver puntualmente el conflicto surgido en el marco de dichas relaciones, sino “pacificar” la situación de cara a relaciones futuras, efecto que obviamente no se consigue a través del proceso judicial*<sup>42</sup>.

En un proceso de mediación las partes tienen más libertad pues no están sujetas a muchas formalidades<sup>43</sup>. Otra característica muy interesante es que la flexibilidad del procedimiento permite ajustarlo a las características del conflicto<sup>44</sup>. En lo mismo sentido, la mediación por tener una naturaleza más informal es un proceso mucho más sencillo de ser comprendido pelas partes. Para el consumidor esto es muy importante.

Muchos apuntan que la satisfacción de las partes después de un proceso de mediación, en razón de su naturaleza autocompositiva, es mucho mayor que en procesos heterocompositivos en los cuales un tercero decide por ellas<sup>45</sup>. Participar de la decisión es sin duda un factor que satisface más los interesados en el conflicto.

La mediación también puede ser hecha en línea, factor que en los conflictos de consumo hace con que el proceso tenga un plus de utilidad, pues muchas veces las partes no viven en lo mismo sitio y por ello cuando surge un conflicto hay que buscar otras alternativas que posibiliten las partes negociaren desde su domicilio.

### **a) Importancia de la mediación para el consumidor**

Dentro del concepto más moderno de acceso a la justicia, “*el derecho a la justicia es una exigencia a la que los Estados miembros responden, en particular, mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales rápidos y poco costosos*”<sup>46</sup>. En lo mismo sentido, “*para garantizar el nivel de protección de los consumidores y promover su confianza, la Comunidad debe garantizarles un acceso a la justicia sencillo y eficaz, y promover y facilitar la solución de litigios en materia de consumo en el marco de procedimientos previos*”<sup>47</sup>. Por tanto, poner a disposición de los consumidores métodos alternativos de solución de conflictos es una forma garantizar su acceso a la justicia.

En el informe al Presidente de la Comisión Europea, *Una Nueva Estrategia para El mercado Único*, Monti afirma que “*en cuanto a las preocupaciones de los consumidores, señala el hecho de que ‘los*

*consumidores y el bienestar del consumidor debe estar en el centro de la próxima fase del mercado único' y que la protección de los consumidores debería ser un problema horizontal en nuevas áreas del mercado único, como la digital economía o el comercio electrónico*<sup>48</sup>.

Según estimativas de un estudio, *“una proporción importante de consumidores europeos encuentran problemas cuando compran mercancías o servicios en el mercado interior. En 2010, aproximadamente el 20 % de los consumidores europeos se vio en esta situación. Aunque la legislación garantiza por lo general un alto grado de protección de los consumidores, los problemas encontrados por ellos quedan a menudo sin resolver. Se estima que las pérdidas de los consumidores europeos por problemas con mercancías o servicios adquiridos ascienden al 0,4 % del PIB de la UE*<sup>49</sup>.

La inseguridad jurídica perjudica mucho al consumidor pues muchas veces puede inhibirle de hacer alguna compra o adquisición para suplir alguna necesidad suya. Los métodos alternativos de solución de disputas son una forma de garantizar seguridad jurídica en las transacciones y por ello beneficia mucho al consumidor<sup>50</sup>.

Por tanto, la mediación posibilita al consumidor tener acceso a un proceso sencillo y fácil de ser comprendido para el ejercicio de sus derechos. En comparación a la jurisdicción y el arbitraje, en los cuales la decisión es dictada con base en el derecho o equidad, y por ello es necesario un conocimiento jurídico profundizado que las personas en general no poseen, el proceso de mediación es mucho más fácil de ser entendido.

Con el incremento de contrataciones en línea y trasfronterizas es importante también se desarrollen métodos de solución de conflictos complementarios a la jurisdicción. Esto aumenta la confianza del consumidor en la hora de contratar un servicio. En lo mismo sentido, ello es importante pues muchas veces el consumidor necesita de un bien o servicio que no está disponible donde reside. Según las normativas europeas, *“con arreglo al artículo 26, apartado 2, del TFUE, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que está garantizada la libre circulación de mercancías y servicios. El mercado interior debe proporcionar a los consumidores un valor añadido en forma de mejor calidad, mayor variedad, precios razonables y normas*

*elevadas de seguridad para mercancías y servicios, contribuyendo así a un alto nivel de protección de los consumidores*<sup>251</sup>.

Entre los desafíos para que el mercado único europeo se desarrolle, el Parlamento Europeo “*considera que algunos de los problemas más evidentes a los que se enfrentan los consumidores, en especial en el sector de los servicios, que necesitan una respuesta prioritaria para lograr resultados rápidos son: (1) acceso a productos seguros y servicios de calidad; (2) acceso a información fiable, comparable y objetiva, incluidas comparaciones de precios; (3) mayor seguridad jurídica y claridad en las relaciones contractuales; (4) mayor seguridad en materia de pagos; (5) acceso a mecanismos de recurso adecuados, asequibles y eficaces, y (6) mejor conocimiento del sistema y refuerzo de la confianza en el mismo*”<sup>252</sup>.

Una persona compra un bien o contrata un servicio para satisfacer alguna necesidad o deseo. Y lo que define cual producto o servicio que él va a contratar es su percepción de valor del bien y sus preferencias. Según KOTLER, “*los consumidores se enfrentan por lo regular a una amplia gama de productos y servicios que podrían satisfacer una necesidad determinada. ¿Cómo escogen entre tantas ofertas de mercado? Los clientes toman decisiones de compra con base en las expectativas que se forman sobre el valor y la satisfacción que las distintas ofertas de mercado les proporcionarán. Los clientes satisfechos vuelven a comprar y comunican a otros sus experiencias positivas con el producto. Los clientes insatisfechos a menudo se van con la competencia y desdeñan los productos ante otras personas*”<sup>253</sup>.

Muchas veces el consumidor optó por determinado bien o servicio pues es entre los que estaban disponibles en el mercado lo que más se adecuaba a sus deseos y necesidades. Así, muchas veces tratando de las preferencias del consumidor, se puede verificar ser más ventajoso para él la manutención de una buena relación con el empresario o profesional que ha contratado. La mediación también es un proceso que trata de las relaciones y en ese aspecto puede ser un proceso eficaz para posibilitar que las partes mantengan su relación después de superado el conflicto. En la búsqueda por una condición más favorable puede ser muy benéfico al consumidor mantener su relación con determinado empresario o profesional. Y la mediación favorece ello.

También se puede verificar que por medio de la mediación el consumidor puede obtener una solución personalizada a sus intereses, necesidades y preferencias. Es una forma de arreglar el problema y hasta llegarse a una solución diferente, que puede ser mejor que los términos de la contratación inicial, pues través de la negociación se puede ajustar la prestación a las necesidades del consumidor.

La mediación también es un espacio que posibilita que el consumidor sea escuchado por la empresa, sobretodo acerca de sus intereses, necesidades y preferencias, así como las consecuencias negativas del conflicto para él, los daños que el problema pueda tenerle causado. La disputa no se queda tan solo en la discusión sobre los hechos y culpa como se pasa en un proceso arbitral o judicial.

En los procesos de mediación hay la posibilidad del consumidor recibir un tratamiento más cercano y humano por parte de la empresa. Es también una oportunidad de hablar directamente con el prestador sobre los eventuales perjuicios y daños que ha sufrido por algún problema en la prestación del servicio.

Otra ventaja que la mediación puede representar para el consumidor es la posibilidad de participar en el perfeccionamiento del servicio prestado por el empresario o profesional, ya que en la mediación es posible que las partes puedan cambiar informaciones de qué forma se puede mejorar el servicio para satisfacer las necesidades del consumidor.

Además, los contratos de consumo son en general contratos de adhesión, en los cuales no hay negociación previa de muchas cláusulas y la mediación puede ser una oportunidad de negociar algunos términos del contrato posteriormente.

Por fin, no se puede olvidar del carácter informativo de la mediación y la información es importante para el consumidor luchar por sus derechos y la participación en un proceso de mediación hace con que el consumidor se concencie más acerca de sus derechos y de los instrumentos que dispone para resolver sus conflictos.

En los procesos  
autocompositivos  
también existe  
la posibilidad de  
tomarse en cuenta  
otros intereses y  
necesidades de  
las partes

Para el consumidor puede ser muy importante participar de un proceso de mediación para que él pueda aprender como negociar, conocer mejor sus derechos básicos y hasta planear mejor sus hábitos de consumo. Pero para que ello sea posible es necesario que el consumidor participe del proceso de mediación bien informado acerca de sus derechos y las asociaciones de protección del consumidor pueden desempeñar un papel relevante para este reto.

### **b) Importancia de la mediación para empresarios y profesionales**

Todo empresario o profesional necesita de clientes para ejercer su actividad. Es a través de la satisfacción de la necesidad de los consumidores que una empresa ejerce su actividad, obtiene ingresos y así genera empleos. Esto se aplica desde el profesional autónomo hasta a las grandes empresas y multinacionales. Mantener buen relacionamiento con los clientes es esencial para cualquier empresario.

Para los empresarios, disponer de un proceso asequible y efectivo de resolución de conflictos puede representar una gran ventaja, pues así el consumidor se siente más confiado en la hora de contractar un producto o servicio. En una sociedad globalizada en que un productor puede vender su producto para consumidores que se encuentran en cualquier sitio del planeta es necesario que se ponga a disposición del mercado métodos asequibles y efectivos de solucionar conflictos.

Podemos relacionar las ventajas de la mediación y negociación al marketing relacional, tema muy importante para empresarios en los días de hoy. El propósito de hacer ello es demostrar a los empresarios y profesionales los beneficios que ellos pueden obtener al incorporar la mediación y una filosofía negociadora en su cultura empresarial.

Para los empresarios la mediación también puede ser una herramienta eficaz para mantener y recuperar clientes insatisfechos. Según una investigación sobre la satisfacción de los clientes, hecha por el *American Consumer Satisfaction Index*, entre los años de 1994 y 2005, el 25% de las empresas con mayor índice de satisfacción de clientes tienen un incremento en su cotización proporcionalmente superior al que obtienen el 25% de firmas, con peor índice de satisfacción de

clientes<sup>54</sup>. Una de las herramientas en la búsqueda por la satisfacción de los clientes es la rapidez con la cual se detectan y solucionan eventuales problemas<sup>55</sup>. Intentar negociar con el cliente y lograr un acuerdo es sin duda una forma de solucionar el problema de una forma mucho más eficaz que esperar por un eventual laudo arbitral o sentencia judicial desfavorable.

Es una tendencia global la búsqueda por formas de conservar los clientes<sup>56</sup>. Según Kotler, *“¿A qué se debe este nuevo énfasis en conservar a los clientes? En el pasado, los mercados de rápido crecimiento y las economías en expansión significaban un abundante suministro de clientes nuevos. Sin embargo, las empresas actuales enfrentan nuevas realidades de marketing. Factores como el cambio en la composición demográfica, la creciente sofisticación de los competidores, y el exceso de capacidad en muchas industrias implican la escasez de clientes nuevos. Muchas empresas ya están luchando por mantener su participación en mercados que han dejado de crecer o se están debilitando. Como resultado, los costos de atraer nuevos clientes están elevándose. De hecho, ahora cuesta de cinco a diez veces más atraer un cliente nuevo que mantener satisfecho un cliente actual. Sears se dio cuenta de que cuesta doce veces más atraer un cliente nuevo que mantener uno actual. Debido a esta nueva realidad, la compañía se esfuerza por mantener a los clientes redituables.”*<sup>57</sup>

Es muy ventajoso para las compañías mantener una relación de consumo ya existente y evitar su pérdida a cualquier coste. La mediación es una herramienta para recuperar relaciones dañadas y puede ser incorporada pelas empresas como una forma de intentar conservar un cliente insatisfecho. La posibilidad de a través de una mediación mantener el vínculo con el consumidor es muy importante pues los costes de recuperación de un cliente perdido son muy superiores a captar o fidelizar un cliente<sup>58</sup>. Así, antes que la relación se deteriore al punto de no tener más vuelta, la negociación y la mediación pueden ser opciones muy interesantes y rentables para arreglar los problemas y mantener el vínculo entre las partes.

Es importante que empresas y profesionales comprendan que un consumidor que hace una reclamación de consumo, ni que sea por un problema que parezca muy simple, puede generar para la empresa al

largo de muchos años muchas contrataciones y lucro<sup>59</sup>. Así, mantener su relación con él por medio de una negociación eficaz o proceso mediación puede representar un alto valor a la empresa en razón de las futuras ventas y ingresos que la relación puede generar.

En lo mismo sentido, una posible solución del conflicto en una negociación o mediación puede retener el efecto multiplicador de un cliente insatisfecho, que no hablará mal de la empresa a sus familiares y conocidos. Alcanzar una solución en una mediación también puede hacer con que el cliente se olvide del problema y se recuerde de la forma que fue bien tratado en la negociación y como su problema fue prontamente arreglado por la empresa<sup>60</sup>.

Según Chiesa de Nigri, una de las dificultades de se fidelizar los clientes está el facto de ser *“poco frecuente que una empresa razone en términos de valor de un cliente perdido o que se preocupe por verificar de una forma sistemática y metódica el porqué de una deserción”*.<sup>61</sup> Cuando un cliente hace una reclamación, los empresarios tienen una oportunidad única de comprender mejor las razones que lo hicieron quedarse insatisfecho y así mejorar sus servicios.

El conflicto es una oportunidad de aprendizaje para los involucrados y los empresarios y profesionales pueden mirar hacia los conflictos de consumo como una oportunidad para aprendieren con él. Pero para ello han que reaccionar a las reclamaciones de sus consumidores no con abogados o con peleas judiciales y arbitrales, basadas en posiciones, sino han que participar de negociaciones y mediación basadas en intereses para comprender mejor toda la situación y perfeccionar sus servicios. Por lo tanto, la mediación en consumo es de un gran valor para este reto.

Una de las claves para mejorar la satisfacción de los clientes, es conocer las necesidades y expectativas de ellos y *“desarrollar una mentalidad de servicio que vaya más allá de lo que su cliente espera, que aumente la calidad y la cantidad del mismo, que exceda sus expectativas, que comprenda los problemas y necesidades de los clientes y que los trate con consideración y amabilidad, como si fueran socios de por vida”*<sup>62</sup>. La mediación es un espacio adecuado para comprender los problemas y necesidades de la otra parte, así como tratar el otro con consideración y respeto. Por ello, través de las herramientas de la mediación las



empresas pueden ofrecer al consumidor una experiencia más positiva en el conflicto y un tratamiento más humanizado.

La mediación es un espacio para la comunicación, que es una vía doble, involucra la escucha y la manifestación. Así, además de ser un ambiente por lo cual existe la posibilidad de escucharse, es también un ambiente por lo cual se puede cambiar informaciones y se comunican de una forma activa. Por ello, la mediación es también un ambiente por lo cual el empresario y profesional pueden comunicar a los consumidores las razones de haber ocurrido el conflicto o entonces tener actuado de una determinada forma, es decir, a través de una reunión con el consumidor la empresa puede dar satisfacción sobre determinados puntos que sean importantes. Esto hace con que las cosas se queden más claras al consumidor, factor que sin duda puede ayudarles a comprender mejor la situación y cambiar su visión negativa sobre los hechos.

En una mediación el cliente insatisfecho también puede compartir su experiencia con la empresa o profesional y hacer sugerencias de cómo ellos pueden mejorar sus servicios<sup>63</sup>. Ello posibilita que el empresario y profesional puedan planificar mejor sus productos y servicios en el sentido de satisfacer mejor sus clientes y por consecuencia retenerlos, hecho que también puede beneficiar los demás consumidores de la empresa.

La mediación también es una oportunidad de la empresa conocer mejor sus clientes, cómo reaccionan, justo en situaciones por las cuales todo empresario y profesional tiene ganas de evitar, que son los conflictos. Este aprendizaje puede ser una información muy importante para todo empresario. Según Chiesa de Nigri: *“Con frecuencia, los clientes perdidos dan problemas, ya que, en general, este tipo de cliente parece que deja de existir. Pocas veces las empresas se preocupan por verificar las causas de su abandono, perdiendo una fuente de información sobre sus debilidades. Sin embargo, la información que tengamos almacenada sobre los clientes perdidos (como la que podamos capturar con posterioridad) puede ser muy valiosa para identificar problemas, aprender de nuestros errores e intentar corregir nuestras debilidades [...]”*<sup>64</sup>.

Los datos obtenidos en una mediación pueden ser muy valiosos para las empresas y a través de ellos se puede hacer el análisis de

los motivos para la pérdida de clientes, comprender las fuentes de insatisfacción, síntomas y características de clientes en proceso de desvinculación, detección de las causas de la pérdida de clientes y aplicación de las medidas para evitar situaciones parecidas<sup>65</sup>. Pero para que esto pueda ser hecho de una forma fiable las empresas han que preparar sus representantes para que lo hagan, con un entrenamiento en negociación por ejemplo. Es decir, de nada sirve a los empresarios participar de una mediación y enviar un profesional que no está preparado para negociar y captar todos estos datos y informaciones.

También hay la posibilidad ofrecerse una solución personalizada para el problema del cliente, de acuerdo con sus intereses, necesidades y preferencias. Uno de los grandes fallos de las empresas en una situación de conflicto es no dispensar un trato especial al cliente que se encuentra insatisfecho. La mediación es sin duda un espacio por lo cual empresarios y consumidores pueden tratar el problema de una forma especial y más personalizada a los intereses y necesidades de los consumidores.

La utilización de métodos alternativos de resolución de disputas también puede aumentar la confianza entre la empresa y sus consumidores. *“El mayor reto para una organización consiste en aprender a reducir y eliminar las inseguridades de sus clientes, además de ofrecerles la máxima confianza en la transacción que están a punto de realizar con nuestra empresa”*<sup>66</sup>. La posibilidad del consumidor acudir a una mediación en caso de algún eventual problema con la empresa, saber que va a ser escuchado y tratado de una forma más humana en caso conflicto, puede ser un factor de seguridad en la hora de él optar por adquirir un bien o servicio. Esto todo puede generar una imagen positiva de la empresa en el mercado y ser un diferencial de la empresa ante la competencia.

Todo ello se aplica desde las grandes corporaciones hasta para el pequeño comercio y profesional liberal. Quizá para estos una reclamación de consumo es algo mucho más gravoso, visto que su número de clientes es mucho más reducido, así como el impacto que una condena puede tener en su presupuesto, que puede representar un gravamen financiero para su actividad. Ya para las grandes empresas un gran número de reclamaciones puede hacer con que su imagen

sea dañada y la repercusión negativa de ellas pueda perjudicar en su búsqueda por nuevos clientes. Intentar llegar a una solución amigable a través de una mediación y negociación es de una gran ayuda para todos los empresarios y profesionales.

Otro punto importante es que el representante de la empresa también debe contar con poder para negociar una posible solución para el problema, pues solamente así los empresarios podrán beneficiarse de participaren de mediaciones. La mediación es un procedimiento flexible y existe la posibilidad del representante de la empresa contactar el departamento responsable por autorizar acuerdos. Así, una mejor organización interna, que posibilite que sus representantes y negociadores contacten los responsables por los acuerdos en un corto espacio de tiempo, también puede ayudar la empresa a obtener resultados más positivos en las negociaciones de la empresa.

Todo ello se aplica también en los casos que es el empresario que tiene una demanda contra su cliente. En estos casos, las empresas también pueden adoptar una postura más proclive a la negociación y buscar formas consensuadas de resolver la disputa. Actuando así el consumidor se siente más valorado por la empresa y su imagen en el mercado también mejora. En casos de cobros por impagos, por ejemplo, es mucho más ventajoso para los empresarios buscaren la solución por medio de profesionales aptos a negociar con sus clientes al revés de buscar la solución en la justicia a través de abogados. Razonando el cliente a largo plazo esto se muestra económicamente mucho más viable.

También es muy recomendable que los representantes y abogados de los empresarios sean profesionales entrenados para negociar con los consumidores, para buscar las soluciones que sean económicamente más ventajosa para sus representados, teniendo en cuenta la importancia de la relación entre cliente y empresa, que es vital para el desarrollo de las actividades profesionales de la empresa que él representa.

El cambio de la filosofía empresarial tradicional hacia una mentalidad enfocada en la negociación y valorización del consumidor sin duda producirá resultados muy positivos a todos los empresarios y profesionales que la adoptaren y principalmente a sus clientes que son la parte más importante de su actividad empresarial.

### 3. Principios de la mediación en consumo según la Directiva 2013/11/UE

El libro verde de la Unión Europea sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos explica bien la importancia de los principios para la mediación. Los procedimientos de resolución alternativa de disputas deben basarse en normas y principios para que sean un servicio con calidad<sup>67</sup>. Por lo tanto, en todo el procedimiento los mediadores deben respetar los principios.

Para el mediador es muy importante seguir determinadas normas de conducta, pues solo así se puede garantizar a las partes que el servicio sea prestado de una forma imparcial y eficaz. Según el Libro verde, “[...] las ADR se basan en una serie de garantías mínimas de procedimiento, podrían entonces presentarse en forma de principios generales decretados en el ámbito legislativo y aplicarse y desarrollarse a nivel infralegislativo en códigos de deontología. Los principios que rigen el procedimiento podrían de este modo tomar la forma de normas de deontología. En realidad, los códigos de deontología ocupan un lugar privilegiado en el funcionamiento de las ADR. Su desarrollo demuestra los esfuerzos de los expertos para garantizar la calidad de las ADR. Las normas de procedimiento que recogen tienen por objeto garantizar la imparcialidad de los terceros, definir con precisión el papel exacto de éstos durante el procedimiento, determinar los plazos dentro de los cuales hay que alcanzar una solución y servir de marco para la celebración de los acuerdos. Estos códigos pudieran ser instrumentos privilegiados al servicio de la calidad de las ADR”<sup>68</sup>. Por ello, es necesario que el mediador siga algún código deontológico en su labor. En la Directiva 2013/11/UE esta imposición se traduce en la exigencia que las entidades establezcan un estatuto propio para su funcionamiento.

Según la Directiva 2008/52/CE, “los mencionados mecanismos deben aspirar a preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes, y a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente”<sup>69</sup>. Para preservar la calidad es importante prestar el servicio dentro de algunos parámetros establecidos por los principios aplicables a la mediación.

Otra observación importante es que las normativas establecen algunos principios aplicables a los métodos de solución alternativos, entre los cuales se encuentran la mediación y el arbitraje<sup>70</sup>. Pero como hay una gran diferencia en el rol de actuación del profesional que facilita la comunicación, el mediador, con el profesional que dicta una solución al conflicto, el árbitro, también hay principios y reglas diferentes para cada uno de los casos. El libro verde enseña muy bien la diferencia entre los principios aplicables a cada uno de los métodos: *“Para establecer estos principios, la Comisión efectúa una distinción según que el tercero se pronuncie formalmente sobre la solución que podría aportarse al litigio o se limite a ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo. Cuando el tercero intervenga de manera formal en la negociación deberá responder, en particular, a determinados requisitos relativos a su independencia, y el procedimiento deberá basarse en el principio del debate, en el sentido de que cada una de las partes deberá poder expresar su opinión, y cualquier diligencia, presentación de un elemento, documento o prueba por el adversario deberá ponerse en conocimiento de la parte adversa y discutirse con entera libertad. Cuando la intervención del tercero es menor, es posible atenuar estos requisitos. La primera Recomendación enuncia siete principios: independencia, transparencia, debate contradictorio, eficacia, legalidad, libertad y representación. La segunda Recomendación por su parte se basa en los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad.”*<sup>71</sup>

Por ello es importante saber cuáles son los principios y normas aplicables para cada caso. Dichas normas fueron actualizadas y para el ámbito del consumidor la norma actual es la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE<sup>72</sup>, que se aplica tanto para el arbitraje cuanto para la mediación.

La Directiva 2013/11/UE arrolla como principios aplicables a los métodos alternativos de solución de litigios en materia de consumo la transparencia, la independencia, la imparcialidad<sup>73</sup>, la eficacia, la equidad, la libertad<sup>74</sup> y la legalidad. De estos principios se puede verificar que las normas que se relacionan con el principio de la legalidad<sup>75</sup> solo son aplicables para el arbitraje, pues el artículo 11, 1

de la normativa dice que él se aplica a los procedimientos que tengan como objeto resolver un litigio mediante la imposición de una solución al consumidor<sup>76</sup>. Todos los otros contemplan algunas disposiciones también aplicables a la mediación.

Así, las disposiciones aplicables solo a el arbitraje son las que dicha norma habla que es aplicable a los procedimientos que el tercero impone una solución al litigio. Ya las normas que hablan de los métodos alternativos de forma genérica son aplicables a la mediación y arbitraje. Es importante tener esto en cuenta en la hora de interpretar los principios y normas de esta directiva.

Súmese a estos principios los de la directiva 2008/52/CE<sup>77</sup>, aplicables a todos los procesos de mediación y que son la imparcialidad, la neutralidad, la voluntariedad y la confidencialidad. Por tanto, en la mediación de consumo hay que respetarse los principios la imparcialidad, la neutralidad, la voluntariedad (libertad), la confidencialidad, la transparencia, la independencia, la eficacia y la equidad.

Estos principios son aplicables en los casos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2013/11/UE que son *“los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, ‘entidad de resolución alternativa’), que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa”*.<sup>78</sup> Ya entidad de resolución alternativa de litigios de consumidor es definida como “[...] *toda entidad, independientemente de cómo se denomine o mencione, establecida de manera duradera, que ofrece la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa*”<sup>79</sup>.

Por fin, es importante también observar que en la mediación del procedimiento de los tribunales arbitrales de consumo de España, en los términos del RDAC, *“el mediador está sujeto a los principios de la mediación pero también a los principios del arbitraje, cuales son, la independencia, imparcialidad y confidencialidad”*<sup>80</sup>.

### **a) Información, transparencia y equidad**

En el presente trabajo se hablará del principio nombrado como transparencia pela la Directiva 2013/11/UE en conjunto con el carácter informativo de la mediación de conflictos.

La propia mediación ya es un espacio donde las partes pueden se comunicar y informar sobre las alternativas que tienen para resolver una disputa y cumple al mediador facilitar ello. Por otro lado, la mediación empieza por la sesión informativa en la cual el mediador explica todos los principios y reglas aplicables al procedimiento, los efectos de un posible acuerdo, las ventajas de resolverse un conflicto de forma amigable y los riesgos de continuar una disputa por otros medios.

En lo mismo sentido, cumple al mediador evaluar si una posible opción de las partes está de acuerdo con las normas jurídicas para que el acuerdo tenga eficacia y validez. Cuando lo hace, el mediador informa a las partes sobre la ilegalidad de determinado pacto. Hay también casos en que determinadas transacciones pueden ser muy perjudicables a una de las partes y el mediador puede intervenir en el sentido de informar sobre eventual daño que la solución pueda ocasionar a ellos.

Pero el principal papel del mediador es enseñarles cómo se soluciona un conflicto a través del diálogo y de la negociación. Todas estas actividades están implícitas en la mediación y en los deberes del mediador cuanto al proceso, hacen parte de su papel activo en la mediación, pero no encuentran explicación en los principios, en especial en la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad.

En la mediación de consumo estos deberes se quedan más claros. Conforme ya fue enseñado en este trabajo, los conflictos de consumo se caracterizan por la desigualdad de poder entre las partes. Por ello, la normativa de los métodos alternativos de resolución de conflictos de consumo se preocupa de una forma especial sobre cómo poner las partes en una situación de equilibrio, y informar al consumidor es sin duda la mejor forma de empoderar al consumidor. Para ello también hay normas específicas sobre los deberes del profesional y de la institución de resolución alternativa de litigios de informar al consumidor sobre el proceso de resolución de litigios.

El deber de información a las partes se aplica tanto en la fase inicial del procedimiento, según la Directiva 2013/11/UE “*las entidades de resolución alternativa deben ser accesibles y transparentes. A fin de garantizar la transparencia de las entidades y los procedimientos de resolución alternativa, es preciso que las partes reciban, de manera clara y accesible, la información que necesiten para tomar una decisión con conocimiento de causa antes de iniciar un procedimiento de resolución alternativa*”<sup>81</sup>, como también en la fase de desarrollo y conclusión del procedimiento. Sobre el concepto de procedimiento justo, la Directiva 2013/11/UE dice que “*los procedimientos de resolución alternativa deben ser justos, de manera que las partes en litigio estén plenamente informadas de sus derechos y de las consecuencias de las elecciones que realicen en el contexto de un procedimiento de resolución alternativa. Las entidades de resolución alternativa deben informar de sus derechos a los consumidores antes de que acepten o actúen de acuerdo con una solución propuesta*”<sup>82</sup>.

Por lo mismo motivo, las obligaciones relacionadas a la información y transparencia también se relacionan con la equidad, ya que la normativa considera que el consumidor es vulnerable y adopta algunas disposiciones en el sentido de equilibrar el poder entre las partes. Todas estas obligaciones están relacionadas con el deber de la entidad o mediador informar a las partes.

Según el artículo 9, 2, que trata de la equidad, “*en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un litigio proponiendo una solución, los Estados miembros velarán por que: b) se informe a las partes, antes de que aprueben o se atengan a una solución propuesta, de lo siguiente: i) de que tienen la opción de aceptar o rechazar a la solución propuesta, o conformarse a ella, ii) de que la participación en el procedimiento no excluye la posibilidad de obtener reparación mediante un procedimiento ante un órgano jurisdiccional*”<sup>83</sup>, “*iii) de que la solución propuesta podría ser distinta del resultado determinado por un órgano jurisdiccional que aplique normas jurídicas; c) se informe a las partes, antes de que acepten o se atengan a una solución propuesta, del efecto jurídico de aceptar o atenerse a tal solución propuesta; d) se otorgue a las partes, antes de dar su consentimiento a una solución propuesta o a un acuerdo amistoso, un plazo de reflexión razonable.*”<sup>84</sup>



Estas normas en principio solo serían aplicables a el arbitraje, pero también se adecuan a la mediación. Así, una mediación en consumo debe respetar estas reglas para estar de acuerdo con el principio de la equidad.

La preocupación con la desigualdad de poder entre las partes es evidente ya que la norma incentiva la prestación de asistencia jurídica al consumidor. Según la directiva, se velará para que *“se informe a las partes de que no están obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico, pero pueden solicitar asesoramiento independiente o estar representadas o asistidas por terceros en cualquier fase del procedimiento”*<sup>85</sup>. La asistencia jurídica puede ser hecha a través de abogados o representantes de una asociación de protección del consumidor.

La información del consumidor en la hora de decidir es sin duda una forma de equilibrar el poder, y por ello las instituciones de resolución alternativas de conflictos de consumo deben informar todo esto al consumidor. En una mediación, estas reglas deben ser enseñadas a las partes en la sesión informativa, fase de la mediación en la cual se explican los principios y reglas del procedimiento, conforme ya dicho, y reforzadas al largo del procedimiento casi sea necesario.

Por otro lado, la norma impone algunas exigencias de transparencia para que una institución o profesional pueda encuadrarse como una entidad de resolución alternativa en los términos de la directiva. En el artículo 7, 1 también se establece el deber de informar al público sobre el servicio: *“Los Estados miembros velarán por que las entidades de resolución alternativa, cuando así se solicite, pongan a disposición del público en su sitio web, en un soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado, información clara y fácilmente comprensible sobre: a) las señas, entre ellas la dirección postal y la dirección de correo electrónico; b) el hecho de estar incluidas en la lista a tenor del artículo 20, apartado 2; c) las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios, el método utilizado para su nombramiento y la duración de su mandato; d) los conocimientos especializados, la imparcialidad y la independencia de las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios, en caso de que estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante; e) su participación en redes de entidades de resolución alternativa que facilitan la resolución de litigios*

*transfronterizos, si procede; f) los tipos de litigios que entran dentro de su competencia, con inclusión, en su caso, del posible umbral aplicable; g) las normas de procedimiento por las que se rige la resolución de un litigio y los motivos por los cuales la entidad de resolución alternativa puede negarse a tratar en un determinado litigio de conformidad con el artículo 5, apartado 4; h) las lenguas en las que pueden presentarse las reclamaciones a una entidad de resolución alternativa y en las que se desarrolla el procedimiento de resolución alternativa; i) los tipos de normas que puede utilizar la entidad de resolución alternativa como base para la resolución del litigio (por ejemplo, normas jurídicas, consideraciones de equidad, códigos de conducta); j) todo requisito preliminar que las partes deben cumplir antes de que pueda iniciarse un procedimiento de resolución alternativa, incluido el requisito de que el consumidor intente resolver el asunto directamente con el comerciante; k) si las partes pueden o no retirarse del procedimiento; l) os posibles costes que deberán asumir las partes, incluidas en su caso las normas para la atribución de las costas al final del procedimiento; m) la duración media del procedimiento de resolución alternativa; n) el efecto jurídico del resultado del procedimiento de resolución alternativa, incluidas las sanciones por incumplimiento en caso de decisión con efecto vinculante para las partes, si procede; o) la fuerza ejecutiva de la decisión de resolución alternativa de litigios, si procede.”<sup>86</sup>*

Ya el artículo 7, 2, de la misma normativa impone algunas exigencias de transparencia cuanto a los resultados de la entidad: “Los Estados miembros velarán por que las entidades de resolución alternativa, cuando así se solicite, pongan a disposición del público en su sitio web, en un soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado, sus informes anuales de actividad. Estos informes incluirán la siguiente información relacionada tanto con los litigios nacionales como transfronterizos: a) el número de litigios recibidos y los tipos de reclamaciones con los que están relacionados; b) los problemas sistemáticos o significativos que ocurran con frecuencia y den lugar a litigios entre consumidores y comerciantes; esta información podrá ir acompañada de recomendaciones acerca del modo de evitar o resolver tales problemas en el futuro, con objeto de mejorar las pautas de actuación de los comerciantes y de facilitar el intercambio de información y de

buenas prácticas; c) la proporción de litigios que la entidad de resolución alternativa se ha negado a tratar y porcentualmente los tipos de motivos de tal negativa a que se refiere el artículo 5, apartado 4; d) respecto de los procedimientos contemplados en el artículo 2, apartado 2, letra a), el porcentaje de resoluciones que se hayan propuesto o impuesto a favor del consumidor, a favor del comerciante o mediante una solución amistosa; e) el porcentaje de procedimientos de resolución de litigios que se interrumpieron y, cuando se conozcan, los motivos de su interrupción; f) la duración media de la resolución de los litigios; g) la proporción de cumplimiento de los resultados de los procedimientos de resolución alternativa, si se conoce; h) la cooperación de las entidades de resolución alternativa en redes de entidades de resolución alternativa que facilitan la resolución de litigios transfronterizos, en su caso.<sup>87</sup>

Un hecho muy interesante de este último artículo es que entre las informaciones que pueden ser disponibles al público consta la posibilidad de hacerse

“recomendaciones acerca del modo de evitar o resolver tales problemas en el futuro, con objeto de mejorar las pautas de actuación de los comerciantes y de facilitar el intercambio de información y de buenas prácticas”, hecho que evidencia el papel informativo de los métodos alternativos de resolución de disputas<sup>88</sup>. Por fin, también se puede observar que el deber de información es direccionado al Estado, a las empresas y a las asociaciones de empresarios<sup>89</sup>.

El abogado o algún profesional que asesore jurídicamente al consumidor también tienen un papel muy relevante en una mediación de consumo pues ellos pueden informar acerca de sus derechos como consumidor y garantizar que sus intereses serán tomados en consideración en una eventual solución. Una forma de las entidades de resolución alternativas de litigios informar al consumidor sin coger el riesgo de incumplir en los deberes de la imparcialidad, neutralidad e independencia, es tener a disposición algún representante de una asociación de consumo para asesorar al consumidor durante el proceso

Es a través de la satisfacción de la necesidad de los consumidores que una empresa ejerce su actividad, obtiene ingresos y así genera empleos

para velar para que él no haga un acuerdo que pueda ser dañoso para sus intereses, en el caso de una mediación.

La información al consumidor es muy importante para el éxito de los sistemas alternativos solución de disputas de consumo, en especial de la mediación, que depende del consentimiento informado del consumidor, y también para que los métodos alternativos no se conviertan en una herramienta de abuso de poder por parte de grandes empresarios ya que estos poseen mucho más poder e información que aquellos.

### **b) Voluntariedad**

La mediación es un proceso voluntario. La voluntariedad significa que partes tienen el poder de decidir sobre empezar, permanecer y finalizar la mediación, aceptar o no determinada solución. La voluntariedad se aplica desde el principio hasta el final del proceso. Puede también ser nombrado como libertad. Pero para que la voluntariedad pueda ser ejercida es necesario que las partes se encuentren bien informadas sobre el proceso de mediación y seguras de su interés en participar del proceso.

En los términos de la Directiva 2008/52/CE, *“la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”*<sup>90</sup>. En lo mismo sentido, el Libro verde dice que *“las ADR se caracterizan por su flexibilidad, en el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a una ADR, de decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, de decidir el resultado del procedimiento”*.<sup>91</sup> La voluntariedad también se manifiesta cuando las partes optan por cuales asuntos van tratar y de qué forma y orden prefieren hacerlo.

En la Directiva 2013/11/UE la voluntariedad es expresa en algunas normas. En el propio artículo 1, que define el objeto de la directiva, dice que se debe garantizar a los consumidores el acceso a los métodos alternativos de resolución de conflictos *si así lo desean*<sup>92</sup>.

En el artículo 9, 2, a, también se verifica la manifestación de la voluntariedad en la norma que exige que las entidades deben permitir a las partes *“la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento. Se les informará de este derecho antes del inicio del procedimiento”*<sup>93</sup>.

Pero en la mediación la voluntariedad también se manifiesta en la figura del mediador. Según Carretero, el mediador puede decidir por iniciar o no el procedimiento, en los casos que verifica que el conflicto no es mediable o no cumplen los supuestos para una mediación, y suspenderlo durante su desarrollo si detecta alguna circunstancia para hacerlo<sup>94</sup>. En la Directiva 2013/11/UE la voluntariedad para el mediador y las instituciones de ADR permite que las entidades establezcan normas procedimentales que les permiten negar el trámite de algunos litigios<sup>95</sup>.

Con base en el principio de la voluntariedad y libertad, así como en los deberes de información a las partes, y para el procedimiento estar de acuerdo con las normativas europeas, la institución o el mediador deben informar a las partes que ellas son libres para decidir participar del proceso, pedir su interrupción y cierre a cualquier momento. Que pueden estar acompañada de abogados o asesores en todas las fases del proceso. Que pueden a cualquier momento de la sesión pedir una pausa por un tiempo razonable para en privado contactar quien sea o hablar con su abogado o asesor, desde que sea sobre temas relacionados con la mediación (en muchas empresas, por ejemplo, hay la necesidad de hacer contacto con algún departamento responsable por autorizar acuerdos). Por fin, las partes pueden estar representadas en la mediación por cualquier persona que tenga poderes para firmar acuerdos en su nombre.

Una cuestión relevante que involucra la voluntariedad es la posibilidad de se establecer una cláusula de sumisión de los conflictos decurrentes de una contratación a entidades de resoluciones alternativas de disputas. Sin duda, establecer este tipo de cláusula es una forma de incentivar a las partes que utilicen los métodos alternativos de resolución de disputas, hecho que es muy positivo. Pero como en la mediación la voluntariedad es un principio que se aplica al largo

de todo el proceso no hay como obligarse a que las partes acepten participar de la mediación pues esto es contrario a la propia naturaleza del proceso de mediación<sup>96</sup>. Una forma de interpretar esta cláusula y respetar la voluntariedad es invitar a las partes a acudir a una sesión informativa para allí decidieren, con base en su libertad y voluntad, si aceptan o no participar de la mediación, pero jamás se puede obligar a alguien a empezar y permanecer en un proceso de mediación contra su voluntad.

En este sentido, la Directiva 2013/11/UE establece que “[..] los Estados miembros velarán por que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio”<sup>97</sup>. Esto es muy positivo y se ajusta a la voluntariedad, en especial pues los contratos de consumo son de adhesión y el consumidor no pudo negociar con el empresario todos los términos del contrato no acto de la contratación.

### **c) Confidencialidad**

La mediación también es un proceso confidencial. El libro verde explica qué es la confidencialidad en la mediación y sus dimensiones: *“En la mayoría de los casos, las partes que recurren a las ADR consideran esencial que la información intercambiada en el procedimiento, oralmente o por escrito e incluso, a veces, los resultados del procedimiento, sean confidenciales. La confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento. Además, conviene impedir que se desvíe a las ADR de sus objetivos y permitir que la parte que hubiere aportado un documento o una prueba durante el procedimiento pueda utilizarlos durante el proceso que pudiese desarrollarse a continuación si fracasa el procedimiento de ADR. La confidencialidad se impone tanto a las partes como a los terceros.”*<sup>98</sup> Así, la confidencialidad es un deber que se impone a las partes y cualquier otra persona que participe del proceso y también es

considerada una ventaja de los métodos alternativos de disputas. Por ser un proceso colaborativo, la confidencialidad es importante para que las partes se queden seguras para negociar de una forma abierta y por ello pueden hablar sobre temas que eventualmente no tratarían en público o en un proceso judicial.

Para las partes, la confidencialidad significa que *“la información intercambiada entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior. No obstante, cabe considerar algunas excepciones. Las partes pueden, por ejemplo, decidir de común acuerdo que la totalidad o parte del procedimiento no sea confidencial. Una parte puede revelar tal o cual aspecto del procedimiento si está obligada a ello en virtud de una legislación aplicable. Por último, una parte puede revelar el acuerdo por el que se pone fin al litigio entre las partes si tal revelación fuere necesaria para la aplicación o la ejecución de dicho acuerdo.”*<sup>99</sup> Por lo tanto, para las partes la confidencialidad les obliga a no utilizar cualquier datos y informaciones tratados en el proceso de mediación en un eventual proceso judicial o arbitral posterior, así como no es permitido revelar para terceros el asunto que fue tratado en el proceso de mediación. Solamente se puede revelar si las dos partes concordaren con ello.

Ya para el mediador la confidencialidad significa que *“cuando una de las partes comunica información al tercero con motivo de conversaciones bilaterales (procedimiento designado bajo el nombre de “caucus”) éste no debiera poder revelar dicha información a la parte adversa. Esta obligación de confidencialidad permite también definir mejor el papel de los terceros en el procedimiento, con el fin de garantizar la equidad. Cuando el tercero tiene que participar de modo activo en la búsqueda de una solución al litigio, deberá respetar necesariamente el principio del debate contradictorio y hacer uso de la posibilidad de escuchar a las partes por separado exclusivamente con objeto de facilitar el acuerdo.”*<sup>100</sup> Además de no poder comunicar a la otra parte las informaciones tratadas en un caucus<sup>101</sup>, el mediador tiene que guardar el debido sigilo profesional. El deber de confidencialidad también se aplica a cualquier otra persona que participe de alguna forma del proceso de mediación, tal cuales abogados, asesores, representantes, observadores, etc.

Solo se admite excepción a ello en los casos que la norma así impone o cuando las partes acepten tornar publica alguna información relacionada al proceso. Según el libro verde, *“cuando la ADR no se hubiese visto coronada por el éxito, el tercero que hubiere intervenido en ella no debería poder ser citado como testigo ni intervenir como árbitro en el marco del mismo litigio, dado que en el transcurso del procedimiento pudiera haber tenido acceso a informaciones que un árbitro no siempre puede obtener. No obstante, la obligación de confidencialidad del tercero puede descartarse si las partes del procedimiento de ADR están de acuerdo para que se revelen algunas de estas informaciones protegidas, o en caso de que el propio tercero, sometido por su profesión al secreto profesional, se vea obligado a revelar parte de dichas informaciones en virtud de la legislación aplicable”*<sup>102</sup>. La Directiva 2008/52/CE establece dos excepciones a la confidencialidad en casos que la legislación por razones de orden publica obliga el mediador a prestar declaraciones como testigo en juicio<sup>103</sup>.

Súmese a todo ello, las normas de la Ley de protección de datos que son aplicables a cualquier acto o contrato<sup>104</sup>.

#### **d) Imparcialidad, independencia y neutralidad**

La imparcialidad, la independencia y la neutralidad son principios que se complementan y hasta tienen conceptos que son muy cercanos. Así, ellos serán abordados de forma conjunta pues muchas normas que tienen como objeto preservar uno contemplan disposiciones que también tienen como objeto los otros.

La imparcialidad puede ser conceptuada como la necesidad del mediador mantener equidistancia entre las partes, de no simpatizar con alguna de ellas o con sus intereses y posiciones. Es actuar de una forma igual para las partes, sin perjudicar ni beneficiar nadie. Según Carretero, *“la imparcialidad del mediador hace referencia a la necesaria posición de equidistancia que el mismo ha de mantener respecto de las partes. El mediador habrá que oír y respetar las posiciones de todas las partes en conflicto, no pudiendo decantarse por ninguna de ellas o dar algún sitio de conformidad o disconformidad con las mismas”*<sup>105</sup>.

Ya la neutralidad es la necesidad del mediador no involucrarse en el conflicto, de no dejar que sus prejuicios, creencias y valores



personales prevalezcan sobre las partes y el tema de la mediación, o que sus creencias personales no conduzcan la mediación hacia un determinado camino o solución. *“La neutralidad implica el especial cuidado que el mediador ha de tener para que su escala personal de valores y creencias no trascienda en su quehacer profesional de forma que los mismos pretendan prevalecer sobre los de las partes”*<sup>106</sup>.

Al que parece, la imparcialidad y la neutralidad son principios aplicables al profesional en su rol de actuación dentro del procesos de resolución alternativa de conflictos y la independencia se relaciona más con cuestiones y factores externos que pueden comprometer su libertad cuando actúa.

La Directiva 2013/11/UE trata la imparcialidad e independencia de forma conjunta. *“Las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios solo deben considerarse imparciales si no pueden estar sometidas a presiones que influyan potencialmente en su actitud hacia el litigio”*<sup>107</sup>. Así, para que el mediador pueda actuar con imparcialidad y neutralidad debe estar libre de presiones externas, o sea, debe ejercer su oficio de una forma independiente.

La importancia de actuar con imparcialidad e independencia es también para garantizar la confianza del ciudadano en el proceso de resolución de conflictos. *“La independencia y la integridad de las entidades de resolución alternativa son fundamentales para ganar la confianza de los ciudadanos de la Unión en unos mecanismos de resolución alternativa de litigios que les ofrezcan un resultado justo e independiente. La persona física o el órgano colegiado a cargo de la resolución alternativa de litigios deben gozar de total independencia con respecto a aquellos que pudieran tener algún interés en el resultado y no estar implicados en ningún conflicto de intereses que pueda impedirles adoptar una decisión de manera justa, imparcial e independiente.”*<sup>108</sup> La cuestión acerca de un eventual conflicto de intereses es muy importante en este tema pues la directiva posibilita que servicios de resolución alternativa de conflictos puedan ser financiados por empresarios y asociaciones, o sea, costeados por una de las partes interesadas en la solución del conflicto.

En el arbitraje el supuesto de la independencia es esencial para el árbitro no actuar de una forma a beneficiar determinada parte, en especial aquél que paga sus honorarios, o entonces que él no se quede

con miedo de eventualmente dictar decisiones desfavorables a quien le paga. Para los árbitros la directiva prevé una serie de exigencias para que él pueda actuar con independencia, como por ejemplo tener un presupuesto independiente<sup>109</sup>.

Pero en la mediación también es importante, pues en los casos que el mediador pueda tener sus honorarios pagos por solo una de las partes, esta condición no puede influenciarle en su actuación ni perjudicar una de las partes por ello, mismo que él lo haga de una forma muy sutil y hasta inconsciente, por el temor de la pérdida del cliente que le paga por ejemplo.

Los principios de la imparcialidad y independencia exigen que, según el artículo 6,1, de la Directiva 2013/11/UE: *“Los Estados miembros garantizarán que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios posean los conocimientos especializados necesarios y sean independientes e imparciales. Para ello, se asegurarán de que dichas personas: b) sean nombradas para un mandato de duración suficiente para garantizar la independencia de sus actos y no puedan ser relevadas de sus tareas sin causa justificada; c) no reciban instrucciones de ninguna de las partes ni de sus representantes; d) reciban su retribución de un modo que no guarde relación con el resultado del procedimiento; e) revelen sin dilación indebida a la entidad de resolución alternativa, en su caso, las circunstancias que puedan afectar –o pueda considerarse que afectan– a su independencia o imparcialidad o dan lugar a un conflicto de intereses con cualquiera de las partes en el litigio que deban resolver. La obligación de revelar tales circunstancias seguirá existiendo a lo largo de todo el procedimiento de resolución alternativa. No se aplicará en caso de que la entidad de resolución alternativa esté compuesta por una sola persona física.”*<sup>110</sup>

La imparcialidad y independencia también impone que siempre que el mediador tenga conocimiento de algo que pueda comprometer su imparcialidad debe declararse impedido de proseguir en el proceso y sugerir a las partes busquen otro profesional, o entonces solicitar que nombren otro mediador para actuar en el caso cuando sea posible.

La cuestión del profesional de la resolución de conflictos no poder ser remunerado en razón de los resultados de su trabajo es muy importante y hay que concienciar los empresarios que los métodos

alternativos de resolución de disputas han que ser independientes y no pueden ser evaluados como buenos o malos en virtud de resultados favorables o desfavorables a su empresa. Este es un punto muy importante y la fiabilidad de los sistemas alternativos de solución de conflictos va a depender de ello. Es importante enseñar a las personas que la mediación es un servicio que propicia satisfacción a las partes por cuenta de la forma que ellas pueden tratar sus cuestiones y no por los posibles resultados y acuerdos del proceso.

Sobre la independencia es importante decir que el sistema arbitral de consumo español es institucional, o sea, es el Estado que financia y pone a disposición de los ciudadanos, y por ello se trata de un sistema apto a garantizar la independencia necesaria de los profesionales que allí trabajan, hecho que es muy positivo y por ello el sistema debe ser perfeccionado y adaptado a lo que dispone la legislación europea.

### **e) Eficacia**

La Directiva 2013/11/UE habla mucho de la eficacia y refleja su preocupación por la eficacia del sistema en diferentes dispositivos. La eficacia guarda relación con la asequibilidad del método de resolución de conflictos, la calidad del proceso, sus costes y plazos de duración del procedimiento.

Según el artículo 6, 1, a, de la Directiva 2013/11/UE, *“los Estados miembros garantizarán que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios posean los conocimientos especializados necesarios y sean independientes e imparciales. Para ello, se asegurarán de que dichas personas: a) estén en posesión de los conocimientos y las competencias necesarios en el ámbito de la resolución alternativa o judicial de litigios con consumidores, así como de un conocimiento general suficiente del Derecho”<sup>111</sup>.*

El conocimiento de los métodos y técnicas de mediación es esencial para que una mediación pueda ser hecha de acuerdo con los principios y que el profesional pueda hacer un trabajo de calidad. Pero el conocimiento de la ley y del derecho también es importante. Mismo que la solución en una mediación pueda no ser en conformidad con la ley, es importante conocerla pues ella siempre puede servir como un parámetro objetivo en la negociación y en la búsqueda por una

solución. También es bueno el mediador tener conocimientos jurídicos básicos para que las partes no hagan un acuerdo que sea prohibido por la ley. Además, los mediadores deben tener conocimiento acerca de los derechos disponibles para saber hasta donde las partes pueden negociar en una mediación.

En ese tema también es importante recordar que el mediador no puede asesorar o aconsejar jurídicamente las partes, pues eso es contrario a la neutralidad y puede llevar a las partes a una solución que no partió de ellas mismas. Por ello, tal vez sea muy importante la participación de abogados o asesores en la mediación, pues ellos garantizan que las partes no lleguen a acuerdos que les perjudiquen.

Para preservar la eficacia y la asequibilidad de los métodos alternativos de resolución de conflictos, la directiva 2013/11/UE, en el artículo 8, b, dice se debe garantizar *“que las partes tengan acceso al procedimiento, sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico, y sin que el procedimiento les prive de su derecho a obtener asesoramiento independiente o a estar representadas o asistidas por un tercero en cualquier fase del procedimiento”*<sup>112</sup>. Este dispositivo de un lado garantiza el acceso de las partes sin necesidad de tener un abogado, en nombre de la asequibilidad del proceso, pero por otro lado garantiza el derecho de ser asesoradas al largo del proceso por un tercero que posee conocimientos sobre temas de conflictos de consumo. Por lo tanto, para que un proceso de mediación cumpla las exigencias de la eficacia ha que garantizar que las partes puedan contar con algún tipo de asesoramiento en todo el proceso, si así prefirieren.

En razón de la asequibilidad, la directiva también se preocupa con los costes del servicio al consumidor. En el artículo 8, c, establece *“que el procedimiento de resolución alternativa sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores”*<sup>113</sup>. La preocupación es muy válida pues en general la cuantía de las disputas de consumo es de bajo valor, y hasta algunas veces no tienen valor pues la reclamación es para que el empresario haga algo en su favor.

Acerca de la eficacia del proceso, la directiva también trata del tiempo máximo que debe tardar un procedimiento de resolución de disputas hasta su cierre. Conforme el artículo 8, e, *“que el resultado del procedimiento de resolución alternativa se dé a conocer en un plazo*

de noventa días naturales contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación. En caso de litigios de índole particularmente compleja, la entidad de resolución alternativa responsable podrá, si lo considera oportuno, ampliar el plazo de noventa días naturales. Se informará a las partes de toda ampliación de dicho plazo, así como del plazo de tiempo que se estime necesario para la resolución del litigio.<sup>114</sup> La cuestión del tiempo es esencial para la eficacia del proceso. Además de ser una ventaja en comparación a los métodos tradicionales, los conflictos de consumo por su naturaleza demandan soluciones rápidas y el plazo de 90 días se parece adecuado.

También por el tema de la asequibilidad a las partes, la norma exige, en el artículo 8, a, “que el procedimiento de resolución alternativa exista y sea fácilmente accesible, tanto en línea como no, para ambas partes, independientemente del lugar donde se encuentren”<sup>115</sup>. En conflictos de consumo esto es muy importante ya que hoy en día hay muchas transacciones en línea en que las partes se encuentran en sitios distintos. Para que la institución pueda ofrecer un servicio asequible a todos es necesario disponer de parte del procedimiento en línea. Además, muchas veces los costes de un encuentro físico entre las partes pueden ser perjudicial a ellos, por cuestiones de tiempo por ejemplo, y tornar el proceso muy costoso. Por ello, las instituciones de resolución alternativas de conflictos que la Directiva 2013/11/UE reglamenta han que ofrecer el servicio en línea.

La directiva se preocupa mucho con el uso de las herramientas de telecomunicaciones. Además, hay dos fases del procedimiento que obligatoriamente habrán que ser hechas en línea, que son la posibilidad del consumidor presentar una reclamación vía web y la posibilidad de las partes cambiaren informaciones y negociaren por medio electrónico antes que el proceso de resolución de disputas se instaure. Según el artículo 5, 2, de la Directiva 2013/11/UE, “Los Estados

La información al consumidor es muy importante para el éxito del los sistemas alternativos solución de disputas de consumo, en especial de la mediación

*miembros garantizarán que las entidades de resolución alternativa: a) mantengan un sitio de internet actualizado que facilite a las partes un acceso sencillo a la información relativa al procedimiento de resolución alternativa y permita además a los consumidores presentar en línea una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios; b) faciliten a las partes, cuando lo soliciten, la información a que se refiere la letra a) en un soporte duradero; c) cuando proceda, permitan al consumidor presentar una reclamación fuera de línea; d) hagan posible el intercambio de información entre las partes por vía electrónica o, si procede, por correo; e) acepten tanto los litigios nacionales como transfronterizos, incluidos los litigios cubiertos por el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo), y f) cuando traten litigios cubiertos por la presente Directiva, adopten las medidas necesarias para asegurar que el tratamiento de datos personales cumpla las normas sobre protección de datos personales establecidas en la legislación nacional del Estado, por la que se aplica la Directiva 95/46/CE en el Estado miembro en el que esté establecida la entidad de resolución alternativa.”<sup>116</sup>* En razón de lo que dice la directiva las instituciones de resolución de conflictos de consumo han que contar con una infraestructura en línea para ser aceptas como tal por los organismos europeos que hacen el control de estas instituciones. La Comisión Europea ha creado una plataforma en línea para ello.

De lo mismo dispositivo se puede destacar también la necesidad de aceptarse conflictos trasfronterizos, una de las principales características de los conflictos de consumo, conforme ya dicho, y la necesidad de protegerse los datos personales de las partes y el contenido de todo el proceso cuando hecho en línea.

En este punto hay que hacerse una ponderación muy importante. La mediación en consumo no fue desarrollada satisfactoriamente hasta ahora, ni en su modalidad presencial ni por herramientas electrónicas. Pero se corre un serio riesgo de se empezar a hacer mediaciones en línea antes de tenerse hecho mediaciones presenciales. Esto no se parece muy relevante pero sin conocerse muy bien cómo hacerlo físicamente, de qué forma las personas reaccionan, de que técnicas de

comunicación son más adecuadas, etc., hay un riesgo de empezarse a hacer mediaciones en línea sin calidad. Esto es algo que hay que tomarse en cuenta y el mejor camino para formar buenos mediadores es hacerles trabajar también con la presencia física de las partes.

Por tanto, los servicios de mediación en consumo necesitan seguir estas reglas y principios para que puedan ser reconocidos como instituciones de resolución alternativa de conflictos en los términos de la legislación europea.

## Notas

- \* Flávio de Freitas Gouvêa Neto. Abogado y mediador. Posgraduado en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid. f.freitasgouvea@gmail.com. Madrid, 2016.
- 1. No solo en cuestiones de consumo, nuestra sociedad de una forma general es cada vez más conflictuosa. Véase CARRETERO, Emiliano. *La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación*. en Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, 2. ed. Madrid: Tecno, 2012, p. 71.
- 2. CARRETERO, Emiliano (2012), p. 72.
- 3. The European Consumer Center Network. *Europe's consumers: Anniversary Report 2005-2015*.
- 4. CARRETERO, Emiliano (2012), p. 78.
- 5. Bruselas, 14.2.1996 COM(96) 13 final – PLAN DE ACCIÓN sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior”, página 4; Los mismos conceptos fueron adoptados por las siguientes normativas y directivas de la UE.
- 6. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, Art. 4, 1, a.
- 7. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, Art. 4, 1, b.
- 8. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 18.
- 9. Código de Defesa do Consumidor, Brasil, Art. 2º.
- 10. KOTLER, Phillip. Fundamentos del marketing, 8. ed. Pearson Educación: México, 2008, p. 8.

11. Sobre las técnicas de negociación véase URY, William. FISHER, Roger. PATTON, Bruce. *Obtenga el si*. Ediciones Gestión 2000: España, 2011.
12. KOTLER (2008), p. 6.
13. KOTLER (2008), p. 6.
14. KOTLER (2008), p. 6/7.
15. CHIESA DE NIGRI, Cosimo. *CRM: Las cinco pirámides del marketing relacional*. 2. ed. Deusto: Barcelona, 2015, p. 49.
16. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 49/50.
17. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 50.
18. RISKIN, Leonard. *Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos*. Traducción de Henrique Araújo Costa en Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, vol. 1. Grupos de Pesquisa: Brasilia, 2002.
19. RISKIN (2002).
20. RISKIN (2002).
21. ALBA (2012), p. 9. *“Conciliación y mediación guardan en común una connotación de acuerdo voluntario para resolver una controversia, pero son técnicas distintas. A pesar de las dificultades a la hora de delimitar sus fronteras, la doctrina parece centrar las notas diferenciadoras en el papel que asume el tercero en las respectivas tareas de mediación o conciliación, de modo que en ésta existe un papel más activo del conciliador que directamente propone soluciones a las partes. Consecuentemente, en la conciliación, el conciliador participa activamente y sirve de guía para que las partes lleguen a un acuerdo. Las partes se comunican a través del conciliador, ya que su principal función, en palabras de BARONA VILAR es reunir a las partes o transmitir entre ellas los mensajes o informaciones.”*
22. RISKIN (2002).
23. RISKIN (2002).
24. ALBA, Isabel. *Arbitraje y mediación de consumo: a proposito de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, en Boletín del Ministerio de Justicia, num. 2160, noviembre de 2013, p. 2.
25. Sobre el tema ver el capítulo sobre la importancia de la mediación de consumo para el empresario.
26. En enero de 2016 la Comisión Europea presentó una plataforma en línea para la resolución de conflictos de consumo disponible en el sitio de web de la comisión.
27. Sobre como planificar un proceso de mediación véase SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Barcelona: Editorial Paidós, 1996.
28. CARRETERO (2013), p. 83.
29. SOLETO (2013), p. 36.
30. CARRETERO (2013), p. 83. En lo mismo sentido, *Considerando que la experiencia adquirida por varios Estados miembros demuestra que, a condición de que se garantice el respeto de algunos principios esenciales, los mecanismos alternativos de solución no judicial de los litigios en materia de consumo*



*pueden garantizar buenos resultados, tanto para los consumidores como para las empresas, reduciendo el coste y la duración de la solución de los litigios en materia de consumo; Recomendación 98/257/CE, 30 de marzo de 1998, sobre los principios aplicables a los órganos responsables por la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo;*

31. CARRETERO (2013), p. 83.
32. CARRETERO (2013), p. 83.
33. SOLETO (2013), p. 36.
34. SOLETO (2013), p. 36.
35. CARRETERO (2013), p. 83.
36. CARRETERO (2013), p. 84.
37. SOLETO (2013), p. 36.
38. CARRETERO (2013), p. 84.
39. CARRETERO (2013), p. 84. *En lo mismo sentido, la existencia de procedimientos adecuados para la solución de los litigios en materia de consumo favorece el cumplimiento “espontáneo” de las obligaciones que se derivan del contrato y/o de las disposiciones legales aplicables; en cambio, la ausencia de procedimientos que permitan solucionar rápidamente los litigios intracomunitarios, representa un factor de inseguridad para los agentes económicos. Desde el punto de vista microeconómico, este factor favorece a la parte que no cumple sus obligaciones, permitiéndole sacar provecho de su negligencia mientras que la otra parte se perjudica por ello. En el aspecto macroeconómico, este mismo factor ejerce un efecto disuasivo que (al erosionar progresivamente la confianza de los agentes económicos en la fiabilidad de las transacciones intracomunitarias) tiene como consecuencia reducir las expectativas ventajosas del Mercado interior para la economía en su conjunto. Bruselas, 14.2.1996 COM(96) 13 final – PLAN DE ACCIÓN sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior”. (p. 11/12)*
40. ALBA (2013), p. 8.
41. DIRECTIVA 2008/52/CE sobre mediación asuntos civiles y mercantiles.
42. CARRETERO (2013), p. 84.
43. CARRETERO (2012), p. 84.
44. CARRETERO (2012), p. 84.
45. CARRETERO (2012), p. 85.
46. LIBRO VERDE 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, punto 7. *El acceso a la justicia para todos es un derecho fundamental consagrado por el artículo 6 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El derecho de recurso efectivo ha sido elevado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al rango de principio general del Derecho comunitario proclamado además por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El derecho a la justicia es una exigencia*

a la que los Estados miembros responden, en particular, mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales rápidos y poco costosos. Por otra parte, algunos Estados miembros han empezado a modernizar su sistema judicial simplificando los actos de consulta o previendo la posibilidad de presentar una demanda judicial por vía electrónica.

47. Recomendación 2001/310/CE, 4 de abril de 2001, sobre los principios aplicables a los órganos responsables por la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.
48. Informe al presidente de la Comisión Europea, Una Nueva Estrategia Para El Mercado Único, de Mario Monti.
49. Comunicación 2011/793/CE, de 29 de noviembre de 2011, p. 2.
50. Bruselas, 14.2.1996 COM(96) 13 final – PLAN DE ACCIÓN sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior”, p. 10. *“Entre los efectos de la inseguridad jurídica, el estudio indica en concreto que: “Incluso los costes de la transacción que entran en las expectativas de los consumidores hacen que éstos se retraigan de comprar en el extranjero. La razón es que, al considerar el incremento del coste de la transacción, las mercancías extranjeras tienen, para los potenciales compradores, una utilidad inferior a las nacionales, incluso a un precio de mercado igual o inferior. Lo mismo se puede aplicar a los productores. El riesgo de tener que afrontar un incremento del coste por transacción para obtener el pago de las mercancías entregadas reduce el provecho o incentivo de vender en el extranjero” (...) “Otro efecto estático reside en el proceso de concentración que se produce por la incertidumbre legal transfronteriza. Puesto que la incertidumbre legal transfronteriza es relativamente más importante para las pequeñas empresas que para las grandes, las pequeñas empresas tienden a no ser competitivas”.*
51. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
52. El Parlamento Europeo en la Resolución 2010/2011, de 20 de mayo de 2010, que trata de cómo ofrecer un mercado único a los consumidores y ciudadanos, ítem 33.
53. KOTLER (2008), p. 8.
54. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 72.
55. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 35.
56. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 40: *Hoy en día, el mercado nos está obligando a que revisemos nuestro concepto de marketing y pasemos de una estrategia de conquista a una estrategia de retención. En la primera, el foco se centra en captar clientes nuevos, lo cual requiere grandes inversiones en comunicación, y promociones y en un mayor despliegue de la red comercial. Si bien la captación es importante, como estrategia pura de marketing es ineficiente y necesita apoyarse en una estrategia de retención que nos ayuda a retener aquellos clientes que más nos interesa fidelizar. De esta manera, podremos conseguir su satisfacción y que*

tengan una mayor disposición a la hora de iniciar una relación duradera con nuestra organización. No olvidemos que sin clientes no hay empresa, y la empresa que tenga el mayor número de clientes de peso y calidad será la triunfadora.

57. KOTLER (2008), p. 18.
58. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 203/204.
59. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 47.
60. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 54.
61. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 206.
62. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 120.
63. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 53.
64. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 225.
65. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 230.
66. CHIESA DE NIGRI (2015), p. 196.
67. LIBRO VERDE (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, *punto 72. Las ADR son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento. Las ADR en el marco de los procedimientos judiciales están reguladas por las autoridades públicas y se desarrollan bajo el control del juez. Las ADR convencionales se asientan, por su parte, en principios de procedimiento que las partes eligen libremente, adhiriéndose, por ejemplo, a las normas de procedimiento que les proponen como modelo las asociaciones profesionales o bien mediante códigos de deontología a los que obedecen. La cuestión que se plantea es cual sea la mejor manera de garantizar la aplicación de dichos principios básicos de procedimiento. Siguiendo el ejemplo de las iniciativas en curso en el caso de la sociedad de la información quizás pudieran adoptarse determinadas iniciativas de autor regulación. La Comisión por su parte apoya firmemente tales iniciativas pero duda en cuanto a la necesidad de empujar a los actores interesados a reforzar más aún el control de la aplicación de dichas iniciativas por parte de terceros y de instaurar mecanismos como el etiquetado (“trustmarks”) y la certificación. Obviamente, el refuerzo de tales iniciativas de autorregulación pudiera mejorar la confianza en la aplicación de las ADR a la vez que se respetaría su carácter flexible y su atractivo y evitaría el recurso a otros instrumentos públicos más vinculantes.*
68. LIBRO VERDE (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, *punto 77.*
69. DIRECTIVA 2008/52/CE sobre mediación asuntos civiles y mercantiles, *punto 17.* En lo mismo sentido, LIBRO VERDE (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, *punto 73. Como se indicaba anteriormente, en el ámbito de los conflictos relacionados con el consumo la Comisión adoptó dos recomendaciones sobre los principios aplicables a los órganos extrajudiciales encargados de la resolución de litigios relacionados con el consumo, tanto nacionales como transnacionales. Estas recomendaciones tienen por objeto esencial garantizar que las ADR ofrezcan a las*

- partes un mínimo de garantías de calidad como independencia o imparcialidad, transparencia, eficacia y respeto del derecho. De este modo se refuerza la credibilidad de los órganos que responden a estos criterios.*
70. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, Punto 21. *Los procedimientos de resolución alternativa son muy variados, tanto en la Unión como en el interior de los Estados miembros. Pueden adoptar la forma de procedimientos en los que la entidad de resolución alternativa reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa, de procedimientos en los que dicha entidad propone una solución, o de procedimientos en los que impone una solución. También pueden adoptar la forma de una combinación de dos o más de estos procedimientos. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la forma que revistan los procedimientos de resolución alternativa en los Estados miembros.*
  71. LIBRO VERDE (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, *punto 77.*
  72. Art. 1. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. *El objetivo de la presente Directiva es contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «procedimientos de resolución alternativa») que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial.*
  73. La independencia y la imparcialidad son principios que se relacionan íntimamente y por ello pueden ser tratados en conjunto. Por lo que parece el término independencia es algo más relacionado con la jurisdicción y arbitraje, aplicable a los órganos que tienen como función decidir un litigio.
  74. Parece que el principio de la libertad es la voluntariedad nombrada de otra forma.
  75. La legalidad es aplicable en cualquier negocio o acto jurídico. Legalidad en la mediación podría ser la exigencia de actuarse de una forma que no viole ninguna norma.
  76. Art. 11,1. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. *Los Estados miembros velarán por que en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un litigio mediante la*

*imposición de una solución al consumidor: a) cuando no exista conflicto de leyes, la solución impuesta no podrá privar al consumidor de la protección que proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor y el comerciante tengan su residencia habitual.*

77. Art. 3,2. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. *La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la Directiva 2008/52/CE.*
78. Art. 2,1. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. En el Art. 2, 2. los casos en que la directiva no es aplicable. *La presente Directiva no se aplicará: a) a los procedimientos ante entidades de resolución de litigios en que las personas físicas encargadas de resolver el litigio estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante en cuestión, a menos que los Estados miembros decidan autorizar dichos procedimientos como procedimientos de resolución alternativa en el marco de la presente Directiva y se cumplan los requisitos establecidos en el capítulo II, incluidos los requisitos específicos de independencia y transparencia a que se refiere el artículo 6, apartado 3; b) a los procedimientos ante sistemas de tramitación de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante; c) a los servicios no económicos de interés general; d) a los litigios entre comerciantes; e) a la negociación directa entre el consumidor y el comerciante; f) a los intentos realizados por un juez para resolver un litigio en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho litigio; g) a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor; h) a los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, como la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios; i) a los prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior.* Sobre el concepto de servicios no económicos de interés general véase Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 13.
79. Art. 4,1, h. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
80. ALBA (2013), p. 7.
81. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por

- la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 39.
82. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 42.
  83. Esto solo es aplicable si la entidad opta por soluciones y acuerdos que no vinculan las partes.
  84. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
  85. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, Art. 9, 1, b.
  86. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Para la mediación solo no se aplica la letra i por que el tercero no decide el litigio.
  87. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, Art. 7, 2.
  88. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 30: *No obstante, los Estados miembros deben velar por que las entidades de resolución alternativa hagan públicos los posibles problemas sistemáticos o significativos que se produzcan con frecuencia y den lugar a litigios entre consumidores y comerciantes. La información que se comuniqué a este respecto podrá ir acompañada de recomendaciones acerca del modo de evitar o resolver tales problemas en el futuro, con objeto de mejorar las pautas de actuación de los comerciantes y de facilitar el intercambio de información y de buenas prácticas.*
  89. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, art. 13, 1: *Los Estados miembros velarán por que los comerciantes establecidos en sus territorios informen a los consumidores acerca de la entidad o entidades de resolución alternativa que den cobertura a dichos comerciantes, cuando estos se comprometan o estén obligados a recurrir a dichas entidades para resolver litigios con los consumidores.* La información incluirá la dirección

del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa pertinentes. En lo mismo sentido, Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 47: *Cuando surge un conflicto, es necesario que los consumidores puedan identificar rápidamente qué entidades de resolución alternativa son competentes para tratar su reclamación y saber si el comerciante afectado participará o no en el procedimiento sometido a una entidad de resolución alternativa. Los comerciantes que se comprometan a recurrir a tales entidades para la resolución de litigios con los consumidores deben informar a los consumidores sobre la dirección del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa que les amparen. La información se facilitará de forma clara, comprensible y fácilmente accesible en el sitio web del comerciante cuando exista y, en su caso, en las condiciones generales de los contratos de compraventa de mercancías o prestación de servicios entre el comerciante y los consumidores. Los comerciantes deben tener la posibilidad de incluir en sus sitios web, y en las condiciones generales del contrato de que se trate, cualquier información complementaria sobre sus procedimientos internos de tramitación de reclamaciones, o sobre cualesquiera otros modos de entrar en contacto directo con ellos con miras a la resolución de litigios con los consumidores sin remitirlos a una entidad de resolución alternativa. Si un litigio no puede resolverse de forma directa, el comerciante debe facilitar al consumidor, en papel o en cualquier otro soporte duradero, información sobre las entidades de resolución alternativa correspondientes y precisar si recurrirá a ellas.*

90. DIRECTIVA 2008/52/CE sobre mediación asuntos civiles y mercantiles, punto 13.
91. LIBRO VERDE (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, punto 11.
92. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, art. 1.
93. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, art. 9, 2, a.
94. CARRETERO (2012), p. 119.
95. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, art. 5,4; *Los Estados miembros, según lo estimen oportuno, podrán permitir que las entidades de resolución alternativa mantengan e introduzcan normas de procedimiento que les permitan negarse a tramitar un litigio determinado por cualquiera de los siguientes motivos: a) que el consumidor no haya tratado*

de ponerse en contacto con el comerciante de que se trate en relación con su reclamación para intentar, como primer paso, resolver el asunto directamente con el comerciante; b) que el litigio sea frívolo o vejatorio; c) que otra entidad de resolución alternativa o un órgano jurisdiccional estén examinando o hayan examinado en ese litigio; d) que el valor de la reclamación sea inferior a un umbral monetario preestablecido; e) que el consumidor no haya presentado la reclamación ante la entidad de resolución alternativa dentro de un plazo preestablecido, que no será inferior a un año desde la fecha en que el consumidor haya presentado su reclamación al comerciante; f) que la tramitación del tipo de litigio en cuestión pudiera comprometer gravemente por otros motivos el funcionamiento de la entidad de resolución alternativa.

96. ZAFRA ESPINOSA sustenta que la cláusula de sumisión a la mediación es como los convenios que se adoptan al inicio de las mediaciones. Véase ZAFRA ESPINOSA, Rocio. *La mediación empresarial conforme a la ley 5/2002*. en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2. ed. Madrid: Tecno, 2012, p. 644/645. Sobre los abusos cometidos a través de las cláusulas de sumisión al arbitraje en conflictos de consumo, véase OROZCO, Guillermo. *Condiciones generales de los contratos, cláusulas abusivas y arbitraje de consumo* en *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
97. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, art. 10,1.
98. LIBRO VERDE 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, punto 79.
99. LIBRO VERDE 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, punto 80.
100. LIBRO VERDE 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, punto 81.
101. Caucus es una sesión de mediación con la presencia de una de las partes.
102. LIBRO VERDE 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, punto 82.
103. DIRECTIVA 2008/52/CE sobre mediación asuntos civiles y mercantiles, art. 7, 1: *Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física*



*o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.*

104. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
105. CARRETERO (2012), p. 114.
106. CARRETERO (2012), p. 115.
107. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 33.
108. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 32.
109. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 35: *Es especialmente necesario garantizar que no existan dichas presiones en caso de que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios estén contratadas por el comerciante o reciban cualquier tipo de retribución de este. Por consiguiente, deben establecerse requisitos específicos si los Estados miembros deciden que los procedimientos de resolución de litigios pueden considerarse en tales casos procedimientos de resolución alternativa al amparo de la presente Directiva. En caso de que las personas encargadas de la resolución alternativa de litigios estén contratadas por una organización profesional o una asociación empresarial de la que sea miembro el comerciante o reciban cualquier forma de retribución exclusivamente de tal asociación u organización, deben disponer de un presupuesto independiente y específico que sea suficiente para el desempeño de sus funciones.*
110. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, art. 6,1; En el artículo 6 la directiva prevé una serie de dispositivos para garantizar la independencia del profesional de la resolución de conflictos, sobretodo a los que se encargan de decidir el conflicto.
111. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE;
112. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE; En lo mismo sentido véase el artículo 9, 1, b.

113. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
114. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
115. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
116. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

## Referencias

- ALBA, Isabel. *Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, en Boletín del Ministerio de Justicia, n. 2160, noviembre de 2013.
- CARRETERO, Emiliano. *La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2. ed. Madrid: Tecno, 2012.
- CHIESA DE NIGRI, Cosimo. *CRM: Las cinco pirámides del marketing relacional*. 2. ed. Deusto: Barcelona, 2015.
- GONZALES, José Luis. *El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)* en *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- IBOLEON, Belén. *Naturaleza jurídica y competencia territorial de las juntas arbitrales de consumo en el RD 231/2008 de 15 de febrero* en *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- KOTLER, Phillip. *Fundamentos del marketing*, 8. ed. Pearson Educación: México, 2008.
- OROZCO, Guillermo. *Condiciones generales de los contratos, cláusulas abusivas y arbitraje de consumo* en *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- RISKIN, Leonard. *Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos*. Tradução de Henrique Araújo Costa en *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 1. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2002.
- SOLETO, Helena. *Negociación* en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

- SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Barcelona: Editorial Paidós, 1996.
- URY, William; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. *Obtenga el si*. Ediciones Gestión 2000: España, 2011.
- URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved – Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*. Cambridge: Ed. PON Books, 1993. En *Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação*, vol. 2, Brasília.
- The European Consumer Center Network. *Europe's consumers: Anniversary Report 2005-2015*.
- ZAFRA ESPINOSA, Roció. *La mediación empresarial conforme a la ley 5/2002*. en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2. ed. Madrid: Tecno, 2012.



# JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

**Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**  
Relator: **Fabiana Zilles**

**Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**  
Relator: **Ney Wiedemann Neto**

## **EXCERTOS**

### **Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (31.08.2016)**

*“Relação de consumo que opera a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC”*

*“A determinação de abstenção de inscrição do nome do autor em organismo de proteção ao crédito, configura obrigação de fazer oriunda da inexigibilidade dos débitos indevidos”*

### **Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (16.06.2016)**

*“Conforme jurisprudência pacífica nesta Corte, deve ser afastado o emprego de nomes ou expressões de marcas semelhantes, quer pela grafia, pronúncia ou qualquer outro elemento capaz de causar confusão ou dúvida aos possíveis adquirentes do produto”*

*“A proteção ao nome comercial impede o registro posterior de marca igual por terceiro, ainda mais quando no mesmo ambiente de mercado”*

**INSTITUIÇÃO BANCÁRIA  
NEGLIGENTE DEVE  
INDENIZAR O CONSUMIDOR  
POR DEIXAR DE BLOQUEAR O  
CARTÃO APÓS COMUNICAÇÃO  
DE FURTO**

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 1a. T. Rec. Cív.

Relator: Fabiana Zilles

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE obrigação de fazer c/c declaração de inexistência débito, REPETIÇÃO DO INDÉBITO E indenização por danos morais. FURTO DE CARTÃO CONTA-CORRENTE. COMUNICAÇÃO E BLOQUEIO NO DIA DO FATO. COMPRAS E SAQUES POR TERCEIROS. CARACTERIZADO O DEVER DE RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES. DANOS MORAIS INOCORRENTES. PEDIDO PROCEDENTE EM PARTE.

Recorre a parte ré da sentença que julgou procedente a ação para declarar a inexistência dos débitos ocorridos em 29/01/2016, no valor de R\$ 8.159,80, bem como a abstenção de tais cobranças e respectiva inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito, além de condená-la à restituição simples dos referidos valores.

O autor sustenta que teve seu cartão da conta corrente furtado no dia 29.01.2016, após a utilização no Mercado Público. Em razão do horário, posterior às 16 horas, realizou o bloqueio do cartão no mesmo dia, através de contato telefônico (fato in-

controverso) e registrou a ocorrência policial em 1º.02.2016.

Contudo, tais procedimentos não impediram a indevida movimentação em sua conta bancária

O recorrente sustenta, em síntese, a culpa exclusiva do autor que não teria guardado sua senha, sigilosa, consoante recomendações prestadas por ocasião da contratação de conta e cartões.

Relação de consumo que opera a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Neste contexto, cabia ao recorrente comprovar a regularidade das operações, ou ainda que as mesmas tenham sido realizadas efetivamente pela dependente do autor, conforme informado ao mesmo (fl. 05), ou por pessoa autorizada pelo mesmo, sobretudo tendo em vista que grande parte das operações foi realizada juntamente ao Caixa Eletrônico da recorrente, tornando possível tal demonstração através da cópia da gravação da câmera do terminal. Comprovação que, contudo, não se verifica nos autos.

Portanto, mostra-se verossímil a narrativa do autor, aplicando-se ao caso dos autos a responsabilidade objetiva do Banco, nos termos da S. 479 do STJ.

Ademais, também não veio aos autos a comprovação de que a senha registrada pelo autor fosse de fácil descoberta pelo terceiro em posse da carteira. Ônus que, igualmente, incumbia ao réu, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC/2015.

Por fim, observa-se a irregularidade dos procedimentos, tendo em

vista que autorizados em valores superiores aos limites contratados pelo autor. Fato, inclusive, admitido pela preposta da ré que declarou “que o autor é cliente gerenciado, e em alguns casos o banco réu permite a clientes gerenciados exceder os limites de saque e empréstimos.” (fl. 125).

Nesse contexto, seja porque não restou demonstrada a regularidade do débito, conforme incumbia ao recorrente, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC, seja porque não comprovada a culpa exclusiva do autor mediante o registro de senha de fácil descoberta, ônus também do recorrente a teor do art. 373, inciso II, do CPC/2015; ou ainda porque demonstrada a negligência e falhabilidade do sistema da recorrente que permitiu a realização de operações de valores superiores aos limites contratados às fls. 117/119, resta configurado o dever de indenizar da recorrente, fazendo o autor jus ao ressarcimento dos valores descontados de sua conta por ato de terceiros não autorizados, de forma simples, conforme requerido na inicial.

Diante desse contexto, não sendo demonstrada a regularidade dos débitos, não há que se falar na existência dos mesmos, mantendo-se a declaração de inexigibilidade lançada na sentença, em razão das operações efetuadas por terceiros em face de furto do cartão.

A determinação de abstenção de inscrição do nome do autor em organismo de proteção ao crédito, configura obrigação de fazer oriunda da inexigibilidade dos débitos indevidos

motivo pelo qual é cabível, igualmente, sua manutenção.

SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO:71006217087

DATA DO JULGAMENTO:

30/08/2016

DATA DA PUBLICAÇÃO:

31/08/2016

ÓRGÃO JULGADOR: 1a. T.

Rec. Cív.

RELATOR (A): Fabiana Zilles

TRIBUNAL: TJ/RS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Dr. José Ricardo de Bem Sanhudo (Presidente) e Dra. Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini.

Porto Alegre, 30 de agosto de 2016.

DR.<sup>a</sup> FABIANA ZILLES,

Relatora.

RELATÓRIO

(Oral em Sessão.)

VOTOS

Dr.<sup>a</sup> Fabiana Zilles (RELATORA)

Nos termos do art. 46 da Lei n. 9.099/951, confirmo a proposta de decisão homologada e torno os refe-



ridos fundamentos parte integrante do presente acórdão.

Diante do exposto, VOTO POR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas pela parte recorrente, que arcará, ainda, com honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Dr. José Ricardo de Bem Sanhudo (PRESIDENTE) – De acordo com o(a) Relator(a).

Dra. Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini – De acordo com o(a) Relator(a).

DR. JOSÉ RICARDO DE BEM SANHUDO – Presidente – Recurso

Inominado n. 71006217087, Comarca de Porto Alegre: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.UNÂNIME.”

Juízo de Origem: 5. JUIZADO ESPECIAL CIVEL F.CENTRAL PORTO ALEGRE – Comarca de Porto Alegre

1 Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

---

## INDEVIDA A UTILIZAÇÃO DE CORES NA MARCA QUE CONFUNDAM O CONSUMIDOR

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 6a. Câm. Cív.

Relator: Ney Wiedemann Neto

Apelação cível. Propriedade intelectual e industrial. Ação de obrigação de não fazer cumulada com ação condenatória. Empresas revendedoras de gás liquefeito de petróleo. Conflito existente entre marca e nome comercial. Utilização de mesmas cores, mesmo tratando-se de fornecedoras de produtos de distribuidoras diversas. Trade dress. Necessidade de proteção do conjunto da imagem. Caso concreto. Matéria de fato. Análise das provas. Concorrência desleal. Viola-

ção reconhecida. Evidente intuito de desvio de clientela e confusão perante o público consumidor. Sentença de procedência confirmada por seus fundamentos. Manutenção da verba indenizatória e honorária. Apelo não provido.

ACÓRDÃO: 70068471754

DATA DE JULGAMENTO:

09/06/2016

DATA DE PUBLICAÇÃO:

16/06/2016

ÓRGÃO JULGADOR: 6a. Câm. Cív.

RELATOR (A): Ney Wiedemann Neto

TRIBUNAL: TJ/RS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des. Luís Augusto Coelho Braga (Presidente) e Des.<sup>a</sup> Elisa Car-pim Corrêa.

Porto Alegre, 09 de junho de 2016.

DES. NEY WIEDEMANN NETO,

Relator.

#### RELATÓRIO

Des. Ney Wiedemann Neto (RELATOR)

Adoto o relatório da sentença, fls. 393 e seguintes, que passo a transcrever:

“Galea e Alves Ltda ajuizaram ação inibitória (abstenção de prática de ato ilícito cumulada com indenização contra (...)) e Forte Gás Comércio de Gás Ltda, aduzindo ser distribuidora e revendedora de gás GLP sob o nome fantasia “Gás do Forte” sob bandeira da Liquigás Distribuidora S/A. A primeira requerida, mesmo estabelecida no bairro Jardim Itú Sabará/Passo das Pedras e girando sob a denominação “Comercial de Gás Sertório” passou a expor a venda gás GLP em impressos sob as cores verde e amarelo com a expressão “Forte Gás”, sem autorização porque distribuiu gás de SHV Gás Brasil Ltda (marcas Minesgás e Supergasbrás) cujo elemento visual são as cores laranja e

vermelho. A primeira requerida teve revogada a licença ANP, sendo que a segunda requerida passou a realizar os mesmos fatos. As demandadas tentam aproximarem-se da autora e angariarem sua clientela ilícitamente. Postulou que as demandadas fossem compelidas a não usarem ou utilizarem a expressão “Forte Gás” e das cores verde e amarelo no anúncio, venda e comercialização de seus produtos, bem como indenização por danos patrimoniais e morais.

Contestaram as requeridas, levantando preliminar de ilegitimidade passiva do réu (...), porque sempre utilizou o nome fantasia Gás Sertorio até obter a baixa de seu CNPJ junto a Receita Federal não tendo renovado seu certificado ANP. No mérito, impugna as fotografias acostadas por não virem acompanhadas dos negativos. A autora não tem o direito exclusivo de usar as cores verde e amarelo, nem são cores exclusivas da Liquigas. A segunda ré é proprietária do direito de propriedade industrial sob o nome empresarial Forte Gás Comércio de Gás Ltda e marca Forte Gás pela qual é altamente conhecida. A segunda ré recebeu por doação a empresa Comercial de Gás Fagundes, na av. Faria Lobato, 518, sala 01, e 5 linhas telefônicas, assim como o direito de propriedade do título de estabelecimento Forte Gás, em março de 2008, tendo direito de precedência do uso da expressão Forte Gás. Inexiste confusão de marcas ou contrafação a justificar indenização por dano material e moral.

Manifestou-se a autora.

Houve decisão determinando a realização de perícia que foi reformada pela superior instância.

É o relatório.

Decido.

A sentença apresentou o seguinte dispositivo:

“Ante o exposto, julgo procedente a ação para determinar que os requeridos efetuem a troca de sua razão social perante a junta comercial e se abstenham de utilizar-se do nome Forte Gás em seu comércio e propaganda, em 10 dias, sob pena de arcar com multa diária de R\$ 2.000,00 até o limite de R\$ 300.000,00; condenar os réus Forte Gás e Régis solidariamente a pagar a autora dano moral de R\$ 40.000,00 corrigido monetariamente pelo IGPM e com juros de mora de 1% ao mês da data da sentença, bem como danos patrimoniais a serem apurados em liquidação de sentença. Condeno a ré Forte Gás e o réu Régis nas custas e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o total da condenação, incluindo a multa eventualmente aplicada, atento ao tempo da demanda e trabalho exigido.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.”

A parte ré apelou, fls. 419-445. Sustentou a ilegitimidade da parte autora para reivindicar a exclusividade do uso das cores da Liquigás, salientando que não há qualquer norma que obrigue ou dê exclusividade de uso das cores verde e amarelo às revendedoras Liquigás. Aduziu que a prova produzida demonstra ter adquirido contratualmente o di-

reito ao uso da nome fantasia “Forte Gás” registrado em 2002, antes da criação do nome “Gás do Forte” pela autora. Afirmou que os contratos demonstram a precedência e anterioridade. Aduziu a incompetência do juízo para impedir o uso da expressão Forte Gás, afirmando que apenas através de processo administrativo de nulidade perante o INPI ou ação de nulidade junto à Justiça Federal poderá existir tutela no sentido de obstar a utilização de marca reconhecida pelo INPI. Defendeu a ausência de exclusividade no uso das cores verde e amarela e a não configuração de concorrência parasitária, asseverando a falta de prova de má-fé ou desvio de clientela. Alegou a inexistência de provas dos alegados danos morais e materiais, assim como da prática de ato ilícito ounexo de causalidade. Caso mantido o reconhecimento do dever de indenizar, postulou a minoração do quantum arbitrado, assim como a minoração da verba honorária. Requereu o provimento do apelo.

Contrarrazões, fls. 448-452.

Registro, por fim, que tendo em vista a adoção do sistema informatizado, os procedimentos para observância dos ditames dos arts. 931 e 934, do CPC foram simplificados, mas observados na sua integralidade.

É o relatório.

VOTOS

Des. Ney Wiedemann Neto (RELATOR)

Estou em negar provimento ao apelo.

Inicialmente rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa arguida pela parte apelante, pois ao contrário do defendido em suas razões de apelo a autora não busca para si a exclusividade no uso das cores da Liquigás, mas que a requerida se abstenha da utilização das cores verde e amarelo na comercialização de GLP e similares, mesmas cores usadas em seu estabelecimento, juntamente com o uso de nome praticamente idêntico ao usado em seu estabelecimento.

Não se trata de pleitear em nome próprio direito alheio, pois aqui a questão da utilização das cores está inserida em um contexto que ultrapassa a relação revendedores/distribuidoras, mas está vinculada à possibilidade de indução do consumidor ao erro e desvio de clientela, cabendo tão somente à autora, efetivamente prejudicada pelo uso das cores pela requerida, buscar a em juízo a obrigação de não fazer.

Quanto ao mérito, tenho que a questão foi desatada com inegável acerto e adequação pelo Julgador Monocrático, Dr. Paulo de Tarso Carpena Lopes, quase nada havendo a acrescentar aos fundamentos esposados, razão pela qual transcrevo abaixo fragmento do ato sentencial, incorporando-o ao presente voto:

O documento de fls. 29/30, consolidação do contrato social da autora comprova que a sociedade passa a utilizar o nome fantasia “Gás do Forte” desde 21.2.2006, data em que o documento foi arquivado na junta Comercial.

A requerida Forte Gás Comércio de Gás Ltda somente arquivou seu

contrato de constituição de Sociedade Limitada em 26.2.2008 conforme documento de fls. 210/211.

A autora tem precedência, portanto, no nome “Gás do Forte” sobre a requerida Forte Gás cujo nome com sutil alteração da ordem de palavras é idêntico ao nome da autora, no mesmo ramo de comércio – venda de gás – em regiões muito próximas- a autora na av. do Forte, 50, e a ré na av. Ary Tarragô, 2455 (fl. 213) bairro Passo das Pedras/Protásio Alves.

Também a autora demonstrou que revende produtos distribuídos por Liquigás Distribuidora S/A (fl. 32) ao passo que a ré Forte Gás revende produtos distribuídos por Supergasbras (fl. 81) do grupo SHV Gás Brasil Ltda (fl. 83).

A Liquigas é empresa do Grupo Petrobras e utiliza as cores verde e amarela, conforme documento de fl. 37.

A distribuidora SHV da qual a supergasbras faz parte utiliza a cor predominantemente laranja conforme documento de fl.63.

No entanto, a requerida Forte Gás e o co-réu (...) – utilizam em sua divulgação as cores verde e amarelo numa clara intenção de aproveitar-se do nome da autora para a venda do produto gás, conforme cartões acostados a fl. 71.

Há verdadeira atividade parasitária da requerida Forte gás e do co-réu que utilizam-se das cores e do nome da autora que registrou anteriormente o nome na junta comercial e que é distribuidora Petrobrás, e a requerida, não sendo distribuidora deste empresa, utiliza-se das mesmas cores.

Há manifesto prejuízo para a atividade da autora passível de reparação pela via da ação ordinária no sentido de se determinar que os réus efetuem a troca de sua razão social perante a junta comercial e se abstenham de utilizar-se do nome Forte Gás em seu comércio e propaganda, em 10 dias, sob pena de arcar com multa diária de R\$ 2.000,00 até o limite de R\$ 300.000,00.

A conduta da ré Forte Gás e do requerido Régis também é passível de reparação pela via do dano moral, na medida em que o ilícito civil da ré abalou a imagem da empresa autora e causou contratempos aos sócios e a administração da autora. Atento as peculiaridades do caso concreto, entendendo por fixar o dano moral em R\$ 40.000,00 corrigido monetariamente pelo IGPM e com juros de mora de 1% ao mês da data da sentença.

No tocante aos danos patrimoniais, estes efetivamente ocorreram e devem ser apurados em liquidação de sentença.”

Tem-se entendido na jurisprudência que o arquivamento dos atos constitutivos da empresa na Junta Comercial já teria o efeito de conferir proteção ao nome empresarial, em face da regra contida no art. 8º da Convenção de Paris, ratificado pelo Brasil mediante o Decreto 75.572/71.

ARTIGO 8º O nome comercial será protegido em todos os países da União sem obrigações de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio.

O art. 124 da Lei 9279/96 estabelece:

“Não são registráveis como marca:

V – reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresas de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos.”

E é neste sentido, a jurisprudência do STJ.

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AGRAVO REGIMENTAL – REGISTRO – ESTABELECIMENTO OU NOME COMERCIAL – ART. 65, V, DA LEI N. 5.772/71 – VEDAÇÃO – SEMELHANÇAS – CONFUSÃO OU DÚVIDA – PROTEÇÃO DA MARCA – DESPROVIMENTO.

1 – Conforme jurisprudência pacífica nesta Corte, deve ser afastado o emprego de nomes ou expressões de marcas semelhantes, quer pela grafia, pronúncia ou qualquer outro elemento capaz de causar confusão ou dúvida aos possíveis adquirentes do produto. Ademais, nos termos do art. 65, V, da Lei n. 5.772/71 é vedado, expressamente, o registro como marca de título de estabelecimento ou nome comercial.

2 – Precedentes (REsp n.s 30.751/SP, 65.002/SP, 62.770/RJ e 40.190/RJ).

3 – Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 653609 / RJ ; Agravo Regimental No Recurso Especial Relator(a) Ministro Jorge Scartezzini Órgão Julgador T4 – Quarta Turma Data do Julgamento 16/11/2004

NOME COMERCIAL. MARCA. CONFLITO. MESMO MER-

CADO. ESPECIFICIDADE. PRECEDENTES.

1. A proteção ao nome comercial impede o registro posterior de marca igual por terceiro, ainda mais quando no mesmo ambiente de mercado, o setor agropecuário.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(Resp 284742 / SP; Recurso especial. Relator(A) Ministro Carlos Alberto Menezes Direito Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 20/08/2001

MARCA REGISTRADA. USO INDEVIDO EM NOME COMERCIAL. ATIVIDADE NO MESMO CAMPO. – Registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades. Recurso especial conhecido e provido parcialmente.”

(Resp 212902 / SC, Relator(a) Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Data do Julgamento 28/09/1999, publ. DJ 13.12.1999 p. 154).

Quanto à alegação da apelante de que teria adquirido a anterioridade em virtude contratos de doação e trespasse, cumpre registrar que existe questão prejudicial à existência ou não desta possibilidade. Para que tenha validade perante terceiros o trespasse deve estar devidamente registrado perante os órgãos competentes, bem como, deve lhe ser dada publicidade através da publicação na imprensa oficial nos termos do art. 1.144 do Código Civil, senão vejamos:

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Diante da total ausência de demonstração de que tenham sido cumpridos estes requisitos, a tese de que a anterioridade teria sido adquirida pelos contratos de trespasse sequer merece maiores dilações, restando afastada.

A alegação de incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o presente feito, também não merece acolhimento. O presente processo discute concorrência desleal, por violação de nome comercial e trade dress, e não se discute aqui e agora a nulidade do registro de marcas da parte apelante. Não há interesse do INPI neste processo, onde há obrigação de não fazer (tutela de abstenção) e de indenização por dano moral. Essa decisão não afeta o INPI. Não há notícia de ter a apelada ajuizado na Justiça Federal ação de nulidade de marcas contra a parte apelante e o INPI. Além do mais, é pacífico na jurisprudência que o ajuizamento posterior desse tipo de ação não tem o condão de suspender a ação já proposta onde se busca a tutela inibitória e a reparação dos danos, do que ora se cuida.

Como bem destacado na sentença, no caso concreto restou demonstrada verdadeira atividade parasitária

ria, o que impõe o dever de indenizar, sendo que o valor da indenização por dano moral não merece reparos, pois arbitrado em valor coerente, justo, adequado e proporcional ao dano ocorrido.

Finalmente, quanto ao pleito de redução da verba honorária, tenho que também não merece guarida. O arbitramento dos honorários advocatícios deve levar em consideração a complexidade e duração da causa, o grau de zelo profissional e o local da prestação do serviço. Em atenção a tais diretrizes, e na esteira do entendimento desta Câmara, tenho que se mostra adequada a fixação da verba em 15% sobre o valor da condenação, razão pela qual mantenho o patamar arbitrado na sentença.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, seja especificamente, seja pelo exame do respectivo conteúdo. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dis-

positivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide.

Oportuno salientar que a apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões que entendeu o julgador pertinentes para solucionar a controvérsia.

VOTO PELO NÃO PROVIMENTO DO APELO.

Des.<sup>a</sup> Elisa Carpim Corrêa – De acordo com o(a) Relator(a).

Des. Luís Augusto Coelho Braga (PRESIDENTE) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA – Presidente – Apelação Cível n. 70068471754, Comarca de Porto Alegre: “NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: PAULO DE TARSO CARPENA LOPES





# JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**

Relator: **Alexandre Reis**

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)**

Relator: **M. Safjan**

## **EXCERTOS**

### **Do Supremo Tribunal de Justiça (13.09.2016)**

*“É aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais ao clausulado inserido no corpo contratual individualizado cujo conteúdo, previamente elaborado, o destinatário não pode influenciar”*

*“A integração de cláusulas gerais no contrato está sempre dependente da comunicação ao aderente”*

### **Do Tribunal de Justiça (22.09.2016)**

*“A rotulagem pormenorizada relativa à natureza exata e às características do produto, que permite ao consumidor efetuar a sua escolha com pleno conhecimento, é a mais adequada, na medida em que cria menor número de obstáculos à liberdade de comércio”*

*“Atendendo à estreita relação entre a qualidade do mel e a sua origem, é indispensável assegurar toda a informação sobre estas questões, a fim de evitar induzir o consumidor em erro sobre a qualidade do produto”*

## ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 1262/14.1T8VCT-B. G1.S1

N. Convencional: 1ª SECÇÃO

Relator: ALEXANDRE REIS

Descritores:

CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL

LEI APLICÁVEL

DEVER DE INFORMAÇÃO

COMUNICAÇÃO

ABUSO DO DIREITO

VENIRE CONTRA FACTUM

PROPRIUM

Data do Acórdão: 13.09.2016

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A REVISTA

### Área Temática:

DIREITO BANCÁRIO – ACTOS BANCÁRIOS EM ESPECIAL (ACTOS BANCÁRIOS EM ESPECIAL) / CRÉDITO BANCÁRIO / MÚTUO.

DIREITO DO CONSUMO – CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS.

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / EXERCÍCIO E TUTELA DE DIREITOS.

### Doutrina:

– Fernando Gravato de Morais, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina 2007, 143 a 145.

– Heinrich E. Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 284 e ss..

– Joaquim de Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos*, Estudos, Coimbra editora, Coimbra, 2007, 49, 61.

– Jorge Coutinho de Abreu, *Do Abuso do Direito*, 59 e 60.

– Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral*, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005, 275.

– P. Lima e A. Varela, “Código Civil” Anotado, 4ª ed. Vol. I, 298.

– Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995, 423.

Legislação Nacional:

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGO 334º.

D.L. N. 446/85, COM AS SUAS SUBSEQUENTES ALTERAÇÕES (LCCG): – ARTIGOS 1º, N. 2, 5º, 6º.

Legislação Comunitária:

DIRECTIVA COMUNITÁRIA N. 93/13/CEE.

### Jurisprudência Nacional:

ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

– DE 24/2/1999, BMJ 484º-246.

– DE 18/11/1999, , PROCESSO

N. 99B869, EM WWW.DGSI.PT .

– DE 12/12/2002, , PROCESSO

N. 02A3692, EM WWW.DGSI.PT .

– DE 8/7/2003, PROCESSO N.

03A1832, EM WWW.DGSI.PT .

– DE 18/4/2006, PROCESSO

N. 06A818, EM WWW.DGSI.PT .

– DE 30/10/2007, PROCESSO

N. 07A303048, EM WWW.DGSI.PT .

– DE 23/10/2008, PROCESSO

N. 08B2977, EM WWW.DGSI.PT .

– DE 20/1/2010, PROCESSO

N. 2963/07.6TVLSB.L1.S1, EM WWW.DGSI.PT .

– DE 8/4/2010, PROCESSO N. 3501/06.3TVLSB.C1.S1, EM WWW.DGSI.PT.

– DE 2/12/2013, PROCESSO N. 306/10.0TCGMR.G1.S1, EM WWW.DGSI.PT.

– DE 2/6/2015, PROCESSO N. 109/13.0TBMLD.P1.S1, EM WWW.DGSI.PT.

– DE 9/7/2015, PROCESSO N. 1728/12.8TBRR-A.L1.S1, EM WWW.DGSI.PT.

### **Sumário:**

I – É aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais ao clausulado inserido no corpo contratual individualizado cujo conteúdo, previamente elaborado, o destinatário não pode influenciar.

II – O cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5º e 6º da LCCG – cuja prova onera o predisponente – convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efectivo presuppõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecedido e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação.

III – Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e

efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração.

IV – É certo que as exigências especiais da promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente comunicação, que oneram o predisponente, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação – com intensidade e grau dependentes da importância do contrato, da extensão e da complexidade (maior ou menor) das cláusulas e do nível de instrução ou conhecimento daquele –, de quem se espera um comportamento leal e correcto, nomeadamente pedindo esclarecimentos, depois de materializado que seja o seu efectivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas.

V – Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma

ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo, até para que o mesmo possa exercitar aquele seu dever de diligência, nos apontados termos. Uma tal concepção conduziria à inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente.

VI – No caso em apreço, apenas no circunstancialismo da subscrição ou outorga do contrato foram dadas a conhecer à aderente a cláusula contratual geral em discussão, quando, por tudo o exposto, a mesma não teria, para o efeito, de desenvolver mais do que uma diligência comum e era à proponente que caberia propiciar-lhe o antecipado e efectivo conhecimento daquela cláusula.

VII – Por outro lado, o dever de atempada comunicação, face à sua identificada *ratio*, também não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo, questão cuja pertinência mais se realça atentando na significativa complexidade do clausulado alusivo à “renúncia ao benefício da excussão prévia” e à sua elevada repercussão (importância) para a embargante, para quem, sendo uma funcionária administrativa, aquela é uma expressão de alcance jurídico dificilmente inteligível.

VIII – O “*factum proprium*” apto a violar a boa-fé ou a confiança da recorrente e a constituir o aqui invocado exercício abusivo do direito pela em-

bargante pressuporia, enquanto facto voluntário, a ciência e a vontade dessa violação. Ora, no caso, a exequente não provou ter propiciado à embargante o efectivo conhecimento da discutida cláusula, pelo que, no contexto, assim configurado, do incumprimento dos deveres de comunicação e de informação que sobre ela impendiam, não podem ser avocados os (inverificados) pressupostos cognitivos da liberdade de contratar por parte da embargante, que integrariam, simultaneamente, o elemento subjectivo da putativa violação da confiança.

IX – Por consequência, não podendo ser subjectivamente imputado à embargante o alegado comportamento anterior, ou a referida conduta voluntária, fica arredada a invocada violação da expectativa ou confiança supostamente gerada na recorrente.

### **Decisão Texto Integral:**

#### **Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:**

AA deduziu embargos à execução intentada por “**Banco BB SA**”, com base em contrato de mútuo com hipoteca e fiança, alegando a opoente que não lhe foi explicitado, nos termos dos artigos 5º, 6º e 8º b), da LCCG, o conteúdo e alcance do clausulado de tal contrato, designadamente o tocante às consequências da renúncia ao benefício da excussão prévia, tendo pedido a sua exclusão e, como tal, a desconsideração da sua posição de fiadora.

A exequente contestou, alegando que o contrato não é de adesão e foi precedido duma livre discussão e

assinado pela embargante depois de lido e explicado a todos os seus intervenientes.

Foi proferida sentença, julgando a oposição procedente apenas na parte relativa aos juros de mora.

A Relação de Guimarães, depois de fixar os factos, considerou válida a fiança mas julgou extinta a execução contra a aqui embargante por dever ser excluída do contrato a parte inserta na cláusula (19<sup>a</sup>) que contém a declaração de esta, com renúncia ao benefício da excussão, se constituir principal pagadora.

A exequente interpôs recurso de **revista** desse acórdão, delimitando o seu objecto com conclusões que colocam as questões de saber se

1. – a exequente cumpriu os deveres de comunicação e informação impostos pelos arts. 5º e 6º da LCCG relativamente à dita cláusula (19<sup>a</sup>);

2. – o comportamento da embargante nos autos constitui abuso de direito por contender com as regras da boa-fé.

“A Relação julgou provada a seguinte factualidade:

“1. O exequente apresentou como título executivo o contrato de mútuo com hipoteca e fiança de fls. 4 e ss dos autos principais de que os presentes são apenso, e seu aditamento de fls. 11 vº e 12.

2. No referido contrato e aditamento, a embargante constituiu-se fiadora e principal pagadora de todas as obrigações emergentes do referido contrato e seu aditamento, tendo declarado renunciar ao benefício da excussão prévia.

3. À Embargante não foi dada cópia do contrato ou do seu aditamento.

4. Os mutuários deixaram de pagar as prestações que se venceram a partir de 2/4/2014.

5. O contrato de mútuo junto como título executivo e que serviu de base à presente execução, é um contrato de mútuo formalizado através de título particular equiparado, para todos os efeitos legais, a escritura pública, e foi efetivamente assinado pela Embargante, na qualidade de fiadora.

6. Consta expressamente no referido contrato de mútuo dado à execução, que o Oficial de Títulos do Banco Exequente confirmou a presença, assinatura, e identidade da Embargante através da exibição do seu bilhete de identidade.

7. A embargante não leu o texto e cláusulas do referido contrato de mútuo, mas este foi lido e explicado o seu conteúdo a todos os seus intervenientes, no dia da celebração do mesmo, tendo-lhe aquela, pessoalmente e na presença de todos, aposto a sua assinatura e rubrica na qualidade de fiadora.

8. Tal contrato de mútuo contém e reproduz, com exactidão, as declarações na altura emitidas por todos os seus intervenientes perante o Oficial de Títulos do Banco Exequente, e a eles atribuídas, incluindo a aqui Embargante.

9. A Embargante é fiadora do contrato de mútuo dado à execução e esteve presente, juntamente com os demais outorgantes, na celebração do mesmo, que reproduz, com exactidão, as declarações atribuídas e imputadas a todos os seus intervenientes, incluindo a aqui

*Embargante, e o seu conteúdo foi-lhe lido e explicado, tendo ela apostado no mesmo a sua assinatura, voluntaria e conscientemente.*

10. *Resulta da Cláusula 19ª do contrato de mútuo dado à execução que a embargante declarou constituir-se fiadora e principal pagadora de todas as obrigações emergentes para a “Mutuária” do referido contrato de mútuo, com renúncia ao benefício de excussão prévia, e declarou aceitar o contrato de mútuo dado à execução, com todas as suas condições, obrigando-se ao cumprimento do mesmo.*

11. *Ficou, ainda, consignado naquela referida Cláusula Décima Nona do referido contrato de mútuo, que “Assim o disseram e outorgaram depois deste lhes ser lido e de ter sido feita a explicação do seu conteúdo, em voz alta e na presença simultânea de todos”.*

12. *E, do mesmo modo, nos seus aditamentos foi referido que “é celebrado e reciprocamente aceite o presente aditamento ao contrato com a referência acima, outorgado em 22.06.2007, nos termos e condições constantes dos números seguintes”.*

13. *O contrato de mútuo dado à execução e seus aditamentos foram precedidos de uma livre discussão entre o Banco Exequente e a Mutuária, CC, sobre o teor e alcance de cada cláusula, sem a participação da aqui embargante/fiadora.*

14. *Os conteúdos do referido contrato de mútuo e seus aditamentos foram previamente negociados, junto do Exequente, pela Mutuária e pela Embargante, e, por sua vez, foram lidos e*

*explicados também pelo Exequente, à aqui Embargante e à referida Mutuária, que declararam aceitar todas as suas cláusulas, sem quaisquer reservas, por corresponderem à vontade real das partes*

15. *A Mutuária CC não se limitou a aceitar os textos do mencionado contrato de mútuo e dos seus aditamentos, que o Banco Exequente lhes apresentou.*

16. *Foi explicado pelo Exequente quais as consequências que lhe adviriam em caso de incumprimento do contrato de mútuo e seus aditamentos, designadamente das penalizações, taxas de juros e demais encargos.*

17. *As despesas judiciais e extrajudiciais no valor de Euros 8.000 foram calculadas sobre o capital mutuado, nos termos da cláusula 11ª do contrato dado à execução, e a taxa de juro, acrescida de 4% em caso de mora, a título de cláusula penal, nos termos da cláusula 10ª do contrato, fixadas por mútuo acordo do Exequente e Mutuária e de acordo com o regime legal em vigor à data, nesta matéria.”.*

*“Importa apreciar as questões enunciadas e decidir.*

#### 1. O (in)cumprimento dos deveres de comunicação e informação.

A debatida cláusula 19ª é do seguinte teor: *“O fiador, com renúncia ao benefício da excussão prévia, constituiu-se fiador e principal pagador de todas as obrigações emergentes para o mutuário do presente contrato”.*

A aplicabilidade ao contrato que serve de fundamento à execução dos autos do regime das cláusulas contratuais gerais aprovado pelo DL

446/85 com as suas subsequentes alterações (LCCG) não é controvertida no recurso antes é pressuposta pelo respectivo objecto, atendendo à primeira das questões por ele suscitadas. E, na verdade, o n. 2 do art. 1º desse diploma <sup>(11)</sup> prevê a sua aplicabilidade “*igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*”, sendo certo que não está em causa que aquele contrato é constituído por cláusulas contratuais gerais inseridas no corpo contratual individualizado, pois essa realidade não só não é contrariada pela recorrente como ressuma da factualidade assente. Por conseguinte, a questionada cláusula 19ª está abrangida pelo citado regime <sup>(12)</sup>.

Posto isto, tudo se resume em saber se a recorrente logrou provar que cumpriu efectivamente os deveres de comunicação e informação impostos pelos arts. 5º e 6º da LCCG relativamente à dita cláusula.

Nos termos desse art. 5º, a integração de cláusulas gerais no contrato está sempre dependente da comunicação ao aderente, que, como é consensual, terá que ser integral e adequada, para poder conduzir a um conhecimento completo e efectivo de tais cláusulas, cabendo ao ofertante o ónus da prova dessa comunicação <sup>(13)</sup>. No quadro da formação do contrato, estes deveres de comunicação e informação radicam, evidentemente, no princípio da autonomia privada, cujo exercício efectivo pressupõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto,

que este tenha um prévio e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação <sup>(14)</sup> <sup>(15)</sup>.

Como é fácil de entender, são, assim, convocados deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de esclarecimentos), como meios ordenados à apropriada formação da vontade do aderente. A obtenção desse objectivo requer, desde logo, que a comunicação do clausulado contratual seja feita com antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração <sup>(16)</sup>.

Bem sabemos que as exigências especiais da promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente transmissão ou comunicação, decorrentes dos deveres que oneram o predisponente, para que estes possam ser completamente cumpridos, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação:



deste se espera um comportamento leal, correcto e diligente, nomeadamente pedindo esclarecimentos, uma vez materializado que seja o seu efectivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas.

Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo, até para que o mesmo possa exercer aquele seu dever de diligência, p. ex., pedindo esclarecimentos. Foi o que o Ac. desta Secção de 18/4/2006 esclareceu lapidarmente: *“O dever de comunicação das cláusulas contratuais constante do artigo 5º do Decreto-lei n. 466/85 de 25 de Outubro destina-se a que o aderente **conheça antecipadamente** o conteúdo contratual, isto é, as cláusulas a inserir no negócio. Esse dever acontece na **fase de negociação, ou pré-contratual**, e deve ser acompanhado de todos os esclarecimentos necessários, possibilitando ao aderente conhecer o significado e as implicações das cláusulas.”* <sup>(17)</sup>.

Pode sustentar-se que a intensidade e o grau do dever de diligência que recai sobre o aderente são maiores ou menores em função das particularidades de cada caso, sobretudo as atinentes à extensão e complexidade das cláusulas e ao nível de instrução ou conhecimento do mesmo.

Mas já não é aceitável que, perante esse dever de diligência, o proponente seja dispensado dos seus próprios deveres. Como parece evidente, essa concepção conduziria à inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente.

Ora, sucedeu no caso em apreço que apenas no contexto da subscrição ou outorga do contrato foram dadas a conhecer ou noticiadas à embargante aderente a cláusula contratual geral em discussão, quando, por tudo o exposto, a mesma não teria, para o efeito, de desenvolver mais do que uma diligência comum e era à proponente que caberia propiciar-lhe o antecipado e efectivo conhecimento daquela cláusula.

Por outro lado, face à identificação da *ratio* do dever de atempada comunicação, este também não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que esta, no dia da sua celebração, foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo (pontos 7 e 9 dos factos), de que a embargante declarou aceitar o contrato de mútuo dado à execução, com todas as suas condições, obrigando-se ao cumprimento do mesmo (item 10) ou de que *“Assim o disseram e outorgaram depois deste lhes ser lido e de ter sido feita a explicação do seu conteúdo, em voz alta e na presença simultânea de todos”* (item 11).

Com efeito, diferentemente do que sucedeu com os conteúdos do referido contrato de mútuo e seus aditamentos, que foram previamente negociados (ponto 14), não se provou

que a exequente, em relação à questionada cláusula 19ª, tivesse observado para com a embargante os deveres de comunicação e de informação, com os apontados requisitos. Questão cuja pertinência emerge ainda mais realçada se atentarmos na significativa complexidade do clausulado alusivo à “*renúncia ao benefício da excusão prévia*” e à sua elevada repercussão (importância) para a embargante, para quem, sendo uma funcionária administrativa – a crer na própria recorrente –, aquele é apenas mais uma “*frase ininteligível, no meio da “algaraviada” jurídica*”<sup>(18)</sup>.

Mostrando-se, pois, omitido aquele ónus em relação a uma cláusula, fulcral para o negócio aqui em causa e para a pretensão da recorrente, terá a mesma que considerar-se excluída do contrato, pelo que improcede o argumentado no recurso nesta vertente.

## 2. O abuso de direito.

A recorrente sustenta que o comportamento da embargante nos autos constitui abuso de direito por contender com as regras da boa-fé, na medida em que a mesma outorgou a escritura, cujo conteúdo lhe foi, então, lido e explicado, sem que tenha pedido qualquer esclarecimento e sem que tenha, antes ou depois da celebração do contrato, invocado a falta de cumprimento dos deveres de comunicação e de informação, só o tendo feito agora para se eximir às suas obrigações contratuais.

Segundo parece, a recorrente entende que a referida conduta do embargante violaria a expectativa

ou a confiança nela gerada de que o contrato continuaria a ser respeitado. E, realmente, o abuso de direito<sup>(9)</sup>, previsto no art. 334º do CC<sup>(10)</sup>, confronta-se, nomeadamente, com o conceito da boa fé<sup>(11)</sup>: a violação do princípio da confiança revela normalmente um comportamento com que, razoavelmente, não se conta, face à conduta anteriormente assumida e às legítimas expectativas que gerou. Em geral, tem-se entendido que o “*venire contra factum proprium*” consiste no exercício de uma posição jurídica em manifesta contradição com uma conduta anteriormente assumida pelo agente, que suscitou, justificadamente, a confiança da outra parte.

Contudo, a recorrente não tem razão, emergindo como descabida esta invocação do abusivo exercício do direito pela embargante.

Com efeito, o “*factum proprium*” apto a violar a boa-fé ou a confiança da outra parte pressuporia, enquanto facto voluntário, a ciência e a vontade dessa violação. Sucede, porém, que a exequente não provou ter propiciado à embargante o efectivo conhecimento da discutida cláusula. Ora, no contexto, assim configurado, do incumprimento dos deveres de comunicação e de informação que sobre ela impendiam, não podem ser avocados os (inverificados) pressupostos cognitivos da liberdade de contratar por parte da embargante, que integrariam, simultaneamente, o elemento subjectivo da putativa violação da confiança.

Por consequência, não podendo ser subjectivamente imputado à em-

bargante o alegado comportamento anterior, ou a referida conduta voluntária, fica arredada, desde logo, a invocada violação da expectativa ou confiança supostamente gerada na recorrente <sup>(12)</sup>.

Portanto, improcede também esta pretensão recursiva.

“Síntese conclusiva:

1. É aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais ao clausulado inserido no corpo contratual individualizado cujo conteúdo, previamente elaborado, o destinatário não pode influenciar.

2. O cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5º e 6º da LCCG – cuja prova onera o predisponente – convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efectivo presuppõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecipado e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação.

3. Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade

(maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração.

4. É certo que as exigências especiais da promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente comunicação, que oneram o predisponente, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação – com intensidade e grau dependentes da importância do contrato, da extensão e da complexidade (maior ou menor) das cláusulas e do nível de instrução ou conhecimento daquele –, de quem se espera um comportamento leal e correcto, nomeadamente pedindo esclarecimentos, depois de materializado que seja o seu efectivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas.

5. Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo, até para que o mesmo possa

exercitar aquele seu dever de diligência, nos apontados termos. Uma tal concepção conduziria à inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente.

6. No caso em apreço, apenas no circunstancialismo da subscrição ou outorga do contrato foram dadas a conhecer à aderente a cláusula contratual geral em discussão, quando, por tudo o exposto, a mesma não teria, para o efeito, de desenvolver mais do que uma diligência comum e era à proponente que caberia propiciar-lhe o antecipado e efectivo conhecimento daquela cláusula.

7. Por outro lado, o dever de atempada comunicação, face à sua identificada *ratio*, também não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo, questão cuja pertinência mais se realça atentando na significativa complexidade do clausulado alusivo à “*renúncia ao benefício da excussão prévia*” e à sua elevada repercussão (importância) para a embargante, para quem, sendo uma funcionária administrativa, aquela é uma expressão de alcance jurídico dificilmente inteligível.

8. O “*factum proprium*” apto a violar a boa-fé ou a confiança da recorrente e a constituir o aqui invocado exercício abusivo do direito pela embargante pressuporia, enquanto *facto voluntário*, a ciência e a vontade dessa violação. Ora, no caso, a exequente não provou ter propiciado à embar-

gante o efectivo conhecimento da discutida cláusula, pelo que, no contexto, assim configurado, do incumprimento dos deveres de comunicação e de informação que sobre ela impendiam, não podem ser avocados os (inverificados) pressupostos cognitivos da liberdade de contratar por parte da embargante, que integrariam, simultaneamente, o elemento subjectivo da putativa violação da confiança.

9. Por consequência, não podendo ser subjectivamente imputado à embargante o alegado comportamento anterior, ou a referida conduta voluntária, fica arredada a invocada violação da expectativa ou confiança supostamente gerada na recorrente.

“**Decisão:**”

Pelo exposto, acorda-se em negar a revista, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 13 Setembro de 2016

Alexandre Reis (Relator)

Sebastião Póvoas

Paulo Sá

[1] Que foi introduzido pelo legislador através do DL 249/99 de 7/7 com o propósito expresso de conformar o regime das cláusulas contratuais gerais – até então, com um campo de aplicação material circunscrito às cláusulas destinadas a serem utilizadas por sujeitos indeterminados – à Directiva Comunitária n. 93/13/CEE, de modo a obter um sentido mais favorável aos consumidores, alargando a protecção que lhes era conferida por esse regime (cf. preâmbulo do diploma).

[2] Assim entendeu, para uma situação semelhante, o Ac. deste STJ de 9/7/2015 (p. 1728/12.8.TBBRR-A.L1.S1-

-Ana Paula Boularot): “Os deveres de comunicação e de informação decorrentes da LCCG, abrangem as cláusulas das quais resultam obrigações para o fiador, sendo irrelevante que as mesmas tenham como destinatário principal e originário o devedor principal (aqui os mutuários), cfr neste sentido Fernando Gravato de Moraes, in *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina 2007, pág.s 143 a 145 onde cita Januário Gomes no sentido de que “as razões que estão na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente transponíveis para a fiança acoplada a tais contratos”.

[3] Cf., por todos, o Ac. deste STJ de 8/7/2003 (p. 03A1832-Araújo de Barros).

[4] Tais deveres já resultariam, genericamente, do art. 227º n. 1 do CC. Com efeito, a comunicação, na íntegra, dos projectos negociais é, no fundo, uma elementar imposição do princípio da boa-fé contratual.

[5] Foi o que ponderou, mais detalhadamente, o anterior Ac. desta Secção de 2/12/2013 (p. 306/10.0.TCGMR.G1.S1-Clara Sottomayor):

“O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais constitui um regime especial tutelador, em face do direito comum dos contratos que continua centralizado nos princípios da liberdade e da auto-responsabilidade, presumindo a igualdade entre os sujeitos.

Este regime especial visa conter os efeitos disfuncionais da liberdade contratual e proteger determinada categoria de sujeitos, os aderentes, os quais se encontram integrados em formas estruturais que geram situações de poder a favor de organizações, numa situação que tipicamente os impossibilita de uma autotutela dos seus interesses. Estão, assim, despro-

vidos de qualquer poder negocial em relação à fixação do conteúdo dos contratos que assinam, sem possibilidade de negociar ou de fazer contrapropostas, e sem alternativas à aceitação formal de cláusulas redigidas pela contraparte, que encaram como uma “inevitabilidade” necessária para terem acesso a bens ou serviços essenciais à sua sobrevivência e qualidade de vida.

Dada a disparidade de poder entre as partes do contrato de adesão, assume um papel decisivo a garantia do “modelo de informação” ou “imperativo de transparência”, cuja finalidade é potenciar a formação consciente e ponderada da vontade negocial, parificando posições de disparidade cognitiva, quer quanto ao objecto, quer quanto às condições do contrato [Cf. Joaquim de Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos*, Estudos, Coimbra editora, Coimbra, 2007, p. 49].

Reconhece-se que a liberdade de contratar assenta em pressupostos cognitivos e que a necessidade de transparência e de informação, reportada à fase da formação da vontade, permite combater “a estrutural assimetria informativa entre as partes”, e exige ao profissional “deveres positivos de informação, de acordo com parâmetros quantitativos e qualitativos capazes de afixarem a integralidade, a exactidão e a eficácia de comunicação” [idem, p. 61.]. O princípio da transparência adequa-se, ainda, ao discurso argumentativo próprio do pensamento civilista, pois a sua função é instrumental à autonomia privada, permitindo criar condições para o seu exercício. O objectivo deste modelo é, assim, o de melhorar a qualidade do consentimento do consumidor, e também, corrigir o desequilíbrio das prestações, bem como promover a defesa da justiça interna do contrato [Cf. Pais de Vascon-

celos, Contratos Atípicos, Coimbra, 1995, p. 423.1.”

[6] A necessidade de concessão de “tempo suficiente”, enquanto requisito inerente ao dever de informar, tem sido uniformemente apontada por este Tribunal. Assim, v., p. ex., para além do já citado de 2/12/2013, os Acs. de 2/6/2015 (p. 109/13.0TBMLD.P1.S1– Helder Roque), de 8/4/2010 (P. 3501/06.3TVLSB.C1.S1-Lopes do Rego), de 20/1/2010 (p. 2963/07.6TVLSB.L1.S1 – Alves Velho), de 30/10/2007 (07A303048-Fonseca Ramos), de 12/12/2002 (p. 02A3692-Silva Salazar), de 18/11/1999 (p. 99B869-Ferreira de Almeida) e de 23/10/2008 (p. 08B2977-Salvador da Costa), tendo concluído este último: “As cláusulas contratuais gerais..., inseridas em propostas de contratos singulares, devem ser comunicadas na íntegra e de modo adequado e com a antecedência necessária aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las, incluem-se nos contratos por via da aceitação, e o ónus de prova daquela comunicação incumbe ao contraente predisponente.”

[7] (P. 06A818-Sebastião Póvoas). Vem aqui também a muito a propósito evocar o voto de vencido que o Cons. Júlio Gomes apôs no já citado Ac. de 9/7/2015, em termos muito impressivos: “Os deveres de comunicação e de informação não se reduzem, estamos em crer, a um dever de prestar esclarecimentos se os mesmos forem solicitados (que corresponde apenas a uma faceta do dever de informação prevista no n. 2 do artigo 6º). Aliás sem essa comunicação prévia o leigo muitas vezes nem sequer sentirá necessidade de pedir mais esclarecimentos. Um exemplo: a exclusão do benefício da excussão prévia. Para um leigo – mormente com a 4ª classe como a Autora – é apenas mais

uma frase ininteligível, no meio da “algarviada” jurídica. Em suma, o leigo muitas vezes não sabe sequer o suficiente para se aperceber das cláusulas ou de todas as cláusulas que lhe são prejudiciais. Acresce que o momento da escritura não é, na realidade o adequado para pedir grandes esclarecimentos. Não o é pela pressão social – se a Autora falasse e questionasse muito punha em risco a realização da escritura de que os devedores necessitavam – e porque é delicado nesse momento colocar os cenários do incumprimento em cima da mesa.”

[8] Para usar, com a devida vénia, a expressão tirada do extracto citado na nota anterior.

[9] “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. “O abuso do direito abrange o exercício de qualquer direito por forma anormal, quando à intensidade ou à sua execução de modo a poder comprometer o gozo dos direitos de terceiros e a criar uma desproporção objectiva entre a utilidade do exercício do direito, por parte do seu titular, e as consequências que outros têm que suportar” (Ac. do STJ de 24/2/1999, BMJ 484º-246).

[10] O nosso código adopta a concepção objectiva de abuso de direito, a qual, desligando-se da intenção ou da atitude psicológica do titular do direito, dá relevância ao alcance objectivo da sua conduta, de acordo com o critério da consciência pública. “Não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito; basta que se excedam esses limites” (P.Lima e A.Varela, CC Anot., 4ª ed. Vol. I, p. 298).

[11] Como já dissemos, também aqui, apenas relevará o alcance objectivo da conduta censurada pela recorrente, de acordo com o critério da consciência pública. A boa-fé pode ser vista como um estado de espírito que se exprime pelo convencimento da ignorância da ilicitude de certo comportamento ou como exigindo que as pessoas devem ter um comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros. “(...) a doutrina moderna, sobretudo a alemã, tem elaborado, com base na jurisprudência dos tribunais, uma série de “hipóteses típicas” ou “figuras sintomáticas” concretizadoras da cláusula geral da boa fé” (v. Jorge Coutinho de Abreu, *Do Abuso do Direito*, p. 59 e 60). Heinrich E. Horster (*A Parte Geral do CC Português*, pp 284 e ss) destaca como algumas dessas hipóteses: “O “venire contra factum proprium” (ou comportamento contraditório), onde foi adoptado pelo titular do direito um comportamento positivo no

sentido de não querer exercer o mesmo, tendo esta atitude como consequências as correspondentes disposições da outra parte...”; “a perda do direito (“Verwirkung”); correspondendo, aproximadamente, à caducidade, quando o titular do direito não invoca o mesmo durante bastante tempo; “a exigência injustificada...”; “um comportamento desleal...”; “a inobservância dos princípios gerais das obrigações...”.

[12] Em sentido idêntico, o já citado Ac. desta Secção de 2/12/2013: “A mudança de atitude do sujeito viola a confiança gerada, na contraparte, pelo comportamento anterior, quando não tem nenhum factor que a justifique [Cf. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005, p. 275.]. Ora, sendo o factum proprium um facto voluntário, ao qual se aplicam as disposições respeitantes às declarações de vontade, deve entender-se que um factum proprium, que foi praticado num contexto de falta de liberdade negocial e de falta de informação.

## ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

22 de setembro de 2016 (\*)

“Reenvio prejudicial – Diretiva 2000/13/CE – Rotulagem e apresentação dos géneros alimentícios – Artigo 1º, n. 3, alínea b) – Conceito de ‘género alimentício pré-embalado’ – Artigo 2º – Informação e proteção dos consumidores – Artigo 3º, n. 1, ponto 8 – Local de origem ou de proveniência de um género alimentício – Artigo 13º, n. 1 – Rotulagem de géneros

alimentícios pré-embalados – Artigo 13º, n. 4 – Embalagens ou recipientes cuja face maior tenha uma superfície inferior a 10 cm2 – Diretiva 2001/110/CE – Artigo 2º, ponto 4 – Indicação do país ou dos países de origem do mel – Doses individuais acondicionadas em caixas de papelão coletivas fornecidas a coletividades – Doses individuais vendidas separadamente ou disponibilizadas ao consumidor final no âmbito da composição de refeições preparadas vendidas a preço fixo – Menção do país ou dos países de origem desse mel”

No processo C-113/15, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo Superior do *Land* da Baviera, Alemanha), por decisão de 11 de fevereiro de 2015, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 6 de março de 2015, no processo

**Breitsamer und Ulrich GmbH & Co. KG**

contra

**Landeshauptstadt München,**

sendo intervenientes:

**Landesanwaltschaft Bayern,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente de secção, D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan (relator) e M. Vilaras, juízes,

advogado-geral: E. Sharpston,

secretário: K. Malacek, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 28 de janeiro de 2016,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Breitsamer und Ulrich GmbH & Co. KG, por M. Kraus, Rechtsanwalt,

– em representação da Landeshauptstadt München, por S. Groth e K. Eichhorn, na qualidade de agentes,

– em representação do Landesanwaltschaft Bayern, por R. Käß, Oberlandesanwalt,

– em representação da Comissão Europeia, por S. Grünheid, K. Her-

bout-Borczak e K. Skelly, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 5 de abril de 2016,

profere o presente

### **Acórdão**

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios (JO 2000, L 109, p. 29), e do artigo 2º, n. 2, alínea e), do Regulamento (UE) n. 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os géneros alimentícios, que altera os Regulamentos (CE) n. 1924/2006 e (CE) n. 1925/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 87/250/CEE da Comissão, 90/496/CEE do Conselho, 1999/10/CE da Comissão, 2000/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 2002/67/CE e 2008/5/CE da Comissão e o Regulamento (CE) n. 608/2004 da Comissão (JO 2011, L 304, p. 18).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Breitsamer und Ulrich GmbH & Co. KG à Landeshauptstadt München (cidade de Munique, Alemanha) a respeito da obrigação de mencionar, em cada uma das doses individuais de mel acondicionadas em caixas de



papelão coletivas fornecidas a coletividades, o país de origem desse mel nos casos em que as referidas doses são vendidas separadamente ou são disponibilizadas ao consumidor final no âmbito da composição de refeições preparadas vendidas a preço fixo.

### **Quadro jurídico**

*Direito da União*

Diretiva 2000/13

3 Nos termos dos considerandos 4 a 6, 8, 14 e 15 da Diretiva 2000/13:

“(4) O objeto da presente diretiva [é] estabelecer normas comunitárias, de natureza geral e horizontal, aplicáveis ao conjunto dos géneros alimentícios colocados no mercado.

(5) Em contrapartida, as normas de natureza especial e vertical, que têm por objeto determinados géneros alimentícios, devem ser adotadas no âmbito do regime desses produtos.

(6) Qualquer recomendação relativa à rotulagem dos géneros alimentícios deve ter como imperativo principal a necessidade de informação e proteção dos consumidores.

[...]

(8) A rotulagem pormenorizada relativa à natureza exata e às características do produto, que permite ao consumidor efetuar a sua escolha com pleno conhecimento, é a mais adequada, na medida em que cria menor número de obstáculos à liberdade de comércio.

[...]

(14) As normas de rotulagem, devem igualmente proibir informações que induzam em erro o comprador ou que atribuam virtudes

medicinais aos géneros alimentícios. Para ser eficaz, esta proibição deve ser extensiva à apresentação dos géneros alimentícios e à respetiva publicidade.

(15) No intuito de facilitar o comércio entre os Estados-Membros, pode ser previsto que, no estado anterior à venda ao consumidor final, apenas figurem na embalagem exterior as informações sobre os elementos essenciais e que certas menções obrigatórias que devam acompanhar um género alimentício pré-embalado figurem apenas nos documentos comerciais a ele referentes.”

4 O artigo 1º desta diretiva enunciava:

“1. A presente diretiva diz respeito à rotulagem dos géneros alimentícios destinados a serem fornecidos diretamente ao consumidor final, bem como a certos aspetos relacionados com a sua apresentação e respetiva publicidade.

2. A presente diretiva aplica-se ainda aos géneros alimentícios destinados a ser fornecidos a restaurantes, hospitais, cantinas e outras coletividades similares, adiante denominadas ‘coletividades’.

3. Para efeitos do disposto na presente diretiva, entende-se por:

a) ‘Rotulagem’: as menções, indicações, marcas de fabrico ou de comércio, imagens ou símbolos referentes a um género alimentício e que figurem em qualquer embalagem, documento, aviso, rótulo, anel ou gargantilha que acompanhe ou seja referente a este género alimentício;

b) ‘Género alimentício pré-embalado’: unidade de venda destinada a

ser apresentada como tal ao consumidor final e às coletividades, constituída por um género alimentício e pela embalagem em que foi acondicionado, antes de ser apresentado para venda, quer a embalagem o cubra na totalidade ou parcialmente, mas de tal modo que o conteúdo não possa ser alterado sem que a embalagem seja aberta ou alterada.”

5 O artigo 2º, n. 1, alínea a), i), da referida diretiva previa:

“A rotulagem e as modalidades em que é realizada não podem:

a) Ser de natureza a induzir em erro o comprador, nomeadamente:

i) no que respeita às características do género alimentício e, em especial, no que se refere à natureza, identidade, qualidades, composição, quantidade, durabilidade, origem ou proveniência, modo de fabrico ou de obtenção”.

6 O artigo 3º, n. 1, ponto 8, da mesma diretiva dispunha:

“A rotulagem dos géneros alimentícios incluirá, nas condições e sem prejuízo das derrogações previstas nos artigos 4º a 17º, unicamente as seguintes indicações obrigatórias:

[...]

8) O local de origem ou de proveniência, quando a omissão desta indicação for suscetível de induzir em erro o consumidor quanto à origem ou [à] proveniência real do género alimentício.”

7 O artigo 4º, n. 2, da Diretiva 2000/13 tinha a seguinte redação:

“As disposições comunitárias aplicáveis a determinados géneros alimentícios e não aos géneros alimentícios em geral podem prever outras

indicações obrigatórias para além das enumeradas no artigo 3º

[...]”

8 O artigo 8º, n. 2, alínea c), desta diretiva enunciava:

“Quando uma pré-embalagem for constituída por duas ou várias pré-embalagens individuais contendo a mesma quantidade do mesmo produto, a indicação da quantidade líquida será dada pela menção da quantidade líquida contida em cada embalagem individual e do seu número total. Estas indicações não serão, contudo, obrigatórias quando se puder ver claramente e contar facilmente, do exterior, o número total de embalagens individuais e quando se puder ver claramente do exterior uma indicação, pelo menos, da quantidade líquida contida em cada embalagem individual.”

9 O artigo 13º, nºs 1 e 4, da referida diretiva previa:

“1. a) Quando os géneros alimentícios estiverem pré-embalados, as indicações previstas no artigo 3º e no n. 2 do artigo 4º figurarão na pré-embalagem ou num rótulo adjunto.

b) Em derrogação da alínea a) e sem prejuízo das disposições comunitárias relativas às quantidades nominais, quando os géneros alimentícios pré-embalados:

– se destinem ao consumidor final, mas sejam comercializados numa fase anterior à da venda ao consumidor e quando essa fase não corresponder à venda a uma coletividade,

– se destinem a ser fornecidos a coletividades para aí serem preparados ou transformados, fracionados ou

cortados, as indicações previstas no artigo 3º e no n. 2 do artigo 4º podem figurar apenas nos documentos comerciais referentes a esses géneros, se se puder garantir que os documentos contêm todas as informações de rotulagem, quer acompanhem os géneros alimentícios a que dizem respeito quer sejam enviados antes ou durante o fornecimento.

c) Nos casos a que se refere a alínea b), as indicações previstas no n. 1, pontos 1, 5, e 7, do artigo 3º, bem como, eventualmente, a indicação prevista no artigo 10º, constarão igualmente da embalagem exterior em que os géneros alimentícios são apresentados aquando da comercialização.

[...]

4. No caso das garrafas em vidro destinadas a ser reutilizadas que estejam marcadas de modo indelével e que, por esse facto, não exibam rótulo, nem anel nem gargantilha, bem como no caso das embalagens ou recipientes cuja face maior tenha uma superfície inferior a 10 cm<sup>2</sup>, só são obrigatórias as indicações enumeradas no n. 1, pontos 1, 4 e 5, do artigo 3º

[...]"

10 O artigo 14º da mesma diretiva dispunha:

"Os Estados-Membros podem decidir das modalidades de acordo com as quais as indicações previstas no artigo 3º e no n. 2 do artigo 4º serão indicadas, no caso de géneros alimentícios apresentados para venda ao consumidor final e às coletividades sem pré-embalagem ou para os géneros alimentícios embalados nos pontos de venda, a pedido do com-

prador, ou pré-embalados para venda imediata.

Podem não tornar obrigatórias estas indicações ou algumas delas, com a condição de que seja assegurada a informação do comprador."

11 Em conformidade com o disposto no artigo 53º, n. 1, do Regulamento n. 1169/2011, a Diretiva 2000/13 foi revogada com efeitos a partir de 13 de dezembro de 2014.

Diretiva 2001/110/CE

12 Nos termos do considerado 5 da Diretiva 2001/110/CE do Conselho, de 20 de dezembro de 2001, relativa ao mel (JO 2002, L 10, p. 47):

"São aplicáveis as regras gerais de rotulagem dos géneros alimentícios previstas na Diretiva [2000/13] sob reserva de determinadas condições. Atendendo à estreita relação entre a qualidade do mel e a sua origem, é indispensável assegurar toda a informação sobre estas questões, a fim de evitar induzir o consumidor em erro sobre a qualidade do produto. Os interesses específicos dos consumidores em relação às características geográficas do mel e a total transparência a esse respeito exigem que se inclua na rotulagem o país de origem em que foi colhido o mel."

13 O artigo 1º da Diretiva 2001/110 enuncia:

"A presente diretiva aplica-se aos produtos definidos no anexo I. Esses produtos devem obedecer aos critérios descritos no anexo II."

14 O artigo 2º desta diretiva prevê:

"A Diretiva [2000/13] é aplicável aos produtos definidos no anexo I, sob as seguintes condições:

1) O termo ‘mel’ será aplicado apenas ao produto definido no ponto 1 do anexo I e deve ser utilizado no comércio para designar esse produto.

[...]

4) a) Dever-se-á indicar na rotulagem o país ou países de origem em que o mel foi colhido.

Contudo, caso o mel seja originário de um ou vários Estados-Membros ou países terceiros, essa indicação poderá ser substituída por uma das seguintes indicações, consoante o caso:

- ‘mistura de méis CE’;
- ‘mistura de méis não CE’;
- ‘mistura de méis CE e não CE’.

b) Para efeitos do disposto na Diretiva [2000/13], nomeadamente nos seus artigos 13º, 14º, 16º e 17º, as menções a indicar nos termos da alínea a) serão consideradas indicações nos termos do artigo 3º da referida diretiva.”

15 O anexo I da Diretiva 2001/110 intitula-se “Denominações e definições dos produtos”.

#### *Direito alemão*

Regulamento relativo ao mel

16 O § 3, n.ºs 4 e 5, do Honigverordnung (Regulamento relativo ao mel), de 16 de janeiro de 2004 (BGBl. 2004 I, p. 92), na sua versão aplicável à data dos factos no processo principal (a seguir “regulamento relativo ao mel”), enuncia:

“(4) Para além das indicações exigidas [pelo Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung (Regulamento relativo à rotulagem de géneros alimentícios), de 15 de dezembro de 1999 (BGBl. 1999 I, p. 2464, a seguir ‘regulamento relativo à rotulagem de

géneros alimentícios’)], os rótulos dos produtos enunciados no anexo I devem conter as seguintes indicações, apostas em conformidade com o disposto no n. 5:

1. O país ou os países de origem onde o mel foi extraído; caso o mel seja originário de mais de um país, essa indicação poderá ser substituída por uma das seguintes indicações, consoante o caso:

- a) ‘mistura de méis CE’;
  - b) ‘mistura de méis não CE’;
  - c) ‘mistura de méis CE e não CE’;
- [...]

(5) [...] Por outro lado, no que respeita às modalidades de rotulagem nos termos do n. 4, aplicam-se *mutatis mutandis* as disposições do § 3, n. 3, primeiro e segundo períodos e primeira parte do terceiro período, bem como o n. 4, do regulamento relativo à rotulagem de géneros alimentícios.”

17 O § 4, n. 3, do regulamento relativo ao mel proíbe a comercialização de qualquer produto do qual não conste a menção obrigatória imposta pelo § 3, n. 4, deste regulamento.

Regulamento relativo à rotulagem de géneros alimentícios

18 O § 1, n. 1, do regulamento relativo à rotulagem de géneros alimentícios enuncia:

“O presente regulamento tem por objeto a rotulagem de géneros alimentícios embalados em pré-embalagens na aceção do § 42, n. 1, da [Gesetz über das Inverkehrbringen und die Bereitstellung von Messgeräten auf dem Markt, ihre Verwendung und Eichung sowie über Fertigpackungen (Lei relativa à colocação no mercado

e à disponibilização no mercado de instrumentos de medição, à sua utilização e à sua aferição, bem como às pré-embalagens), de 25 de julho de 2013 (BGBl. 2013 I, p. 2722)], quando estas embalagens se destinem a ser apresentadas ao consumidor [§ 3, n. 4, do Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (Código sobre os géneros alimentícios e os géneros destinados à alimentação animal)]. São equiparados a um consumidor os restaurantes, os estabelecimentos de restauração coletiva e as empresas, quando compreem géneros alimentícios destinados a serem consumidos no interior do seu estabelecimento.”

19 O § 3, n.ºs 3 e 4, deste regulamento prevê:

“(3) As indicações previstas no n. 1 são inscritas em língua alemã na pré-embalagem ou num rótulo aposito sobre esta, num local visível e devem ser facilmente compreensíveis, claramente legíveis e indelévels. As indicações previstas no n. 1 também podem ser fornecidas noutra língua facilmente compreensível desde que isso não restrinja a informação prestada ao consumidor. Não podem ser escondidas ou separadas por outras indicações ou elementos gráficos; devem ser inscritas no mesmo campo de visão as indicações previstas no n. 1, pontos 1, 4 e 5, e as indicações das quantidades previstas no § 43, n. 1, da Lei relativa à colocação no mercado e à disponibilização no mercado de instrumentos de medição, à sua utilização e à sua aferição, bem como às pré-embalagens.

(4) Em derrogação ao previsto no n. 3,

1. as indicações previstas no n. 1 relativas

a) a refeições preparadas individualmente e prontas a serem consumidas que se destinam a ser fornecidas a estabelecimentos de restauração coletiva para serem consumidas no local,

b) a pré-embalagens destinadas a serem comercializadas sob o nome de um vendedor ou de uma denominação social de um vendedor estabelecido num Estado-Membro da União Europeia ou noutra Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, aquando do fornecimento a este,

c) a géneros alimentícios pré-embalados destinados a serem fornecidos ao consumidor na aceção do § 1, n. 1, segundo período, para aí serem preparados, transformados, fracionados ou cortados, [...]

[...]

podem figurar nos documentos comerciais que se referem a estes géneros alimentícios, quando esteja assegurado que estes documentos comportam todas as menções de rotulagem que acompanham os géneros alimentícios aos quais se referem ou quando sejam enviados antes do seu fornecimento ou em simultâneo com este. No caso do ponto 1, alíneas b) e c), as indicações mencionadas no n. 1, pontos 1, 2 e 4, são igualmente inscritas na embalagem exterior dos géneros alimentícios. No caso do n. 2, ponto 3, as indicações previstas no n. 1, pontos 1 e 4, não devem figurar na mesma janela da embalagem.”

Lei relativa à colocação no mercado e à disponibilização no mercado

de instrumentos de medição, à sua utilização e à sua aferição, bem como às pré-embalagens

20 Nos termos do § 42, n. 1, da Lei relativa à colocação no mercado e à disponibilização no mercado de instrumentos de medição, à sua utilização e à sua aferição, bem como às pré-embalagens, entende-se por “pré-embalagem” as embalagens de qualquer tipo, nas quais os produtos são acondicionados sem que o comprador esteja presente e que são fechadas sem que o comprador esteja presente, não podendo a quantidade dos produtos nelas contidos ser alterada sem abrir ou alterar ostensivamente a embalagem.

### **Litígio no processo principal e questões prejudiciais**

21 A Breitsamer und Ulrich, empresa ativa na União no âmbito da produção e do acondicionamento de mel, comercializa nomeadamente um género alimentício denominado “Breitsamer Imkergold” (a seguir “mel em causa”). Trata-se de um mel de mesmo tipo acondicionado em 120 doses individuais de 20 gramas, que são apresentadas sob a forma de porções individuais fechadas por uma tampa de alumínio selada (a seguir “doses individuais de mel em causa”). Estas 120 doses são colocadas numa caixa de papelão coletiva, fechada por esta empresa, e são vendidas sob esta forma às coletividades.

22 Nessa caixa de papelão coletiva são apostas as menções obrigatórias relativas a este género alimentício que estão previstas nas Diretivas 2000/13 e 2001/110, nomeadamente

o país de origem do mel. As doses individuais de mel em causa não comportam essa menção do país de origem do mel.

23 Em 30 de outubro de 2012, a cidade de Munique aplicou ao gerente da Breitsamer und Ulrich uma coima por infração às obrigações legais de rotulagem previstas no regulamento relativo ao mel por considerar que, durante o primeiro semestre de 2011, esta empresa tinha comercializado mel em doses individuais que não continham a menção do país de origem desse mel.

24 Em 5 de novembro de 2012, a Breitsamer und Ulrich intentou uma ação declarativa no Verwaltungsgericht München (Tribunal Administrativo de Munique, Alemanha) na qual pediu que fosse constatado que não violou o regulamento relativo ao mel por não ter indicado, em cada uma das doses individuais de mel em causa, o país de origem desse mel. Por decisão de 25 de setembro de 2013, esse órgão jurisdicional julgou a referida ação improcedente.

25 A Breitsamer und Ulrich interpôs recurso desta decisão no Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo Superior do *Land* da Baviera, Alemanha) tendo alegado que as doses individuais de mel em causa não constituem “géneros alimentícios pré-embalados”, na aceção do regulamento relativo à rotulagem de géneros alimentícios, na sua versão aplicável à data dos factos no processo principal. Com efeito, não estão em causa unidades de venda uma vez que estas doses são fornecidas em caixas de papelão coletivas a

coletividades que não vendem as referidas doses individuais.

26 A Breitsamer und Ulrich também fez referência a um documento intitulado “Perguntas e respostas sobre a aplicação do Regulamento (UE) n. 1169/2011 relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os géneros alimentícios”, de 31 de janeiro de 2013, elaborado por um grupo de trabalho constituído pela Direção-Geral da Saúde e dos Consumidores da Comissão Europeia e composto por peritos dos Estados-Membros (a seguir “documento do grupo de peritos”). De acordo com o ponto 2.1.3 deste documento, publicado no sítio Internet da Comissão, “[t]endo em consideração as diferentes formas de fornecer alimentos ao consumidor final nos estabelecimentos de restauração coletiva, deve salientar-se que as porções individuais (por exemplo, doces de fruta, mel, mostarda) que são apresentadas como parte de uma refeição aos utilizadores dos estabelecimentos de restauração coletiva não devem ser consideradas como unidades de venda. Assim, será suficiente que, nesses casos, as informações alimentares figurem nas embalagens múltiplas”.

27 Por último, a Breitsamer und Ulrich sublinha que a rotulagem das doses individuais de mel produzidas por outras empresas ou provenientes de outros Estados-Membros que não da República Federal da Alemanha não foi objeto de contestação, embora essas doses não contivessem a indicação do país de origem desse mel.

28 O Landesanstalt für Lebensmittelsicherheit und Verbraucherschutz (Ministério Público do *Land* da Ba-

viera, Alemanha), parte no processo principal, sustenta que o direito da União tem por objetivo fornecer ao consumidor a informação mais completa possível sobre os géneros alimentícios que lhe são propostos e que as doses individuais de mel em causa não perdem a sua qualidade de mercadorias “pré-embaladas” pelo facto de serem acondicionadas numa caixa de papelão coletiva fechada.

29 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o mel em causa inclui-se no anexo I do regulamento relativo ao mel, que transpõe para o direito alemão a Diretiva 2001/110.

30 Nestas condições, o Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo Superior do *Land* da Baviera) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“1) As doses individuais de mel acondicionadas numa embalagem que tem os vários elementos do rótulo, incluindo a indicação do país de origem, e que não podem ser vendidas como doses individuais ao consumidor final nem são fornecidas separadamente a estabelecimentos de restauração, constituem um ‘género alimentício pré-embalado’ na aceção do artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13 e do artigo 2º, n. 2, alínea e), do Regulamento n. 1169/2011, sujeito à obrigação de rotulagem, ou tais doses individuais de mel não constituem géneros alimentícios pré-embalados sujeitos a rotulagem, por não serem unidades destinadas a venda?

2) A resposta será diferente se essas doses individuais forem fornecidas em estabelecimentos de restau-

ração não só em refeições pré-confeccionadas pagas globalmente mas também forem aí vendidas à unidade?”

### **Quanto às questões prejudiciais**

31 Com as suas questões, que há que examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13 deve ser interpretado no sentido de que constituem um “género alimentício pré-embalado” cada uma das doses individuais de mel que são apresentadas sob a forma de porções individuais fechadas por uma tampa de alumínio selada e que são acondicionadas em caixas de papelão coletivas fornecidas a coletividades, quando estas últimas vendam essas doses separadamente ou as disponibilizem ao consumidor final no âmbito da composição de refeições preparadas vendidas a preço fixo.

32 A título preliminar, há que salientar que, nos termos das questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, as doses individuais de mel em causa podem ser vendidas separadamente ao consumidor final em coletividades, facto que é contestado pela Breitsamer und Ulrich.

33 A este respeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, as questões relativas à interpretação do direito da União submetidas pelo juiz nacional no quadro regulamentar e factual que este define sob sua responsabilidade, e cuja exatidão não compete ao Tribunal de Justiça verificar, gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre um pedido apresentado por um órgão

jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação solicitada do direito da União não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para responder de forma útil às questões que lhe são submetidas (v. acórdãos de 5 de dezembro de 2006, Cipolla e o., C-94/04 e C-202/04, EU:C:2006:758, n. 25, e de 7 de abril de 2016, KA Finanz, C-483/14, EU:C:2016:205, n. 41).

34 A referida presunção de pertinência não pode ser ilidida pelo simples facto de uma das partes no processo principal contestar determinados factos cuja exatidão não compete ao Tribunal de Justiça verificar e de que depende a definição do objeto do referido litígio (v. acórdãos de 5 de dezembro de 2006, Cipolla e o., C-94/04 e C-202/04, EU:C:2006:758, n. 26, e de 14 de abril de 2016, Polkomtel, C-397/14, EU:C:2016:256, n. 38).

35 No presente caso, a questão de saber se as doses individuais de mel em causa também são vendidas separadamente pertence ao quadro factual do processo principal, que não cabe ao Tribunal de Justiça verificar.

36 Nestas condições, há que responder às questões prejudiciais conforme foram submetidas pelo Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo Superior do Land da Baviera). Assim, e no que respeita ao Regulamento n. 1169/2011, o Tribunal de Justiça não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para responder de forma útil,



à luz deste regulamento, às questões que lhe são submetidas.

37 Nos termos do artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13, por “género alimentício pré-embalado”, na aceção desta diretiva, entende-se a unidade de venda destinada a ser apresentada como tal ao consumidor final e às coletividades, constituída por um género alimentício e pela embalagem em que foi acondicionado, antes de ser apresentado para venda, quer a embalagem o cubra na totalidade ou parcialmente, mas de tal modo que o conteúdo não possa ser alterado sem que a embalagem seja aberta ou alterada.

38 Nos termos do artigo 13º, n. 1, alínea a), desta diretiva, quando os géneros alimentícios estiverem pré-embalados, as indicações previstas no artigo 3º e no artigo 4º, n. 2, da referida diretiva figurarão na pré-embalagem ou num rótulo adjunto.

39 A este respeito, o artigo 3º, n. 1, ponto 8, da mesma diretiva dispõe que de entre estas menções figura o local de origem ou de proveniência, quando a omissão desta indicação for suscetível de induzir em erro o consumidor quanto à origem ou proveniência real do género alimentício.

40 Nos termos dos considerandos 4 e 5 da Diretiva 2000/13, esta última tem por objeto estabelecer normas de natureza geral e horizontal, aplicáveis ao conjunto dos géneros alimentícios colocados no mercado, ao passo que as normas de natureza especial e vertical, que têm por objeto determinados géneros alimentícios, devem ser adotadas no âmbito do regime desses produtos.

41 Há que constatar que a Diretiva 2001/110 estabelece regras de natureza especial no que respeita ao mel. Com efeito, em conformidade com o disposto no seu artigo 1º, esta diretiva aplica-se aos produtos definidos no anexo I da mesma. No presente caso, é facto assente que o mel em causa constitui semelhante produto.

42 Ora, o artigo 2º, primeiro período, da Diretiva 2001/110 dispõe que a Diretiva 2000/13 se aplica aos produtos definidos no anexo I desta primeira diretiva, sob reserva de determinadas condições. Quanto ao artigo 2º, ponto 4, alínea a), da Diretiva 2001/110, este prevê, em substância, que, para efeitos da Diretiva 2000/13 e nomeadamente dos seus artigos 13º e 14º, a menção da origem do mel é considerada uma indicação na aceção do artigo 3º desta última diretiva.

43 Estas disposições são explicitadas pelo considerando 5 da Diretiva 2001/110, que enuncia que “[s]ão aplicáveis as regras gerais de rotulagem dos géneros alimentícios previstas na Diretiva [2000/13] sob reserva de determinadas condições. Atendendo à estreita relação entre a qualidade do mel e a sua origem, é indispensável assegurar toda a informação sobre estas questões, a fim de evitar induzir o consumidor em erro sobre a qualidade do produto. Os interesses específicos dos consumidores em relação às características geográficas do mel e a total transparência a esse respeito exigem que se inclua na rotulagem o país de origem em que foi colhido o mel”.

44 Resulta assim da combinação destas duas diretivas que, tratando-se de um produto abrangido pelo âmbi-

to de aplicação da Diretiva 2001/110, a menção do país de origem do mel deve obrigatoriamente figurar na pré-embalagem ou num rótulo adjunto quando a omissão desta menção seja sempre suscetível de induzir o consumidor em erro quanto à origem ou à proveniência real deste mel, na aceção do artigo 3º, n. 1, ponto 8, da Diretiva 2000/13.

45 Por outro lado, o artigo 1º, n. 2, desta última diretiva precisa que esta também se aplica aos géneros alimentícios destinados a serem fornecidos a restaurantes, a hospitais, a cantinas e a outras coletividades similares, denominadas “coletividades”. No presente caso, conforme resulta da decisão de reenvio, as doses individuais de mel em causa, acondicionadas em caixas de papelão coletivas, foram fornecidas a tais coletividades.

46 No entanto, há que verificar se as derrogações previstas, respetivamente, no artigo 13º, n. 1, alínea b), e no artigo 14º da Diretiva 2000/13 não são aplicáveis a circunstâncias como as do processo principal.

47 No que respeita, em primeiro lugar, ao artigo 13º, n. 1, alínea b), primeiro e segundo travessões, desta diretiva, este prevê que, por um lado, quando os géneros alimentícios pré-embalados se destinem ao consumidor final, mas sejam comercializados numa fase anterior à da venda ao consumidor e quando essa fase não corresponder à venda a uma coletividade, e, por outro, quando os géneros alimentícios pré-embalados se destinem a ser fornecidos a coletividades para aí serem preparados ou transformados, fracionados ou cortados, as

menções previstas no artigo 3º e no artigo 4º, n. 2, da mesma diretiva podem figurar apenas nos documentos comerciais referentes a esses géneros, se se puder garantir que os documentos contêm todas as informações de rotulagem, quer acompanhem os géneros alimentícios a que dizem respeito quer sejam enviados antes ou durante o fornecimento.

48 No entanto, há que constatar que estas disposições não se aplicam a circunstâncias como as do processo principal. Com efeito, conforme resulta da decisão de reenvio, as doses individuais de mel em causa apresentam-se sob a forma de porções individuais fechadas por uma tampa de alumínio selada pela Breitsamer und Ulrich, que são disponibilizadas neste estado ao consumidor final pela coletividade à qual foram fornecidas.

49 Assim, por um lado, se essas doses destinadas ao consumidor final são comercializadas numa fase anterior à venda a este, as referidas doses são vendidas a coletividades, contrariamente à hipótese visada no artigo 13º, n. 1, alínea b), primeiro travessão, da Diretiva 2000/13. Por outro, o mel em causa não é preparado, transformado, fracionado ou cortado por essas coletividades, na aceção do artigo 13º, n. 1, alínea b), segundo travessão, desta diretiva.

50 Em segundo lugar, no que respeita ao artigo 14º da Diretiva 2000/13, este enuncia que os Estados-Membros podem decidir das modalidades de acordo com as quais as indicações previstas no artigo 3º e no n. 2 do artigo 4º serão indicadas, no caso de géneros alimentícios apre-

sentados para venda ao consumidor final e às coletividades sem pré-embalagem ou para os géneros alimentícios embalados nos pontos de venda, a pedido do comprador, ou pré-embalados para venda imediata e podem não tornar obrigatórias estas indicações ou algumas delas, com a condição de que seja assegurada a informação do comprador.

51 No presente caso, é facto assente que as doses individuais de mel em causa não são embaladas nos locais de venda a pedido do comprador ou pré-embaladas para a sua venda imediata, pelo que as situações visadas neste artigo 14º não são pertinentes.

52 Por conseguinte, atendendo à situação visada no artigo 13º, n. 1, alínea a), da Diretiva 2000/13, a obrigação de rotular doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal, e assim de nelas apor a menção do ou dos países de origem desse mel, em conformidade com o artigo 2º, ponto 4, alínea a), da Diretiva 2001/110, depende da questão de saber se estas doses devem ser consideradas “géneros alimentícios pré-embalados”, na aceção do artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13.

53 A este respeito, resulta do artigo 8º, n. 2, alínea c), da Diretiva 2000/13 que uma pré-embalagem pode ser constituída por duas ou várias embalagens individuais. Deste modo, o mero facto de as caixas de papelão coletivas nas quais estão acondicionadas as doses individuais de mel em causa poderem elas próprias ser qualificadas de pré-embalagens não pode significar que essas

doses individuais não podem ser “géneros alimentícios pré-embalados”, na aceção do artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13.

54 No presente caso, doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal preenchem várias das condições impostas pelo artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13 para serem qualificadas de “géneros alimentícios pré-embalados”, na aceção desta disposição.

55 Com efeito, conforme decorre dos elementos factuais que figuram no n. 48 do presente acórdão, por um lado, as doses individuais de mel em causa destinam-se a ser apresentadas nesse estado ao consumidor final após a abertura da caixa de papelão coletiva pela coletividade à qual esta caixa foi fornecida e, por outro, essas doses foram acondicionadas antes da sua apresentação para venda e a sua embalagem cobre-as na totalidade, de tal modo que o conteúdo não pode ser alterado sem que a embalagem seja aberta ou alterada.

56 No entanto, há que salientar que existem divergências entre as diferentes versões linguísticas do artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13.

57 Assim, as versões em língua inglesa (“any single item”) e em língua polaca [“každ(a) pojedyncz(a) sztuk(a)”) utilizam, nomeadamente, termos que se referem a um único elemento, sem outro qualificativo. Em contrapartida, outras versões linguísticas da mesma disposição, como as versões em língua espanhola (“la unidad de venta”), em língua alemã (“die Verkaufseinheit”) ou em língua francesa (“l’unité de vente”), tam-

bém visam um único elemento, mas referem-se igualmente ao conceito de “venda”.

58 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a redação utilizada numa das versões linguísticas de uma disposição do direito da União não pode servir de base única à interpretação dessa disposição e não lhe pode ser atribuído carácter prioritário em relação às outras versões linguísticas. As disposições do direito da União devem, com efeito, ser interpretadas e aplicadas de maneira uniforme, à luz das versões redigidas em todas as línguas da União. Em caso de divergência entre as diferentes versões linguísticas de um texto de direito da União, a disposição em causa deve ser interpretada em função da sistemática geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento (acórdãos de 27 de março de 1990, *Cricket St Thomas*, C-372/88, EU:C:1990:140, n.ºs 18 e 19; de 15 de novembro de 2012, *Kurcums Metal*, C-558/11, EU:C:2012:721, n. 48; e de 17 de março de 2016, *Kødbranchens Fællesråd*, C-112/15, EU:C:2016:185, n. 36).

59 No que respeita à sistemática geral da Diretiva 2000/13, há que salientar que, ainda que exista uma divergência entre as diferentes versões linguísticas do artigo 1.º, n. 3, alínea b), desta diretiva, esta disposição, seja como for, menciona a apresentação para “venda”, independentemente de o fazer em língua espanhola (“puesto a la venta”), em língua alemã (“vor dem Feilbieten”), em língua inglesa (“being offered for sale”), em língua francesa (“présentation à la vente”)

ou em língua polaca (“oferowanie na sprzedaż”).

60 O artigo 13.º, n. 1, da referida diretiva, relativo aos géneros alimentícios pré-embalados, refere igualmente a “venda” dos géneros alimentícios. No mesmo sentido, o artigo 14.º da Diretiva 2000/13 refere-se à situação na qual os géneros alimentícios são apresentados para “venda” ao consumidor final e às coletividades sem pré-embalagem.

61 Por outro lado, outras disposições desta diretiva visam o “comprador”. Para além do mencionado artigo 14.º, o artigo 2.º, n. 1, alínea a), i), da referida diretiva enuncia que a rotulagem e as modalidades em que esta é realizada não podem ser de natureza a induzir em erro o “comprador”, nomeadamente no que respeita às características do género alimentício, entre as quais se encontra a origem ou a proveniência deste.

62 Por conseguinte, resulta da sistemática geral da Diretiva 2000/13 que, para além das outras condições previstas no artigo 1.º, n. 3, alínea b), desta diretiva, a obrigação de rotular ao abrigo do artigo 13.º, n. 1, da referida diretiva diz respeito aos géneros alimentícios destinados a serem apresentados nesse estado para venda ao consumidor final e às coletividades.

63 Esta situação pode revestir a forma de uma venda separada ao consumidor final numa coletividade de doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal, por exemplo num restaurante ou numa cantina.

64 Tal situação também se apresenta quando essas doses são dispo-

nibilizadas na composição de uma refeição preparada vendida a preço fixo, por exemplo como parte integrante de uma ementa elaborada por um estabelecimento de restauração coletiva ou como elemento disponível no *buffet* de um hotel.

65 Com efeito, como salientou a advogada-geral no n. 54 das suas conclusões, o preço pago cobre todos os bens e serviços necessários para fornecer essa refeição e inclui assim as diferentes componentes da referida refeição, incluindo, se for o caso, doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal.

66 Esta interpretação do artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13 é confortada pela finalidade desta diretiva.

67 Com efeito, resulta tanto do considerando 6 da referida diretiva como do artigo 2º desta que a mesma diretiva foi concebida com o propósito de informar e proteger o consumidor final dos géneros alimentícios, nomeadamente no que respeita à natureza, à identidade, às qualidades, à composição, à quantidade, à durabilidade, à origem ou à proveniência e ao modo de fabrico ou de obtenção destes produtos (acórdão de 23 de novembro de 2006, Lidl Italia, C-315/05, EU:C:2006:736, n. 47 e jurisprudência referida).

68 A este respeito, como enunciado no considerando 8 da Diretiva 2000/13, a rotulagem pormenorizada relativa à natureza exata e às características do produto deve permitir ao consumidor efetuar a sua escolha com pleno conhecimento.

69 Consequentemente, esta diretiva exige que o comprador disponha de uma informação correta, neutra e objetiva que não o induza em erro (v., neste sentido, acórdão de 4 de junho de 2015, Teekanne, C-195/14, EU:C:2015:361, n. 32 e jurisprudência referida).

70 Ora, conforme foi salientado no n. 43 do presente acórdão, resulta do considerando 5 da Diretiva 2001/110 que os interesses específicos dos consumidores em relação às características geográficas do mel e a total transparência a esse respeito exigem que se inclua na rotulagem o país de origem em que foi colhido o mel.

71 Uma menção semelhante que figure em doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal contribui assim, no que respeita à decisão de comprar separadamente ou de consumir ou não esse mel quando este é proposto como parte integrante ou disponível de uma refeição preparada vendida a um preço fixo, para que o consumidor final possa efetuar a sua escolha com total conhecimento.

72 Há que acrescentar que, nos termos do artigo 13º, n. 4, da Diretiva 2000/13, no caso das embalagens ou dos recipientes cuja face maior tenha uma superfície inferior a 10 cm<sup>2</sup>, só são obrigatórias as indicações enumeradas no n. 1, pontos 1, 4 e 5, do artigo 3º desta diretiva. Por conseguinte, nesta situação, a indicação do país de origem, que figura no ponto 8 do referido artigo 3º, n. 1, não é exigida.

73 Todos os interessados presentes na audiência defenderam que a face maior das doses individuais de

mel em causa tinha uma superfície superior a 10 cm<sup>2</sup>.

74 Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se esta superfície é efetivamente superior a 10 cm<sup>2</sup>. Se for inferior, em aplicação do artigo 13º, n. 4, da Diretiva 2000/13, não há que fazer figurar em doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal o país de origem desse mel.

75 Se a superfície for superior a 10 cm<sup>2</sup>, resulta de tudo o que precede que constitui um “género alimentício pré-embalado” sujeito a este título à obrigação de indicar o país de origem do mel em cada uma das doses individuais que se apresentam sob a forma de porções individuais fechadas por uma tampa de alumínio selada acondicionadas numa caixa de papelão coletiva fechada pelo explorador do setor alimentar e vendidas sob esta forma às coletividades, quando estas vendam essas doses separadamente ou as disponibilizem ao consumidor final no âmbito da composição de refeições preparadas vendidas a preço fixo.

76 Nenhum dos argumentos aduzidos a favor da não obrigação de rotular doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal é suscetível de pôr em causa esta interpretação.

77 Por um lado, de acordo com um primeiro argumento, resulta do documento do grupo de peritos, citado no n. 26 do presente acórdão, que porções individuais de mel apresentadas ao consumidor final como parte integrante de uma refeição num estabelecimento de restauração não

devem ser consideradas unidades de venda pelo que, por esse motivo, a menção da origem desse mel deve figurar apenas na caixa de papelão coletiva.

78 No entanto, basta salientar que o documento do grupo de peritos não reveste natureza vinculativa. Aliás, este próprio documento indica, no seu n. 1, que não tem valor jurídico formal e que, em caso de litígio, a responsabilidade final pela interpretação da lei da União cabe ao Tribunal de Justiça.

79 Por outro lado, de acordo com um segundo argumento, o explorador do setor alimentar pode apor em cada uma das doses individuais de mel uma menção como “não pode ser vendido separadamente” com a consequência de que, não havendo venda separada, a menção do país de origem do mel em cada uma dessas doses não é exigida pela Diretiva 2000/13.

80 No entanto, conforme foi constatado nos n.ºs 63 e 64 do presente acórdão, a obrigação de rotular doses individuais de mel como as que estão em causa no processo principal, em conformidade com o disposto no artigo 13º, n. 1, alínea a), da Diretiva 2000/13, diz nomeadamente respeito à situação na qual essas doses se destinam a ser apresentadas nesse estado ao consumidor final numa coletividade, a saber, quando as referidas doses são vendidas separadamente ou quando são disponibilizadas na composição de uma refeição preparada vendida a preço fixo.

81 Nestas condições, não há que proceder a uma distinção consoante a venda de doses individuais de mel

como as que estão em causa no processo principal seja uma venda separada ou não.

82 Atendendo às considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13 deve ser interpretado no sentido de que constitui um “género alimentício pré-embalado” cada uma das doses individuais de mel que são apresentadas sob a forma de porções individuais fechadas por uma tampa de alumínio selada e que são acondicionadas em caixas de papelão coletivas fornecidas a coletividades, quando estas últimas vendam essas doses separadamente ou as disponibilizem ao consumidor final no âmbito da composição de refeições preparadas vendidas a preço fixo.

#### **Quanto às despesas**

83 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 (Terceira Secção) declara:

**O artigo 1º, n. 3, alínea b), da Diretiva 2000/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios, deve ser interpretado no sentido de que constitui um “género alimentício pré-embalado” cada uma das doses individuais de mel que são apresentadas sob a forma de porções individuais fechadas por uma tampa de alumínio selada e que são acondicionadas em caixas de papelão coletivas fornecidas a coletividades, quando estas últimas vendam essas doses separadamente ou as disponibilizem ao consumidor final no âmbito da composição de refeições preparadas vendidas a preço fixo.**

Assinaturas

## Patrocínio



## Apoio Institucional

